Rivista di Diritti Comparati



Rivista Quadrimestrale

2/2026

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno X – N. 2/2026

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma "Tor Vergata"
Giacomo Delledonne – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Alessandra Di Martino – Sapienza Università di Roma
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università commerciale "Bocconi" di Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Sapienza Università di Roma
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Sapienza Roma), 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.Palermo), 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 costituzionale), 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

Silvia Filippi (Università di Perugia) (Coordinatrice), Matteo Monti (Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna) (Coordinatore), Marco Bassini (Tilburg University) Nicola Cezzi (Sapienza Università di Roma), Giulia Chinaglia (Università di Torino), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Alessandro Francescangeli (Università di Firenze), Alessia Fusco (Università del Piemonte Orientale), Gianpiero Gioia (Sapienza Università di Roma), Umberto Lattanzi (Università Commerciale "L. Bocconi" - Milano)

SOMMARIO

Saggi

ROBERTO TONIATTI, *L'interpretazione della CEDU fra giurisdizione e politica: la Dichiarazione di Chisinau (2026)*

[pp. 1-45]

DANIELA DOBRE, *Militant Democracy as a 'Legal Irritant'? The Romanian Constitutional Court's Case Law on Presidential Elections in Light of the Western Constitutional Tradition of the Rule of Law*

[pp. 46-119]

ANDREAS HARATSCH, *The Federal Constitutional Court as European law-friendly watchdog of the European Court of Justice – The 'Egenberger' case*

[pp. 120-137]

FEDERICO MASTROIANNI, *Democrazia economica: un confronto tra sistemi sindacali, tra Italia e Germania*

[pp. 138-182]

SARA MARTUCCI, *Itinerari comparativi nella recente giurisprudenza costituzionale italiana: il caso del "fine vita"*

[pp. 183-214]



Contributions published in the Rivista di Diritti Comparati are made available free of charge and without any fees for authors. All contributions are published under a Creative Commons Attribution – NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) licence. This licence permits reproduction, distribution, communication to the public, and adaptation of the content for lawful, non-commercial purposes, provided that appropriate credit is given to the author and the original source is acknowledged in accordance with the terms of the licence. For matters not expressly governed by the licence, the applicable provisions of copyright law shall apply. The journal adheres to the Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors developed by the Committee on Publication Ethics (COPE). The quality and scientific rigour of contributions are ensured through differentiated blind peer-review procedures, depending on the type of submission, as specified in the journal's regulations. These procedures are carried out by a panel of experts selected on the basis of their expertise and subject to periodic renewal. The regulations governing the review process for contributions published in the journal, as well as the editorial guidelines, are available at: www.dirittocomparati.it/rivista.

I contributi pubblicati sulla Rivista di Diritti Comparati sono redatti dagli autori e concessi a titolo gratuito, senza oneri per gli stessi. Tutti i contributi sono pubblicati sotto licenza "Creative Commons Attribuzione – Non commerciale 4.0 International (CC BY-NC 4.0)". La licenza consente la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico e la rielaborazione dei contenuti per scopi leciti e non commerciali, a condizione che sia adeguatamente attribuita la paternità dell'opera e indicata la fonte originale secondo i termini previsti dalla licenza. Per quanto non espressamente disciplinato dalla licenza, restano applicabili le normative vigenti in materia di diritto d'autore e dei diritti connessi.

La rivista aderisce al Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal Committee on Publication Ethics (COPE). La qualità e il rigore scientifico dei contributi sono garantiti mediante procedure di valutazione differenziate in relazione alla tipologia di contributi, come specificato nel Regolamento, che sono affidate a un comitato di esperti selezionati secondo criteri di competenza, rotazione e aggiornamento periodico. 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.

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 Cracovia 30 - 00133 Roma
ISSN: 2532-6619

Immagine di copertina: *Marble head of a woman wearing a diadem*, Roman, 1st or 2nd century CE. Courtesy The Met, NY

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'interpretazione della CEDU fra giurisdizione e politica: la Dichiarazione di Chisinau (2026)*

Roberto Toniatti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tensione fra interpretazione e politica negli ordinamenti statuali. – 3. La Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau quali atti politici di reazione alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di governo dell'immigrazione e dell'asilo. – 3.1. La Lettera aperta. – 3.2. La Dichiarazione di Chisinau – 4. La tensione fra interpretazione e politica nel sistema CEDU. – 5. Rilievi finali.

1. Introduzione

La tensione fra l'interpretazione delle fonti normative resa in sede giurisdizionale e le aspettative politiche del legislatore circa gli esiti dell'applicazione di quelle stesse fonti è del tutto fisiologica in un sistema organizzato in conformità ai principi fondamentali di un ordinamento costituzionale liberale: secondo la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni, il giudice è soggetto soltanto alla legge ma, in base al contestuale sistema di *checks and balances*, il giudice stesso svolge un ruolo di controllo sull'effettiva vigenza e validità della legge cui è soggetto, contribuendo in tal modo alla garanzia dell'equilibrio degli assetti di democrazia costituzionale della forma di governo[1].

Si tratta di una tensione permanente e strutturale che, tuttavia, si rivela compatibile con il funzionamento unitario del sistema in tanto in quanto dimostri di essere in grado – come già detto – di mantenere una situazione di equilibrio fra i poli istituzionali interessati. Occorre riconoscere, tuttavia, che quella stessa tensione possa subire un'involuzione patologica, circoscritta a momenti contingenti e puntuali ma idonea altresì a degenerare in situazioni tendenzialmente stabili e prolungate, con un impatto distruttivo sulla funzionalità del sistema e sulla continuità dei suoi fondamentali caratteri distintivi. Considerando i termini istituzionali del quadro del quale ci occupiamo, la patologia della tensione fra interpretazione giudiziaria e frustrazione del legislatore può infatti condurre o al sacrificio di diritti fondamentali e

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

[1] Per rilievi generali sulla cultura dell'equilibrio fra giurisdizione e legislazione rinviamo a R. Toniatti, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale*, in R. Toniatti – M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, p. 573 ss.

al pregiudizio dell'indipendenza della magistratura o, in alternativa, alla mortificazione dei presupposti della democrazia rappresentativa e della responsabilità di governo.

Giova ancora precisare che una valutazione attendibile circa l'eventuale degenerazione patologica di quella relazione non può essere fatta risalire ai soggetti direttamente coinvolti – ciò che inevitabilmente contribuirebbe ad incrementare la degenerazione di quella tensione – ma, per essere credibile, richiede di provenire da soggetti terzi disinteressati senza motivazioni di parte.

Le considerazioni sin qui svolte sono giustificate dalla rilevazione di una precisa dinamica di circolazione degli assetti istituzionali e delle relative criticità dal contesto degli ordinamenti statuali a quello del diritto internazionale regionale[2]: il riferimento immediato è duplice e concerne sia la configurazione dell'assetto istituzionale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) quale organo giurisdizionale preposto all'interpretazione ed applicazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ossia di una fonte pattizia di diritto internazionale; sia la prospettiva della manifestazione di una significativa tensione fra la funzione della Corte nell'applicazione – previa interpretazione – delle norme del diritto convenzionale e la reazione del produttore politico di quelle norme – gli Stati contraenti – che non ne condivide la giurisprudenza.

Più precisamente, il fenomeno si concretizza in due iniziative – l'una conseguente all'altra – di contestazione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di immigrazione e asilo assunte da parte di Stati membri del Consiglio d'Europa e contraenti della CEDU: in primo luogo, si tratta di una Lettera aperta di segnalazione pubblica circa l'esistenza della tensione e di sollecitazione di una giurisprudenza diversa[3] e, in secondo luogo, dell'adozione di un atto politico – la Dichiarazione di Chisinau – che enuncia la rivendicazione della priorità delle finalità della politica di governo dell'immigrazione sull'interpretazione di garanzia dei diritti degli immigrati e dei richiedenti asilo previsti dalla CEDU operata dalla Corte EDU[4].

Nel prosieguo del lavoro, verranno brevemente descritti alcuni specifici aspetti dei problematici rapporti fra politica e giurisdizione (par. 2), successivamente verranno ricostruiti (par. 3) e valutati i contenuti delle due iniziative da ultimo richiamate (par. 4) e alla fine verranno elaborate alcune osservazioni finali che, peraltro, saranno necessariamente circoscritte alla fase ancora interlocutoria della vicenda (par. 5).

---

[2] Sulla vocazione del costituzionalismo liberale di origine statuale ad un'espansione internazionale e sovranazionale con riguardo all'organizzazione del rispettivo organo giurisdizionale cfr. R. Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1763 ss.

[3] L'iniziativa della Lettera aperta (22 maggio 2025) è dei governi della Danimarca e dell'Italia e le ulteriori sette sottoscrizioni del documento sono dei Governi di Austria, Belgio, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia e Repubblica ceca.

[4] La Dichiarazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è stata adottata in occasione della 135ma Sessione (15 maggio 2026) che ha avuto luogo nella capitale della Moldavia che deteneva la Presidenza di turno.

Nonostante quest'ultimo rilievo, riteniamo di particolare interesse avviare e sollecitare una riflessione in materia.

2. *La tensione fra interpretazione e politica negli ordinamenti statuali*

La tensione fra l'interpretazione delle disposizioni legislative – soprattutto l'interpretazione giudiziaria – e la portata prescrittiva di quelle stesse disposizioni secondo le anticipazioni dell'intento del legislatore politico costituisce, come sopra indicato, un dato strutturale e fisiologico degli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici che si presta ad essere elaborato in base ad una serie di rilievi generali.

Il fenomeno qui assunto ad oggetto della presente riflessione si colloca in un quadro sistematico solo in parte stabilizzato – soprattutto a partire dal secondo dopoguerra – nel processo storico di razionalizzazione degli istituti della giustizia costituzionale ma che da questi ultimi in parte prescinde e che, di conseguenza, conviene ricondurre anche ad altri fattori sistemici distinti dalla disponibilità del *judicial review*: fra questi, ad esempio, la matrice genetica dell'ordinamento ascrivibile alla tradizione giuridica di riferimento[5]; ovvero la previsione di norme sull'interpretazione che esprimono prescrizioni generali contenute per lo più nei codici civili nazionali, quali strumenti formali volti a disciplinare e, in qualche modo, ad orientare gli effetti di quella tensione; ovvero ancora – e sempre a titolo indicativo, meritevole di ulteriori approfondimenti – la varietà dei contesti contingenti nei quali la tensione *de qua* può manifestarsi con forme loro proprie, come – tipicamente – in situazioni di emergenza.

Ciascuno di tali profili si presenta sia come indicatore dell'esistenza, sia quale strumento prescrittivo di regolazione della tensione *de qua* e, con modalità opportunamente adeguate, può essere individuato con riferimento ai contesti giurisdizionali tanto statuali quanto internazionali e, pertanto, merita di essere almeno brevemente approfondito.

(i) In primo luogo, dunque, con riguardo alle tradizioni giuridiche di origine europea, osserviamo come, negli ordinamenti di *common law*, gli ampi margini riconosciuti al *judicial law-making* siano non solo compensati da un corrispondente atteggiamento di *judicial deference* nei confronti delle fonti di diritto prodotte con il metodo politico, ma vengano anche indirettamente mantenuti sotto controllo da una tecnica di redazione delle leggi (e degli atti amministrativi) estremamente dettagliata ed analitica che si esprime anche con un abituale ricorso alla definizione dei termini utilizzati in ciascun atto di *statutory law* per assicurare la massima chiarezza del testo

[5] Sul rapporto fra tradizione giuridica di *common law* e fonte costituzionale cfr. R. Toniatti, *Common Law Constitutionalism*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, 2024, p. 6 ss.; Id., *Common law constitutionalism: priorità e continuità della famiglia giuridica nel testo delle costituzioni derivate*, in P. G. Monateri (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Tomo II, Torino, 2024, p. 1705 ss.

normativo ed evitare che l'interpretazione del giudice possa colmare eventuali incertezze o lacune, ovvero procedere ad una autonoma precisazione circa il significato dei termini[6]. Si tratta, pertanto, di un inquadramento generale della funzione di interpretazione rivolta alla generalità dei soggetti e, più in particolare, di una forma di orientamento e controllo tendenzialmente solo indiretti dell'interpretazione giudiziaria.

Ma, in questo contesto, la tradizione giuridica di *common law* rileva anche in quanto occorre ricordare come, a fronte di un dibattito filosofico molto ricco ed intenso sviluppatosi sul continente, sia stata la tradizione giuridica di *common law* ad aver (probabilmente) per prima storicizzato la divergenza fra il metodo politico di produzione delle norme positive, da un lato e, dall'altro, il riferimento a fonti di *higher law*[7]: in proposito, merita menzionare il noto *dictum* di Sir Edward Coke nel *Dr. Bonham's case* (1610)[8]; ed altresì richiamare l'asserzione secondo la quale nell'ordinamento inglese si sarebbe affermata e consolidata «*the notion* of *Parliamentary supremacy under the law, which in time, with the differentiation of legislation and adjudication, became transmutable into the notion of legislative supremacy within a law subject to construction by the processes of adjudication*»[9].

Il *Dr. Bonham's case*, come noto, non ha prodotto nell'ordinamento inglese sviluppi nel rapporto fra giurisdizione e legislazione coerenti con le sue premesse ma, tuttavia, ha contribuito a fornire un indizio circa l'esistenza di quella tensione già indicata[10]. In proposito, tuttavia, menzione deve essere fatta di quella forma di razionalizzazione del rapporto fra le norme dell'ordinamento e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) consistente nella potestà riconosciuta al giudice britannico di adottare una *declaration of incompatibility* da indirizzare al

[6] Ricordiamo che l'*Interpretation Act* del 1978 (adottato già nel 1850) ha soprattutto un obiettivo di razionalizzazione della produzione normativa destinato al legislatore stesso e non certo quello di regolare l'interpretazione giudiziaria delle leggi. Cfr. in argomento N. Hutton *The British Interpretation Act*, in *Journal of Legislation*, 1979, p. 15 ss.

[7] Cfr. E. S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1929, p. 380 ss. che ricostruisce, in particolare, il contributo di *Sir* Edward Coke sulle dinamiche dell'ordinamento inglese quale precedente che, in seguito, avrebbe condizionato l'introduzione del *judicial review of legislation* negli Stati Uniti. Corwin prosegue osservando che «*Common right and reason» is, in short, something fundamental, something permanent; it is higher law*», *ibidem*, p. 370; e che «*Coke was enforcing a rule of higher law deemed by him to be binding on Parliament and the ordinary courts alike*», *ibidem*, p. 372; ed altresì che «*while Coke regarded the ordinary courts as peculiarly qualified to interpret and apply the law of reason, he also, finally at least, recognized the superior claims of the High Court of Parliament as a law declaring body*», p. 374. Nella seconda parte dell'op. cit. la medesima prospettiva viene approfondita con riferimenti al contributo di John Locke nel *Second Treatise on Civil Government*.

[8] Questo il testo: «*In many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void...some statutes are made against law and right, which those who made them perceiving would not put them in execution*».

[9] E. S. Corwin, *op. cit.*, p. 380.

[10] Si consideri, nondimeno, la giurisprudenza della Corte Suprema in *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* del 2017, che, in base ai limiti strutturali di un istituto di *common law* quale la *royal prerogative*, ha negato la legittimità di abrogazione e revisione di fonti di legislazione parlamentare da parte del potere esecutivo.

Parlamento, al quale compete in via esclusiva se intervenire sulle fonti interne ed adeguarle alla Convenzione, ovvero mantenere la situazione di contrasto – meramente accertata e notificata dal giudice – e rischiare una sentenza della Corte di Strasburgo che riconosca la violazione della fonte europea (come previsto dallo *Human Rights Act* del 1998).

In tema di *status* di norme di *higher law*, giova altresì ricordare che è pur sempre in base ad un ragionamento ispirato ad un concetto ben radicato nell'assetto sistemico di *common law* – segnatamente, quello di *the law of the land* che una disposizione positiva (l'Art. VI della Costituzione federale degli Stati Uniti) qualifica come "suprema" (*the supreme law of the land*) – che il *Chief Justice* Marshall ha introdotto il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale[11].

Ed è ancora in un ordinamento di *common law* – la Costituzione della Repubblica d'Irlanda del 1937 – che il legislatore costituente (fra i primi in Europa) ha razionalizzato l'istituto: ricordiamo, infatti, sia il controllo preventivo da parte della Corte Suprema promosso dal Presidente prima della promulgazione di una legge (art. 26), sia il controllo successivo da parte esclusivamente delle Corti superiori – la *High Court* e la *Supreme Court* – (art. 34.3); giova altresì richiamare, del resto, anche l'art. 15.4 il quale esplicitamente inibisce al legislatore parlamentare l'adozione di leggi in contrasto con la Costituzione.[12]

In conclusione, si può rilevare, molto sinteticamente, che nella vasta tradizione giuridica di *common law* la configurazione di un rapporto gerarchico fra diritto (*law* quale *higher law* ovvero quale Costituzione scritta, qualora rigida) e legge parlamentare (*statutory law*) rappresenta la dialettica fra legislazione e giurisdizione, qualificando e condizionando la tradizionale e preferenziale subordinazione del giudice al diritto; in tal modo, si contribuisce a razionalizzare una questione sistematica che, *in nuce*, non è del tutto estranea anche all'ordinamento inglese.

Una sintesi conclusiva analoga si ripropone anche con riguardo alle esperienze continentali di diritto codificato, nelle quali il controllo giurisdizionale di legittimità

---

[11] Si consideri un brano della sentenza direttamente rilevante in questa sede: «It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. *Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law:* the court *must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*».

[12] Questo il testo della disposizione: «*1°. The Oireachtas shall not enact any law which is in any respect repugnant to this Constitution or any provision thereof. 2°.Every law enacted by the Oireachtas which is in any respect repugnant to this Constitution or to any provision thereof, shall, but to the extent only of such repugnancy, be invalid*». Il ruolo della giurisdizione è pertanto posto a garanzia dello specifico divieto generale. Osserviamo che nel testo della Costituzione è dato riscontrare la formalizzazione della subordinazione del giudice alla Costituzione e al diritto (art. 35, cpv.: «*All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law*»).

costituzionale è stato successivamente e progressivamente introdotto nella quasi generalità degli ordinamenti[13], soprattutto in occasione della rispettiva transizione da assetti autoritari e totalitari ai connotati tipici della forma di stato costituzionale di diritto[14]. Il primato gerarchico della fonte costituzionale sulla legislazione giustifica ed anzi esige la verifica della compatibilità formale e sostanziale di quest'ultima con la prima e la soggezione del giudice alla legge risulta pertanto condizionata. Lo stesso può dirsi con riguardo al primato del diritto (fonti positive e giurisprudenza) della CEDU e dell'Unione Europea[15].

E nondimeno, come anticipato, la tensione fra giurisdizione e legislazione aveva già avuto modo di manifestarsi in dottrina autonomamente rispetto alla razionalizzazione del primato del parametro costituzionale tra la fine del 19° secolo e i primi decenni del 20° secolo, in coincidenza con il crescente rifiuto delle rigide logiche interpretative connesse al dominio culturale del positivismo giuridico.

Un primo riferimento rilevante richiama l'opera di Oskar von Bülow, secondo il quale per l'interprete «la forza del diritto è superiore alla forza della legge»[16]; e «la forza ordinante dello Stato dice la sua ultima parola non attraverso le determinazioni legislative del diritto ma attraverso quelle giurisdizionali»; sicché «l'attività giurisdizionale consente all'opera di costruzione dell'ordinamento iniziata dalla legge di proseguire e di giungere a compimento»; e, pertanto, «legislazione e giurisdizione partecipano entrambe al compito statale di formazione e di determinazione del diritto. Il fatto che la nostra scienza non si sia decisa fino ad ora a riconoscere questa verità è

---

[13] Da ricordare che anche la tradizione giuridica socialista – nel suo costante recepimento nominale di istituti tipici degli ordinamenti liberaldemocratici - aveva occasionalmente previsto organi giurisdizionali preposti al controllo di legittimità costituzionale, sia pure in un contesto di controllo di natura politica, su cui cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, 2013, p. 322 ss.

[14] Con riguardo alla transizione italiana, ricordiamo il cpv. della VII Disposizione e finale Cost. il quale rappresenta un indicatore della dialettica dei rapporti fra legge e interpretazione rispetto a una fonte sovraordinata. La disposizione stabilisce che «fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale», la decisione delle controversie che l'art. 134 riserva a quest'ultima siano sottoposte alla disciplina (solo implicitamente) rinvenibile nello Statuto Albertino, nonostante in esso non soltanto mancasse una espressa attribuzione funzionale ma, soprattutto, fosse assente il requisito della rigidità della fonte e la conseguente superiorità gerarchica. La disciplina in parola viene richiamata con una formula non priva di incertezza («nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione»): la *ratio* della norma testimonia il «prevalente intento di rendere immediatamente operante il principio di legalità costituzionale, che tanto profondamente veniva a caratterizzare la nuova Legge fondamentale», tenuto conto anche del rinvio di cui all'art. 137 Cost., così in A. Valastro, *Disp. VII*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, p. 2767 ss. Secondo l'interpretazione prevalente, le "forme" sarebbero quelle del giudizio di fronte al giudice comune e i "limiti" sarebbero riconducibili all'efficacia *inter partes* della decisione, *ibidem*, p. 2773.

[15] In argomento rinviamo a R. Toniatti, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. Di Federico (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 229 ss.

[16] Cfr. O. von Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, tradotto da A. Sandri, con Invito alla lettura di F. Cortese, in *Legge e Giurisdizione*, Seregno, 2012, p. 4.

spiegato soltanto dal pregiudizio profondamente radicato che la teoria giuridica della nostra epoca ha ereditato, facendolo proprio senza alcun clamore, dall'epoca del culto della legge».[17]

Un ulteriore e importante contributo dottrinario in proposito – in estrema sintesi di un tema teoricamente e storicamente molto complesso – è offerto dalla significativa contestazione dell'impero del positivismo giuridico in Germania e dalla forte influenza del pensiero giusfilosofico di Gustav Radbruch che aveva teorizzato la forza della distinzione fra legge (*Gesetz*) e diritto (*Recht*), aveva elaborato i concetti di "diritto sovralegislativo" (*Übergesetzliches Recht*) e di "torto legislativo" (*Gesetzliches Unrecht*) e aveva preparato il terreno culturale per la successiva codificazione del concetto nel vigente art. 20 del *Grundgesetz*[18]. La solidità della predisposizione dell'*humus* dottrinario ha poi avuto riscontro nella giurisprudenza[19].

---

[17] Cfr. *ibidem*, p. 18. Il primato del diritto rispetto alla legge ne esprime il potenziale costitutivo dell'ordinamento e, sotto questo profilo, si presta a definire e garantire l'identità costituzionale dell'ordinamento stesso e, nella dinamica storica e culturale, appare idoneo ad anticipare il primato della fonte costituzionale, come argomentato in R. Toniatti, *Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico*, in DPCEOnline, Sp-1, 2025, p. 168 ss.

[18] Si veda il testo del 3° comma: «*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*» (la traduzione italiana recita «La legislazione è vincolata dall'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati dalla legge e dal diritto» ed è ricavata da E. Palici di Suni – F. Cassella – M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, II ed., Padova, 2001, p. 342. È nota la c.d. "formula di Radbruch" (o della "estrema ingiustizia") secondo la quale, in omaggio alla legge positiva, il diritto deve essere rispettato a meno che esso sia estremamente ingiusto. Ricordiamo anche che proprio nel testo dell'art. 20 *GG* è stata inserita la previsione circa il "diritto di resistenza". Rinviamo a P.P. Portinaro, *Radbruch e i trilemmi del pensiero giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022, p. 259 ss.

[19] Si veda in tal senso, ad esempio, l'emblematica affermazione del Tribunale costituzionale federale tedesco (Punti 39-41 della Parte IV) secondo la quale «*Judges are traditionally bound by the law; this is an integral part of the principle of the separation of powers, and thus the rule of law. This principle is modified in the Basic Law, at least in respect of its wording, in that the judiciary is bound by "law and justice" (Art. 20(3) of the Basic Law). The general view is that this indicates a rejection of narrow legal positivism. The wording makes it clear that law and justice are generally but not necessarily always aligned. Justice is not identical to the entirety of written laws. Beyond the positive statutes adopted by state authority, there may exist further law that finds its source in the constitutional legal order as a meaningful whole and may act as a corrective to written law; it is the judiciary's duty to find and implement it in its case-law. Under the Basic Law, judges are not obliged to apply legislative instructions within the limits of their literal meaning to individual cases. Such an obligation would require there to be no gaps in the positive legal order of the state, which may be defensible as a postulate of legal certainty in principle, but is unattainable in practice. Judicial activity does not merely consist in identifying and pronouncing legislative decisions. In particular, judicial activity may require that values inherent in the constitutional legal order but which are not, or only incompletely, expressed in written law be brought to light and manifested in decisions in an act of evaluative assessment, which does not lack elements of will. In doing so, judges must remain free from arbitrariness; their decisions must be based on rational argument. It must be reasonably laid out how the written law at issue does not serve its function of solving a legal problem justly. The judicial decision then closes this gap in accordance with the standards of practical reason and "the community's established general notions of justice" (BVerfGE 9, 338 <349>). A judge's responsibility and authority for "constructive development of the law" has never been called into question in principle – in any case not under the Basic Law […]. The highest federal courts have claimed this authority from the beginning (cf., e.g., BGHZ 3, 308 <315>; 4, 153 <158>; BAG 1, 279 <280 and 281>). The Federal Constitutional Court has always recognised it (cf., e.g., BVerfGE 3, 225 <243 and 244>; 13, 153*

(ii) Come sopra indicato, un'area cruciale di manifestazione della tensione fra giurisdizione e legislazione si individua nella funzione conferita alle norme sull'interpretazione delle leggi, destinate alla generalità degli operatori e, pertanto, anche – e, forse, soprattutto – ai giudici. Si tratta di un'esperienza propria degli ordinamenti di diritto codificato dell'Europa continentale.

La configurazione delle norme sull'interpretazione – sia quanto all'*an*, sia quanto al rispettivo contenuto – rappresenta un caso di circolazione dei modelli altamente consolidato e tendenzialmente ripetitivo.

Senza entrare in una trattazione specifica del tema, ci limitiamo a ricordare il Codice civile generale austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch,* ABGB) del 1812[20], il primo Codice civile del Regno d'Italia del 1865 (il Codice)[21], il vigente *Código Civil* del Regno di Spagna del 1889 – che introduce alcuni contenuti innovativi che presentano una interessante portata anticipatrice di più recenti sviluppi[22] – e il Codice civile italiano del 1942[23].

<164>; 18, 224 <237 and 238>; 25, 167 <183>). The legislator itself has expressly assigned the task of "development of the law" to the Grand Senates of the highest federal courts (cf., e.g., § 137 of the Courts Constitution Act). In some areas of the law, such as labour law, judicial development of the law has taken on particular significance as legislation has lagged behind social developments (40). It is only the limits of such constructive development of the law that may be controversial, considering the principle that the judiciary be bound by law, which is indispensable for rule-of-law reasons. These limits cannot be standardised for all areas of law or all legal relationships arising from or governed by these», in BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221. *Federal Constitutional Court in Proceeding Concerning the Constitutional Complaint of Publishing Company "Die Welt" and Mr. K.-H. V* (il c.d. caso Soraya, nella traduz. inglese sul sito del *BVerfGE*).

[20] Si veda il testo (tradotto in lingua italiana in conformità con la disciplina costituzionale in materia linguistica dell'Impero asburgico) dell'art. 6, collocato nella parte introduttiva "Delle leggi in generale": «Nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle alcun senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore»; si veda anche l'art. 7, secondo il quale «Qualora un caso non si possa decidere, né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge» si farà ricorso all'analogia. Nonché: «rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avendo riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate».

[21] Si veda l'art. 3 del Titolo Preliminare ("Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale"): «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore». Oltre al richiamo dell'analogia, la disposizione stabilisce che «ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto».

[22] Si verifichi l'art. 3 del "*Título Preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*" («1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*»). Rilevante anche l'art. 1.6° del "*Capítulo I. Fuentes del derecho*": «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

[23] Questo il testo dell'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale": «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere

I testi normativi qui richiamati rappresentano, a nostro giudizio, una forma di mediazione fra, da un lato, una postura che configura l'interpretazione come attività orientata a privilegiare la volontà del legislatore politico, senza riguardo alcuno per l'eventuale incidenza di norme di *higher law* e prescindendo dalla contemporanea sensibilità per la legittimità democratica dell'organo legislativo e, dall'altro lato, un'impostazione volta a formalizzare un risalente sapere professionale che malamente può essere irrigidito in una prescrizione di tono burocratico e a vocazione virtualmente illiberale[24].

La tensione fra legislazione e interpretazione è evidenziata anche dalle circostanze nelle quali il legislatore interviene in via diretta attraverso proprie formali leggi di interpretazione, il cui effetto prescrittivo si esaurisce nel precisare e vincolare il contenuto di una precedente fonte normativa, in ordine alla quale l'interpretazione corrente è incerta, mutevole o contraddittoria, ovvero anche incompatibile con le aspettative politiche dell'organo legislativo.

L'interpretazione autentica – prevista da fonte costituzionale[25] ovvero dal codice civile[26] – può essere considerata alla stregua dell'assunzione parlamentare di una funzione di competenza giurisdizionale, a maggior ragione qualora se ne ravvisi l'origine, nel clima della Rivoluzione francese, nel divieto di interpretazione della legge imposto ai giudici e nella correlata istituzione del *référé législatif*, in applicazione del quale, in caso di dubbio interpretativo, il giudice avrebbe dovuto sospendere il procedimento e rivolgersi al *Tribunal de Cassation*, presso la Convenzione, per ricevere l'interpretazione corretta e uniforme. La forte diffidenza nei confronti dei giudici dell'*ancien régime* aveva posto le premesse per lo sviluppo della funzione di nomofilachia quale attività

decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

[24] Ricordiamo che lo schema di decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 ("Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150") approvato dal Governo italiano prevedeva fra gli «illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni» del magistrato che «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale non dà mai luogo a responsabilità disciplinare» (art. 2, comma 2°). Ne sarebbe risultata l'illiceità disciplinare dell'interpretazione conforme a Costituzione, ovvero conforme alla CEDU, ovvero ancora conforme al diritto dell'Unione Europea, in violazione non solo della configurazione del sistema costituzionale ma anche dell'art. 117, 1° comma Cost. come revisionato nel 2001. Il testo è stato corretto e oggi l'art. 2, comma 2° del Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 recita «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare».

[25] Così l'art. 73 dello Statuto Albertino, nel contesto della disciplina dell'Ordine giudiziario («L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo»).

[26] In tal senso l'art. 8 del Codice civile generale austriaco: «Al solo legislatore spetta di interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio».

squisitamente giurisdizionale, non a caso poi attribuita, già dal *Code Napoleon* del 1804, alla *Cour de Cassation*[27].

(iii) Un terzo ordine di rilievi significativi ai fini della presente riflessione è riconducibile al condizionamento che l'attualità di situazioni storiche contingenti quali definite dagli organi di indirizzo può esercitare sull'attività di interpretazione delle disposizioni legislative perché essa sia coerente e adeguata alle esigenze dettate da quella stessa definizione. In proposito, cruciale si rivela essere, dunque, la questione dell'interpretazione applicata ad assetti normativi eccezionali in situazioni di emergenza.

Giova precisare che il riferimento pertinente in questa sede è virtualmente relativo tanto a fasi di alterazione dell'assetto normativo previste e disciplinate dall'ordinamento stesso conseguenti a stati di emergenza intesi in senso proprio – quale può coincidere con regimi derogatori o comunque restrittivi (tipicamente, una sospensione dei diritti fondamentali) –, quanto a situazioni *extra ordinem* di fatto, così qualificabili solo in senso generale e generico. In altre parole, la distinzione di fondo qui sopra enunciata è fra la necessità quale presupposto per l'applicazione di un assetto normativo derogatorio formale predeterminato dall'ordinamento, da un lato e, dall'altro, la necessità quale fonte fatto idonea a legittimare di per sé la norma derogatoria, anche a prescindere da una esplicita previsione positiva[28].

La recente esperienza dell'epidemia da Covid-19 testimonia della costante attualità del tema e della sua notevole poliedricità[29], che può tradursi in circostanze

---

[27] Il riferimento è alle leggi del 27 novembre e 1 dicembre 1790 dell'Assemblea Nazionale Costituente. Il *Tribunal de Cassation* nasce, dunque, come organo politico preposto ad assicurare il conseguimento degli obiettivi del legislatore rivoluzionario impedendo letture giudiziarie di segno opposto. È stato scritto che «al riguardo, è sufficiente citare le parole dei deputati alla Costituente Robespierre ("la parola giurisprudenza [...] non significa più nulla nel nuovo [sistema], deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno Stato che ha una Costituzione, una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è altro che la legge") e Le Chapelier il quale considerava la "giurisprudenza dei tribunali, la più detestabile di tutte le istituzioni" […] In questa prospettiva risultano significativi i provvedimenti di quegli anni di abolizione delle funzioni di avvocati e procuratori – sostituiti da "difensori ufficiosi" – e di chiusura delle facoltà di giurisprudenza», in P. Alvazzi del Frate, *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2021, p. 7.

[28] Per una trattazione degli ordinamenti di eccezione in prospettiva comparata cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato,* cit., p. 304 ss.; sul ruolo della necessità quale fonte fatto nell'ordinamento italiano, cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, IX ed., Padova, 2017, p. 303 ss.; interessanti spunti di dubbio sull'ammissibilità della necessità quale fonte *extra ordinem* in un ordinamento democratico e, comunque, sul suo carattere residuale e eccezionale cfr. A. Algostino, *Le fonti del diritto*, in A. Di Giovine, A. Algostino – F. Longo – A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, p. 139.

[29] L'esperienza è stata oggetto di una estesa produzione scientifica. Per una penetrante trattazione comparata e, in particolare, per l'analisi sulla «chiara e diffusa disapplicazione dei modelli emergenziali, costituzionali e/o legislativi, predeterminati per fronteggiare le situazioni di crisi, incluse quelle di tipo sanitario», si rinvia a A. Vedaschi, *Il Covid-19, una crisi globale, tra ibridazione della natura e normalizzazione della gestione*, in AA. VV., *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. 2, Milano,

storiche dotate di una intrinseca suscettibilità di ampia individuazione – sino ai limiti dell'arbitrarietà – da parte del potere politico. Anche traendo spunto da quest'ultimo rilievo, viene confermata, come si vedrà, la concomitante importanza della sottoposizione dell'esercizio delle relative potestà pubbliche al controllo giurisdizionale.

I modelli normativi paradigmatici in materia sono offerti da quegli ordinamenti – come quello tedesco o quello spagnolo[30] – che predispongono un quadro costituzionale molto articolato e caratterizzato da una disciplina definita "a intensità crescente" relativa a calamità naturali, industriali, sanitarie o di ogni altra natura, ovvero ad emergenze afferenti l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale: in entrambe queste due esperienze costituzionali, la disciplina *ad hoc* prevista nel caso di necessità sistemica giustifica la sospensione di taluni diritti fondamentali – con le dovute eccezioni – e incide sull'idoneità formale delle fonti ordinarie del diritto ad introdurre regimi derogatori che non siano in violazione della Costituzione[31]. Inoltre, entrambi gli ordinamenti qui richiamati – quello tedesco[32] e quello spagnolo[33] – predispongono norme di garanzia per la continuità delle funzioni di controllo giurisdizionale delle attività di governo di gestione delle varie emergenze.

Quanto al secondo modello, è interessante il caso italiano, nel cui testo costituzionale si fa un duplice riferimento: in primo luogo, a «casi straordinari di necessità e d'urgenza» quale fondamento di legittimazione del Governo ad adottare «sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge» destinati ad essere convertiti (o meno) in legge (art. 77 Cost.) i quali, tuttavia, non sono formalmente idonei ad incidere in senso restrittivo sul godimento dei diritti fondamentali; e, in secondo luogo, ai «poteri necessari» che le Camere conferiscono al

2023, p. 471 ss.; in materia si rinvia all'ampia ricognizione comparata nel numero monografico di *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1449 ss.

[30] Si vedano gli artt. 35, commi 2°-3°, 80, 87a, commi 2°-4°, 91, nonché artt. 115a-115l del GG tedesco; l'art. 55 e soprattutto l'art. 116 della Costituzione spagnola (in attuazione del quale è stata adottata la *Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, escepción y sitio* (*LOEAES*).

[31] Per una trattazione in chiave comparata cfr. V. Piergigli, *Limitazioni o sospensioni? Riflessioni postume sulle compressioni dei diritti al tempo del Covid-19*, in *DPCE Online*, 2023, p. 1533 ss.

[32] Si veda in proposito l'art. 115g del *GG* («Il ruolo costituzionale e l'adempimento dei compiti costituzionali della Corte costituzionale federale e dei suoi giudici non possono essere pregiudicati. La legge sulla Corte costituzionale federale può essere modificata da una legge della Commissione comune solo nella misura in cui ciò sia necessario, anche secondo il parere della Corte costituzionale federale, per assicurare la capacità di funzionamento della Corte stessa. Fino all'emanazione di tale legge la Corte costituzionale federale può prendere i provvedimenti necessari per assicurare il proprio funzionamento. La Corte costituzionale federale assume le decisioni di cui al secondo e terzo periodo con la maggioranza dei giudici presenti».

[33] Si veda altresì l'art. 116, c. 5° Cost. Sp., il quale precisa che, vigente uno degli stati di emergenza previsti, il funzionamento dei poteri costituzionali dello Stato non potrà essere interrotto. Sull'esperienza spagnola in occasione dell'epidemia del Covid-19 cfr. V. Piergigli, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in *DPCE Online*, 2020, p. 1533 ss.

Governo in sede di deliberazione dello «stato di guerra» (art. 78 Cost.). In nessuno dei due casi la Costituzione provvede a disciplinare i presupposti, gli organi, le procedure, i limiti e le garanzie circa l'eventuale ammissibilità della sospensione dei diritti fondamentali.

Nel quadro costituzionale italiano, occorre ricordare, tuttavia, che la lacuna normativa della fonte costituzionale non ha impedito alla Corte costituzionale di legittimare, in coincidenza con una fase di grave emergenza terroristica, la previsione di un termine di carcerazione preventiva eccezionalmente lungo[34].

Nella circostanza, la Corte ha preso atto dell'esistenza oggettiva dell'emergenza e ha osservato che «in quanto alla causa occasionale, esplicitamente indicata dallo stesso legislatore nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione, non può certo dubitarsi dell'esistenza e consistenza, della peculiarità e gravità del fenomeno che si intende combattere […]»[35]. Pertanto, «ne consegue che di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, quando la questione venga collocata in un quadro più ampio di quello offerto dall'ordinanza che l'ha sollevata, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»[36].

[34] Cfr. la sentenza n. 15 del 1982. In uno dei ricorsi dei giudici *a quibus*, si legge che «non é infondato il dubbio che siano stati travalicati quei "ragionevoli limiti senza l'osservanza dei quali la legge si pone in contrasto con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza". Il nostro ordinamento, ratificando la "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", ne ha recepito i criteri e, quindi, anche quello di cui all'art. 5, paragrafo 3, il quale prescrive testualmente che chiunque venga privato della libertà personale dev'essere giudicato entro un termine ragionevole, da valutarsi, secondo le pronunce della Commissione europea dei diritti dell'uomo, in base ad elementi concreti. E non può dirsi certo ragionevole una carcerazione preventiva che può complessivamente protrarsi sino a dieci anni ed otto mesi» (Punto 1 del Ritenuto in fatto). *Contra*, «l'Avvocatura contesta, una volta riconosciuta alla carcerazione preventiva la duplice finalità di assicurare la genuinità delle prove e la difesa sociale, che sia precluso al legislatore di prolungare i termini di durata massima anche in ordine ai procedimenti in corso, quando tale prolungamento sia richiesto dalle crescenti esigenze processuali» (Punto 1 del Ritenuto in fatto).

[35] La Corte ha anche precisato che «invero, si tratta di un fenomeno caratterizzato, non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali» (Punto 4 del Considerato in diritto).

[36] La Corte ha così deliberato che «conseguentemente, non può non riconoscersi che i limiti massimi della carcerazione preventiva […] valutati alla luce delle suesposte considerazioni, non possono considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali» nei procedimenti che hanno ad oggetto «i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell'ordine democratico» (punto 6 del Considerato in diritto).

La Corte non ha mancato di precisare, tuttavia, anche alcuni limiti intrinseci all'efficacia dell'emergenza quale fonte fatto, individuati nella temporaneità e nella garanzia del contenuto essenziale del diritto sottoposto a restrizione[37].

La Corte costituzionale italiana ha anche esercitato la propria competenza di scrutinio di legittimità in ordine alla sussistenza di circostanze di fatto suscettibili di qualificazione come «di straordinaria necessità e urgenza» ai fini dell'adozione di decreti aventi valore di legge e della successiva conversione in legge[38].

Nel sistema razionalizzato spagnolo – e in relazione alla gestione governativa dell'epidemia del Covid–19 attraverso l'attivazione del *estado de alarma* impugnato dall'opposizione parlamentare – il Tribunale costituzionale ha parzialmente invalidato l'atto in ragione del regime dei diritti fondamentali connesso a ciascuna delle situazioni d'eccezione previste[39].

---

[37] Così nel Punto 7 del Considerato in diritto: «A questo punto, però, si impongono due distinte, ma a ben guardare, convergenti precisazioni. Se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte - anche mediante lo spietato assassinio di "ostaggi" innocenti - e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, é una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo. Va poi osservato che, pur in regime di emergenza, non si giustificherebbe un troppo rilevante prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva, tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia».

[38] La sentenza n. 128 del 2008, citando una propria precedente decisione (n. 29 del 1995), ha affermato in proposito che «la preesistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura in primo luogo un vizio di illegittimità costituzionale del decreto-legge che risulti adottato al di fuori dell'àmbito applicativo costituzionalmente previsto». La Corte ha anche precisato che «lo scrutinio di costituzionalità "deve svolgersi su un piano diverso" rispetto all'esercizio del potere legislativo, in cui "le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti», avendo «la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali tale compito è predisposto"; ha aggiunto che "il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità" deve "risultare evidente", e che tale difetto di presupposti, "una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge" ed ha escluso, con ciò, l'eventuale efficacia sanante di quest'ultima, dal momento che "affermare che tale legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie"» (Punto 8.1 del Considerato in diritto). In relazione agli atti di gestione dell'epidemia del Covid-19 cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021.

[39] Nella sentenza n. 148 del 2021, il Tribunale costituzionale ha impostato il proprio ragionamento precisando che «*una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de "limitación" (o "restricción") es más amplio que el de "suspensión", como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico*» e riconoscendo che «*cabe pues diferenciar entre la suspensión de derechos fundamentales (imposible en principio para el estado de alarma, pero no para los de excepción y de sitio), y su eventual limitación extraordinaria en el de alarma*» (Punto 3 dei *Fundamentos jurídicos*).

I rilievi qui svolti, in sintesi, sono idonei a confermare e dare evidenza non solo alla piena compatibilità ma, anzi, ad una ancora più imprescindibile necessità – pur nella peculiarità del contesto – del controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti di governo delle situazioni di emergenza che richiedano la restrizione ovvero la sospensione dei diritti fondamentali, non solo nell'ambito degli ordinamenti che hanno razionalizzato la disciplina della materia – come in Germania e Spagna – ma anche in quelli, come quello italiano, nei quali la lacuna testuale richiede un'interpretazione sistematica conforme ai tratti distintivi della democrazia costituzionale liberale e democratica.

In altre parole, la gestione di una situazione di emergenza che incida sulla pienezza dei diritti non è di per sé sottratta al controllo giurisdizionale, che, tutto all'opposto, proprio in quelle circostanze si conferma essere tanto più sistematicamente funzionale alla garanzia della forma di stato costituzionale di diritto.

In tal senso, significativamente, si è espressa la Commissione di Venezia, la quale, in via generale, ha precisato che «*the security of the State and of its democratic institutions, and the safety of its officials and population, are vital public and private interests that deserve protection and may lead to a temporary derogation from certain human rights and to an extraordinary division of powers. However, emergency powers have been abused by authoritarian governments to stay in power, to silence the opposition and to restrict human rights in general. Strict limits on the duration, circumstance and scope of such powers is therefore essential. State security and public safety can only be effectively secured in a democracy which fully respects the Rule of Law. This requires parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse*»[40].

Paradossalmente, per quanto di per sé espressivo di una fase patologica di funzionamento del sistema, l'evenienza di situazioni eccezionali che richiedano un assetto variamente derogatorio è da considerare di carattere fisiologico, come dimostrato anche dalla espressa previsione di una clausola di esclusione della responsabilità per violazione della Convenzione da parte di Stati che abbiano fatto ricorso ad essa per la gestione di emergenze (sulla quale avremo modo di soffermarci in seguito)[41].

---

[40] Si veda *European Commission for Democracy Through Law*, *Compilation of Venice Commission, Opinions and Reports on states of emergency*, Study 987/2020, Strasbourg, 2020, p. 4. La Commissione ha altresì precisato che «*legislative control may not be sufficiently effective in practice to curb the abuse of executive power. Therefore, in a State based on the rule of law, legislative control must be supplemented by appropriate and effective means of judicial control*», *ibidem*, p. 19; inoltre, con riguardo ad una questione specifica (la disciplina del coprifuoco) la Commissione ha enunciato un principio di interpretazione restrittiva («*since the curfew system is by its very nature an exceptional measure entailing restrictions to fundamental rights, the texts governing it must be interpreted narrowly, in terms both of substance and of competence and scope*»), *ibidem*, p. 25.

[41] Questo è il testo dell'art. 15, comma 1° ("*Derogation in time of emergency*") della CEDU: «*In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law*»).

3. La Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau quali atti politici di reazione alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di governo dell'immigrazione e dell'asilo

Si tratta ora di combinare i rilievi svolti nel paragrafo precedente con gli interventi politici di impatto internazionale già indicati in sede introduttiva, ossia la Lettera aperta quale prima fase di impulso politico e la successiva Dichiarazione di Chisinau del Comitato dei Ministri.

Quegli interventi rappresentano una chiara manifestazione della tensione fra interpretazione e politica che incide, su iniziativa degli Stati contraenti quali soggetti politici, sull'attività interpretativa dei giudici della Corte EDU e propone, pertanto, un trasferimento nella sfera del diritto internazionale di modelli di interazione dialettica già ampiamente sperimentati nei contesti di diritto interno. Questa dimensione sembra idonea a confermare che si tratta di una tensione strutturale ed immanente alla distinta ratio funzionale del legislatore e del giudice.

In via preliminare, pertanto, giova procedere ad una succinta ricognizione del contenuto di tali atti di natura politica, che consentirà in seguito di dare fondamento testuale alla successiva valutazione critica della circostanza.

3.1. La Lettera aperta

L'oggetto dell'iniziativa di una Lettera aperta – elaborata e diffusa su iniziativa degli Esecutivi di Danimarca e Italia e sottoscritta da altri sette Governi di Stati contraenti della CEDU, in data 22 maggio 2025, è duplice: in primo luogo, l'esposizione di una forte critica dell'interpretazione della CEDU in tema di immigrazione da parte della Corte di Strasburgo e, in secondo luogo, la presentazione di una proposta circa l'avvio di un dibattito – "*new and open minded*" – su un'interpretazione della CEDU che sia adeguata alle attuali circostanze storiche[42].

Dunque, il *focus* unico e principale dell'iniziativa si conferma essere l'interpretazione della Corte EDU in materia di immigrazione, ovvero – come si vedrà – la garanzia dei diritti degli immigrati rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza degli Stati[43].

[42] A titolo informativo, ricordiamo anche un ulteriore documento politico dal medesimo tenore sostanziale (*a joint statement*) riferito a ventisette Ministri della Giustizia, adottato il 10 dicembre 2026, rinvenibile in https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-to-the-conference-of-ministers-of-justice-of-the-council-of-europe, su cui cfr. S. Coen – T. Magioglou, *A Statement Built on Shaky Ground: Unveiling the Controversial Assumptions in the 27 Countries' Statement*, in *ECHR Blog*, April 10, 2026.

[43] Per commenti, per lo più critici, sulla Lettera aperta si rinvia a L. Riemer – L. Acconciamessa, *From "Original Intentions" to "Unforeseeble Change of Circumstances": The 2025 Escalation of Pressure Towards the*

Tanto la critica, quanto la proposta sono evidentemente inquadrate in un contesto nel quale molta enfasi dichiarativa viene investita da parte dei firmatari nel ribadire la continuità della fiducia nell'architettura di protezione dei diritti fondamentali degli individui espressa dalla CEDU e affidata, in conformità ai principi di *rule of law*, alla Corte istituita *ad hoc*[44].

Nella Lettera aperta, si precisa la trasversalità politica dell'iniziativa e se ne valorizza la valenza istituzionale e non partigiana[45]. Si sostiene, altresì, che la responsabilità di governo induce a riconoscere che le vigenti fonti di diritto internazionale – non specificamente indicate – risalgono al clima del dopoguerra e non sono adeguate al tempo corrente: «*What was once right might not be the answer of tomorrow*». Di conseguenza si ribadisce che occorre prendere atto dei nuovi caratteri della realtà rappresentata dalla consistenza del fenomeno della mobilità umana[46].

Si introduce, in tal modo, il presupposto principale che giustifica l'intervento dei Governi: sia l'immigrazione, di per sé – della quale si ammettono anche aspetti positivi[47] –, sia, e soprattutto, l'immigrazione irregolare, che viene generalmente e genericamente identificata con la criminalità[48]. Si percepisce chiaramente, inoltre, il pregiudizio circa non solo l'estraneità culturale degli immigrati ma, in particolare, circa una presunta lucida e volontaria propensione criminale[49].

ECtHR, in *EJIL Talk*, 11-01-2026; S. Coen – T. Magioglou, *A Media Psychological Analysis of the Open Letter of Nine European States on the ECHR*, in *ECHR Blog*, 11 June 2025; M. Vishchyk, J, Pizzi, *Governments' Démarche against the ECtHR: Room for Discussion or Threats to Judicial Integrity*, in EJILS Talk, June 16, 2025: A. Steininger, *On the May 2025 Danish-Italian Public Letter to the ECtHR,* in *VB*, 2 Juni 2025; D. Venuti, *Recent challenges to the Judicial independence of the European Court of Human Rights: rationale and available remedies*, in DPCE Online, 4/2025, p. 1896 ss.

[44] Nel testo, infatti, si afferma che tutti i firmatari «*share a firm belief in our European values, the rule of law and human rights. We are committed to a rule-based international order. We believe deeply in the inviolable dignity of the individual and in the role of multilateral institutions, including the UN, the EU and NATO. We are leaders of societies that safeguard human rights. Rights and values that are both crucial and fundamental and which constitute cornerstones of our democratic societies*».

[45] Così il testo: «*We also share a strong sense of commitment to our countries and feel a great responsibility for our societies. We belong to different political families and hail from different political traditions*».

[46] Si sostiene, infatti, che «*the world has changed fundamentally since many of our ideas were conceived in the ashes of the great wars. The ideas themselves are universal and everlasting. However, we now live in a globalized world where people migrate across borders on a completely different scale*».

[47] Viene riconosciuto che «*many have come here via legal pathways. They have learned our languages, believe in democracy, contribute to our societies and have decided to integrate themselves into our culture*».

[48] Questo il testo dell'accusa generalizzata: «*Over the past decades, irregular migration has contributed significantly to the immigration to Europe […] Others have come and chosen not to integrate, isolating themselves in parallel societies and distancing themselves from our fundamental values of equality, democracy and freedom. In particular, some have not contributed positively to the societies welcoming them and have chosen to commit crimes. It is beyond our comprehension how some people can come to our countries and get a share in our freedom and our vast range of opportunities, and, indeed, decide to commit crimes. Although this concerns only a minority of immigrants, it risks undermining the very foundation of our societies. It harms the trust between our citizens and it harms the trust in our institutions*».

[49] Del testo richiamato nella nota precedente si sottolineano espressioni palesemente orientate in tal senso: «*have … chosen not to integrate*»; «*distancing themselves*»; «*have chosen to commit crimes*»; «*decide to commit crimes*».

A fronte di tale pericolo, la Lettera aperta celebra l'impegno dell'adozione di nuove politiche statuali di gestione, contenimento e repressione del fenomeno che, nondimeno, rimane una minaccia[50].

In questo quadro, parte la critica alla Corte di Strasburgo quale ostacolo improprio all'attuazione di tali politiche[51]: «*We believe that the development in the Court's interpretation has, in some cases, limited our ability to make political decisions in our own democracies. And thereby affected how we as leaders can protect our democratic societies and our populations against the challenges facing us in the world today*». In particolare, la prassi dell'espulsione degli immigrati irregolari (già identificati come criminali *tout court*) viene qualificata come necessaria e strumentale rispetto alla sicurezza e si concentra il biasimo sulla giurisprudenza della Corte EDU che non ne asseconda la priorità[52].

La censura nei confronti della Corte è motivata proprio dalla necessità di far sì che si inverta la priorità fra sicurezza, da un lato e, dall'altro, la posizione degli immigrati irregolari con riguardo all'espulsione: «*in our opinion, safety and security for the victims and the vast majority of law-abiding citizens is a crucial and decisive right. And, as a general rule, it should take precedence over other considerations*». E, di conseguenza, si invoca espressamente il riconoscimento dell'asserzione secondo la quale «*on this basis, we – the signatories of this letter – agree that the safety and stability of our own societies should have the highest priority*»[53]. La sollecitazione verso una maggiore attenzione alla tutela dell'ordine e della sicurezza comporta altresì lo spostamento del baricentro delle deliberazioni in materia dalla sede giurisdizionale europea alla dimensione nazionale (non si specifica se in via giurisdizionale o solo amministrativa).

---

[50] Queste le parole: «*Fortunately, in some areas, we are moving in the right direction. Many European countries have chosen to tighten their national policies on irregular migration. A majority of EU Member States are ready to consider new solutions to Europe's challenges with migration. These are crucial steps and we should continue this work. Because there is much more to be done before Europe regains control of irregular migration*».

[51] Così si esprime la Lettera aperta: «*However, as leaders, we also believe that there is a need to look at how the European Court of Human Rights has developed its interpretation of the European Convention on Human Rights. Whether the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention too far as compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests which should be protected*».

[52] Si riferisce, infatti, senza un richiamo espresso alla rilevante giurispruduenza convenzionale, che «*we have seen, for example, cases concerning the expulsion of criminal foreign nationals where the interpretation of the Convention has resulted in the protection of the wrong people and posed too many limitations on the states' ability to decide whom to expel from their territories*».

[53] La sollecitazione viene concretizzata con riferimento ad alcune ipotesi espresse: «*We should have more room nationally to decide on when to expel criminal foreign nationals. For example, in cases concerning serious violent crime or drug-related crime. By its nature such crime always has serious implications for the victims. We need more freedom to decide on how our authorities can keep track of for example criminal foreigners who cannot be deported from our territories. Criminals who cannot be deported even though they have taken advantage of our hospitality to commit crime and make others feel unsafe. We need to be able to take effective steps to counter hostile states that are trying to use our values and rights against us. For example, by instrumentalizing migrants at our borders*».

La Lettera aperta, nelle sue battute conclusive, ammette che si tratta di una «*sensitive discussion*» e si preoccupa ancora una volta di prevenire le prevedibili accuse[54]. Non senza ricorrere ad una nota di populismo[55], infine, si precisa ancora una volta sia l'obiettivo intermedio di avviare una riflessione sull'interpretazione della CEDU, sia l'obiettivo finale: «*We have to restore the right balance*».

Fin qui la presentazione del testo della Lettera aperta, il cui disegno è destinato ad essere completato dalla Dichiarazione di Chisinau dell'anno successivo. Tuttavia, essa è senz'altro già meritevole, di per sé, di alcune brevi valutazioni, anche alla luce sia del significativo rigoroso silenzio ufficiale della Corte e dei suoi componenti a titolo individuale, sia, invece, della pronta reazione istituzionale da parte del Segretario Generale del Consiglio d'Europa[56]: nel testo della sua dichiarazione, riconosciuta la complessità del tema dell'immigrazione e richiamata la ragion d'essere genetica del sistema, coglie quello che, a nostro giudizio, è il nucleo centrale della vicenda, affermando che «*But clarity is essential. Upholding the independence and impartiality of the Court is our bedrock. Debate is healthy, but politicizing the Court is not. In a society governed by the rule of law, no judiciary should face political pressure. Institutions that protect fundamental rights cannot bend to political cycles. If they do, we risk eroding the very stability they were built to ensure. The Court must not be weaponized — neither against governments, nor by them*»[57].

Il messaggio centrale della Lettera aperta si individua nella volontà politica di manifestare un intervento fortemente critico sulla giurisprudenza della Corte EDU in tema di espulsione di immigrati irregolari, motivato dall'obiettivo di premere per un'interpretazione della CEDU basata sulla priorità della sicurezza dell'ordine pubblico interno su ogni altro valore in competizione e sulla correlata priorità della gestione del fenomeno su base statuale.

Si tratta, pertanto, di una sollecitazione collettiva alla Corte di Strasburgo ad adottare un'interpretazione delle fonti convenzionali che risulti funzionale prioritariamente al conseguimento di un obiettivo politico, che sia strumentale alla garanzia dell'effettività dei provvedimenti di espulsione anziché alla tutela dei diritti

[54] Si dice, infatti, che «*although our aim is to safeguard our democracies, we will likely be accused of the opposite*».

[55] Così ci sembra appropriato interpretare l'osservazione secondo cui «*in all modesty, we believe that we are strongly aligned with the majority of the citizens of Europe in our approach*». Nel medesimo senso anche l'insistenza sulla priorità della tutela delle vittime dei reati commessi dagli immigrati irregolari.

[56] Si veda *Alain Berset on the joint letter challenging the European Court of Human Rights*, in Newsroom - Portal, 24 maggio 2025: «*The European Court of Human Rights is not an external body. It is the legal arm of the Council of Europe — created by our member states, established by sovereign choice, and bound by a Convention that all 46 members have freely signed and ratified. It exists to protect the rights and values they committed to defend*».

[57] In conclusione, il Segretario Generale valorizza il ruolo esercitato dalla Corte («*The Court has brought its principles to life, guiding European states through threats to judicial independence, political turmoil, even war. In each case, it has served as a steady compass, upholding the rule of law and protecting individual rights within the system of checks and balances our states chose to build together*») e ne prospetta la continuità per il futuro («*As we face today's complex challenges, our task is not to weaken the Convention, but to keep it strong and relevant — to ensure that liberty and security, justice and responsibility, are held in balance. That is the legacy we inherit. And it is the duty we share*»).

degli immigrati irregolari rispetto ad atti non conformi alle fonti (la cui eventualità non viene mai neppure ipotizzata), che sia incline, infine, ad attenuare l'incidenza della tutela giurisdizionale internazionale rispetto alla sfera nazionale.

3.2. La Dichiarazione di Chisinau

Le parole finali della Lettera aperta dei nove Stati contraenti («*our countries will cooperate to further this ambition*») hanno avuto un seguito nella Dichiarazione di Chisinau adottata dal Comitato dei Ministri in occasione della sua riunione annuale[58].

Prima di riferire analiticamente circa il testo, giova anticipare un succinto giudizio di sintesi sulla Dichiarazione, osservando che – come ogni buon documento diplomatico – essa è configurata come una serie di affermazioni che rappresentano tanto la priorità istituzionale del Consiglio d'Europa di preservare l'integrità del sistema di garanzia dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU e affidato alla sua Corte, quanto la priorità politica degli Stati contraenti, nell'esercizio della propria sovranità, di poter dare esecuzione alla gestione degli immigrati irregolari, anche con riguardo ai provvedimenti di espulsione.

In altre parole – in entrambi i casi con ampio ricorso ad un linguaggio retorico e celebrativo dei ruoli distinti e contrapposti (sia della Corte, sia degli Stati) –, si conferma tanto la difesa dell'indipendenza e della pienezza del ruolo della giurisdizione, quanto le esigenze di tutela della discrezionalità politica degli Stati di attuare le proprie politiche di tutela della sicurezza a fronte del fenomeno dell'immigrazione irregolare senza subire le incognite dell'intervento giurisdizionale di protezione.

---

[58] Giova precisare che l'adozione della Dichiarazione rilevante in questa sede è risultata essere uno dei vari temi all'Ordine del Giorno di una regolare riunione periodica dei Ministri degli Esteri degli Stati contraenti, benché essa sia stata preceduta e preparata da una riunione ministeriale informale *ad hoc* in tema di immigrazione (10 dicembre 2025) la quale, fra l'altro, «*instructed the Steering Committee for Human Rights (CDDH) to prepare elements for a political declaration reaffirming the obligation to ensure the effective enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights to everyone within the jurisdiction of member States in the context of the contemporary challenges posed both by irregular migration and by the situation of foreigners convicted of serious offences, taking duly into account in particular governments' fundamental responsibility to ensure national security and public safety*». Il testo *Outcome document containing elements for a political declaration* dello *Steering Committee for Human Rights* è pubblicato come CDDH(2026)R3_EXTRA-Addendum, 20 March 2026. In proposito si veda L.R. Glas, *An Exceptional Ministerial Conference on the ECHR and 'Migration Challenges'*, in *ECHR Blog*, 11 December 2025; W. Benedek, *A Critical Look at the Implicit Messages in the CDDH Outcome Document with Elements for the Chişinău Declaration*, in *ECHR Blog*, April 16, 2026.

Si tratta, di conseguenza, di un atto politico di per sé non risolutivo – virtualmente coerente con un esito tutto diplomatico di tipo *win win* – destinato a rendere palesi i propri effetti in futuro, attraverso la verifica concreta *a posteriori* di una eventuale ed effettiva efficacia innovativa sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ovvero sul grado di osservanza del diritto convenzionale da parte degli Stati. Questi ultimi – e soprattutto i nove Stati firmatari della Lettera aperta – possono rivendicare il fatto in sé dell'adozione della Dichiarazione e della manifestazione delle proprie priorità condivise, mentre la Corte ottiene il risultato di una conferma dichiarativa del proprio ruolo di garanzia del diritto e dei diritti.

Il testo della Dichiarazione è diviso in 58 punti, anche molto concisi e puntuali, e può essere articolato in cinque parti, ciascuna delle quali è configurata in modo da riflettere le esigenze di equilibrio testé descritte.

Il Preambolo è caratterizzato soprattutto dalla retorica della garanzia giurisdizionale europea e dell'asserzione circa l'indipendenza della Corte ma occorre dare evidenza al suo riferimento conclusivo volto a sottolineare il valore dell'equilibrio ("*fair balance*") fra l'interesse generale e i diritti individuali[59].

In una prima parte, la Dichiarazione pone l'accento soprattutto sul ruolo degli Stati nell'assicurare l'attuazione della CEDU e la protezione dei diritti. Si fa riferimento, infatti, all'impianto sistematico dell'ordinamento e ad alcuni principi cardine, quali la responsabilità primaria degli Stati[60] e i loro compiti di attuazione[61], la non

[59] Così si esprime il Preambolo: «*Recalling the extraordinary contribution of the system established by the European Convention on Human Rights (the Convention) to the protection and promotion of human rights and the rule of law in Europe, as well as its central role in the maintenance and promotion of democratic security and peace throughout the Continent; Reaffirming the deep and abiding commitment of the States Parties to the Convention, and to the fulfilment of their obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention; Reaffirming also the States Parties' support for the independence of the European Court of Human Rights (the Court) and the integrity of the Convention system; Recalling that inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights* […]».

[60] Così il Punto 1 (*Primary responsibility*, Art. 1): «*States Parties to the Convention have the primary obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity*».

[61] Si veda il Punto 3 (*National implementation*): «*The overall human rights situation in Europe depends on States' actions and the respect they show for Convention requirements, which requires the engagement of and interaction between a wide range of actors to ensure that legislation and other measures and their application in practice comply fully with the Convention. It is important that the States Parties take into account the case law of the Court in a way that gives full effect to the Convention*».

discriminazione[62], la sussidiarietà e il margine di apprezzamento[63], l'effettiva disponibilità di rimedi nazionali efficaci[64].

Particolarmente rilevante appare la sollecitazione al funzionamento appropriato secondo lo "spirito" del sistema della CEDU – espresso attraverso il concetto di "responsabilità condivisa", nel quale tanto gli Stati, quanto la Corte agiscano in conformità al rispettivo ruolo e ciascuno rispetti pienamente il ruolo dell'altro. Giova porre in evidenza come, secondo la visione sistematica che il testo della Dichiarazione prospetta, alla Corte venga riconosciuta una funzione di "supervisione" rispetto all'attuazione diretta della CEDU da parte degli Stati, tale da consentirle di collocare il *focus* del proprio impegno nell'individuazione delle violazioni più gravi e frequenti, dei problemi sistemici e strutturali e delle importanti questioni di interpretazione ed applicazione della CEDU[65].

In una seconda parte, la Dichiarazione ribadisce e valorizza l'esercizio della funzione giurisdizionale svolto dalla Corte di Strasburgo, benché ancora una volta si combini il riferimento all'attività di risoluzione di controversie individuali con un richiamo alla sua "supervisione" circa l'attuazione della CEDU da parte degli Stati[66].

---

[62] Cfr. il Punto 2 (*Principle of non-discrimination*, Article 14): «*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention is subject to the principle of non-discrimination*».

[63] Come enunciato nei Punti 4 e 5 (*Subsidiarity / Margin of appreciation*): «4. *The Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level. National authorities, which are, in principle, better placed than an international court to evaluate local needs and conditions, enjoy a margin of appreciation when implementing the Convention at the national level, subject to the supervisory jurisdiction of the Court. The continuing further development of the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation by the Court in its jurisprudence is to be welcomed. 5. In accordance with the principle of subsidiarity and the concept of the margin of appreciation, there may be a range of different but legitimate solutions when applying certain Convention provisions, each of which could be compatible with the Convention depending on the context. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so*».

[64] Si veda il Punto 6 (*Effective remedies*, Art. 13): «*A central element of the principle of subsidiarity is the right to an effective remedy under Article 13 of the Convention. It is important that the States Parties provide domestic remedies, where necessary with suspensive effect, which operate effectively and fairly and provide a proper and timely examination of the issue of risk, in accordance with the Convention and in light of the Court's case law*».

[65] In tal senso si esprimono i Punti 7 e 8 (*Shared responsibility*): «7. *The notion of shared responsibility between the States Parties, the Court and the Committee of Ministers, along with the Parliamentary Assembly and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, is important to ensure the proper functioning of the Convention system. In this spirit of shared responsibility, it is crucial that the States Parties and the Court fulfil their respective roles, and that each fully respects the role of the other.* 8. *The roles of the Council of Europe Commissioner for Human Rights and of national human rights institutions and civil society organisations in monitoring compliance with the Convention and the Court's judgments are also to be recognised. 9. The Committee of Ministers underlines the need to secure an effective, focused and balanced Convention system, where the States Parties effectively implement the Convention at national level, and where the Court can focus its efforts on identifying serious or widespread violations, systemic and structural problems, and important questions of interpretation and application of the Convention*».

[66] Si vedano in tal senso soprattutto i Punti 10 e 11 (*Role of the Court*, Art. 19) e 14 (*Right of individual application*, Art. 34): «10. *The Committee of Ministers recalls the important achievements of the Court through its judgments and decisions in supervising compliance with the Convention and defending the values underpinning the Council of Europe.* 11. *The Court acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national*

Inoltre, si richiama l'attribuzione alla Corte della titolarità esclusiva della funzione interpretativa della Convenzione, secondo i criteri del diritto internazionale pubblico – forse posto in alternativa a dinamiche prossime al diritto costituzionale – e si ripete il mantra ripetitivamente utilizzato dalla Corte stessa per caratterizzare un'interpretazione di tipo evolutivo da radicare alle sfide nuove quali delineate dagli Stati.

In tale contesto, la Dichiarazione valorizza la chiarezza e la coerenza della giurisprudenza, a vantaggio sia dei giudici nazionali, sia degli eventuali ricorrenti e rappresenta la posizione del Comitato dei Ministri in favore di un'interpretazione "attenta ed equilibrata"[67]. In ogni modo, si ribadisce l'obbligo degli Stati contraenti circa la puntuale esecuzione delle decisioni della Corte «in tutti i casi nei quali essi sono parti», forse per attenuare l'efficacia di fatto *erga omnes* delle sentenze di Strasburgo[68].

Dopo i temi trattati nelle prime due parti introduttive della nostra divisione ideale del testo della Dichiarazione, l'attenzione del documento si sposta, in terzo luogo, sulla materia cruciale dell'immigrazione e, in questo ambito, sui temi dell'espulsione degli irregolari e della configurazione della fattispecie della proibizione della tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione.

Anche in questo contesto, la Dichiarazione procede con la medesima tecnica espositiva che accompagna, da un lato, una reiterata continuità dell'impegno degli Stati a rispettare la Convenzione e, esplicitamente, i diritti degli immigrati che, in maggioranza, non costituiscono un problema e, dall'altro, la conferma dell'ipotesi di un giudizio circa la mancata corrispondenza della Convenzione stessa con l'attualità dei problemi legati all'immigrazione, a fronte della sovranità degli Stati quanto all'elaborazione ed attuazione delle proprie politiche dell'immigrazione e alla selezione dell'accesso nel territorio nazionale (ovviamente, si precisa, in conformità con la CEDU). Anche in questo caso è presente un elemento di retorica populista, in tanto in quanto si insinua la possibilità di un calo della fiducia pubblica nel sistema della

level and may deal with a case only after all domestic remedies have been exhausted. It does not act as a court of fourth instance" […] 14. *The Committee of Ministers reaffirms the States Parties' strong attachment to the right of individual application to the Court as a cornerstone of the system for protecting the rights and freedoms set forth in the Convention*».

[67] Cfr. il testo dei Punti 12 e 13 (*Jurisdiction of the Court / Interpretation*, Art. 32): «12. *The Court authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Convention is interpreted as a living instrument, giving appropriate consideration to present-day conditions, which ensures its applicability in response to novel challenges*. 13. *It is important that the judgments of the Court are clear and consistent. This promotes legal certainty, helps national courts apply the Convention more precisely, and helps potential applicants assess whether they have a well-founded application. The Committee of Ministers expresses its continued appreciation for the Court's efforts to ensure the clarity and consistency of its case law and that the interpretation of the Convention proceeds in a careful and balanced manner*».

[68] Così il Punto 15 ("*Execution of judgments*", Art. 46): «*The full, effective and prompt execution of the Court's judgments and the effective supervision of that process are of fundamental importance to ensuring the long-term sustainability, integrity and credibility of the Convention system. The Committee of Ministers reaffirms the States Parties' unconditional obligation to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties*».

CEDU (dunque, è da ritenere, tanto nelle norme quanto nella loro applicazione da parte della Corte)[69].

La Dichiarazione focalizza i problemi generali legati all'espulsione e all'estradizione e incoraggia gli Stati ad elaborare una disciplina specifica conforme ai diritti previsti dalla Convenzione, anche con riguardo ai suoi articoli 3 (divieto di sottoposizione a tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare)[70].

Per quanto concerne l'art. 3 (che, ricordiamo, viene espressamente qualificato come intangibile anche in situazioni di emergenza ex art. 15 CEDU), la Dichiarazione – dopo aver asserito che il livello minimo perché si abbia un trattamento inumano o degradante è relativo e dipende dalle circostanze del caso – esprime la preoccupazione del Comitato dei Ministri circa la possibilità che la tutela giurisdizionale contro un'estradizione che, nel Paese di destinazione possa produrre la sottoposizione a pene inumane o degradanti, si traduca in una sostanziale impunità per crimini commessi, risultato che dovrebbe essere evitato, in conformità con la CEDU[71].

---

[69] Si vedano in proposito, sotto il titolo generale di «*Specific migration-related issues*" i Punti dal 16 al 19: «16. *There are significant, complex, migration-related challenges in various member States which were either unforeseen at the time the Convention was drafted or have evolved significantly since then. The failure to address these challenges adequately may weaken public confidence in the Convention system*. 17. *The majority of migrants residing legally in the States Parties contribute positively to the receiving societies. Migrants' fundamental rights and freedoms must be respected and protected in accordance with the principle of non-discrimination*. 18. *States Parties have the undeniable sovereign right to decide on and control foreign nationals' entry into and residence in their territory. They have the right to establish their own immigration policies, potentially in the context of bilateral or regional co-operation, and pursue immigration control as a public interest. However, these rights must be exercised in accordance with the provisions of the Convention*. 19. *It is an obligation and a necessity for States Parties to protect their borders in compliance with Convention guarantees, which may include putting arrangements in place at their borders designed to allow access to their national territory only to persons who fulfil the relevant legal requirements*».

[70] Si vedano i Punti 20 e 21 ("*Expulsion & extradition*"): «20. *The inability to expel or extradite an individual convicted or charged with a serious offence can lead to significant challenges for States, including in relation to their fundamental duty to guarantee the right to everyone within their jurisdiction to live in peace, freedom and security, notably by protecting public safety and national security and preventing disorder and crime*. 21. *The States Parties are encouraged to develop and clarify domestic frameworks ensuring the effective and context-specific application of the relevant Convention rights, including Articles 3 and 8, in cases involving expulsion and extradition*».

[71] Così si esprimono i Punti dal 22 al 24: «22. *It must be emphasised that the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment under Article 3 of the Convention is absolute. It permits no derogation, contains no exceptions, and allows for no legitimate interference*. 23. *The absolute prohibition of inhuman or degrading treatment or punishment reflects that it relates to the most serious forms of ill-treatment. The minimum level of severity of ill-treatment that constitutes inhuman or degrading treatment or punishment must therefore remain high and constant, and be clearly and consistently applied at all levels, avoiding unnecessary constraints on decisions to extradite, or to expel foreign nationals. The assessment of the minimum level of severity of ill-treatment that constitutes inhuman or degrading treatment or punishment is relative and depends on all the circumstances of the case*. 24. *The Committee of Ministers is concerned that, as recognised by the Court, where a person cannot be extradited to face trial or serve a penal sentence for a serious offence, this may give rise to impunity, allowing a person to evade justice in a country in which they have committed an offence, simply by virtue of having left that country. All possible steps must therefore be taken to avoid this, consistent with Convention obligations*».

In questo ambito, si procede ad una serie di precisazioni destinate ad incidere in senso restrittivo della garanzia ed espansivo dei margini di conformità dei provvedimenti di estradizione con la CEDU. Ad esempio, le deficienze del sistema sanitario del Paese di destinazione non possono essere fatte rientrare nel divieto di cui all'art. 3[72]. Altrettanto si precisa per quanto concerne la valutazione – ai fini dell'art. 3 – dell'impatto di un cumulo di fattori sociali ed economici ma non di uno soltanto di questi ultimi sulla condizione dell'espulso, circostanza che richiede un inquadramento che possa orientare la verifica da parte di tribunali e autorità nazionali[73].

Un ulteriore richiamo all'opportunità di un orientamento per questi ultimi circa l'atteggiamento della Corte EDU viene espresso con riguardo a provvedimenti di espulsione o estradizione verso Stati che rivendichino una lunga storia di rispetto per la democrazia, i diritti dell'uomo e il principio di *rule of law*, in sintonia, del resto, con la giurisprudenza di Strasburgo[74]. In tale prospettiva, la Dichiarazione riconosce che si possa dare credito ad assicurazioni diplomatiche provenienti – è da intendersi – dagli Stati di destinazione[75].

È significativo osservare – anche in vista dell'invito finale a rafforzare il dialogo fra giudici – come la Dichiarazione si rivolga, in realtà, anche a tribunali e autorità nazionali al fine di dare concretezza al principio della responsabilità condivisa[76].

L'ulteriore tema destinatario di un approfondimento specifico concerne l'espulsione, anche sotto il profilo del rischio di incidere sul rispetto della vita privata e familiare dell'immigrato, atteso che il provvedimento lesivo è subordinato al rispetto

---

[72] Si veda in proposito il Punto 25: «*Where an individual is being expelled or extradited, the quality of accessible healthcare in the receiving State should only give rise to a real risk of treatment contrary to Article 3 in very exceptional circumstances described in the Court's case law. There is no obligation for the returning State to alleviate the disparities between its own healthcare system and the level of treatment existing in the receiving State*».

[73] Questo il testo del Punto 26: «*Where an individual is being expelled, the domestic courts and authorities in this context may benefit from further guidance on how to assess a range of individual socio-economic factors under Article 3 that may have a negative impact on that individual's situation, but do not each in isolation amount to inhuman or degrading treatment, and on the role the general socioeconomic situation in the receiving country plays in that assessment*». Altrettanto si precisa per quanto concerne le condizioni di detenzione nello Stato di destinazione, come indicato nel Punto 27 («*Domestic courts and authorities may benefit from further guidance specifically on how cumulative circumstances in detention may, taken together, amount to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention, in violation of Article 3*»).

[74] Su veda il Punto 28: «*The Court has rarely found that there would be a violation of Article 3 if an applicant were to be expelled or extradited to a State which had a long history of respect for democracy, human rights and the rule of law. The Convention does not purport to be a means of requiring the States Parties to impose Convention standards on other States*».

[75] Così si precisa nel Punto 30: «*Recourse to diplomatic assurances may obviate a risk of violation of Article 3 following expulsion or extradition*».

[76] In materia si rinvia al Punto 29: «*In light of the foregoing, caution should be exercised when applying case law of the Court, including by the domestic courts, concerning the situation in a State Party when assessing whether the expulsion or extradition of an individual to a non-State Party would violate a State's obligations under Article 3 of the Convention. In particular, domestic courts and authorities, when assessing whether conditions in a non-State Party, such as detention conditions or access to socio-economic support, may amount to a violation of Convention rights, may benefit from further guidance on how to apply judgments of the Court concerning conditions in States Parties*».

della legge, deve essere necessario in una società democratica ed essere finalizzato al perseguimento di un obiettivo legittimo, come specificato all'art. 8 CEDU, che – giova osservare – non è sottratto agli effetti sospensivi di una dichiarazione di emergenza *ex* art. 15 CEDU. A maggior ragione, di conseguenza, occorre individuare un giusto equilibrio fra i diritti individuali e i rilevanti interessi pubblici di difesa della libertà e della sicurezza degli Stati contraenti[77].

La Dichiarazione richiama ancora una volta il rapporto di sussidiarietà fra il sistema CEDU e il ruolo degli Stati, le cui autorità, in linea di principio, sono competenti e si trovano in una posizione migliore di quella di una corte internazionale per valutare le situazioni locali e operare il giudizio di equilibrio, alla luce dei criteri contenuti nella giurisprudenza della Corte che riconosce la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento da parte delle autorità nazionali e soprattutto delle rispettive giurisdizioni[78].

All'interno di tale rapporto di sussidiarietà, un giudizio di ri-equilibrio fra giurisprudenza convenzionale e nazionale richiede una forte motivazione e, in particolare, la Corte di Strasburgo, qualora intervenga sulle giurisdizioni nazionali, deve palesare la conoscenza delle specificità e delle tradizioni del sistema nazionale coinvolto e «fornire una piena e chiara spiegazione delle proprie ragioni»[79]. In altre parole, secondo la Dichiarazione, il principio di sussidiarietà comporterebbe un'inversione dell'onere di motivazione a carico della Corte EDU.

La parte della Dichiarazione dedicata ai contenuti del fenomeno dell'immigrazione viene completata con riferimento a due ordini di considerazioni che danno evidenza alle dinamiche di evoluzione del fenomeno stesso: in primo luogo,

---

[77] Il testo del Punto 31 precisa: «*Article 8 allows public authorities to expel a foreign national from their territory even though such a measure may interfere with their right to respect for private and family life, so long as such interference is in accordance with the law and necessary in a democratic society in pursuit of a legitimate aim. Legitimate aims that may justify interference are national security, public safety or the economic well-being of the country, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others. The right balance must be struck between individual rights and interests and the weighty public interests of defending freedom and security in the societies of the States Parties*».

[78] Così si esprime il Punto 32: «*The Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level. National authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. It is primarily for the national authorities to carry out the balancing exercise, in light of the criteria stemming from the Court's case law, and assess whether there are relevant and sufficient reasons for expelling a foreign national that may pose a threat to public order and national security from their territory, including the weight they attach to the nature and seriousness of the crime committed by them. In matters relating to national security, the Court has noted that national authorities enjoy a wide margin of appreciation and that significant weight must be attached to the judgment of the domestic authorities, and especially of the national courts, which are better placed to assess relevant evidence*».

[79] Questo il testo della sollecitazione di cui al Punto 33: «*According to the case law of the Court, where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts. If the Court finds that there are strong reasons to substitute its assessment for that of national authorities, it is important that the Court makes clear its awareness of the particularities of national legal systems and traditions, including for example the extent to which the length of a sentence of imprisonment reflects the seriousness of an offence, and fully and clearly explains its reasons*».

l'esperienza degli "arrivi di massa", che rappresenta una seria minaccia per gli Stati di primo approdo per mare, come la Corte stessa ha riconosciuto, oltre che un pericolo per la vita stessa degli immigrati irregolari e dei richiedenti asilo. Questa situazione richiede attività coordinate per la prevenzione dei trasferimenti irregolari e si citano gli *standards* del Consiglio d'Europa[80].

Il secondo sviluppo del fenomeno che viene evocato è quello della "strumentalizzazione" dei movimenti migratori da parte di Stati ostili allo scopo di provocare cause di instabilità di Stati e democrazie europee. La rilevanza di questa nuova minaccia del contesto geopolitico e di sicurezza si riflette – oltre che sull'origine di crisi umanitarie nel cui ambito gli immigranti irregolari sono le vittime – sul rischio di compromettere il sostegno per il sistema CEDU e la sua integrità. La realtà della strumentalizzazione da parte di Stati ostili contrappone la tutela generale dei diritti delle persone e la protezione dei confini nazionali e della sicurezza e dell'ordine pubblico ed evoca necessariamente il concetto di "democrazia capace di difendere sé stessa", quale elaborato dalla Corte di Strasburgo[81].

In tal senso, la Corte ribadisce che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle realtà odierne e della necessità di essere applicato in risposta alle sfide presenti. La CEDU, infatti, non opera in un vuoto e il peculiare contesto deve essere tenuto presente nella fase della valutazione della conformità dell'azione degli Stati alle obbligazioni scaturenti dalla CEDU[82].

---

[80] Si vedano in proposito i Punti dal 34 al 36 della Dichiarazione: «34. *The arrival of large numbers of migrants represents a complex and evolving challenge for frontline States, including to their sovereign right to protect national borders and decide who legally enters the territory and their fundamental responsibility to ensure national security and public safety. Irregular arrivals by sea represent a major risk of life for irregular migrants and a significant reduction in irregular maritime crossings may result in a reduction in the loss of lives at sea.* 35. *States Parties must respond to such situations in conformity with their Convention obligations. The Court has acknowledged that frontline States experience considerable difficulties in coping with increasing influxes of migrants and asylum seekers and has expressly recognised the burden and pressure this places on them.* 36. *There is a need to step up operational co-operation to prevent irregular migration and promote returns and to strengthen national measures and international co-operation against the human trafficking and migrant smuggling networks involved in mass arrivals. Council of Europe standards in this area*».

[81] Si veda il testo del Punto 37 («*Instrumentalisation of migration may be taken to refer to situations where migratory movements, including unlawful border crossings, are deliberately facilitated, encouraged or exploited by a hostile State or other actor, in some cases involving the use of force, with the aim of exerting pressure on, destabilising or undermining another State and European democracies. It can be seen as a new contemporary phenomenon which has emerged in a specific geopolitical and security context, posing particular challenges for territorial integrity and national security, and risks undermining support for and the integrity of the Convention system*») e del Punto 38: «*The Committee of Ministers notes with concern that instances of instrumentalisation by a hostile State or other actor may result in acute humanitarian crises, leaving migrants stranded at borders where they may be at significant risk of becoming victims of violence, exploitation, trafficking, smuggling, or inhuman or degrading treatment, without adequate protection or assistance. Migrants involved in instrumentalised migratory movements are entitled to respect for and protection of their rights under the Convention and other European and international law, subject to limitations permitted under the Convention and other European and international law. The conduct of the individuals involved in attempts to irregularly cross the State border may be relevant in assessing the State's compliance with certain Convention obligations*».

[82] Si vedano i seguenti Punti del testo: «39. *Instrumentalisation of migration creates challenges with respect to States Parties' fundamental duty to protect everyone within their jurisdiction, to protect their borders and to maintain*

La ricostruzione delle criticità del contesto che derivano dallo sviluppo dei fenomeni dell'immigrazione irregolare e della ricerca di asilo conduce la Dichiarazione a sollecitare gli Stati a porre in essere processi decisionali corretti, chiari, predicibili e tempestivi, idonei a permettere tanto un'efficace applicazione di decisioni legittime quanto l'accesso a rimedi efficaci e al controllo giurisdizionale[83]. Si forniscono altresì suggerimenti per la gestione di alti numeri di richieste di asilo o di casi di immigrazione affidati a procedure sia ordinarie che accelerate, senza pregiudizio per il principio generale di un procedimento decisionale di natura individuale[84].

La quarta parte della Dichiarazione sulla quale si riferisce concerne la prospettazione di orientamenti per il futuro, fondati sulla comunicazione di nuove impostazioni per superare con equilibrio i problemi enunciati.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di profili di gestione innovativi, si afferma che l'adozione di proprie politiche di governo dell'immigrazione, inclusive di forme di cooperazione con Stati terzi, rientra nella disponibilità degli Stati contraenti a condizione che sia garantita la continuità del proprio adempimento delle obbligazioni previste dalla Convenzione[85]. In particolare, si riconosce che gli Stati più esposti ad arrivi di massa possano applicare prassi innovative finalizzate al governo e potenzialmente alla prevenzione dell'immigrazione irregolare. Diversi Stati contraenti hanno individuato forme di gestione delle domande di protezione internazionale presso Stati terzi, presso "*return hubs*" collocati in Stati terzi e attraverso la collaborazione con i Paesi di transito. Si riconosce quanto sia importante assicurare

national security and public order. The concept of "democracy capable of defending itself," as developed in the case law of the Court, may be relevant when States Parties face instrumentalisation of migration. A hostile State or other actor cannot be allowed to undermine European democracies and the values on which the Convention is founded and to abuse the system that it was established to protect»; e «40. *The Convention is a living instrument: it is interpreted in the light of present-day realities and remains applicable in response to novel challenges. It does not operate in a vacuum: when assessing the compliance of State authorities with their obligations, the concrete context in which they act forms part of the overall assessment required under the Convention. The States Parties look forward to receiving guidance from the Court regarding the application of the Convention in this context*».

[83] Così, irenicamente, dice il Punto 41: «*Member States are encouraged to ensure that migration-related decision-making processes are fair, clear, predictable and timely, enabling the effective enforcement of lawful decisions while ensuring access to effective remedies and judicial oversight in accordance with the Convention. Situations of mass irregular arrivals create challenges for national asylum systems, including decision-making processes on claims for international protection*».

[84] Si vedano in tema i Punti da 42 a 44: «42. *In this connection, the 2009 Committee of Ministers' Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, as may be applied for example to clearly well-founded or clearly unfounded cases, may be recalled.* 43. *The use of country information and guidance, such as that relating to the situation of particular groups of people in a country, may facilitate the more efficient consideration of large volumes of asylum applications, whether in normal or accelerated procedures, without prejudice to the general principle of individualised decision-making.* 44. *Further intergovernmental co-operation and guidance may be needed on how large volumes of decisions in migration cases, whether in normal or exceptional circumstances, can be taken efficiently, fairly and consistently with Convention obligations*».

[85] Così prospettato, in via generale, nel Punto 45: «*States Parties may establish their own immigration policies, which may include co-operation with third countries, provided that they continue to fulfil their Convention obligations*».

procedure corrette ed efficienti per il rientro di chi non si trovi in situazioni che richiedano la protezione internazionale[86].

Le asserzioni conclusive della quinta ed ultima parte che abbiamo individuato nel testo della Dichiarazione combinano il riconoscimento della criticità assunta dal fenomeno di massa dell'immigrazione irregolare e delle richieste di asilo con il conseguente impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulla gestione del fenomeno stesso.

La Dichiarazione esprime un orientamento che offre alcuni suggerimenti – anche molto concreti – sul funzionamento del sistema CEDU e che possiede, a nostro giudizio, un significativo valore sistematico sul rapporto fra politica e giurisdizione. Più che ribadire la validità del sistema CEDU di per sé, infatti, la Dichiarazione pone l'accento sull'importanza di rafforzare la fiducia pubblica in quest'ultimo, muovendo dall'implicito assunto per il quale il sistema CEDU possa essere percepito come un ostacolo alla gestione del fenomeno migratorio in tutti i suoi aspetti. Sotto questo profilo, la Dichiarazione, a nostro giudizio, avalla una visione populista delle dinamiche in corso. Per salvare il sistema di garanzia giurisdizionale presso la pubblica opinione, in altre parole, occorre che l'ambito di intervento di quello stesso sistema venga ristretto.

L'enfasi del messaggio contenuto nella Dichiarazione viene collocata sul dialogo aperto fra i principali soggetti del sistema, quale la Corte di Strasburgo e gli Stati contraenti, finalizzato ad una migliore comprensione del rispettivo ruolo nel dare attuazione alla rispettiva responsabilità condivisa nell'applicazione della Convenzione[87].

La Dichiarazione precisa alcune modalità attraverso le quali potenziare tale dialogo: ad esempio, attraverso un'intensificazione della partecipazione in qualità di terzi interessati ai procedimenti in corso di fronte alla Corte di Strasburgo che, si osserva, quest'ultima ha apprezzabilmente favorito nei casi di fronte alla *Grand Chamber*. Gli Stati sono sollecitati a coordinarsi in tale direzione per rafforzare la propria capacità di incidere quando si tratti di affrontare la soluzione di questioni di principio[88].

---

[86] Cfr. i Punti 46 e 47: «46. *It is important that States, including those that are exposed to mass arrivals, can pursue new approaches to address and potentially deter irregular migration. Amongst the forms of new approaches that have been envisaged by several member States are processing requests for international protection in a third country, third country "return hubs", and co-operation with countries of transit*. 47. *It is important to ensure fair and efficient procedures for the return of persons found not to be in need of international protection*».

[87] Sul rilievo del dialogo, in via generale e preliminare, si veda il Punto 48: «*It is important to maintain open, informed and constructive dialogue and communication on the functioning of the Convention system in a manner that strengthens public confidence in the protection of human rights, upholds the rule of law, and enhances trust in the Convention framework as a whole. The ongoing open dialogues between the Court and States Parties as a means of developing an enhanced understanding of their respective roles in carrying out their shared responsibility for applying the Convention are to be welcomed and encouraged*».

[88] In argomento si veda il Punto 49: «*An important way for the States Parties to engage in a dialogue with the Court is through third-party interventions. The States Parties, as well as other stakeholders, are encouraged to*

Ricordiamo che l'intervento di terzi è previsto in favore sia di Stati contraenti che di soggetti della società civile organizzata e può rivelarsi anche molto incisivo al fine della verifica dell'esistenza (o meno) di uno specifico "consenso europeo" in rapporto all'interpretazione condivisa anche di singole disposizioni della Convenzione. Il risultato di tale verifica si traduce nel riconoscimento dell'idoneità del "consenso europeo" ad escludere la responsabilità dello Stato convenuto per violazione della CEDU[89].

Oltre a riferirsi congiuntamente agli Stati contraenti e alla Corte di Strasburgo per favorire un dialogo costruttivo fra gli stessi, la Dichiarazione si rivolge anche a ciascuno dei soggetti istituzionali rilevanti in questa sede.

In primo luogo, dunque, essa indirizza alla Corte la raccomandazione – connessa a quanto già previsto dall'art. 43.2 CEDU in relazione all'interpretazione di questioni gravi di importanza generale – di assicurare l'intervento della *Grand Chamber*, anche al fine di agevolare il dialogo sullo sviluppo della giurisprudenza. A tal fine, la raccomandazione si estende ad un invito alla Corte ad adattare la procedura in modo da consentire a tutti gli Stati contraenti di richiedere il coinvolgimento della *Grand Chamber*[90].

In secondo luogo, la Dichiarazione considera il ruolo delle istituzioni giudiziarie degli Stati contraenti: si sollecitano questi ultimi a procedere alla ratifica del Protocollo 16 – il cui meccanismo operativo consente ai giudici nazionali di ottenere un orientamento preventivo da parte della Corte di Strasburgo – al fine di favorire l'interazione fra la Corte EDU e gli organi nazionali e di rafforzare l'attuazione della

participate in relevant proceedings before the Court, stating their views and positions, which can provide a means for strengthening the authority and effectiveness of the Convention system. It is to be welcomed that the Court has taken steps to increase third-party interventions, in particular in cases before the Grand Chamber, by giving notice in a timely manner of upcoming cases that could raise questions of principle, and ensuring that the questions to the parties are published at an early stage. The States Parties are encouraged further to increase co-ordination and co-operation on third-party interventions, including by building the necessary capacity to do so, and the systematic communication amongst Government Agents on cases of potential interest for other States Parties is to be welcomed».

[89] Cfr. in proposito l'art. 36 CEDU ("*Third party intervention*"): «*1. In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, a High Contracting Party one of whose nationals is an applicant shall have the right to submit written comments and to take part in hearings. 2. The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings. 3. In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, the Council of Europe Commissioner for Human Rights may submit written comments and take part in hearings*».

[90] Per la raccomandazione si veda il Punto 50: «*By determining serious questions affecting the interpretation of the Convention and serious issues of general importance, the Grand Chamber plays a central role in ensuring transparency and facilitating dialogue on the development of the case law. The Committee of Ministers reiterates the invitation to the Court to adapt its procedures to make it possible for other States Parties to indicate their support for the referral of a case to the Grand Chamber when relevant, which may be useful for drawing the attention of the Court to the existence of a serious issue of general importance within the meaning of Article 43(2) of the Convention*».

Convenzione in conformità al principio di sussidiarietà[91]. Al medesimo fine, le alte Corti nazionali sono invitate ad aderire al circuito della Rete delle Corti Superiori[92].

Si tratta, dunque, di curare in modo particolare l'investimento sull'interazione fra le giurisdizioni – convenzionale e nazionali – e sul coinvolgimento delle autorità amministrative degli Stati attraverso un opportuno potenziamento della conoscenza del sistema CEDU[93]. L'obiettivo è di assicurare tale interazione anche facendo in modo che un'interpretazione della CEDU orientata ad un equilibrio fra i diritti dei ricorrenti e gli interessi delle società di accoglienza sia adeguatamente prospettata già da parte degli Stati parte del giudizio, con l'ausilio della presentazione delle specificità dei rispettivi ordinamenti giuridici[94] delle quali la Corte di Strasburgo – espressamente invitata a farlo – possa tenere conto[95].

Al di là degli inviti, dei suggerimenti e delle raccomandazioni strettamente legate all'impegno della Corte EDU, degli Stati contraenti e delle rispettive autorità giurisdizionali, politiche ed amministrative, la Dichiarazione fa riferimento al sistema del Consiglio d'Europa quale sede del dialogo fra gli Stati membri per affrontare le sfide poste dal fenomeno migratorio: il Segretario Generale è investito del compito di fornire sostegno a tutte quelle attività che possano rafforzare l'applicazione della Convenzione da parte nazionale, la formazione delle capacità e la collaborazione fra gli Stati membri e tutti i soggetti interessati. La risultante interazione nel contesto intergovernativo contempla lo scambio delle buone prassi relative alle procedure

[91] Così si prevede nel Punto 52: «*States Parties are encouraged to consider ratifying Protocol No. 16 to the Convention to provide a possible avenue for the national courts to seek guidance of the Court on questions of principle concerning the interpretation and application of the Convention, which may further enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity*».

[92] Si veda il Punto 51: «*Those highest courts and tribunals of the States Parties that have not yet done so are encouraged to consider joining the Superior Courts Network*».

[93] L'invito è così formulato nei Punti 53 («*Member States are invited to invest in targeted capacity-building for judges, prosecutors and relevant administrative authorities, including through systematic use of the Court's case law guides and other publicly available materials*») e 54 («*Domestic authorities may benefit from further guidance on how to evaluate the significance of the context of the specific case underlying a judgment of the Court when applying principles taken from specific judgments of the Court*».

[94] Il rilievo del contesto interattivo è posto in evidenza dal Punto 55: «*The Court's process-based review, as a manifestation of the principle of subsidiarity, depends upon domestic courts articulating clearly in their judgments the application of relevant Convention standards to the facts of a case, including, where relevant, an adequate balancing between the rights of the applicant and the interests of society. In this regard, it is therefore important that governments are clearly presenting to the Court relevant considerations, including specific features of their national legal systems and legal traditions, so that the Court can appropriately address the circumstances of each case*».

[95] Si veda in proposito il Punto 56: «*A valuable dialogue takes place through their judgments between national courts and the Court as to the interpretation and application of the Convention. The Court is encouraged to take note of the manner in which its case law has been applied at national level, and the openness shown by the Court to consider, in light of that dialogue, its interpretation of the Convention, is to be welcomed*».

relative a immigrazione ed espulsione nell'ambito della Convenzione e in base alla rispettiva giurisprudenza[96].

4. *La tensione fra interpretazione e politica nel sistema CEDU.*

La Dichiarazione di Chisinau del Comitato dei Ministri operante nel sistema della CEDU – preceduta e stimolata da una Lettera aperta sottoscritta da nove Stati contraenti – rappresenta una reazione degli Stati alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in quanto i diritti fondamentali degli individui interessati risultino incisi dalle politiche dei governi nazionali per la gestione dei fenomeni dell'immigrazione clandestina e delle richieste di asilo.

L'interesse scientifico per i due atti politici qui richiamati ed analizzati ha origine – nel quadro delle dinamiche di costituzionalizzazione del diritto internazionale – nella loro idoneità a trasferire nel contesto della giurisdizione internazionale del sistema CEDU una tensione fisiologica fra la dimensione politica propria della funzione legislativa e l'esperienza giurisdizionale di applicazione ed interpretazione delle fonti quale tipicamente presente negli ordinamenti costituzionali fondati sui principi di separazione e *checks and balances* dei poteri. Infatti, nonostante la loro distinzione strutturale, l'organizzazione della giurisdizione retta dalle fonti del diritto internazionale risente di un alto livello di mutuazione di tratti connotativi ricavati dalle fonti del diritto costituzionale di Stati "*like-minded*"[97], membri del Consiglio d'Europa, per quanto concerne l'indipendenza dei giudici e degli organi. Si può notare, anzi, una forte accentuazione di quest'ultimo aspetto nella esplicita dissociazione fra il ruolo del singolo magistrato e lo Stato membro che ne ha proposto l'elezione da parte dell'Assemblea parlamentare[98].

---

[96] Il riferimento al sistema del Consiglio d'Europa è contenuto nei Punti conclusivi: in tal senso il Punto 57 («*The Council of Europe provides a forum for dialogue among member States to address the challenges relating to migration. The Committee of Ministers therefore invites the Secretary General, within available resources, to support activities aimed at strengthening national implementation, capacity-building, and co-operation among member States and other stakeholders in line with this Declaration. It also expresses the wish to facilitate exchanges of good practice among member States on Convention compliant migration and expulsion procedures and reflect, as appropriate, on procedural and institutional lessons arising from cases related to migration*») e il Punto 58 («*The appropriate intergovernmental body should be mandated to conduct further work on sharing best practices and exploring new ways to enhance communication about the Convention system, to promote a better understanding of the Court's jurisprudence, to prevent and counter misinformation about the Court's case law, and to make effective use of third-party interventions and co-operation among Government Agents*»).

[97] La significativa espressione è impiegata nel Preambolo della Convenzione («*The Governments signatory hereto, being members of the Council of Europe* […] *as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*»).

[98] Ricordiamo l'art. 21.3 CEDU in base al quale «*the judges shall sit on the Court in their individual capacity*» (ancora più significativo sembra essere il testo francese il quale dispone che «*les juges siègent à la Cour à titre individuel*»), nonostante l'art. 20 prescriva che «*the Court shall consist of a number of judges equal to that of the High Contracting Parties*».

In base a questa premessa, giova ora ripercorrere nel contesto del sistema CEDU la presenza e gli effetti di quei fattori sistemici – già oggetto di trattazione nell'ambito degli ordinamenti costituzionali – che, eventualmente, rilevino ai fini della qualificazione dei rapporti fra legislazione di origine politica e interpretazione giurisdizionale. Questa operazione ci permetterà di elaborare una valutazione critica dei due documenti sopra richiamati.

(i) In primo luogo, occorre considerare che il fattore della matrice genetica dell'ordinamento ascrivibile alla tradizione giuridica di riferimento non è suscettibile di applicazione immediata nel contesto del diritto internazionale. Nondimeno, riprendendo la lezione di autorevole dottrina, ricordiamo che il metodo convenzionale di produzione di quest'ultimo costituisce una classificazione a sé stante e si distingue tanto da quella fondata sul metodo giurisprudenziale, quanto da quella basata sul metodo politico, benché, nonostante le distinzioni, l'esercizio di entrambi questi due ultimi metodi concorra alla configurazione e allo sviluppo dell'ordinamento internazionale[99]: da un lato, il metodo politico è tipico delle fasi successive di origine ed entrata in vigore della norma internazionale – semplificando, dalla negoziazione alla ratifica e all'ordine di esecuzione – ed è ulteriormente qualificato sia dal criterio dell'unanimità quale requisito della sua efficacia sia dal regime di responsabilità internazionale in caso di sua violazione; laddove il metodo giurisprudenziale, dall'altro lato, svolge il ruolo corrispondente all'ordinaria funzione giurisdizionale, a maggior ragione se, oltre alle relazioni fra gli Stati, gli organi *de quibus* siano chiamati a risolvere controversie che, anche solo indirettamente, riguardino pure i diritti fondamentali degli individui[100].

Il fenomeno della tensione fra politica e interpretazione si propone, di conseguenza, anche nel contesto dell'ordinamento giuridico internazionale e, nella fattispecie, della CEDU e interessa in modo eguale e omogeneo tutti gli Stati contraenti, al di là della rispettiva tradizione giuridica. Esso, nondimeno, non solo rimane estraneo alle criticità derivanti dalla presenza formale di norme di *higher law*, ma presenta la particolare circostanza di fungere esso stesso, con modalità varie, da fonte sovraordinata rispetto al diritto degli Stati[101]. Nel sistema CEDU, inoltre, l'esecuzione

[99] Sul metodo convenzionale quale dato connotativo del diritto internazionale cfr. A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Milano, 1998, p. 95 s. p. 329 ss.

[100] In proposito, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 348 (e nella sentenza "gemella" n. 349) del 2007 ha precisato che «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa» (Punto 4.6 del Considerato in diritto).

[101] Il rapporto fra la CEDU e il diritto interno è variabile: in Austria essa ha l'efficacia della norma costituzionale, nel Regno Unito essa è stata incorporata nell'ordinamento (ad opera del *Human Rights Act* del 1998) e consente al giudice di notificare al Parlamento una *declaration of incompatibilty* di un atto legislativo o amministrativo rispetto alla CEDU, in Germania essa è fonte ausiliaria per l'interpretazione della Costituzione federale, negli ordinamenti scandinavi e nei Paesi Bassi, dove non esiste un controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, i giudici devono o possono disapplicare le leggi in contrasto

delle decisioni della Corte è essa stessa contenuto di un obbligo specifico, dotata – nel caso di mancato rispetto – di una potenziale sanzione affidata alla definizione da parte di un organo politico[102].

Se, dunque, non può farsi riferimento ad una gerarchia formale cui la CEDU possa ritenersi subordinata – a differenza di quanto a suo tempo rilevato con riguardo agli ordinamenti statuali (forniti o meno della disponibilità del *judicial review*) –, non potrebbe non riconoscersi che la CEDU non opera in un *vacuum* normativo e l'assenza di un ordine gerarchico nell'ordinamento giuridico internazionale non esclude il significato del riferimento ad una implicita affermazione di un rapporto di compatibilità e di strumentalità selettiva che il Preambolo della stessa CEDU opera nei confronti della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dell'ONU[103].

Si può osservare, altresì e con maggiore forza argomentativa, che il sistema CEDU è parte integrante e qualificata del quadro istituito dallo Statuto del Consiglio d'Europa e si trova pertanto a vivere un rapporto interattivo sostanziale con il patrimonio normativo ed assiologico che anima quel contesto. In questo ambito, una menzione particolare – *ratione materiae* – merita di essere espressa al ricco ed articolato contributo alla configurazione di un diritto europeo offerto dalla Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto (la Commissione di Venezia)[104]: anche in questo contesto, il diritto prevale sulla fonte positiva.

Queste ultime indicazioni si riflettono sul rilievo della titolarità esclusiva della funzione interpretativa della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo e, di conseguenza, sull'esistenza di margini significativi nel cui ambito la Corte stessa è in grado di individuare limiti non esplicitati all'efficacia uniformante del testo della

con la CEDU, in Italia essa ha il rango di norma interposta, subordinata alla Costituzione e sovraordinata alla legge ordinaria.

[102] Ricordiamo che l'art. 46 della CEDU ("*Binding force and execution of judgments*") prevede che «*1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties […] 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case*»).

[103] Si vedano infatti i relativi Considerando: «*Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948; Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared; Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms* […] ; *Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration* […]».

[104] In proposito si veda S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford and New York, 2020.

CEDU[105]. Il rilievo determinante del formante giurisprudenziale nel sistema CEDU – coerente con la natura stessa della funzione e, *mutatis mutandis*, simmetrico rispetto alle esperienze statuali – è confermato dal riconoscimento proveniente dagli organi di giustizia costituzionale italiano[106] e tedesco[107].

In questa prospettiva, può osservarsi che i limiti identificati in via interpretativa dalla Corte EDU vengono a svolgere il ruolo di equivalente funzionale di norme di *higher law* di origine giurisprudenziale, dotate dell'efficacia del precedente giudiziario.

L'osservazione conferma, del resto, la natura stessa della funzione di ogni organo giurisdizionale in ordine all'interpretazione delle disposizioni al fine di individuare sia la norma vigente ed applicabile alla controversia concreta, sia i suoi eventuali limiti.

È interessante osservare come, in tal senso, la Corte EDU abbia operato in modo del tutto significativo ed emblematico della configurazione interstatuale del sistema ed abbia, infatti, ricavato due serie di limiti strettamente legati all'esperienza normativa degli Stati contraenti. Il riferimento è a due parametri ermeneutici di origine giurisprudenziale quali il "margine nazionale di apprezzamento" e l'assenza di un "consenso europeo" in tema di definizione condivisa di taluni dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU.

Per quanto concerne il primo, ricordiamo che le sue origini sono correttamente qualificabili e qualificate come manifestazione di *self-restraint* elaborata dalla Corte stessa. Questa circostanza contribuisce a spiegare perché, in proposito, non possa parlarsi propriamente di una "dottrina" – come normalmente avviene – in quanto tuttora mancante di una propria elaborazione sistematica: il parametro del margine nazionale di apprezzamento soffre, infatti, sia di un'ampia latitudine di applicazione, ben percepibile *ratione materiae* (ad es., margini più stretti in ordine ai diritti civili e

---

[105] Si veda l'art. 32 CEDU ("*Jurisdiction of the Court*"): «*The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47*».

[106] Si veda la sentenza n. 348 della Corte costituzionale ("punto 4.6 del Considerato in diritto): «Poiché *le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo*, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia» (il corsivo è aggiunto).

[107] Si veda *Order of the Second Senate of 14 October 2004* (2 BvR 1481/04), in particolare il Punto 29 («*The authorities and courts of the Federal Republic of Germany are obliged, under certain conditions, to take account of the European Convention on Human Rights as interpreted by the ECHR in making their decisions*») e il Punto 32 «*The text of the Convention and the case-law of the European Court of Human Rights serve, on the level of constitutional law, as guides to interpretation in determining the content and scope of fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law*».

margini più estesi in tema di temi sensibili dal punto di vista etico e religioso), sia di un'auto-riduzione di tipo strutturale connessa al riconoscimento, da parte della Corte stessa, della maggiore idoneità di un organo giurisdizionale nazionale a conoscere di talune controversie[108].

Il secondo parametro ermeneutico evocato – l'accertata assenza di un "consenso europeo" – rappresenta una valutazione circa l'ammissibilità di interpretazioni diverse, da parte delle autorità degli Stati, della medesima disposizione della Convenzione, con una dinamica di tendenziale coincidenza fra l'esistenza di un consenso europeo e la conseguente assenza di un margine nazionale di apprezzamento, e viceversa. È interessante sottolineare come la ricerca dell'eventuale consenso europeo venga svolta dalla Corte con una ricognizione comparata delle esperienze costituzionali estesa a tutti gli Stati contraenti, volta ad individuare, ad esempio, l'efficacia interpretativa di soluzioni intermedie[109] nonché a riconoscere anche il rilievo delle dinamiche evolutive in corso[110].

In entrambi i casi, è agevole riconoscere come, nell'esercizio della sua funzione, la Corte di Strasburgo abbia di propria iniziativa dimostrato una notevole sensibilità verso l'esigenza di individuare aree di equilibrio fra l'uniformità europea e le diversità nazionali, individuando due parametri ermeneutici collegati alle diverse identità costituzionali degli Stati contraenti quali limiti di sistema all'efficacia dell'applicazione uniforme della Convenzione.

(ii) Un secondo ordine di fattori sistemici che incidono sulla relazione intercorrente fra gli indirizzi politici della legislazione e l'interpretazione giurisdizionale

---

[108] Ricordiamo, in proposito, che la Convenzione prescrive (art. 26.4) che «*there shall sit as an ex officio member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the High Contracting Party concerned. If there is none or if that judge is unable to sit, a person chosen by the President of the Court from a list submitted in advance by that Party shall sit in the capacity of judge*»; e limita le occasioni nelle quali il collegio giudicante possa non ricomprendere il giudice eletto in relazione a un'Alta Parte contraente: «*when sitting as a single judge, a judge shall not examine any application against the High Contracting Party in respect of which that judge has been elected*» (art. 26.3).

[109] In tal senso, ad esempio, si consideri come la Corte abbia individuato la figura dell'unione civile – nella diversità delle sue configurazioni di diritto positivo – quale soluzione per il riconoscimento giuridico delle forme familiari fra persone dello stesso sesso sulla quale esiste un sufficiente consenso europeo, a differenza di quanto avviene con la previsione di una disciplina del matrimonio paritario in ordine alla quale un consenso europeo non esiste (ancora). Diversamente, la mancanza di qualsivoglia riconoscimento viene reputata in contrasto con l'art. 8 CEDU ("*Right to respect for private and family life*"). Si veda il ragionamento della Corte EDU, a titolo indicativo, nei casi *Schalk and Kopf v. Austria* (2010), *Vallianatos and Others v. Greece* (2013), *Oliari and Others v. Italy* (2015).

[110] Si consideri il caso *Mazurek v. France* (2000) nel quale, in rapporto alla tutela del principio di eguaglianza dei figli di relazioni adulterine, «*the Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions* […] *Today the member States of the Council of Europe attach great importance to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights*» (Punto 49); e «*the Court notes, contrary to the Government's assertions* […] *a distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children. It cannot ignore such a tendency in its – necessarily dynamic – interpretation of the relevant provisions of the Convention*» (Punto 52).

è da rinvenire nella predisposizione, da parte del legislatore, di norme sull'interpretazione[111].

Nella Convenzione non è dato rinvenire alcuna esplicita prescrizione d'ordine interpretativo[112], come, al contrario, sono state significativamente scritte nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, fra l'approvazione del testo in sede di Conferenza Intergovernativa di Nizza nel 2000 e la sua deliberazione finale a Lisbona nel 2007[113].

La ragione dell'innovazione, adottata dall'Ufficio di Presidenza ("*Praesidium*") della Convenzione (e non da quest'ultima) è presumibilmente da ricondurre alla natura sovrannazionale del diritto dell'Unione a differenza della natura di diritto internazionale della CEDU. Del resto, lo stesso Ufficio di Presidenza ha anche adottato un corpo di Spiegazioni della Carta – articolo per articolo – alla quale ha dato

[111] Ovviamente di ben diversa natura sono i singoli limiti che le disposizioni prevedono in rapporto alla definizione dei vari diritti enunciati, che sono – essi stessi – soggetti ad interpretazione, tanto se configurati come limiti puntuali, quanto se, invece, sono congegnati attraverso norme di chiusura formulate con criteri generali il cui preciso contenuto sia suscettibile di precisazione interpretativa (ad es., si consideri il testo dell'art. 9.2 CEDU ("*Freedom of thought, conscience and religion*"): «*Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*».

[112] Un limite indiretto può essere individuato quando il testo della Convenzione richiama il diritto degli Stati, come ad es. fa l'art. 12 ("*Right to marry*"): «*Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right*».

[113] In particolare, la stessa rubrica dell'art. 52 è stata modificata in tal senso (dall'originario «Portata dei diritti garantiti» all'attuale «Portata e interpretazione dei diritti e dei principi»). Citiamo ancora tre esempi, il primo (art. 52.2), prescritto nella prospettiva di privilegiare il diritto positivo del testo («I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti»); il secondo, posto con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU (art. 52.3: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»), mentre il terzo (art. 52.4) è relativo al diritto degli Stati membri («Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»).

grande visibilità[114] e cui, nondimeno, non ha espressamente conferito efficacia normativa vincolante[115].

Un passo formale nella direzione di un intervento innovativo della Convenzione sull'interpretazione del testo è da rinvenire nella previsione di un riferimento esplicito al criterio del margine nazionale di apprezzamento nel Preambolo della Convenzione stessa, introdotto con il Protocollo n. 15 del 2013 ed entrato in vigore nel 2021. Esso recita: «*Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*»[116].

Da ultimo, facciamo riferimento alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969, in vigore dal 1980), nel cui Preambolo, fra l'altro, si legge che «*affirming that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law*», con indiretto riferimento alla sfera del diritto ("*justice*") e al principio di legalità ("*international law*"). Anche in questa occasione, il legislatore politico internazionale (gli Stati contraenti) introduce nel testo della fonte pattizia un corpo di norme sull'interpretazione, che sono certamente applicabili anche alla CEDU, come più volte riconosciuto dalla stessa Corte.

---

[114] Le Spiegazioni, infatti, sono menzionate sia nel Preambolo della Carta («In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea»); sia nel testo dell'art. 6.2 del Trattato sull'Unione Europea di Lisbona («I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»).

[115] Così precisa la premessa delle Spiegazioni stesse: «Le presenti spiegazioni erano state elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono ora state aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. *Benché non abbiano di per sé status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta*» (il corsivo è aggiunto).

[116] Nel Commentario del Protocollo si afferma: «*The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation*» (Punto 9).

Si veda la Sezione 3 ("*Interpretation of treaties*") della Parte III ("*Observance, application and interpretation of treaties*") con riferimento particolare all'art. 31 ("*General rule of interpretation*")[117] e all'art. 32 ("*Supplementary means of interpretation*")[118].

I parametri ermeneutici indicati fanno riferimento alla buona fede, ad un criterio oggettivo o letterale e logico-sistematico («*the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context*») e ad un criterio soggettivo o teleologico («*object and purpose*», ossia l'intento delle parti). La Convenzione di Vienna è, inoltre, molto accurata nel precisare le fonti cui l'interprete è obbligato a ricorrere («*shall be interpreted*», «*shall comprise*», «*shall be taken into account*») fra le quali, oltre al Preambolo e ai testi Annessi, ulteriori accordi intercorsi fra le Parti in relazione al trattato, nel cui contesto, ai fini rilevanti in questa sede, si collocano accordi o prassi successivi alla conclusione dell'atto pattizio e concernenti l'interpretazione di un trattato e l'applicazione di sue disposizioni.

La precisazione ci sembra utile per poter qualificare virtualmente la Dichiarazione di Chisinau quale fonte di un accordo di fatto indirizzato ad influenzare l'interpretazione e l'applicazione della CEDU.

Peraltro, se il ricorso alla Dichiarazione si configura come obbligatorio, occorre anche avvertire che il testo debba essere tenuto in conto (*taken into account*) – e dunque se ne dovrebbe dare conto nella motivazione di una sentenza della Corte EDU – pur sempre in senso sistematico («*together with the context*») e in conformità con la *general rule of interpretation*, e pur sempre ricordando che la finalità principale della Convenzione si conferma essere la tutela dei diritti fondamentali degli individui dalle violazioni della CEDU poste in essere dagli Stati contraenti.

La Convenzione di Vienna include anche altre fonti di riferimento eventuale o facoltativo («*recourse may be had*») ai fini dell'interpretazione di un trattato, fra le quali sono menzionati i lavori preparatori e le circostanze della sua conclusione: queste ultime possono diventare rilevanti in tanto in quanto esse siano state superate dal corso degli eventi (come affermato con vigore dalla Lettera aperta) e sollecitino, di conseguenza, un adattamento dell'approccio interpretativo.

---

[117] Questo è il testo: «*1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty* shall comprise*, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There* shall *be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning* shall be *given to a term if it is established that the parties so intended*».

[118] Il cui testo stabilisce che «*recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; (b) or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable*».

La Corte EDU ha riconosciuto l'applicabilità della Convenzione di Vienna nell'interpretazione della Convenzione EDU e, tuttavia, ha anche sottolineato l'eccezionalità di quest'ultima. In proposito, si è osservato che «*the 'special character' of the Convention can thus be summed up as the following: in the interpretation of the ECHR, the restrictive approach to state obligations is abandoned in favour of understanding duties objectively, and in accordance with its 'object and purpose' effective interpretation is to be applied. Furthermore, the Court perceives the Convention 'as a constitutional instrument of European public order (ordre public) adding a constitutionalist vision to its role in the European legal space*»[119].

(iii) Un ulteriore fattore destinato ad influire sull'interpretazione della CEDU e sulle relative rivendicazioni da parte degli Stati è rappresentato dalla specialità delle circostanze storiche ed ambientali che caratterizzano le controversie concrete poste all'attenzione della Corte di Strasburgo e che si riflettono sull'applicazione della CEDU. Già in precedenza si è richiamata la realtà dei regimi normativi derogatori previsti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati contraenti e ammessi e disciplinati anche nel sistema CEDU dall'art. 15 della Convenzione.

La giurisprudenza della Corte in proposito si è ispirata ad un orientamento prevalente di equilibrio fra la tutela dei diritti individuali e il riconoscimento condizionato e motivato della conformità convenzionale degli atti di limitazione e repressione degli Stati[120]. In altre parole, il richiamo dell'art. 15 CEDU da parte degli Stati si è tradotto tanto in una validazione dei regimi derogatori in nome del margine nazionale di apprezzamento – e dunque della *better position* dei governi nazionali nella valutazione – circa la loro necessità nelle circostanze date, quanto in una verifica dell'osservanza dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nella determinazione di atti e provvedimenti da parte degli Stati[121], nonché dei limiti materiali[122] e procedurali – quale la previa e tempestiva comunicazione al Segretario Generale[123]– prescritti dall'art. 15 CEDU.

Anche questo ambito, pertanto, conferma una tendenziale omologazione della tutela convenzionale dei diritti fondamentali con i caratteri definitori del

---

[119] Così in E. Polgári, *The Role of the Vienna Rules in the Interpretation of the ECHR A Normative Basis or a Source of Inspiration?,* in *Erasmus Law Review*, 2021, p. 86, cui si rinvia per un'articolata trattazione del rilievo della Convenzione di Vienna nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

[120] Si rinvia in proposito a F. Donati – P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea – A. Spadaro – M. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.

[121] Si prescrive, infatti, che l'adozione degli atti restrittivi sia circoscritta «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda».

[122] Si precisa che non sono ammissibili deroghe alla disposizione di cui agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 par. 1 (divieto di riduzione in schiavitù) e 7 CEDU (principio del *nulla poena sine lege*).

[123] Le condizioni di opponibilità dell'art. 15 sono connesse ad obblighi di comunicazione al Segretario Generale che garantiscano l'integrale pubblicità ("nel modo più completo"), la motivazione, la durata degli atti in parola.

corrispondente fenomeno negli ordinamenti costituzionali statuali. La circostanza conferma la sua rilevanza nella prospettiva – più volte evidenziata – della dinamica di costituzionalizzazione del diritto del sistema CEDU e, in particolare, del suo formante giurisprudenziale.

5. Rilievi finali

L'adozione di due documenti politici di critica della giurisprudenza della Corte EDU in tema di immigrazione e di asilo si presta a sollecitare, in questo ambito ordinamentale, una riflessione sull'interazione fra direzione politica attraverso la legislazione e applicazione giurisdizionale, previa interpretazione, di quella legislazione. Occorre anche precisare la specificità del contesto interattivo nel quale la fonte legislativa *de qua* è costituita dalle norme sui diritti fondamentali poste dalla CEDU di natura materialmente costituzionale. Tale interazione si svolge nel contesto di un'organizzazione stabile fondata su fonti di diritto internazionale – la CEDU – che hanno istituito un organo di natura giurisdizionale – la Corte EDU – la cui giurisprudenza è destinata a produrre effetti vincolanti per gli Stati membri di quel sistema. Si tratta di un assetto di giurisdizione meta-sovrana che, nel corso della storia dello Stato-nazione, si conferma essere ancora originale ed innovativo e, pertanto, idoneo a provocare contrasti e resistenze.

L'indipendenza e la terzietà dei giudici di quella Corte rispetto agli interessi delle parti delle controversie loro sottoposte riproducono un quadro di rapporti tipico della funzione giurisdizionale di ordinamenti costituzionali che condividono la medesima matrice liberaldemocratica (secondo il carattere della *like-mindedness*) e rappresentano la premessa strutturale perché l'applicazione previa interpretazione da parte dell'organo giurisdizionale possa non coincidere con l'interesse di una delle parti contrapposte nel giudizio, segnatamente uno degli Stati contraenti, potenzialmente destinato ad essere riconosciuto aver violato la Convenzione. Tali osservazioni valgono con riguardo tanto alle controversie fra Stati (art. 33 CEDU, "*Inter-State cases*"), quanto, e a maggior ragione, a quelle individuali (art. 34 CEDU, "*Individual applications*").

Si tratta di uno scenario contenzioso di natura internazionale sostanzialmente non dissimile da quello che si presenterebbe se esso si connotasse con i caratteri di un ordinamento statuale, fatta eccezione per l'identità statuale di (almeno) una delle Parti. Non vi sono dati strutturali che incidano in modo chiaro ed evidente sulla simmetria dei due scenari – statuale interno e interstatuale – e questa circostanza suggerisce di impostare la riflessione in argomento facendo ricorso a categorie e parametri di valutazione tendenzialmente omogenei, anche in ragione della condivisione della natura costituzionale degli interessi coinvolti – i diritti fondamentali degli individui – e della funzionalità dell'indipendenza del giudice rispetto alla tutela di questi ultimi.

Nondimeno, occorre rilevare che, in questo contesto, alla dialettica tradizionale fra politica e giurisdizione si aggiunge quella fra sovranità degli Stati e giurisdizione

internazionale. Il contesto si arricchisce, di conseguenza, di una dimensione di intensa politicità che, benché non riflessa dal quadro normativo formale, è destinata ad incidere su di esso in misura varia, che risente – verosimilmente, come già suggerito – della portata ancora in parte innovativa del fenomeno della giurisdizione internazionale dei diritti dell'uomo. Si tratta, infatti, di una duplice sfida alla sovranità tanto interna che internazionale dello Stato nazione, non sorretta da una fonte costitutiva di un assetto di tipo gerarchico.

L'analisi giuridica, di conseguenza, deve mediare fra le esigenze del metodo che le sono proprie e quelle della sensibilità per la realtà delle sovranità statuali, che non sembrano inclini a rinunciare, da un lato, alla celebrazione dichiarativa della virtù liberale – e della sua immagine – e, dall'altro, alla rivendicazione realistica dell'esercizio del potere.

Queste note di inquadramento introduttivo ci consentono ora di procedere schematicamente ad alcuni rilievi finali in conclusione di un lungo ragionamento, che – deliberatamente – non ha trascurato il richiamo testuale degli atti politici considerati.

(i) I due documenti politici qui considerati sono una Dichiarazione adottata per consenso da parte del Comitato dei Ministri istituito nel sistema CEDU (2026), preceduta da una Lettera aperta sottoscritta da nove Stati contraenti che l'hanno promossa (2025). L'evidente rapporto di causa ed effetto tra i due – benché la Dichiarazione non faccia alcuna menzione della prima – si qualifica come una palese conferma della condivisione di fondo delle istanze rappresentate dalla Lettera aperta. Allo stesso tempo, occorre segnalare come, al tono politicamente più aggressivo di quest'ultima, la Dichiarazione abbia sostituito uno stile diplomaticamente più equilibrato, prudentemente ripetitivo di indicazioni e raccomandazioni già più volte espresse in sedi analoghe, tecnicamente propositivo e istituzionalmente attento alle esigenze di mediazione fra gli Stati contraenti e la Corte di Strasburgo (non a caso il testo era stato preparato ad opera dello *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, su mandato del Comitato dei Ministri).

Il fatto stesso che si tratti, dunque, del risultato di un'opera di mediazione implica che la Dichiarazione abbia formalizzato la realtà politica di una priorità condivisa da parte degli Stati contraenti quanto all'aspirazione ad una gestione del fenomeno migratorio e delle richieste di asilo senza l'impatto contrario dell'intervento della Corte EDU. Del resto, non può ignorarsi che ci si trova di fronte ad un atto intrinsecamente politico, preparato in sede tecnica ma di natura intergovernativa e adottato da un organo politico.

Inoltre, deve ancora notarsi come – tanto nella Lettera aperta quanto nella Dichiarazione di Chisinau – si ometta, anche solo a titolo esemplificativo, ogni riferimento puntuale alle decisioni della Corte in materia: evidentemente, vi è un implicito richiamo delle corrispondenti motivazioni di parte presentate in sede di procedimento giudiziario e, in quella sede, risultate soccombenti. In altre parole, la parte perdente imputa l'esito negativo alla deliberazione dell'arbitro, senza farsi carico del merito della sua motivazione.

Ancora: si invoca la difficoltà di governo del fenomeno migratorio ma si tace sull'omessa adozione di atti interni di qualificazione formale di quelle difficoltà con i connotati di un'emergenza che consenta l'opposizione processuale dell'art. 15 della CEDU e delle correlate esenzioni dalla puntuale applicazione delle disposizioni della Convenzione. Da parte degli Stati si rivendica la fruizione di un assetto di applicazione della CEDU di portata restrittiva o addirittura derogatoria, senza però l'assunzione dell'onere di ricorrere sovranamente e responsabilmente ad una dichiarazione di emergenza. Si investe, piuttosto, sull'incorporazione di un assetto di emergenza di fatto all'interno delle nozioni di margine nazionale di apprezzamento e di posizione preferenziale (il parametro della "*better position*") degli organi di governo nazionali.

Si tratta di rilievi critici che, nondimeno, non possono non tener conto del fatto che il fenomeno cui essi si rivolgono è riconducibile ad una dinamica ormai consolidata: occorre osservare, infatti, che la Dichiarazione di Chisinau si pone concettualmente del tutto in linea con il cosiddetto Processo di Interlaken, avviato nel 2010 con la relativa Dichiarazione, al fine di inquadrare le modalità di gestione del crescente altissimo aumento quantitativo delle controversie giacenti presso la Corte, idoneo a compromettere il valore della tempestività delle sue decisioni.[124] Il richiamo alla sussidiarietà e alla responsabilità condivisa nell'applicazione della CEDU, in altre parole, nasce nella prospettiva di ausilio della Corte e del sistema CEDU e non al fine di elaborare una strategia di contenimento del ruolo della Corte e di ridimensionamento del sistema CEDU.

A partire da quell'evento e da quella prospettiva più circoscritta, infatti, vi è stata una successione di incontri ad alto livello con relativi documenti conclusivi che, con linguaggio felpato e toni equilibrati, hanno manifestato un crescendo di perplessità – se non di vera e propria ostilità – nei confronti della Corte di Strasburgo e del suo asserito *judicial activism*[125].

---

[124] Per una raccolta degli atti rilevanti cfr. il documento del Consiglio d'Europa, *The Interlaken Process. Measures taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2020.

[125] Si tratta delle Dichiarazioni di Izmir (2011), di Brighton (2012), di Bruxelles (2015), di Copenhagen (2018), di Reykjavik (2023). È stato osservato, con riguardo alla Dichiarazione di Copenhagen, che «cresce il numero di ordinamenti che *resistono* alla giurisprudenza della Corte EDU […] e che spingono per soluzioni politiche ufficiali a favore di un *contenimento* del suo ruolo» e si è parlato, in proposito, di «rivendicazioni nazionalistiche» che hanno generato «un insidioso terreno di scontro», in D. Tega, *Politica e Corte EDU dopo la Conferenza di Copenaghen*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 715 ss. Più di recente, a commento della riunione al vertice di Reykjavik, si è ricordato che «*another idea that has been mooted is to amend the Convention for some, but not all states. This implies a proposal for an additional protocol to the ECHR (or an "interpretation protocol" as it has also been referred to) that is optional for states and has the intention of restricting the Court's interpretation of existing Convention rights in cases involving those states. This would lead to the Court having to interpret the same provision differently for different states, even in similar cases. This would be unprecedented and would be highly problematic because it would lead to exactly the type of legal uncertainty and contradictions that states themselves have always sought to avoid. It would also undermine the objective of achieving "greater unity", under the Statute on which the CoE is based*», da A. Donald – A. Forde, *Reinforce, Reform or Rupture? The Future of the European Convention on Human Rights*, in www.ejiltalk.org, October 29, 2025.

Nel testo delle corrispondenti Dichiarazioni, gli Stati, pur reiterando il perdurante sostegno alle finalità della CEDU e il continuo apprezzamento per l'attività della Corte, attraverso una marcata enfasi sul principio di sussidiarietà, sulla responsabilità condivisa quanto all'attuazione della CEDU, sulla dilatazione della portata del margine nazionale di apprezzamento (non a caso formalizzato nel testo del Preambolo) hanno progressivamente inteso trasferire il baricentro della tutela dei diritti dalla sfera europea a quella nazionale[126].

In altre parole, il sospetto è che al processo di europeizzazione della tutela dei diritti fondamentali generato nella fase della rinascita liberale del continente nella seconda parte del secolo scorso possa succedere un processo inverso di ri-nazionalizzazione nell'attuale fase di regressione democratica e di declino del principio di *rule of law*.

Potrebbe essere significativo leggere criticamente e realisticamente l'incremento di centralità e pervasività del criterio del margine nazionale di apprezzamento in giustapposizione all'assetto prescelto dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'ASEAN (2012), secondo il quale «*All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds*» (Punto 7 dei Principi generali). Sembra interessante notare una tendenziale convergenza fra due assetti di enunciazione e garanzia dei diritti fondamentali che hanno istituito – o meno – un organo giurisdizionale per la soluzione di controversie individuali.

(ii) È dunque indispensabile collocare i due atti politici qui considerati – la Lettera aperta e la Dichiarazione di Chisinau – sullo sfondo di un processo che vede riaffermarsi la duplice contrapposizione fra la centralità europea e le sovranità statuali, da un lato, e l'interpretazione giurisdizionale e l'interferenza della politica, dall'altro.

La concezione della *ratio* della funzione giurisdizionale manifestata da tale contrapposizione sembra essere, più che l'interpretazione indipendente delle disposizioni normative e di applicazione del diritto, quella di un'interpretazione guidata delle prime e di puntuale esecuzione degli indirizzi politici espressi – con maggiore o minore precisione – attraverso le fonti positive. Una concezione degli organi giurisdizionali quali "statisti giudiziari", i quali si fanno carico delle esigenze di merito del sistema e si rivelano sensibili alle priorità di una democrazia che si difende e, in questo ambito, all'ipotesi dell'abuso del diritto individuale[127]. In proposito, è

[126] Sui vari e complessi aspetti di tale dinamica si rinvia a O. M. Arnardottir – A. Buyse (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking relations between the ECHR, EU, and national legal orders*, London, 2016.

[127] Utile richiamare in argomento l'art. 17 CEDU ("*Prohibition of abuse of rights*"): «*Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention*».

opportuno ricordare che la Corte di Strasburgo ha dimostrato di non essere insensibile anche a questa circostanza ma senza rinunciare all'applicazione di parametri di verifica rigorosi[128].

La prospettiva del pericolo di strumentalizzazione del fenomeno migratorio da parte di Stati ostili è presente nella Dichiarazione di Chisinau – benché enunciata con toni piuttosto sommessi e in qualche modo marginale – e dunque occorre riconoscere che essa deve essere tenuta in seria considerazione in sede di governo di tale pericolo per la sicurezza (che, peraltro, deve essere distinto dai casi individuali di cui si occupa la Corte). Paradossalmente, la concezione di "giudici statisti" sopra indicata viene delineata nel testo stesso della Dichiarazione quando si afferma che «*the States Parties look forward to receiving guidance from the Court regarding the application of the Convention in this context*» (Punto 40).

Al di là dei rilievi critici qui formulati, è evidente che una valutazione completa degli effetti della Dichiarazione di Chisinau deve essere affidata al seguito che le sue indicazioni e raccomandazioni riceveranno, sia per quanto concerne l'effettiva applicazione della CEDU da parte dei giudici nazionali che, ad esempio, con riguardo alla concretizzazione dell'intervento coordinato da parte degli Stati in qualità di terzi nei procedimenti in materia di fronte alla Corte, anche al fine di consolidare l'emersione di un significativo consenso europeo all'adozione di criteri restrittivi[129].

Ma, con tutta evidenza, la valutazione più autorevole della portata della Dichiarazione non potrebbe provenire che, implicitamente, attraverso la futura giurisprudenza di settore della Corte di Strasburgo stessa[130].

---

[128] Si è osservato che «[…] *the ECtHR reiterated that democracy constitutes a fundamental element of the "European public order." Given the clear connection between the Convention and democracy, no one should be permitted to invoke its provisions to undermine or destroy the ideals and values of a democratic society. Consequently, to ensure the stability and effectiveness of a democratic system, a state may need to take specific measures to protect itself. However, whenever a state intends to invoke the principle of "a democracy capable of defending itself" to justify interference with individual rights, it must carefully assess the scope and consequences of the proposed measures*», in V. Soneca, *Rodina and Borisova v. Latvia And The Principle Of Self-Defending Democracy: Introduction, in VerfBlog,* 2025/8/06.

[129] La prospettiva è approfondita in M. Ávila Currás, *From dialogue to strategy in migration cases: Third-party interventions by states as a risky patch to a systemic tension*, in *Strasbourg Observers*, August 19, 2025.

[130] Nondimeno, è stato scritto che «*focusing solely on the text of the Declaration, there is no reason for the Court to change its migration case law*», in L. R. Glas – K. Istrefi – A. Buyse – C. Heri, *Open-Minded or Open-Ended? The Chișinău Declaration on the ECHR and Migration,* in *EHRC Blog,* May 15, 2026, p. 12.

***

Abstract: The article examines the tension between judicial interpretation and political decision-making within the ECHR system, focusing on the Open Letter signed by nine States in 2025 and the 2026 Chisinau Declaration. It reconstructs the criticism directed at the case law of the European Court of Human Rights concerning migration and asylum and considers the role of subsidiarity, the national margin of appreciation and the rules of treaty interpretation. Although both documents formally reaffirm the Court's independence, they reveal an attempt by the States to influence the interpretation of the Convention and to shift the centre of gravity of human rights protection back to the national level.

Keywords: European Convention on Human Rights - European Court of Human Rights - treaty interpretation - migration and asylum - margin of appreciation - judicial independence - Chisinau Declaration.

***

Roberto Toniatti – Professore emerito di diritto costituzionale comparato, Università di Trento (roberto.toniatti@unitn.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Militant Democracy as a 'Legal Irritant'. The Electoral Case Law of the Romanian Constitutional Court and the Western Constitutional Tradition of the Rule of Law*

*Daniela Dobre***

CONTENTS: 1. Introduction: Setting the Stage. - 2. 'Militant Democracy' in Comparative Perspective: A Rationalisation Mechanism within the Democratic Constitutional State? - 2.1. Militant Democracy in Post-War Europe: Conceptual Bases, Rationale, and Instruments. - 2.2. Militant Democracy Reaches the Romanian Legal Order: An Overview- - 2.3. Militant Democracy in the Case Law of the ECtHR: A Rights-Based Approach. - 3. 'Legal Irritants' as a Lens for Identifying "Perturbations": Evolutionary Dynamics of the Rule of Law in the Romanian Legal Order. - 3.1. The Perturbatory Dynamics of 'Legal Irritants'. - 3.2. The Law's "Binding Arrangements" with the Romanian Political System: Implications for the Meaning of 'Militant Democracy' Within and Beyond the Host Legal Order. - 3.3. Triggering the "Perturbations": The Application of Militant Rationale During the Presidential Elections. - 4. Conclusion: Normative Implications for the Romanian Legal Order and Beyond.

1. Introduction: Setting the Stage

In 2024-2025, the Romanian Constitutional Court (Curtea Constituţională a României, CCR) became the central actor in an unprecedented electoral sequence marked by intense political contestation, drawing on arguments that recall 'militant democracy' – a classical twentieth-century European doctrine. Beginning with the exclusion of a presidential candidate and culminating in the annulment of the first round of the presidential election, the CCR's rulings redefined eligibility standards and significantly affected the electoral process. As is well known, the re-run ultimately resulted in the election of Mr Nicuşor Dan.

The CCR's electoral case law never explicitly engages with the terminology of 'militant democracy', yet the general motivation is ultimately aimed at defending the democratic foundations of the Romanian state.[1] In this context, these rulings raised

* The article has been submitted to a double-blind peer review process according to the journal's guidelines.

** I would like to thank the peer reviewers for their valuable feedback, and Miguel Azpitarte Sánchez, Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Valentin Dobre, Angelo Jr Golia, Bogdan Iancu, Amalia Lozano España, Marta Lucena Pérez, Luis Pomed, and Gunther Teubner for their precious comments and criticisms. All errors are my own.

novel legal challenges and concerns about the capacity of constitutional interpretation to produce destabilising consequences. Against this background, the paper addresses the following question: how can the CCR's measures be conceptually framed using the analytical tools of comparative law, and how can comparative studies account for the unexpected consequences of judicial interpretations that extend beyond the Constitution's original design? More broadly, to what extent might such interpretations affect the alignment of the Romanian legal order with the substantive conception of the rule of law rooted in the Western constitutional tradition – one that encompasses the protection of (political) pluralism and fundamental rights? How, in turn, might this reshape the broader understanding of the rule of law within that tradition, potentially reconstructing original meanings across the European legal space?

This paper suggests that the notion of 'legal irritant', in the sense proposed by Gunther Teubner,[2] provides a useful framework, as it describes an external norm incorporated into a host legal order to serve a specific function – typically, to foster a degree of convergence of meaning across different legal orders. Importantly, this notion highlights how such incorporation, rather than integrating smoothly and fulfilling its intended function, may instead trigger "perturbations" and gradual processes of reconstruction within the host legal order.

Within the broader phenomenon of 'legal transplants' or 'constitutional migrations',[3] and even in connection with the integrative function traditionally attributed to constitutional interpretation,[4] the notion of 'legal irritant' is particularly useful in that it foregrounds the possibility that a received concept or doctrine may generate unexpected consequences – including what Teubner described as "wild perturbations"[5] – within the host legal order, and simultaneously produce

[1] Notably, the challenge to Ms Şoşoacă's candidacy expressly argued that a presidential candidate is bound to observe the State's democratic character and foundational values, the lack of such attachment being "sanctioned" – by unconstitutionality for parties, and by ineligibility for presidential candidates – without infringing their constitutional rights. See CCR, Ruling No. 2/2024, 5 October 2024, *Monitorul Oficial* no. 1003, 8 October 2024, para. 6.

[2] G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, vol. 61, 1/1998, p. 11 ff., esp. p. 18. On the category, see V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1304 ff., esp. p. 1309-1310. See also, more generally on Gunther Teubner's contribution to comparative legal studies, R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, 3rd ed., Padova, 2021, p. 162-163, and the reference to the pioneering article on 'legal irritants' at p. 213.

[3] See V. Perju, *op. cit.*, p. 1306-1308. In this paper, the terms 'transplants' and 'constitutional migrations' are used interchangeably.

[4] Still, the category of 'legal irritants' remains compatible with these constitutional theory notions, since they share similar rationales – at least early in their application – namely facilitating the extraction of an institution's legal meaning within a specific legal order. See, from different constitutional traditions, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, III ed., New York, esp. p. 30-80; K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959.

[5] G. Teubner, *Legal Irritants*, cit., p. 12.

reconfigurations of binding relationships between law and politics and broader reconstructions of meaning with regards to the original doctrine.[6] This paper's central argument is that 'legal irritant' captures, both analytically and normatively, the recalibration of law/politics relations produced by the application of militant-democracy reasoning in Romania during the 2024-2025 presidential election, along with the attendant shifts of meaning observed in this case study – thereby supporting broader conclusions about the legal meaning of this doctrine across Europe.

As is well known, 'militant democracy' defines the set of instruments aimed at protecting the democratic order by limiting specific freedoms of actors who oppose basic democratic principles and take concrete action to subvert them.[7] This doctrine refers to "a form of defence of the Constitution, […] when measures are taken to suppress those (usually collective) forms of ideological and political dissent which clearly do not share the values underpinning the Constitution and seek to undermine it".[8] In functional terms, the notion seeks to foster a convergence of meaning across legal orders, specifically around the foundational democratic values of the post-war constitutional state. Although the instruments (and their sources of law) available under the various legal orders differ significantly, the comparative experiences across Europe reveal at least a partial convergence in the underlying logic of democratic self-defence.

Convergence here refers not to uniformity or identical thresholds,[9] but to a widely shared understanding that, in exceptional circumstances and subject to legal safeguards, democratic systems may protect their fundamental principles against actors seeking to undermine them through democratic means. Put normatively, the function of 'militant democracy' – typically in post-authoritarian contexts – is to rationalise, through legally codified instruments, the management of potential threats to democracy arising from within the legal order itself, thereby addressing a central

[6] 'Legal irritant' is not treated here as intrinsically opposed to broader theories of legal transplants or constitutional migrations, since in line with current comparative law research the latter may themselves involve reinterpretation, adaptation and transformation within the host legal system. E.g., M. Siems, *Legal Transplants: An Interdisciplinary Approach*, Oxford, 2026, also situating 'legal irritants' within that debate. From this perspective, "[t]ransplants generally 'work' even if they are modified in their host environment" (p. 2). See also D. Dworniczak – D. Nowacka – C. Paulesu, M. Siems – O. Ucarer, *The Notion of Legal Transplants Beyond the Anglosphere: Decentring the Debate*, in *Transnational Legal Theory*, vol. 16, 3/2025, p. 357 ff.

[7] For an overview of the doctrine's origins and surrounding debates, see A. S. Kirshner, *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*, New Haven-London, 2014; R. Teitel, *Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, 1/2007, pp. 49 ff., and *infra* in Section 2.

[8] F. Furlan, *Introduzione*, in A. Bardusco – F. Furlan – M. Iacometti – C. Martinelli – G.E. Vigevani – M.P. Viviani Schlein, *Costituzioni comparate,* 3rd ed., Torino, 2013, p. 17 (author's transl.).

[9] On the issue of 'comparability' in comparative legal studies, and how it presupposes a minimum degree of (cultural) homogeneity – understood as a point of contact, typically the liberal-democratic foundations of the legal order – that may encompass both convergences and divergences, see R. Scarciglia, *op. cit.*, p. 145.

paradox of the liberal-democratic state: how to guarantee its own normativity through democratic means.[10]

The developments of 2024-2025 in Romania invite reflection on whether militant democracy may extend beyond its typical scope: a self-defence generally applied against systemic, imminent, anti-democratic threats posed from within the legal order by collective actors. In this respect, the case points to a shift in the subjective scope of application of the militant rationale, from collective actors to individuals, without the prior codification that would have fixed its preconditions and the procedural guarantees flowing from them. The implications of this shift become all the more pressing as the structural fragmentation and individualisation of many contemporary societies,[11] the crisis of the party State system – that is, the weakening of parties as the main channel through which citizens' political will is formed and expressed[12] – and the digitalised public sphere increasingly favour personalised forms of politics.[13] It is here that the relevance of 'legal irritant' becomes clear: the effects of such an application are not exhausted by the legal outcome of the case, but extend to the terms on which the legal and political systems are coupled – the status of the President is further politicised rather than settled into its constitutionally assigned role, and the electoral-review function of the CCR mutates, in practice, into a substantive supervision of the conditions under which democracy is respected. More broadly, the case may reflect a wider transformation in the understanding of the rule of law within contemporary constitutional democracies, and the risk that its substantive dimension is pursued at the expense of the formal guarantees on which it necessarily rests.

Against this background, one can briefly recall the key events.[14] On 5 October 2024, ruling on a challenge brought under Law No. 370/2004 on the election of the

[10] This paradox is famously captured by the Böckenförde's dilemma, according to which the "the liberal, secularized state is nourished by presuppositions that it cannot itself guarantee" (E.-W. Böckenförde, *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law* [1976], New York /Oxford, 1991, p. 45), and by Karl Popper's related 'paradox of tolerance', according to which unlimited tolerance may ultimately lead to the destruction of tolerance itself (K. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London, 2019 [1945], vol. I, p. 117 and n. 4 to Chapter seven).

[11] W. L. Bennett – A. Segerberg,*The Logic of Connective Action*, in *Information, Communication & Society*, vol. 15, 5/2012, p. 739 ff.

[12] See, more generally, *Parteienstaatlichkeit - Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats? Die öffentlichrechtliche Anstalt: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Freiburg i. Ue/CH vom 2. bis 5. Oktober 1985*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 44, 1986, with contributions of M. Stolleis, H. Schäffer, R. A. Rhinow, K. Lange and R. Breuer, available at: https://doi.org/10.1515/9783110905885 (last accessed: 9 July 2026); S. Gambino, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità*, in *Rivista AIC*, 2/2013; M. Salvador Martínez (ed), *Derecho de partidos en Europa. Origen, evolución y retos en perspectiva comparada*, Madrid, 2025.

[13] See, e.g., I. McAllister, *The Personalization of Politics* in R.J. Dalton – H.-D. Klingemann (eds), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford, 2007, p. 571 ff.

[14] The precise sequence of developments is discussed below in Section 3.3.

President of Romania[15] against the Central Electoral Bureau's (BEC) decision registering Ms Diana Iovanovici-Şoşoaca's candidacy,[16] the CCR annulled that decision and thereby excluded her from the presidential race, holding that her public conduct was incompatible with the constitutional identity of the Romanian State.[17] The ruling marked a notable departure from the Court's prior case law.[18]

Importantly, the CCR did not establish the underlying facts through an adversarial procedure, treating the anti-democratic conduct of Ms Şoşoacă as "notorious".[19] The CCR characterised that conduct in general terms – a systematic, persistent and prolonged course of public declarations, positions and expressed convictions contrary to constitutional values, combined with participation in certain public events – which it held to amount not to political debate or electoral positioning but to a constantly anti-democratic and antisemitic discourse, "*inciting the alteration of the*

[15] *Legea privind alegerea Preşedintelui României*, republished in *Monitorul Oficial* No. 650, 12 September 2011.

[16] The BEC (*Biroul Electoral Central*) is an administrative electoral authority which verifies whether candidacies meet the 'substantive and formal conditions' set out in Law No. 370/2004, registering those that do and rejecting those that do not (Art. 29(1)). It functions only during the electoral period and ceases its activity once the process concludes. Its composition and tasks are established by the same law and include centralising the election results, determining the elected candidate, and submitting the documentation required for validation of the presidential mandate to the CCR. Its acts are administrative in nature and subject to electoral litigation. Registration or rejection is effected by decision within a maximum of 48 hours of the lodging of the candidacy (Art. 29(2)) and may be challenged before the CCR within 24 hours of the expiry of that period. Standing to challenge lies with candidates, political parties, organisations of citizens belonging to national minorities, political alliances, electoral alliances and voters; challenges are made in writing and lodged directly with the Court, which rules within two days of registration, its decisions being final, communicated forthwith to the BEC and published in the *Monitorul Oficial al României*, Part I (Art. 31(1)-(2)).

[17] CCR, Ruling No. 2/2024, cit., mentioning explicitly the "constitutional identity" of the State and of the society (para. 37).

[18] Dissenting Judge Scântei held that the Court could not, by interpreting its own competence, establish new eligibility conditions leading to a prohibition on standing, and that the majority had converted an objective electoral review into a subjective one – verifying a candidate's conduct, acts and statements – without the guarantees specific to the right to a fair trial.

[19] CCR, Ruling No. 2/2024, cit., para. 60-62 ("Este de notorietate faptul că, prin discursul său constant…"). The referral set out (paras. 7-14) conduct such as a proximity to the Russian Federation (attendance as guest of honour at Russian Embassy receptions, including after her election to the European Parliament; an apology to the Embassy over a protest concerning the Fântâna Albă massacre; statements that there is more democracy in Russia than in Romania); advocacy of withdrawal from NATO and the EU, together with calls for the annexation of Ukrainian territory and for Romanian neutrality, in a context in which Euro-Atlantic integration is constitutionally enshrined; and incidents involving the assault and deprivation of liberty of Rai Uno journalists in 2021 and the blocking of a vaccination centre in Iaşi county. A second applicant appended a further list, including antisemitic and legionary attitudes and "friendship" with Russia, likewise treated as "notorious" facts "requiring no proof" (para. 22). The Court expressly grounded its conclusion on the facts as described by the applicants (para. 63).

democratic foundations of the State and the breach of the constitutional order"[20] through its call for the removal of essential guarantees of the State's fundamental values and choices, namely EU and NATO membership.

On 6 December 2024, the CCR annulled the first round of the presidential elections through a reasoning that, while formally grounded in electoral integrity and foreign-interference concerns, clearly displayed elements reminiscent of militant-democratic logic. More specifically, the CCR held that through the exercise of the "constitutional and democratic review of the electoral process, the Court fulfils its duty to ensure the observance of the procedure for the election of the President of Romania", the "ultimate objective" of this duty being that of "*restor[ing] […] confidence in the democratic legitimacy of public authorities*", in the "legality and fairness of the elections" and "dispel[ling] any suspicion similar to the elements identified in this case". In this way, "the electoral rights of citizens (the right to vote and the right to be elected) and *the foundations of the constitutional order are protected*" – both considered by the CCR as "*essential premises for maintaining the democratic nature of [Romania] as a State governed by the rule of law*".[21]

These decisions opened new legal questions and intensified existing political tensions, culminating with the resignation of President Klaus Iohannis in February 2025 and the assumption of interim presidential duties by then-Senate President Ilie Bolojan.[22] Notably, as preparations for the new elections unfolded, the BEC excluded Mr Călin Georgescu from standing in the re-run elections on the basis of the CCR's earlier reasoning. This decision was subsequently upheld by the CCR on 11 March 2025.[23]

The CCR's rulings, along with the ensuing events, set the stage for the decisive second-round vote held on 18 May 2025, in which Mr Nicuşor Dan secured 53.60% of the vote amid a record turnout of 64.72%, defeating the ultranationalist candidate Mr George Simion.[24] Although Mr Simion initially accepted the result, he soon

[20] CCR, Ruling No. 2/2024, cit., para. 60 (emphasis added). Furthermore, the Court indicates that "[s]uch conduct raises the question of the use of constitutional institutions and procedures with a view ultimately to negating constitutionally regulated requirements, principles and values" (ibid.) – a typical militant rationale.

[21] CCR, Ruling No. 32/2024, 6 December 2024, *Monitorul Oficial* No. 1231, para. 21 (emphasis added).

[22] Later, under President Dan, Mr Ilie Bolojan was nominated for the position of Prime Minister. According to Article 85 RC, "[t]he President of Romania designates a candidate for the post of [PM] and appoints the Government on the basis of a vote of confidence from Parliament". The Government formation thus reflects the constitutional aim of enhancing democratic legitimacy by involving the President and Parliament, who are both popularly elected authorities. However, the PM relies entirely on parliamentary confidence. See B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, Oxford-Portland, 2016, p. 113. See in more detail *infra* Section 3.2.ii).

[23] Ruling No. 7, of 11 March, available in Romanian at: https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/03/Hotarare_7_2025.pdf (last accessed: 9 July 2026).

[24] Specifically, 11,641,866 voters out of 17,988,218 registered (see official data available at https://prezenta.roaep.ro/prezidentiale18052025/pv/results, last accessed: 9 July 2026).

contested its validity. On 20 May 2025, he filed a legal challenge with the CCR, and his political supporters organised mass protests, claiming that the electoral process had been compromised by digital manipulation and foreign (European) interference. Importantly, Mr Simion's legal arguments closely echoed the reasoning previously employed by the CCR in promoting democratic self-defence, thereby illustrating some of the conundrums of these judicial interventions.

Initially, the swearing-in of President Dan on 26 May 2025 appeared to mark a moment of relative constitutional stabilisation within Romanian political life: a moment that could have, symbolically at least, offered an opportunity for the "two Romanias" to move toward reconciliation after the deep divisions exposed by the presidential elections.[25] However, the CCR's recourse to a motivation that evokes the conceptual features of 'militant democracy' invites a retrospective critical reassessment. This assessment should account for the troubling effects associated with the Court's use of a militant reasoning that, within the Romanian constitutional order, is traditionally applicable to political parties – not individuals – and is subject to specific guarantees as developed in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR).

The CCR's rulings therefore raise an important normative question: does the expansive use of militant reasoning within the domestic legal order ultimately contribute to consolidating the democratic foundations of Romania's constitutional reality, in line with the original rationale of democratic self-defence, or does it simultaneously trigger systemic tensions, from a rule-of-law perspective, through the progressive extension of CCR's competences beyond their traditional boundaries? To address this question, the paper situates its research questions within the expanding scholarship on the contemporary "terrain for militant democracy",[26] understood as the use of measures aimed at countering actors perceived as subverting democratic principles both within and beyond traditional electoral channels. Within these broader areas of analysis, such as electoral monitoring, religious mobilisation, foreign interference and digital platforms and 'democratic regression' in Central and Eastern Europe,[27] this paper focuses on the scope of militant measures in relatively young

[25] It should be noted already at this point that one year after the swearing-in of President Nicuşor Dan, the Romanian political landscape remains marked by institutional tensions, including a motion of confidence against the Government led by Ilie Bolojan and renewed debates concerning the role of the President in the current constitutional framework.

[26] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., p. 1253 ff., esp. p. 1255-1256, 1263-1266. See also J. de Miguel Bárcena, *Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español)*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 122/2022, p. 17 ff., esp. p. 33 ff.

[27] See, e.g., M. Coli, *The Role of the European Union in Protecting Democracy through Legislation: The Case of Disinformation*, in *European Papers-A Journal on Law and Integration*, 1/2026, p. 81; T.V. Olsen – J. Tuovinen, *Between militant democracy and citizen vigilantism: Using citizens' assemblies to keep parties democratic*, in *Global Constitutionalism*, vol. 13, 3/2024, p. 535 ff.; G. Colocrese, *Il dialogo tra la Corte costituzionale della Romania e la Commissione europea nel contrasto alla disinformazione elettorale online*, in *Nuovi Autoritarismi e*

democracies, from a historical perspective.[28] More specifically, the paper argues that the CCR's application of a militant rationale during the 2024-2025 presidential elections arguably facilitated an expansion of its institutional role, which may in turn contribute to a gradual shift from the Western constitutional tradition of the rule of law, particularly as regards the role of courts in protecting political pluralism and fundamental rights.[29]

Three features of the Romanian legal order, developed in Section 3.2, frame the analysis: a constitutional tradition built on the extensive incorporation of Western models; a semi-presidential system placing a directly elected President at the intersection of law and politics; and a Constitutional Court established in 1992 without a settled domestic practice of centralised review, which has since assumed an expanding role in electoral matters. Together these help account for the "perturbations" of the 2024-2025 presidential elections.

The paper proceeds as follows. Section 2 sets out the conceptual features of 'militant democracy' and examines the European constitutional experiences that have incorporated it: Germany, Italy and France, emblematic of the post-war "first wave" of democratisation; Portugal and Spain, illustrating the transitions of the 1970s; and Romania, within the post-communist wave in Central and Eastern Europe. It then considers the doctrine's limits in light of the "common denominator" reflected in the ECtHR's case law, which arguably reveals converging conceptions of democratic self-defence in the European legal space: militant measures apply primarily to political parties rather than individual candidates, operate only as last-resort tools, and remain subject to specific procedural guarantees. Section 3 introduces 'legal irritants' as a particular manifestation of broader processes of legal transplantation and shows how the concept illuminates the CCR's application of militant reasoning in 2024-2025 presidential elections. Section 4 concludes on the normative implications for the

Democrazie: Diritto, Istituzioni e Società, vol. 7, 1/2025, p. 185 ff.; J.F. Sánchez Barrilao, *El impacto de la Inteligencia Artificial en los procesos democráticos*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 43/2025 available at: https://www.ugr.es/~redce/REDCE43/articulos/01_BARRILAO.htm (last accessed: 9 July 2026); O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia: opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024. 'Democratic regression' refers to the process by which key elements of a constitutional democracy are eroded incrementally rather than abruptly dismantled (A. Buratti, *Western Constitutionalism: History, Institutions, Comparative Law*, Cham, 2023, p. 289). On its global dimension, see F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs*, vol. 76, 6/1997, p. 22 ff. For further discussion, see S. Suteu, *Democratic Backsliding and Comparative Constitutional Soul-Searching in Europe*, in *Constitutional Studies*, vol. 11, 1/2025, p. 115 ff.; G. Halmai, *Illiberalism in East-Central Europe*, in A. Sajó – R. Uitz – S. Holmes (eds), *Routledge Handbook of Illiberalism*, London, 2021, p. 813 ff; R. Tarchi, *Le "democrazie illiberali" nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi*, *DPCE online*, vol. 44, 3/2020, p. 4155 ff.; A. von Bogdandy – P. Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015.

[28] E.g., R. Teitel, *Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives*, cit., describes militant measures as particularly associated with transitional constitutional contexts.

[29] For the theoretical framework within which this tradition can be understood, see *infra* in Section 2.1.

substantive understanding of the rule of law and its trajectory within the Romanian legal order and beyond.

2. *'Militant Democracy' in Comparative Perspective: A Rationalisation Mechanism within the Democratic Constitutional State?*

The comparative survey that follows aims to set the Romanian case against the background of the constitutional experiences through which 'militant democracy' took shape and consolidated across Europe during the 20th century. Reconstructing the doctrine's rationale, instruments, and limits, together with the "common denominator" reflected in the case law of the ECtHR, provides the baseline against which the CCR's electoral reasoning can be assessed. Two features bear emphasis for this case study: democratic self-defence, as codified in the RC, applies primarily to political parties and it operates only as a measure of last resort, subject to strict conditions and procedural guarantees. Against this background, this paper examines the doctrine's expansion during the 2024-2025 presidential elections.

It is axiomatic in comparative constitutional law that the legal recognition of social pluralism lies at the heart of the evolution from the liberal to the democratic state.[30] Accordingly, this model frames pluralism both as a precondition for the legitimacy of post-war constitutions and as a guiding objective of democratic constitutionalism, helping to structure the defining elements of the Western constitutional tradition. Crucially, pluralism also draws its normative force from the regular, effective possibility of a change in political direction, secured through free and competitive elections.[31] More generally, this model is grounded in democratic legitimacy, the protection of fundamental rights and minorities, and the openness of constitutional texts[32] both to their concretisation by the legislature in the day-to-day functioning of the state and to their interaction with supranational and international legal orders.

Yet "the freedoms people have become so fond of require the perpetuation of the democratic system, including fundamental rights and freedoms and […] the endurance of the rule of law".[33] In this framework, the rule of law, understood in its "thick" (substantive) sense, emerges as a structural component of democratic

[30] A. Buratti, *Western Constitutionalism*, cit., p. 201, 319-320. For an account of twentieth-century legal thinking on the relationship between order and pluralism, see M. Croce - M. Goldoni, *The Legacy of Pluralism: The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford, 2020, p. 200.

[31] See, e.g., M. Azpitarte Sánchez, *Constitución del pluralismo y método jurídico*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 21/2008, p. 447 ff.

[32] A. Buratti, *Western Constitutionalism*, cit., p. 260.

[33] M. Thiel, *Introduction*, in Id. (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, New York, 2009, p. 1 ff., esp. p. 1.

constitutionalism.[34] This understanding refers not only to the liberal, formal notion of the binding force of law for both state bodies and citizens – with emphasis on the administration, judicial independence,[35] and the primacy of the Constitution within the hierarchy of sources of law – but also to the democratic legitimacy required for the enactment of binding norms through representative institutions.

Equally important, this constitutional model entails the protection of political opposition and minorities through fundamental rights and judicial guarantees,[36] thus closely intertwining with the inclusive premises of post-war constitutionalism: "[t]he democratic state['s founding principle] is *that sovereignty resides with the people* […] The [democratic state] is a *representative* state, but, unlike the liberal state, it is [a] *pluralist* […] *constitutional* state. […] The concept of the *rule of law* is also evolving. The liberal conception […] is […] superseded by that of legality in a *substantive* sense".[37]

Originally codified in the German Basic Law, 'militant democracy' must be assessed in light of the mutual coexistence and reinforcement between pluralism and the rule of law, pluralism being both the premise and goal of post-war democratic constitutions. Against this background, this doctrine's success or limits as a constitutional category – originally designed to protect democracy from those who radically oppose it from within the legal order[38] – depend to a significant extent on constitutional practice. It is worth recalling that limits on the political freedoms of associations and individuals constitute limitations on political pluralism itself, and should therefore be applied only as a measure of last resort, given that pluralism is not merely "tolerated" within the constitutional state but shapes the foundational structure of the democratic legal order.[39] So understood, it is not an alternative to pluralism but a constitutional device designed to manage the paradox of defending democracy without compromising its core, thus avoiding becoming, in turn, a mechanism for the exclusion of minorities or ordinary political disagreement.

---

[34] See P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *The rule of law and the separation of powers*, 2017, p. 95 ff. As is well known, the concepts of 'rule of law', *Rechtsstaat*, *état de droit* and *stato di diritto* are closely related but not equivalent. See, among many others, P. Ridola, *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*, in A. Somma – A. Fusaro – G. Conte – V. Zeno-Zencovich (eds), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, 459 ff. For a recent reconstruction of the classic 'rule of law'/*Rechtsstaat* opposition, see A.E. Galeotti, *Two interpretations of the Rule of Law*, in B. Faedda (ed), *Rule of Law. Cases, Strategies and Interpretations*, Ronzani, 2021, p. 67 ff. On the rule of law as a pillar of modern constitutionalism, including globally: R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 1 ff.

[35] E.S. Tănăsescu, *The Independence of Justice as Proxy for the Rule of Law in the EU: Case Study – Romania*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, vol. 3, 1/2021.

[36] A. Buratti, *Western Constitutionalism*, cit., p. 198.

[37] M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 8th ed., Torino, 2022, p. 68, 73-74 (author's trans).

[38] Indeed, "[t]he idea of a 'militant democracy' deals with internal threats" (M. Thiel, *Comparative Aspects*, in Id. (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, cit., p. 38).

[39] On the relationship between tolerance and militant democracy, see *infra* in Section 2.1.

2.1. Militant Democracy in Post-War Europe: Conceptual Bases, Rationale, and Instruments

'Militant democracy' is typically linked to a set of constitutional mechanisms designed to defend the democratic order against radical threats[40] arising from within the legal order. The notion refers to "the idea of a democratic regime which is willing to adopt pre-emptive, prima facie illiberal measures to prevent those aiming at subverting democracy with democratic means from destroying [democracy]."[41] The term was first coined in the mid-1930s by the German political scientist Karl Loewenstein,[42] at a time when authoritarian movements were emerging within democratic systems,[43] although the concept's historical roots are often traced back to the Weimar Republic's collapse. While it remains debated among scholars whether Weimar possessed the legal instruments to resist anti-democratic forces, it is certain that the framers of the Grundgesetz (GG) adopted a proactive approach as regards the protection of democratic values.[44]

Certainly, whatever the concept's historical origins may be – whether rooted in the Weimar experience or not and, if so, to what extent – there is a shared assumption that this tragic experience left a lasting imprint on the development of the Federal Republic of Germany and, more generally, on constitutional democracies in post-war Europe. Thus, 'militant democracy' becomes a legal doctrine with diverse manifestations across post-war European legal orders, specifically in those emerging from phases of authoritarian rule to democratic government.[45]

---

[40] B. Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes: The Annulment of the Romanian Presidential Elections, Hague Journal on the Rule of Law*, 2025, p. 1 ff. (esp. 1).

[41] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1253.

[42] K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights I*, in *American Political Science Review*, vol. 31, 3/1937, p. 417 ff.; K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights II*, in *American Political Science Review*, vol. 31, 4/1937, p. 638 ff. Another significant intellectual figure in the foundational development of militant democracy (*streitbare Demokratie* or *wehrhafte Demokratie* – a concept invoked by the German Federal Constitutional Court in the mid-1950s) was the sociologist K. Mannheim (see J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1258).

[43] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1253.

[44] Nevertheless, Carl Schmitt's critique of parliamentary decision-making and his concept of 'defence of the Constitution' are commonly noted among the intellectual roots of this doctrine: *Legalität und Legitimität,* München-Leipzig, 1932, and *Der Hüter der Verfassung,* Tübingen, 1931. As A. Berthout (*La démocratie militante. Étude comparée d'une doctrine constitutionnelle*, "Collection des Thèses", No. 226, Bayonne, 2026, p. 27) shows, the link between the Weimar Republic and militant democracy long drew little attention in German scholarship, the Republic having been dismissed as "neutral" towards its enemies – a myth propagated by the Bundesverfassungsgericht from the 1950s. Under the influence of Christoph Gusy's work (*Weimar - die wehrlose Republik?*, Tübingen, 1991), critical studies have since relativised that narrative.

[45] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1254. Contrast this with the United States (US) model, described in M. Tushnet, *United States of America*, in M. Thiel (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, New York, 2009, p. 358 ff., esp. 358. For a comparison between the two approaches, see R. Teitel, *Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives*, in *Michigan Journal of International Law*, cit., p. 52 ff.

In a sense, the doctrine seeks to articulate in rational terms the idea that constitutional systems may employ universal responses – such as legal categories or instruments – to respond democratically to the enduring challenge authoritarianism poses to the foundational principles of the legal order.[46] Perhaps for this reason, this doctrine is sometimes also referred to as "defensive democracy" or "fighting democracy".[47]

Yet, as noted, this notion builds on the inherent tension between the political need to protect the constitutional order and the constitutional imperative of preserving the fragile consensus on which it rests: absent enforceable sanctions, constitutional authority may depend on a broad, shared acceptance of the Constitution as a precondition for its legitimacy.[48] The legal framework of militant democracy should therefore operate with restraint, especially towards movements that have gained substantial sociopolitical support, lest it contribute to the very instability it seeks to prevent. Its inner normative dynamics will often require tolerating unresolved ideological conflicts and maintaining constitutional ambiguities – not weaknesses, but potentially essential conditions for democratic resilience. Its functioning thus depends not only on codified mechanisms preventing the abuse of democratic infrastructure for authoritarian ends, but also on its capacity to address, through openness and ambiguity, the complex interaction between the legal order, its political reality, and societal cohesion.[49]

The *Weltanschauung* underpinning 'militant democracy' holds that core democratic values warrant legal protection, including through a defensive logic where such protection is expressly provided for in the Constitution or by statute. The doctrine thus rests on a substantive understanding of democracy, as opposed to a purely formal conception based on the procedural recognition of a state's "democratic" character and the occurrence of elections.[50] The substantive model seeks

[46] On the tendency of intellectuals to "grasp […] the world as a whole, explaining it entirely and offering universal solutions to its problems", cf. V. Havel, *Preface: Karl Popper's* The Open Society and its enemies *in the contemporary global world*, in K. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, cit., p. xiv.

[47] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1253.

[48] D. Grimm, *Constitutionalism: past, present, and future*, Oxford, 2016, p. 138.

[49] Ibid. In this sense, tolerance may be regarded as the obverse of militant measures, which explains its natural invocation when delineating the contours of the doctrine under review: see G.H. Fox, G. Nolte, *Intolerant Democracies*, *Harvard International Law Journal*, 36, 1995, 1 (as referred to in J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1254).

[50] To illustrate this point, see G.H. Fox, G. Nolte, *Intolerant Democracies*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 36, 1/1995, p. 1 ff. (esp. p. 14, 16). Due to the abstractness critique of both models, the authors further distinguished between two types of democracies: tolerant (or passive) and militant (or active). The difference, they argued, lies in whether the constitution allows changes that could abolish or alter democratic institutions (ibid., p. 24). By classifying state practice in this way, four types of democracies were identified: tolerant procedural, militant procedural, tolerant substantive, and militant substantive, reflecting how states combine either a tolerant or militant approach with a procedural or substantive conception of democracy (p. 22). For the scholarly debate addressing this proposal, see P.E.

instead to ensure political and social pluralism, thereby enabling citizen participation and underpinning state legitimacy.[51] From this perspective, its central assumption is that the legal order must not only be established through democratic means, but must also retain some capacity for constitutional self-preservation, ensuring that its foundational principles cannot be exploited to undermine it.

It bears noting that 'militant democracy' differs from the 'state of exception' not only in its purpose, but also in its underlying dynamics, duration and institutional actors.[52] The latter is traditionally associated with emergency decisionism, referring to an extraordinary situation in which the executive or sovereign authority is empowered to suspend temporarily the ordinary operation of the legal order, in response to severe threats to the state's existence or security. Its logic is temporally limited and often related to external or existential dangers, defined by the displacement of ordinary legality through executive political decision-making. 'Militant democracy', by contrast, allows for no such suspension: it aims at preserving the democratic system through codified means, operating under a previous recognition of these means by specific sources of law (constitutional or statutory), and is typically "activated" against domestic actors under judicial supervision.[53] While the state of exception is thus executive-driven, extraordinary, temporary and reactive, militant democracy is a last-resort, preventive mechanism embedded within the democratic order.[54]

---

de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge/Antwerp, 2016, p. 157 ff.

[51] For a classical account of this conception in the context of the German democratic order, see K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón – M. Azpitarte Sánchez, Madrid, 2012 (esp. p. 137 ff.). On the connection between the constitutional state, democracy, and pluralism in postwar German scholarship, see E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart, 1964.

[52] See A. Ellian – G. Molier (eds), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht, 2012. Cf., however, M. Thiel (ed), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, Tübingen, 2003, for an account of a broader approach to areas associated with this doctrine. Moreover, e.g., L. Pegoraro, *Para una clasificación dúctil de la democracia militante*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 96/2013, p. 193 ff., observes that the defence to oppression emanating from the people through the right of resistance, together with the suspension of the Constitution in order to defend it, responds to logics that are in part distinct from those of militant democracy. As is well known, the right of resistance is provided for by only a small number of Constitutions, such as the German Basic Law. On the right of resistance, see A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milano, 2006.

[53] It is worth recalling at this point the relevance of the notion of 'abuse of rights' for the purposes of this paper. See, e.g., D. Bifulco, *L'abuso del diritto costituzionale. Un'ipotesi di lavoro*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, p. 55 ff.

[54] See also, in this sense, A. Gatti, *La democrazia che si difende. Studio comparato su una pratica costituzionale*, Padova, 2023, p. 16-18. Some authors have argued that the emergency logic has already followed a path of normalisation within the constitutional state, notably in the post-9/11 anti-terrorism context. See, e.g., the notion of 'counter-terror state' by A. Sajó, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, in *Cardozo Law Review*, 27/2006, p. 2255 ff. On the blurring of the spheres of "normalcy" and (permanent) "exception", this time in relation to the climate emergency, see R. Bifulco, *Rule of Law and Climate Emergency*, in *federalismi.it*, 5/2025, p. I-XV. When distinguishing between a state of exception and

Given the diverse European experiences, the notion of militant democracy may best be understood through a two-level approach distinguishing between (i) the common rationale underlying the democratic protection of the legal order, and (ii) the specific instruments through which different frameworks give effect to that rationale. Within the second level, a further distinction may be drawn according to whether those instruments are introduced by the Constitution or by statute. In the first case, they tend to take the form of a constitutional sanction – such as the dissolution of a party or the forfeiture of rights – rather than a criminal or administrative one. Where the militant rationale is given effect at the statutory level, the sanction more frequently assumes a criminal form and, importantly, remains open to legislative adaptation to contingent circumstances.

A further distinction concerns the subject against whom these instruments are directed. While democratic self-defence is typically aimed at collective actors – most visibly through the banning of parties and associations – positive law at times reaches the subversive individual directly. Yet scholarship has shown that what is addressed is rarely individual subversive activity as such, but the individual's activity as a member of a subversive organisation. Protection against individualised actors has thus been characterised mostly as an indirect protection against organised subversion, assuming two principal forms. Less commonly, it excludes the individual from political life through abuse-of-rights mechanisms – which in any event rest on a specific due process principle and are found only in German law and the ECHR. More often, it criminalises certain forms of participation in subversive organisations, typically by penalising those who maintain or reconstitute a prohibited one, thereby rendering the prohibition effective.[55] In both cases, the individual is reached only through a framework establishing beforehand the criteria against which anti-democratic conduct is to be assessed – whether the due process guarantees of the first form or the criminal process of the second.

At a first and more general level, legal scholars often address 'militant democracy' with the aim of determining whether there exists a substantive democratic core excluded from the outset from reform or transformation. This understanding is particularly characteristic of the Western legal tradition, especially after the Second World War. Yet the notion captures something more precise than the mere establishment of a liberal-democratic form of state: were that more expansive understanding of "protected democracy" to prevail, "democracies are always more or

militant democracy, one should also examine the role of the secret services in cases involving militant measures. The Romanian case is particularly illustrative, as the secret services became involved amid concerns about alleged foreign interference in the electoral process. Notably, their report was first declassified and only afterwards cited by the CCR in its reasoning, serving as a legal argument within the broader militant rationale that ultimately led to the annulment of the first round of the presidential elections.

[55] A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., esp. p. 433.

less militant".[56] The question thus focuses on whether a substantive democratic core is protected by the Constitution,[57] without equating the identification of a militant legal order with its mere inclusion in the post-war wave of democratic constitutionalism.

The second level of analysis identifies the specific instruments available within the legal order, asking whether their codification takes place in the Constitution or in statutory law. Mechanisms designed to defend democracy have been codified in different forms across jurisdictions, often reflecting the specific legacies of the totalitarian regimes that preceded them. From a comparative perspective, these variations are best understood within the broader historical trajectory of democratisation in Europe: the development and institutionalisation of self-defence have unfolded through successive waves of change, from the post-war constitutional settlements to the democratic transitions of the 1970s and, finally, the post-communist transformations in Central and Eastern Europe. The following analysis therefore adopts a historically informed comparative approach, examining selected legal orders as representative of these phases in order to highlight how militant instruments have been articulated, adapted and at times reinterpreted within distinct constitutional contexts.[58]

The German experience is regarded as the typical model, serving as an "introduction for the comparison" or the "current constitutional crystallization" of the notion.[59] The GG expressly identifies the instruments of democratic self-defence.[60]

---

[56] O. Pfersmann, *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*, in A. Sajó (ed.), *Militant Democracy*, Utrecht,
2004, p. 47 ff, esp. p. 53.

[57] See, e.g., M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions*, in F. Bruinsma – D. Nelken (eds), *Explorations in Legal Cultures*, Den Haag, 2007, p. 133 ff., esp. p. 137.

[58] More generally, on the historical method in comparative constitutional law, see V.C. Jackson, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., p. 54 ff., defined as a means for identifying "'genetic' forms of connections between systems, based on the influence one has on the development of another". The author also highlights a certain "degree of skepticism about strong claim of 'transplants'" when scholars engage in broader research on the circulation of ideas (p. 58). In Italy, see P. Ridola, *Comparazione e storia, Scritti di storia costituzionale comparata*, Naples, 2022: "the study of history provides [for the constitutionalist and the comparative scholar] a reservoir of methods, knowledge and critical judgement [so that] the jurist's horizon is not asphyxiated by abstract conceptual constructs, but rather expands to embrace the development of law as an experience, with an eye to the past, to the 'space of experience' (*spazio di esperienza*) [...] and the 'horizon of expectations' (*orizzonte di aspettative*) that the present allows the eye to glimpse" (*Dedica*). Finally, on the possibility to combine different methods in comparative law: R. Scarciglia, *op. cit.*, p. 130.

[59] M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma*, cit., p. 135.

[60] The GG rejects axiological relativism by recognising that certain fundamental principles underpin the democratic coexistence of the political community established after 1949 and cannot be abolished. Article 79(3) designates as unamendable those provisions affecting "the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20" – namely the constitutional protection of human dignity and basic rights,

Article 21(2) establishes that parties seeking, by their aims or the behaviour of their adherents, to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Republic shall be unconstitutional. Uniquely in the comparative landscape, Article 18 foresees the forfeiture of basic rights, where these are used to "combat the free democratic basic order".[61]

Germany thus provides for two typical instruments restricting pluralism: the banning of political parties and the limitation of fundamental rights in cases of abusive exercise. The competent authority is the Bundesverfassungsgericht (BVerfG),[62] an arrangement designed to prevent governing parties from banning competitors in order to limit opposition or actively undermine pluralism.[63] Two features are worth

---

the republican form of government, representative democracy, the rule of law, and the separation of powers. Besides establishing this 'eternity clause' (*Ewigkeitsgarantie*), Article 20(4) recognises the right of "any German […] to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available". The English translations of all referenced constitutions are available at: https://www.constituteproject.org.

[61] "Whoever abuses the freedom of expression [in particular the freedom of the press, the freedom of teaching, of assembly, of association, the privacy of correspondence, posts and telecommunications, the rights of property or the right of asylum] in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights […]". One should also refer to Article 17 ECHR and, finally, to Article 25(3) of the Greek Constitution ("[t]he abusive exercise of rights is not permitted"), though the latter lacks a procedure for the forfeiture of an individual's political rights in cases of abuse. See, e.g., D. Bifulco (*op. cit.*, p. 65-66), who finds in the ECHR provision a further illustration of the "bidimensional" (subjective and objective) nature of the category of abuse of rights.

[62] The power to initiate party-ban proceedings before the BVerfG is reserved, under § 43 (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG), to the Bundestag, the Bundesrat, and the Federal Government (and, for regionally confined parties, the respective Land government). For its part, the power to seek forfeiture of basic rights under Article 18 GG is reserved, under § 36 BVerfGG, to the Bundestag, the Federal Government or a Land government. The German legal order also provides for the banning of associations under Art. 9(2) GG and the *Vereinsgesetz* (Associations Act); unlike party bans, these are imposed by the executive – through an administrative decree based on intelligence and police evidence – and reviewed by the administrative courts. See recently the COMPACT case, in which the Federal Administrative Court (BVerwG) overturned the federal ban of COMPACT-Magazin GmbH: BVerwG, Urteil vom 24 June 2025, 6 A 4.24. For a critical commentary, see C. Möllers, J. Tabbara, *Die COMPACT-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: Pressefreiheit schlägt Vereinsverbot?*, in *JuristenZeitung*, 81, 2026, p. 656 ff.

[63] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., 1253. One should recall the contributions of E. Bulla, *Die Lehre von der streitbaren Demokratie*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 98/1973, p. 340 ff, and J. Lameyer, *Streitbare Demokratie contra Terrorismus?*, in *ZRP*, 2/1978, p. 49 ff., engaging critically with the scope of *streitbare Demokratie*. In its Order of 22 May 1975 (BVerfGE 39, 334, the *Extremistenbeschluss*), the Court read the notion to encompass the civil servant's duty of loyalty under Art. 33(5) GG, holding that the state may require *Beamte* to actively stand up for the free democratic basic order (see also G. Brinkmann, *Militant Democracy and Radicals in the West German Civil Service*, in *The Modern Law Review*, vol. 46, 5/1983, 584-600). This scholarship also questioned whether 'militant democracy' could appropriately extend to the violent terrorism of the Red Army Faction. On the loyalty duty, see also ECtHR [GC], 26 September 1995, *Vogt v. Germany*, No. 17851/91, and ECtHR, 29 November 2022, *Godenau v. Germany*, No. 80450/17; more generally, J. Krüper, *Entscheidungsanmerkung (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13)*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 3/2017, p. 365 ff., esp. p. 366.

underlining. First, both instruments are entrenched at the constitutional level. Second, their primary effect is a constitutional rather than a strictly criminal sanction – the unconstitutionality of the party or the forfeiture of fundamental rights, both operating through autonomous procedures deriving directly from the GG.[64] Criminal law nonetheless retains in Germany a supplementary role, since the reorganisation or continuation of a banned party is itself an offence, serving to render the constitutional prohibition effective.[65] This legal order may thus be understood as the pole at which militant democracy operates principally, though not exclusively, through a constitutional rather than a criminal logic.

Until today, only two parties have been banned under Article 21(2) GG: the Socialist Reich Party (*Sozialistische Reichspartei*, SRP) in 1952[66] and the Communist Party of Germany (*Kommunistische Partei Deutschlands,* KPD) in 1956.[67] Also instructive is the case of the National Democratic Party of Germany (NPD, renamed *Die Heimat* in 2023), which the BVerfG declined to ban in 2017, an earlier attempt having failed on procedural grounds in 2003. While acknowledging that the party's objectives were fundamentally opposed to the free democratic basic order, the Court introduced a "potentiality" requirement, unrecognised in earlier case law and developed in the light of the ECtHR's: a party may be deemed unconstitutional only where there are concrete signs that it is effectively capable of achieving its anti-democratic aims.[68]

---

[64] The BVerfG has dismissed at the admissibility stage all four applications brought before it under Art. 18 GG, since it assesses the actual danger the individual poses to democracy already at that point (A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., p. 432).

[65] Ibid., 430-431; 446-447. Under the Title "Endangering democratic state under rule of law", Articles 84 and 85 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) criminalise, respectively, the continuation of a political party declared unconstitutional by the BVerfG and the violation of a ban on forming an organisation, thereby reinforcing the effectiveness of the constitutional prohibition.

[66] BVerfG, Urteil vom 23 Oktober 1952, 1 BvB 1/51.

[67] BVerfG, Urteil vom 17 August 1956, 1 BvB 2/51. The party's challenge before the European Commission of Human Rights (freedom of expression and association) was rejected, the Commission finding that advocating a socialist-communist society through proletarian revolution was incompatible with the functioning of democratic institutions: EComHR, 20 July 1957, *German Communist Party v. Germany*, Appl. No. 250/57.

[68] A 2017 reform of Art. 21 GG introduced alternative militant instruments, most notably the exclusion of anti-constitutional parties from public funding, allowing such actors to be sanctioned even absent a realistic prospect of political success. On the evolution of militant democracy in Germany, see G. Molier, B. Rijpkema, *Germany's New Militant Democracy Regime*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2/2018, p. 394 ff., and U. Backes, *Banning Political Parties in a Democratic Constitutional State*, in *Patterns of Prejudice*, vol. 53, 1/2019, p. 67 ff. The tightening of the ban threshold has increased the salience of lesser militant instruments, as the ongoing AfD controversy illustrates. On 2 May 2025 the *Bundesamt für Verfassungsschutz* classified the party as a "confirmed right-wing extremist endeavour" (*gesichert rechtsextremistische Bestrebung*), a classification provisionally prohibited by the Administrative Court of Cologne, which found strong suspicion of anti-constitutional aims but not the certainty required: VG Köln, Beschluss vom 26 February 2026, 13 L 1109/25 (interim; main case 13 K 3895/25 pending). See, among others, A. De Petris, *Le armi legittime della democrazia: perché applicare il Parteiverbot contro l'AfD*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2025, esp. p. 136 ff.

Importantly, the gravity of the instrument entrenched in Article 21(2) GG is also reflected in the procedural safeguards accompanying it: "[t]he prohibition of a political party […] is the sharpest weapon, albeit a double-edged one, a democratic state under the rule of law has […] [t]he highest degree of legal certainty, transparency, predictability and reliability is therefore required […] [that party] […] is given its possibly final opportunity before the [BVerfG] to counter the submission[s] […] [and] to present its position freely".[69]

Beyond this principle of due process – which also follows from the BVerfG's role as a fact-finding instance in party-ban proceedings, where, unlike in typical constitutional-complaint cases, the Court must first establish the relevant factual record[70] – a further distinctive feature of the German model is the presence of institutions specifically designed to safeguard democracy against all forms of ideological extremism, absent from the Italian and French constitutional frameworks. In these legal orders, the clauses protecting democracy in its substantive sense refer only to the republican principle in more general terms. These systems thus remain, at their core, largely "open democracies", at least insofar as they do not codify specific mechanisms of defence against ideological extremism, whether of the left or the right.[71]

Italy and France may therefore be situated closer to the opposite pole, both as regards the source of law in which the militant instrument originates – constitutional or statutory – and the type of sanction it entails (constitutional or criminal/administrative). Even where a constitutional provision supplies the underlying basis, as with Italy's Transitional Provision XII, the operative instruments of democratic self-defence have developed gradually through statutory (criminal) law, the legislature thus being able to adapt to successive perceived threats.

Indeed, the Italian Constitution of 1948 protects the republican principle and is explicitly antifascist, without adopting an anti-extremist model of militant democracy.[72] Article 139 excludes the republican form of government from constitutional amendment, establishing a substantive limit that may be invoked against the legislature in the context of constitutional revision.[73] Article 49 recognises the right of every citizen "to freely establish parties to contribute to determining national policies through democratic processes". This does not, however, amount to a general prohibition of parties seeking to subvert democracy, nor does it provide a clear legal basis for the criminal sanctioning of parties or individuals pursuing national policy

[69] BVerfG, Urteil vom 17 January 2017, 2 BvB 1/13, para. 405.

[70] J. Krüper, *op. cit.*, p. 365.

[71] The terminological consequences of this fact are signaled below in Section 2.2, building on J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1261.

[72] For an overview of the Italian experience related to militant democracy, see S. Ceccanti – F. Clementi, *Italy: Militant Democracy in Italy. A Path between Rules and Politics*, in M. Thiel (ed), *The "Militant Democracy" Principle*, cit., p. 209 ff.

[73] See Corte Costituzionale, judgments Nos. 1146/1988 of 15 December (*Considerato in diritto* No. 2.1) and, more recently, 125/2025 of 21 May (*Considerato in diritto* No. 5.2.1.)

through undemocratic means.[74] Article 18, by contrast, prohibits "secret associations and those which, even indirectly, pursue political aims through organisations of a military character". Article 54 establishes the duty of all citizens to be loyal to the Republic and to uphold the Constitution and the law, and requires those entrusted with public functions to fulfil them with discipline and honour, taking an oath where provided by law – the oath functioning as a symbolic expression of the Constitution's democratic nature.

Most importantly – and distinctively within the comparative landscape – the Transitional and Final Provisions of the Constitution expressly prohibit the reconstitution of the Fascist Party and restrict the political participation of former fascist officials. More specifically, Transitional Provision No. XII provides that "[i]t shall be forbidden to reorganise, under any form whatsoever, the dissolved Fascist party. Notwithstanding Article 48 [right to vote], the law established, for not more than five years from the implementation of the Constitution, temporary limitations to the right to vote and eligibility for the leaders responsible for the Fascist regime".

This provision constitutes an exception to the principle of political pluralism enshrined in Articles 18 and 49 and reflects the anti-fascist ethos underpinning the constitutional text.[75] Although formally placed among the Transitional and Final Provisions, the prohibition in its first paragraph is, by scholarly consensus, not transitory but of full normative force.[76] From its inception in the debates of the Constituent Assembly to subsequent practice, moreover, the clause has generally been construed narrowly, referring to fascism as a historically specific phenomenon rather than as a general basis for banning any organisation seeking to abandon democratic principles. The Fascist Party was thus dissolved, and its reorganisation prohibited, not only or primarily because of its potential to endanger democracy or its recourse to violence, but because of its specific ideological character. This historically bounded interpretation, coupled with the absence of explicit constitutional provisions rendering all anti-democratic parties unlawful or depriving individuals of constitutional rights used to combat the liberal democratic order, has led the Italian experience to be described as an "open" or "non-protected" democracy.[77]

---

[74] M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma*, cit., p. 144.

[75] R. Bin – S. Bartole, *Commentario breve alla Costituzione*, 2008, 510. This provision finds its roots in earlier legal measures such as Royal Decree-Law (*Regio Decreto-Legge*) No. 704 of 2 August 1943, Lieutenant Legislative Decree (*Decreto Legislativo Luogotenenziale*) No. 195 of 26 April 1945, and Article 17 of the Treaty of Peace of Paris of 10 February 1947. Article 49 of the Italian Constitution reflects the Constituent Assembly's intention to position political parties outside the formal structure of the State apparatus, enabling them to serve as a link between the State and the community; see P. Ridola, *Partiti politici*, *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, 74, p. 113.

[76] Cf. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 469, n. 309.

[77] A. Golia Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c.*

Transitional Provision No. XII was implemented through the so-called *Scelba* Law,[78] which defined the circumstances amounting to reorganisation of the Fascist Party (Article 1) and introduced criminal offences such as the apology of fascism (Article 4) and fascist demonstrations (Article 5). Although the ban in Provision No. XII encompasses the whole legal order and not only the criminal sphere,[79] reorganisation under Article 1 is deemed to exist when

> "an association or movement pursues anti-democratic aims typical of the fascist party, glorifying, threatening or using violence as a method of political struggle or advocating the suppression of the freedoms guaranteed by the Constitution or denigrating democracy, its institutions and the values of the Resistance, or engaging in racist propaganda, or directs its activities towards the glorification of representatives, principles, facts and methods of the aforementioned party, or carries out external manifestations of a fascist nature".[80]

The Corte Costituzionale upheld the constitutionality of this legislation in several decisions,[81] holding that Provision No. XII allows the legislature to prohibit not only the party's reorganisation in the strict sense but also conduct creating a concrete danger of such reorganisation through the political methods characteristic of fascism.[82] With respect to the apology of fascism, the Court likewise required a concrete danger: to constitute an offence, the apology must be capable of promoting the reorganisation of the banned party.[83] This restrictive reading has left the *Scelba* Law with limited practical effect, to the point that some scholars have spoken of the substantial desuetude of

Facebook e Forza Nuova c. Facebook, *federalismi.it*, 18/2020, 134-181, esp. 137-138 (see also the doctrinal reconstruction developed in this paper).

[78] Law No. 645 of 20 June 1952, subsequently amended by Law No. 152 of 22 May 1975.

[79] Corte cost., Judgment No. 74 of 1958, 6 December 1958: "[q]uesta disposizione pone sì un divieto, ma ciò non deve indurre nell'errore di farla considerare quasi come un divieto penale, […] le norme penali sono venute successivamente" (*Considerato in diritto*).

[80] On the constitutional legacy of the Resistance and anti-fascism in the Italian republican order, see, *inter alia*, F. Cortese – S. Rossi – C. Caruso, *Immaginare la Repubblica: mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Milano, 2018; B. Pezzini – S. Rossi (eds), *I giuristi e la Resistenza: Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016; F. Cortese, *Liberare e federare: L'eredità intellettuale di Silvio Trentin*, Firenze, 2016; M. Fioravanti – A. Buratti, *Introduzione: Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana nella stagione della Costituente*, in Id. (eds), *Costituenti ombra: Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Roma, 2010, p. 18 ff.

[81] See, e.g., Corte cost., Judgments Nos. 1 of 1957, 26 January 1957; 74 of 1958, 6 December 1958; 15 of 1973, 7 February 1973 and 254 of 1974, 7 November 1974.

[82] R. Bin – S. Bartole, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 510.

[83] "Come risulta dal contesto stesso della legge 1952 […] [l]'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione" (Corte cost., Judgment No. 1 of 1957, cit., *Considerato in diritto*, para. 7).

Provision No. XII, recognising in it a primarily declaratory function affirming the foundational principles on which the Republic rests.[84]

The Italian case is instructive in showing how militant democracy may operate primarily through criminal offences rather than through the Constitution – even where those offences are established by statute to give effect to the constitutional prohibition in Provision No. XII.[85] Since the Constitution supplies no operative militant instrument beyond that historically bounded prohibition, democratic self-defence in its specifically antifascist form has been carried out largely at the statutory level, through a combination of criminal offences and administrative dissolution, notably under the *Scelba* and *Mancino* laws.[86] The severity of these sanctions and their intrusive effect on fundamental rights have, however, contributed to the perception of Provision No. XII as a derogatory rule, an exception within the otherwise open and pluralistic framework of the Constitution.[87] The resulting tension has surfaced whenever the courts, and the Constitutional Court in particular, have been called upon to systematise the "micro-system" formed by Articles 21, 18 and 49 together with Provision No. XII.[88]

---

[84] R. Bin – S. Bartole, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 512. One notable application concerned the *Movimento politico Ordine Nuovo*, dissolved in 1973 for reconstituting the Fascist Party (Rome Tribunal, 21 November 1973; Criminal Court of Cassation, 5 December 1977; Council of State, Section IV, 21 June 1974, No. 452). As the authors note, convictions remained rare and were generally limited to local or minor groups. Alongside the *Scelba* Law, the legal framework was strengthened through measures targeting racial discrimination and hate-based violence, notably Law No. 654 of 1975, as amended by Law No. 205 of 1993 (*Mancino* Law) and Law No. 85 of 2006, which prohibits organisations promoting incitement to racial, ethnic, national or religious discrimination or violence (Article 3).

[85] A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., p. 87.

[86] Dissolution in its "ordinary" modality takes an administrative form, ordered by the Minister of the Interior, conditioned on a prior criminal or administrative court finding of the organisation's fascist (or racist) character: "non si può trascurare di osservare che il provvedimento ex art. 3, 1° comma, legge [*Scelba*], non postula necessariamente una sentenza penale di condanna, essendo sufficiente la presenza di una sentenza, dalla quale risulti l'accertamento della fattispecie" (Council of State, Section IV, 21 June 1974, No. 452, para. 5). Given the criminal nature of the relevant offences, in practice the prior finding is primarily criminal. As a "second" modality, in extraordinary cases of necessity and urgency, the Government may order dissolution and confiscation of assets by decree-law, without a prior court finding. Importantly, the Council of State clarified that the Minister's dissolution decree in the first modality is not an unreviewable political act (*atto politico*) but a bound administrative act inspired by political motives connected to State security, and therefore reviewable before the administrative judge (para. 1). See G. Donato, *Un vecchio problema per (una) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo*, in *Consulta Online*, 3/2021, p. 1021 ff., esp. p. 1031.

[87] M. Bon Valsassina, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello stato contemporaneo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1957, p. 531 ff. (esp. p. 569 ff.).

[88] A. Golia Jr., *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali,* cit., esp. p. 139.

Moving to the French constitutional experience, 'militant democracy' has rarely been framed as a distinct category in legal scholarship.[89] Although the Constitution lacks a dedicated militant vocabulary, the republican principle – unamendable under Article 89(5)[90] – has historically shaped measures against actors whose ideologies were perceived as incompatible with the republican model of civic integration, most recently in the context of Islamist terrorism [91]

Notably, constitutional provisions on political parties, such as Article 4,[92] do not establish banning procedures; the rules governing dissolution of parties and associations are set out at the legislative level instead.[93] Moreover, dissolving subversive organisations has long been construed as an administrative police measure, thereby excluding constitutional considerations relating to the protection of the political system[94] and precluding a primary constitutional sanction of the kind found in Germany.

Against this background, France has two legal routes for dissolving a political party, but scholarship has emphasised that only one is readily activated in practice[95] –

---

[89] A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., esp. p. 15-18, noting how, until recently, French scholarship had devoted very few works specifically to the subject, notwithstanding that foreign scholars and the ECtHR do not hesitate to describe French positive law as embodying a certain form of militant democracy. Similarly, C.-L. Buis, *France*, in M. Thiel (ed.), *The "Militant Democracy" Principle*, cit., p. 75 ff., esp. p. 76, notes that the closest French equivalent may be '*démocratie capable de se défendre*'. Scholarly interest has grown recently, e.g., M. Aït-Aoudia, *Limiter le pluralisme politique pour protéger la démocratie: Les paradoxes de la «démocratie militante»*, in *Revue française de science politique*, vol. 74, 4/2024, p. 633 ff.; Ch. Parent, *La démocratie militante et la défense de l'ordre constitutionnel liberal*, in E. Cartier – M. Ubéda-Saillard – R. De Bellescize, *Résistance du droit et droit de la resistance*, Bruylant, 2023, p. 133 ff.; V. Gazagne-Jammes, *Le 'républicanisme militant', une certaine conception de la démocratie militante française. Réflexions autour du projet de loi confortant le respect des principes républicains*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux,* 2021, p. 1 ff.

[90] From a temporal perspective, the constitutional amendment procedure may not be initiated or continued in situations involving a threat to territorial integrity (Article 89(4)), the exercise of the President's extraordinary powers under Article 16, or during an interim presidency under Article 7(11).

[91] C.-L. Buis, *France*, cit., p. 84, 97 ff.

[92] "Political parties and groups shall contribute to the exercise of suffrage […] be formed and carry on their activities freely […] respect the principles of national sovereignty and democracy […] Statutes shall guarantee the expression of diverse opinions and the equitable participation of political parties and groups in the democratic life of the Nation".

[93] A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., esp. p. 32 ff., 323 ff.

[94] Most notably the Act of 10 January 1936 (*Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées, Journal officiel de la République française* – JORF – of 11 January 1936) now repealed but reproduced almost verbatim into Article L. 212-1 of the Internal Security Code (*Ordonnance no. 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure*, JORF No. 0062 of 13 March 2012, text No. 3). On this provision, see R. Rambaud, *La loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure): l'arme de dissolution massive*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 20/2015.

[95] The first, little used owing to the slowness of the procedure, is judicial dissolution, pronounced by the civil courts under the 1901 Law on the freedom of association (A. Berthout, *Between Legal Deficiencies and Political Restraint: The Prohibition of Political Parties in France*, in *MIP – Zeitschrift für*

the administrative dissolution introduced by the Act of 10 January 1936. The mechanisms for dissolving political parties and ordinary associations are identical, so the former enjoy no distinct procedural protection, and every dissolution of a political party since 1958 has rested on this administrative route. Dissolution must be pronounced by decree by the Council of Ministers – that is, by the President and the Prime Minister, acting on information supplied by the Minister of the Interior. The decree must state its reasons and may be adopted only after the party's leaders have submitted their observations; its legality can then be challenged before the *Conseil d'État*, ruling at first and last instance.[96]

As regards the grounds for dissolution, these were initially conceived as a prohibition of (violent and paramilitary) means rather than of anti-republican organisations as such; yet successive additions after 1945, and again in 2021, have progressively shifted the underlying philosophy from a defence against violent activities towards a defence against (political) ideas.[97] Broadened grounds combined with a loose procedure have made the banning of parties legally easy, which explains why no fewer than seven parties have been dissolved under the Fifth Republic – invariably small formations without significant electoral support, at least until the dissolution of the fundamentalist Catholic party Civitas in October 2023.[98] Yet the ease of the legal mechanism stands in inverse relation to the political readiness to deploy it.[99] The decision rests with the executive and is thus exposed to the suspicion of partisanship – the risk that a ban will be seen as a mere move against a party opposing the incumbent majority – a difficulty compounded by the prospect of annulment before the *Conseil d'État*. To this political reticence, which scholarship counts alongside such factors as the two-round majority voting system used in presidential and legislative elections and characterises as a "kind of safety valve for democracy", is added a constitutional uncertainty: whether entrusting the executive with the power to ban a political party is consistent with the freedom Article 4 confers upon it.[100]

During the second wave of transitions to democracy in Southern Europe in the 1970s, militant instruments were introduced particularly in Portugal and Greece,[101] both legal orders deeply shaped by recent experiences of authoritarian rule. The Portuguese case is especially illustrative. Article 46(4) of the Constitution prohibits

Parteienwissenschaften, *Sonderausgabe „Das Parteiverbot in Deutschland und Europa"*, 2/2024, p. 183 ff., esp. p. 185).

[96] Ibid.

[97] Ibid., p. 186. The additions after 1945 extended to organisations promoting collaboration with the Third Reich or disseminating racist ideas, while the 2021 reform added the provocation of violent actions against property.

[98] Ibid., p. 183-184. On Civitas, see *Décret du 4 octobre 2023 portant dissolution d'une association*, JORF No. 0231 of 5 October 2023; upheld by the *Conseil d'État* in Decision No. 489498 of 30 December 2024, FR:CECHR:2024:489498.20241230.

[99] A. Berthout, *Between Legal Deficiencies and Political Restraint*, cit., p. 186-187.

[100] Ibid.

[101] F. Furlan, *Introduzione*, in A. Bardusco *et al.*, *Costituzioni comparate,* cit., p. 17.

"[a]rmed associations, military, militarised or paramilitary-type associations and organisations that are racist or display a fascist ideology" – a provision inserted in the original 1976 text and amended in 1997 to include "racist" organisations. Portugal thus operates a single, unified constitutional prohibition targeting specific categories of associations and organisations, encompassing both political parties and "ordinary" associations, enforced by the Constitutional Court under a special procedure established by ordinary legislation. Distinctly militant and stemming directly from the Constitution, it largely aligns with the original idea of post-authoritarian militant democracy. Unlike the German model, however, the Portuguese regime focuses more narrowly on specific types of associations and organisations, especially those connected to "fascist ideology".[102]

Among the democratic transitions that unfolded across Europe in the 1970s, the Spanish experience is especially instructive for present purposes. Unlike Portugal or Greece, Spain's militant tendencies emerged gradually within a well-established democratic system, primarily through statutory law and judicial interpretation concerning political parties. Spain thus offers a valuable case for examining how militant attitudes can evolve at the level of constituted powers, while generating tensions with the pluralist principles underpinning democratic constitutionalism.

Taking as a comparative axis the constitutional/statutory character of militant instruments, Spain follows a statutory pattern. At the constitutional level, Article 22 provides that "associations which pursue ends or use means legally defined as criminal offences are illegal" and prohibits secret and paramilitary associations.[103] Militant regulation has instead developed at the legislative level, initially through criminal legislation and subsequently through the specific regime governing political parties.

Article 6 of the Constitution establishes political parties as "essential instruments" for the "expression of political pluralism" and political participation, requiring them to operate democratically both internally and in their activities. The regime governing parties as associations – which do not hold the status of state bodies[104] – was first laid down by Law 54/1978 on Political Parties, a pre-constitutional

---

[102] See G. de Almeida Ribeiro, *As Good as It Gets: Party Bans and Democratic Militancy, VerfBlog,* 30 March 2024, available at: https://verfassungsblog.de/as-good-as-it-gets/ (last accessed: 9 July 2026). More generally on the Portugal experience of militant democracy, see M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma*, cit., p. 147 ff.

[103] The stringent amendment requirements in Articles 166-169 might be viewed as militant-democracy instruments, but this paper follows L. Pegoraro (*Para una clasificación dúctil de la democracia militante*, cit., p. 196) for whom formal revision requirements belong primarily to the classical mechanism of constitutional rigidity, designed to defend – juridically, alongside constitutional review of legislation – the Constitution as the supreme norm of the legal order.

[104] Tribunal Constitucional, Judgment No. 10/1983 of 21 February 1983, legal ground (FJ) No. 3. More generally, see J.C. Duque Villanueva – J.L. Requejo Pagés, *Artículo 6*, in M. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer – Mª.E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Madrid, 2018, p. 96 ff.

statute introducing a simple procedure for their free formation, later replaced by Organic Law 6/2002 of 27 June on Political Parties (LOPP).[105]

The LOPP mainly introduced two innovations. First, it affirmed the political parties' responsibility to respect democratic principles (Article 9(1)). Secondly, it established the competences and procedures for the judicial outlawing of parties failing to comply with these principles. Article 9(2) lists the general requirements (a, b, c) determining such non-compliance: a party shall be declared illegal only when "its activities violate democratic principles, particularly when they seek to undermine or destroy the system of freedoms or render the democratic system impossible or eliminate it", "systematically violating fundamental freedoms and rights, promoting, justifying or exonerating attacks against the life or integrity of persons". The decisive point, as both the statute's preamble and the Tribunal Constitucional (TC) emphasise, is that the object of sanction is a party's systematic illegal activities, not its ideology, provided the latter is pursued by peaceful means. "Consequently", the TC held, "no room is left for what has been termed 'militant democracy'".[106]

In Judgment No. 48/2003 on the constitutionality of the LOPP, the TC rejected the claims of unconstitutionality concerning the Law's illegalisation and dissolution mechanisms, and elaborated on the dual nature of parties within the democratic order.[107] According to the TC, the LOPP was the first regulation of political parties within the constitutional State, replacing transitional legislation that reflected Spain's shift from authoritarianism to democracy and focused narrowly on party creation and registration; the new law instead addressed the need to protect a pluralist party system from threats such as violence or illegality. The Court noted that Spain's "constitutional maturation" (*maduración constitucional*) called for more detailed regulation of party structure, organisation and functioning.[108] Although critics claimed the 2002 statute was a *lex ad hoc* aimed at banning Batasuna,[109] the TC dismissed that reading: legislation

---

[105] *Boletín Oficial del Estado* No. 154 of 28 June 2002.

[106] Tribunal Constitucional, Judgment No. 48/2003 of 12 March, FJ 10 (author's transl.). Article 9(3) of the LOPP further specifies the conducts that are to be interpreted only in relation with the general clause of Article 9.2 (ibid.).

[107] "[W]hilst [political parties] once operated in opposition to the State, […] the model of democratic state [has] inevitably introduced into the legal framework a typical tension arising from their dual role as instruments for the realisation of the subjective right of association, on the one hand, and as necessary channels for the functioning of the democratic system, on the other" (ibid., FJ 5, author's transl.)

[108] Ibid., FJ 14.

[109] On 27 March 2003, the Spanish Supreme Court (TS) outlawed Herri Batasuna, Batasuna, and Euskal Herritarrok for violating Article 9.3 of the LOPP, finding that they supported and complemented the activities and objectives of the terrorist organisation ETA; although Spain does not adhere to a German-style militant-democracy model, it rejects violence as a method of political action (STS, 27 March 2003, 66-68). This was upheld by the TC on 16 January 2004 (Judgments Nos. 5 and 6/2004). For commentary, see E. Vírgala Foruria, *La STS de 27 de marzo de 2003 de ilegalización de Batasuna*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13/2003, p. 609 ff.; A. Hinarejos Parga, *La prohibición de partidos políticos como mecanismo de defensa del Estado*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11/2002, p. 469 ff. The TC has

may arise from a particular case, but its constitutionality hinges on its overall content, not its motive, the test being objective conformity with the constitutional order rather than the political circumstances of enactment.[110]

Dissolution does not operate through a single channel in the Spanish legal order. Alongside the *sui generis* procedure introduced by the LOPP in 2002 – entrusted to a Special Chamber (*Sala especial*) of the Tribunal Supremo under Articles 10(5) and 11(2) – there subsists an older, properly criminal route, dating from 1978 and still in force, in which the ordinary criminal judge may dissolve a party engaging in the offences of unlawful association under Articles 515 and 520 of the Penal Code (CP). Article 5(1) of Law 54/1978 had already established this channel: "[t]he suspension and dissolution of political parties may only be ordered by a decision of the competent judicial authority" when "(a) [they are found to] have committed acts constituting an unlawful association under the Criminal Code".[111]

Under Article 515 CP, "unlawful association" (*asociación ilícita*) covers five categories: associations formed to commit an offence, or promoting its commission once constituted; armed bands and terrorist organisations or groups; associations that, even where their aim is lawful, use violent means or means that alter or control personality to achieve it; paramilitary organisations; and those promoting or inciting discrimination, hatred or violence against persons or groups on grounds such as ideology, religion or belief, ethnicity, race or nation, sex, sexual orientation, family situation, illness or disability.[112] Though this route formally carries the prohibition of specific associations, it was never once used to dissolve a party in more than two decades.[113] Spain thus exemplifies a statutory model in which the criminal law provides a sanction while the militant instrument actually used migrates to a specially designed judicial procedure,[114] itself open to legislative adjustment through qualified majorities

explicitly held that the Spanish constitutional order does not recognise a militant democracy comparable to the German model, since it lacks an unamendable normative core that could serve as an autonomous parameter of legal correctness (Judgment No. 48/2003, FJ 7). The ECtHR upheld the ban in *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Judgment of 30 June 2009, Applications Nos. 25803/04 and 25817/04, as "necessary in a democratic society" (§ 94).

[110] TC, Judgment No. 48/2003 of 12 March, cit., FJ 14.

[111] On the two dissolution procedures, see A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., 338 (the criminal route under Art. 5.1(a) of Law 54/1978, maintained by Art. 10(4) LOPP together with Arts. 515 and 520 of the Criminal Code). See also, more generally, L. Subiela, *Still Alive? Party Bans in Spain*, in *MIP – Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, *Sonderausgabe „Das Parteiverbot in Deutschland und Europa"*, 2/2024, p. 202 ff.

[112] E.g., A. Berthout, *La démocratie militante*, cit., p. 155-156, reading Article 515 CP together with Article 9 LOPP as a minimum ideological control over parties, despite the official position – of both the government and the TC – that the regime reaches only activities, not ideas.

[113] See ibid., p. 338-339, noting that, in practice, the criminal route proved to be ineffective against subversive parties.

[114] As the statute itself explains, the LOPP of 2002 assigns dissolution to the Special Chamber of the TS (under Art. 61 of *Ley Orgánica del Poder Judicial*) because of the constitutional importance of political parties and the gravity of decisions declaring them illegal, reserving so consequential a matter

(both the criminal legislation and the LOPP being *leyes orgánicas* subject to absolute majorities under Article 81 of the Constitution).

To conclude, this comparative overview shows that European constitutional systems have incorporated militant instruments in diverse ways, shaped by distinct historical experiences and traditions. Despite differences in formulation, these mechanisms share a common rationalising function: addressing radical threats to the democratic legal order arising from within – a commonality that has contributed to a convergence in the meaning of the doctrine in the post-war period. Yet while the militant rationale converges, the mode of its legal realisation diverges along a constitutional/statutory axis, with a corresponding difference in the type of primary sanction involved. Where the instruments are constitutionally anchored, as in Germany and Portugal, democratic self-defence tends to operate as a constitutional sanction – the unconstitutionality of a party or the forfeiture of rights – imposed by a constitutional court, with criminal law playing a largely supplementary role in rendering that provision effective. Where they are primarily introduced by statute, as in Italy, France and Spain, criminal and/or administrative law tends to carry the militant response – alongside a special procedure before the Supreme Court, as in Spain – and the regime remains open to further legislative adaptation. Constitutional entrenchment lends militant measures durability, stabilising their content, actors, scope and guarantees, whereas statutorily regulated militancy renders them more adaptable to contingent "threats" and more open to concrete, case-by-case interpretations by ordinary courts. Against this background, the following subsection examines how the doctrine was received and institutionalised in Romania from the 1991 Constitution onwards – a system formally belonging to the first group, which is precisely what makes the CCR's electoral turn so significant for the aims of this paper.

2.2. Militant Democracy Reaches the Romanian Legal Order: An Overview

We have seen that numerous countries – particularly in post-authoritarian settings – have incorporated elements of militant democracy into their legal frameworks, even if not always under that designation.[115] Furthermore, the militant or non-militant character of a legal order also reflects a foundational decision about how

for a body that – by its composition, gathering the President of the TS and representatives of all its Chambers – effectively functions as a "reduced plenary" enjoying a status of supremacy over the ordinary Chambers. Through this Chamber the law channels a specific, preferential, single-instance judicial process, initiable only by the Public Prosecutor and the Government (the latter possibly at the request of Congress or the Senate), structured to reconcile legal certainty and the right of defence with the need for speed, and yielding a judgment that is unappealable save for *amparo* before the TC and immediately enforceable on notification. Art. 12 then sets out the effects of dissolution: the immediate cessation of all party activity, a presumption that any successor formation continuing the banned party is fraudulent and cannot proceed, and the opening of a patrimonial liquidation whose net proceeds are devoted to social or humanitarian purposes.

[115] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1254.

past experiences shape the present and future of a community's sociopolitical life,[116] and can thus be seen as an expression, within the democratic constitutional framework, of collective memory – particularly in polities that turned to democracy through means other than a consensual or pacted transition. Fundamental decisions expressing a desire to break with a specific authoritarian past – whether of the far right or the far left – can be framed in terms of 'negative republicanism', as in the Italian case, understood as the "self-definition of the militant democratic order in contrast to a specific authoritarian past, in a way that differs markedly from the abstract and quasi-universal German [anti-extremist] approach".[117]

Nevertheless, militant democracy may also reflect a community's projected self-image – one open to all political possibilities, so long as they respect the democratic consensus and operate within the rule of law. In this sense, "[i]n Germany [there is], above all, a programmatic concept of democracy – a general direction, a model of society".[118] Though grounded in the historical experience of totalitarianism, this legal order remains forward-looking, operating within a broad 'anti-extremist' rather than 'negative republican' framework and safeguarding democracy against both right- and left-wing extremism, regardless of the particular totalitarian experience the community has endured.[119]

A similar anti-extremist logic informed the post-1989 constitutional transformations[120] across "Central and Eastern Europe, the Baltic region, and the Balkans" (CEEBB).[121] This is a legally diverse yet converging regional landscape: the countries it encompasses share a trajectory marked by relatively recent adherence to liberal-democratic constitutionalism, often preceded by earlier and short-lived episodes of such alignment. Romania belongs to this group, where complex political and institutional transitions have been further complicated by historically rooted ethnic heterogeneity that continues to affect constitutional stability. The democratisation wave beginning in 1989 led these emerging legal orders to incorporate self-defence instruments, albeit with varying trajectories and timeframes, in a context where 'militant democracy' appears closely linked to democratic transition and the consolidation of constitutional democracy – the shift from non-democratic forms of state (socialist, authoritarian, theocratic, etc.) to liberal-democratic systems grounded in core values such as the separation of powers and the protection of fundamental

---

[116] On how the specific legacy of past authoritarianism influenced the choice of militant instruments in the various European legal orders, see M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma*, cit., esp. p. 150 ff.

[117] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., 1261, building on P. Niesen, *Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties*, in S. Avineri - Z. Sternhell (eds), *Europe's Century of Discontent: The Legacies of Fascism, Nazism and Communism*, Jerusalem, 2003.

[118] A. Gatti, *op. cit.*, p. 238 (author's transl.).

[119] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1260.

[120] P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, cit., p. 156.

[121] See A. Di Gregorio, *Premessa del curatore*, in Id. (ed.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Milano, 2019, p. VII).

rights.[122] Lastly, taking a cultural perspective on how democratic self-defence is integrated into post-authoritarian legal orders,[123] other scholars have identified a further common element in the constitutional grammar of the texts drafted immediately after the fall of the Soviet bloc: stemming from the shared legacy of dictatorship, it is most clearly manifested in the explicit acknowledgement of political parties within those foundational texts.[124]

This broader regional pattern also shaped Romania's post-communist constitutional design. The 1991 RC stands as both a legal break with the totalitarian past and a product of it.[125] Emerging from the violent collapse of the Ceauşescu regime in December 1989 – the bloodiest regime change in Eastern Europe that year – the new constitutional order faced two challenges: restoring liberal-democratic traditions interrupted since 1947 and making sense of that violence while rapidly aligning with the principles of Western constitutionalism, particularly its substantive rule-of-law standards. These challenges, together with the provisions regulating political parties and codifying militant instruments, are best understood in light of Peter Siani-Davies' historical reconstruction, grounded in the premise that "[t]he centrality of the revolution of December 1989 to recent Romanian history is indisputable. It provided a base for the subsequent post-communist reforms and has remained a powerful political symbol within domestic discourses".[126]

---

[122] A. Di Gregorio, *Le transizioni alla democrazia nei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, in Id. (ed.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., 21. Although cf. A. Sajó, *Militant Democracy and Transition towards Democracy*, in Id. (ed.), *Militant Democracy*, The Hague, 2004, p. 209 ff., esp. p. 215-217). Lastly, one should also bear in mind Frankenberg's notion of the "learning sovereign", first coined by H. Brunkhorst (*Demokratie und Differenz: Vom klassischen zum modernen Begriff des Politischen*, Frankfurt am Main, 1994, p. 199). This concept links democratic legitimacy to the people's capacity to learn from historical experience and remain open to new information, thereby distinguishing democracy from authoritarianism (G. Frankenberg, *The Learning Sovereign*, in A. Sajó (ed.), *Militant Democracy*, cit., p. 113 ff.).

[123] On the suitability of this approach to the CEEBB area: A. Di Gregorio, *Premessa del curatore*, cit., VII. For the different methods in comparative constitutional studies, with attention to the meaning of the cultural method, see M.-S. Kuo, *Four Matters of Interpretation: The Constitutional Phenomenon in Comparative Studies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 45, 2/2025, p. 301 ff. (esp. p. 318-321).

[124] "There is actually a close link between historical developments and constitutional outcomes that express a democratic legal culture. The reaction to history is to a certain degree obvious. […] [t]hese provisions do not only express the important status of political parties […] [but] also lead to consequences in the real political process […]" (M. Klamt, *Militant Democracy and the Democratic Dilemma*, cit., 151). With different variations, the power to assess the constitutionality of political parties is attributed, e.g., to the constitutional courts of Bulgaria (Article 149(5)), Croatia (Article 125), the Czech Republic (Article 87(j)), the Republic of Moldova (Article 135(h)), Poland (Article 188(4)), and Slovenia (Article 160). See a brief overview of selected courts in B. Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes*, cit., at n. 28.

[125] See, more generally, B. Iancu, *Continuitate şi ruptură în constituţionalismul românesc. De la Regulamentele Organice şi până în prezent,* Bucureşti, 2025.

[126] P. Siani-Davies, *The Romanian Revolution of December 1989*, Ithaca, 2005, p. 2.

The author identifies three broad, conflicting "myths" that emerged in the months and years following Ceauşescu's fall: 'revolution', '*coup d'état*' or 'popular uprising'.[127] These narratives functioned as political accounts claiming to present the "truth" about December 1989, thereby acting as tools of both legitimisation and exclusion. Their coexistence shows that the democratic transition did not create a unified understanding of the break with the authoritarian past under the 1991 RC. Although the institutional framework of constitutional democracy strengthened gradually after 1989, the wider sociopolitical memory of the transition still reflected conflicting views on democratic legitimacy and political pluralism. These historical dynamics also form part of the broader context in which later interpretations of democratic self-defence evolved.

As is well known, the revolution began in Timişoara on 15 December 1989 as a small-scale protest that quickly escalated into mass demonstrations met with violent repression. Within a week, protests had spread to Bucharest and other cities; on 22 December, Ceauşescu fled the Central Committee building by helicopter, leaving a political vacuum immediately filled by the National Salvation Front (*Frontul Salvării Naţionale,* NSF) led by Ion Iliescu, and the days that followed brought fighting against alleged "terrorists" – widely believed at the time to be members of the dreaded *Securitate* – and the summary trial and execution of Nicolae and Elena Ceauşescu on 25 December.

The first of the three myths, the official revolutionary narrative, portrayed the NSF as the legitimate embodiment of the popular uprising, granting it a special mandate to safeguard the transition: Iliescu and the new leadership proclaimed the events a "revolution", grounding their right to rule in their claim to embody the will of the people. Political opponents challenged this version, pointing to inconsistencies in the Front's account and suggesting it had seized power through manipulation rather than a genuine revolutionary mandate.

The Decree-Law of 31 December 1989 authorised the creation of political parties and civic organisations,[128] enabling the re-emergence of traditional parties such as the National Peasant Party (NPP), the National Liberal Party (PNL), and the Romanian Social Democratic Party (PSDR) – though into a political field shaped by the NSF's dominance.[129] In January 1990, the NSF abandoned its initial rhetoric of consensus politics – an umbrella arrangement under which parties would operate within the Front's framework – and declared its intention to compete in future

[127] Ibid., esp. p. 5, 269.

[128] Decree-Law No. 8 on the Registration and Functioning of Political Parties and Civic Organisations in Romania.

[129] Before the 1989 events, the Communist Party of Romania (*Partidul Comunist Român*) enjoyed a constitutionally guaranteed monopoly on political power. It was therefore the sole legal party and the central authority in public life. See, e.g., Article 3 of the 1965 Constitution: "In the Socialist Republic of Romania, the leading political force of the entire society is the Romanian Communist Party" (author's transl.)

elections as a political party. This fractured the initial anti-Ceauşescu coalition and intensified competition with the second myth, the *coup d'état* thesis promoted by the traditional parties, which portrayed December 1989 as a premeditated seizure of power by elements of the communist elite, possibly with foreign support. The third myth, the popular uprising narrative, was widespread among students, civic activists, and segments of the media: the people had risen in good faith to overthrow dictatorship, but the revolution had been "hijacked" in its aftermath, with the NSF monopolising power in a manner reminiscent of the old regime. Street demonstrations, including violent confrontations in January 1990, reinforced this perception.[130]

Importantly, in its early phase, Romanian multi-party politics suffered from an acute need for a political project for the Romanian state, given that most political forces, old and new, defined themselves almost exclusively through a shared anti-communist stance. This common denominator, while symbolising the rupture with the past, did not generate a diversity of coherent programmes or ideologies. Political pluralism thus existed formally but lacked the genuine plurality of visions necessary for a mature democratic system. The NSF's parliamentary majority after the May 1990 elections, together with its executive control, blurred the separation of powers and limited the opposition's ability to shape constitutional design, leaving early Romanian democracy formally pluralistic while the Front effectively monopolised political initiative.

The three myths were competing political resources.[131] They shaped how pluralism was understood and operationalised in the early years of Romania's democracy, and they explain, in part, why the 1991 RC enshrines the free formation of political parties as an expression of pluralism while also incorporating militant democracy clauses. This sets the stage for a closer look at the specific mechanisms through which this doctrine operates in the Romanian constitutional framework.

For the purposes of this paper, the focus is only on the preventive instruments addressing potential threats to the State from within, as these represent the core features of democratic self-defence. In particular, the analysis examines the (ab)use of political rights and channels – or rights closely connected to the political system – to subvert the democratic order, features that define the doctrine's scope as originally envisaged by many post-authoritarian legal orders in Europe.[132]

---

[130] P. Siani-Davies, *op. cit.*, *passim.*

[131] Ibid., esp. p. 269.

[132] For criminal sanctions, see also Government Emergency Ordinance (GEO) No. 31/2002, which bans fascist, Legionary, racist, or xenophobic organisations, symbols, and acts, and prohibits the cult of people who committed genocide, war crimes, or crimes against humanity. GEO No. 31/2002 has been amended several times, notably in 2006, 2015, and 2025. The most recent reform, Law No. 241 of 23 December 2025, was adopted after the post-presidential-election crisis. These 2025 amendments greatly strengthen Romania's legal framework against fascist, Legionary, racist, xenophobic, and antisemitic activities. A brief discussion of this reform is presented in Section 3.3.

First, the democratic legal order is established and protected by Article 1(3) RC, which defines Romania as a democratic and social state governed by the rule of law and sets out its supreme values: "[h]uman dignity, the citizens' rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and shall be guaranteed".[133] The references to "the ideals of the Revolution" and the "democratic traditions of the Romanian people" were introduced only in the 2003 revision, more than a decade after the Constitution's adoption, and have primarily declaratory force.[134] Both aim to outline a post-communist constitutional culture, serving as a "common denominator" for interpreting the legal orders' basic values.[135] However,

> "[a]t least [in terms of] constitutional practice, one of 1989 ideals was not reflected: […] a total break with the totalitarian past, including forbidding former members of the higher communist political structures to occupy public positions […] was never achieved […]. [T]here has been no coherent public, nor even academic, discourse regarding what pre-communist constitutional tradition might mean. Even the [CCR], since 2003, has made very few references to these traditions."[136]

From a broader perspective, Article 8 RC links political pluralism to the role of political parties, establishing that: "(1) Pluralism in the Romanian society is a condition and guarantee of constitutional democracy. (2) Political parties shall be constituted and […] pursue their activities in accordance with the law. They contribute to the definition and expression of the political will of the citizens". This recognition is linked to the parties' obligation to 'respect national sovereignty, territorial integrity, the rule of law and constitutional democracy'. Therefore, Article 8 guarantees diversity among political actors while establishing substantive limits on their activities, excluding organisations whose objectives contradict these principles.

Turning to the concrete militant instruments, Article 40(2) RC prohibits political parties or associations whose aims or activities contradict core constitutional values. More specifically, those who "by their aims or activity, militate against political pluralism, the principles of a State governed by the rule of law, or against the sovereignty, integrity or independence of Romania" "shall be unconstitutional". In practice, this empowers the judiciary to deny legal recognition to entities whose programmes are incompatible with the democratic constitutional framework. In Romania, registering a political party is not a mere formality, unlike in Austria or

---

[133] See also M. Balan, *Deciziile politice fundamentale ale constituantului roman*, in *Analele Ştiinţifice ale Universităţii Alexandru Ioan Cuza din Iaşi, seria Ştiinţe Juridice*, vol. 56, 1/2013, p. 17 ff.

[134] I. Muraru – E.S. Tănăsescu, *Articolul 1. Statul Român*, in Id. (eds), *Constituţia României. Comentariu pe articole*, 3rd ed., Bucureşti, 2022, p. 17.

[135] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 28.

[136] Ibid., p. 28-29.

Norway; it guarantees that parties satisfy legal requirements.[137] Under Chapter IV of Law 14/2003,[138] registration is decided by the Bucharest Tribunal (Tribunalul Bucureşti) following a public hearing at which the Public Ministry is heard, with appeal to the Bucharest Court of Appeal (Curtea de Apel Bucureşti). A party acquires legal personality on the date the application is definitively accepted, whereupon it is entered into the Register of Political Parties.

Finally, Article 146(k) empowers the CCR to determine the constitutionality of political parties. As in the German system, this safeguards democracy procedurally by ensuring that only an independent court can dissolve or ban parties, preventing the executive from using such measures to eliminate legitimate opposition. Romanian scholars view the Court's role as both preventive and corrective: halting anti-democratic forces before they take root, and sanctioning parties that act unconstitutionally.[139] The Court has exercised this power only once, in Decision No. 272/2014, dismissing the referral as inadmissible because it was filed by an individual rather than by the bodies specified in the Constitution and concerned an organisation of national-minority members, whereas Article 146(k) applies solely to political parties.[140]

In conclusion, democratic self-defence was embedded in the Constitution itself, though its procedural framework was developed mainly with regard to political parties. Romania thus belongs to the constitutionally entrenched group of democratic self-defence, under Articles 1(3), 8, 40(2), and 146(k), channelled primarily through a constitutional sanction – the CCR's finding of a party's unconstitutionality – alongside administrative controls at the point of registration, themselves bound by the limits established in the ECtHR's case law. Section 3 will show how, during the 2024-2025 presidential elections, a doctrine conceived for political parties came to be directed at an individual candidate, through an expansive reading of the applicable legislation that in practice sanctions presidential candidates with an intensity comparable to that envisaged by the RC for political parties. The Romanian model may thus have shifted towards a more contingent understanding of militant measures – one more typical of statutory regimes, which in any case require prior legislative intervention and respect for the principle of due process. However, the national framework must also be read in light of the broader European human-rights context. The next section summarises

[137] B. Selejan-Guţan, *Articolul 8. Pluralismul şi partidele politice*, in I. Muraru – E.S. Tănăsescu (eds), *Constituţia României. Comentariu pe articole*, cit., p. 83.

[138] Law No. 14 of 9 January 2003 on Political Parties, republished in *Monitorul Oficial* No. 408 of 10 June 2015.

[139] B. Selejan-Guţan, *Articolul 8. Pluralismul şi partidele politice*, cit., p. 83.

[140] I. Muraru – E.S. Tănăsescu, *Articolul 146. Atribuţii*, in Id., *Constituţia României. Comentariu pe articole*, cit., p. 1336.

this case law and the constraints the Convention system places on militant measures within Council of Europe member states.[141]

2.3. Militant Democracy in the Case Law of the ECtHR: A Rights-Based Approach

Past experiences shape legal orders, since constitutional meaning emerges from the interaction between the text and the broader sociopolitical context. The Romanian case study illustrates this point from the earliest stages, and raises a crucial question within the European system of human-rights protection: is the "organic rejection"[142] of communist parties in post-communist legal orders "necessary in a democratic society"? The ECtHR examined this question in *Partidul Comuniştilor (Nepecerişti) and Ungureanu v Romania*,[143] where it rejected any automatic link between communist affiliation and incompatibility with democratic society.[144]

The case concerned a refusal to register a communist party, which Romanian authorities claimed violated Decree-Law No. 8/1989. They argued that the applicants promoted a political model linked to the former totalitarian regime, incompatible with the post-1989 constitutional framework. The Court held that the refusal infringed the applicants' right to freedom of association under Article 11(1) ECHR. It then examined whether the interference could be justified under Article 11(2) as "necessary in a democratic society" to safeguard the democratic order. Such justification requires a "pressing social need" and proportionality to legitimate aims. The Court recalled that a political party may campaign for changes to the State's constitutional structures only if the means employed are legal and democratic, and the proposed change aligns with fundamental democratic principles.[145]

More specifically, the claim that a "pressing social need" exists rests on three points: (i) plausible evidence that the risk to democracy is sufficiently imminent; (ii) the leaders' acts and speeches are imputable to the political party and (iii) those actions and speeches together show a clear model of society promoted by the party that is

[141] See also the *Guidelines on Political Party Regulation*, issued jointly by the Organization for Security and Co-operation in Europe Office for Democratic Institutions and Human Rights and the European Commission for Democracy through Law, adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), CDL-AD(2010)024.

[142] B. Selejan-Guţan, *Article 8. Pluralismul şi partidele politice*, cit., p. 84.

[143] ECtHR, App. No. 46626/99, Judgment of 3 February 2005.

[144] Notwithstanding the earlier ECommHR's decision in App. No. 250/57, cit., declaring inadmissible, under Article 17 ECHR (prohibition of abuse of rights), the German KPD's challenge following its 1956 dissolution by the BVerfG. See *supra* in Section 2.1.

[145] App. No. 46626/99, cit., § 46.

incompatible with a democratic society. The analysis must also take into account the historical context in which the party was denied registration.[146]

The Court held that dismissing a party solely because of its links to the former communist regime constitutes a breach of Article 11 ECHR. While acknowledging Romania's history of totalitarian communism, the Court ruled that such a past alone cannot justify curtailing political pluralism. Since the party's statutes and programme revealed no indication that it would incite violence, rebellion, or reject democracy, the Court found no legitimate basis for denying registration. Consequently, the Court unanimously determined that the national authorities had violated Article 11 by preventing a democratically oriented party from participating in public debate.[147] Equally important is the Court's emphasis on the pluralistic foundations of democracy within the Convention system:

> "[O]ne of the […] characteristics of democracy [is] the possibility of […] dialogue, without recourse to violence, […] even when [issues] are irksome or disturbing […] there can be no justification for hindering a political group […] solely because it has criticised the country's constitutional […] order and sought a public debate in the political arena […] the Court [refuses that…] Romania cannot allow the emergence of a new communist party to form the subject of a democratic debate".[148]

At the same time, the Romanian case study brings to the fore the role of historical and contextual arguments in the ECtHR's scrutiny – both aspects widely observed by now by legal scholars, and understood as a "'practice of contextual interpretation' that makes use of historical references to reconstruct cases and to provide the reasoning for judicial decisions".[149] But how precisely did history shape the Court's reasoning in the Romanian case study? More specifically, what part does the legacy of totalitarian communism play when Member States employ militant practices against political actors who promote a communist ideology?

A close reading of the judgment reveals that the Court was prepared to take into account the historical background of cases before it, as it noted in the instance of Romania's experience of totalitarian communism. However, the Court also observed that "context cannot by itself justify the need for the interference, especially as

---

[146] This criterion is not confined to cases with a communist past: the ECtHR framed it as a general standard applicable to any anti-democratic party: *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], App. Nos. 41340/98 and 3 others, §§ 102-104 (and App. No. 46626/99, cit., § 48).

[147] Ibid., §§ 51-61.

[148] App. No. 46626/99, cit., § 55.

[149] A. Buratti, *Histories, Traditions and Contexts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Antwerp-Cambridge-Portland, 2013, p. 173 ff., at p. 173 (building on L. Bégin, *L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la "contextualization"*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 53, 2004, p. 64 ff.). More generally, see R. Uitz, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest-New York, 2005.

communist parties adhering to Marxist ideology exist[ed] in a number of countries that are signatories to the Convention".[150] Therefore, according to the Court, "a measure as drastic as the refusal of the application to register […] as a political party, before its activities had even started, is disproportionate to the aim pursued and consequently unnecessary in a democratic society", thus amounting to a violation of Article 11 ECHR.[151]

However, not all historical legacies carry the same "weight" in the ECtHR's case law. Buratti demonstrates that this is especially clear in an early set of cases where the Convention provision the Court relies on, together with the broader judicial language used, sharply limits the scope for public debate and for multiple interpretations of history.[152] Specifically, in cases concerning Holocaust denial, the Court has often shifted its scrutiny from Article 10 (freedom of expression) to Article 17 ECHR (abuse of rights), thereby avoiding a proportionality assessment. The exceptional recourse to Article 17 – though increasingly rare in European judicial reasoning – acts as a categorical barrier in these cases, preventing denialist narratives from being framed as protected speech and thereby excluding them from public debate and from the reconstruction of a nation's collective memory. This judicial approach, adopted by the ECtHR, reflects the view that Holocaust denial narratives contradict events measured "against the objective canon of historical facts that are definitively clear and no longer the object of historical investigation".[153]

A second line of case law further clarifies this point. Unlike denialist speech, which falls under Article 17 as an abuse of the rights, the Court has, in other cases, reaffirmed the central role of Article 10 (freedom of expression). It has therefore carried out a typical balancing exercise, giving space and priority to plural interests when the facts of the case warrant it. The judgment in *Fatullayev v. Azerbaijan*[154] exemplifies this approach: it holds that even statements that "offend, shock or disturb the State or any sector of the population" (§ 86) remain protected, because pluralism and tolerance are essential to a democratic society. In such cases, the Court's reliance on Article 10 reopens the arena for debate, allowing competing historical interpretations to be evaluated through open discussion rather than categorical prohibition. Thus, the Court's differentiated application of Articles 10 and 17 shapes the historical narrative within Member States and delineates the outer boundaries of democratic debate.[155]

---

[150] ECtHR, *Partidul Comunistilor (Nepecerişti) and Ungureanu v. Romania*, cit., § 58.

[151] Ibid., §§ 60-61.

[152] A. Buratti, *Histories, Traditions and Contexts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., p. 187-188.

[153] Ibid., p. 184-187.

[154] ECtHR, App. No. 40984/07, Judgment of 22 April 2010.

[155] A. Buratti, *Histories, Traditions and Contexts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., p. 186.

Furthermore, the Court's judicial scrutiny appears to vary depending on the specific totalitarian legacy of the Member State. In this sense, the case law suggests that "communist ideology is not a threat on [an] equal footing with Nazism".[156] This distinction again becomes visible, in doctrinal terms, in the choice of the applicable Convention provision (Article 10 or Article 17) and in the judicial reasoning employed (that is, the corresponding openness – or lack thereof – of the ECtHR to balance conflicting rights and interests).

As in the case law concerning Holocaust denial, in cases involving Nazism the Court tends to deem militant measures justified primarily on the basis of the activities' mere content, without assessing whether the applicant poses a plausible threat to democracy, thus recalling a line of reasoning grounded in the abuse of rights of Article 17 rather than in the protection of the pluralistic grounds of freedom of expression under Article 10. Such different legal framing is highly relevant because, while scrutiny under Article 10 preserves the logic of pluralism, Article 17 embodies a logic of pre-emptive exclusion of different interpretations of the collective past: "democracy, which in the perspective of [A]rt. 17 is an asset to be protected against [historical denial], in that of [A]rt. 10 is the foundation for the freedom of historical research".[157]

This approach, which mirrors a line of reasoning that treats National Socialism as a categorical threat to democracy and excludes the possibility of a balancing exercise by the Court, is evident in cases concerning sanctions imposed on specific leaders of Austrian organisations.[158] In these cases, the applicants argued that they were discriminated against as adherents of National Socialism, since no equivalent sanctions were imposed on members of other political groups, thus invoking Article 14 ECHR. However, both the European Commission of Human Rights (EComHR) and the Court held that the difference in treatment had an "objective and reasonable justification", or that the measures were "necessary in a democratic society",[159] in light of Austria's historical experience with Nazism and the danger this ideology may pose to the society.

The central finding in these cases was that "National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17. There is therefore no appearance of discrimination contrary to Article 14 of the Convention".[160] It is also worth stressing that the applicants' complaints under Article 10 were considered

---

[156] P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the* ECHR, cit., p. 48.

[157] A. Buratti, *Histories, Traditions and Contexts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., p. 186-187.

[158] European Commission of Human Rights, *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, Application No. 12774/87, Decision of 12 October 1989; European Commission of Human Rights, *Ochensberger v. Austria*, App. No. 21318/93, Decision of 2 September 1994; ECtHR, *Schimanek v. Austria*, App. No. 32307/96, Decision of 1 February 2000.

[159] EComHR, *Ochensberger v. Austria*, cit., § 1; ECtHR, *Schimanek v. Austria*, cit., § 2c.

[160] EComHR, *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, cit., § 2.

manifestly ill-founded, as there was "no indication that the applicants had been convicted for purposes other than activities inspired by National Socialist ideas".[161] In these circumstances, the Court found that "it derive[d] from Article 17 that the applicant's conviction was necessary in a democratic society within the meaning of […] Article 10", since "the freedom of expression guaranteed under […] the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17".[162]

By contrast, as previously shown in the Romanian case study, when confronted with expressions involving totalitarian communist legacies, the ECtHR generally operates within the framework of Article 10 ECHR, thus indirectly upholding the relevance of contextual assessment and pluralistic judicial scrutiny. This asymmetry reflects the differentiated treatment of historical threats embedded in the Court's case law, stemming from its tendency to assess cases in light of the specific pasts of the Member States: resorting to Article 17 in cases related to Nazism, and to Article 10 in cases concerning communism. Moreover, when addressing the legacies of communist totalitarianism, the ECtHR places considerable weight on the timing of militant measures and on the time elapsed since the communist reality remained in the collective past. Crucially, the Member State must prove the existence of a "real and present" risk of a new communist dictatorship when practicing militant-democracy measures.

In addition to the Romanian case study, the Court's broader approach to militant measures by Member States against the communist ideology in democratic contexts is further illustrated by the judgment in case *Vajnai v. Hungary*,[163] concerning the public wearing of the five-pointed red star, a contested symbol banned in Hungary. During a lawful demonstration, the applicant – then vice-president of the Hungarian Workers' Party – wore the star and was later convicted for displaying a totalitarian symbol in public. The Court was not convinced that the symbol was intended to justify or propagate totalitarian oppression, finding it instead a "symbol of lawful left-wing political movements".[164]

Importantly, the Court held that Article 17 did not apply, as the case could not be characterised as an abuse of rights. This contradicted the Government's argument that the red star symbolised "totalitarian ideas and practices directed against the Convention's underlying values" and that all totalitarian ideologies – including Bolshevism – "should be treated on an equal footing with Nazism" and "their expression should thus be removed from the protection of Article 10". Furthermore, the Court found a violation of Article 10, holding that the national measure was disproportionate to the aims of preventing disorder and protecting the rights of others.[165] Crucially, the Court stressed that "almost two decades have elapsed since

[161] Ibid., § 2.
[162] ECtHR, *Schimanek v. Austria*, cit., § 2c.
[163] ECtHR, App. No. 33629/06, Judgment of 8 July 2008.
[164] Ibid., § 25.
[165] Ibid., § 22, 26, 58.

Hungary's transition to pluralism", that since then the country had become a stable democracy and an EU Member State, and that "there was no evidence of a 'real and present danger' of restoring a communist dictatorship".[166]

The ECtHR's jurisprudence offers an external oversight tool for scrutinising domestic militant-democracy practices from a human-rights perspective and establishes a conceptual framework for defining the notion within the European legal space. In this way, it also transforms militant democracy from an anti-totalitarian response moulded by history and geopolitical imperatives into a more narrowly defined doctrine grounded in human-rights protection.

To be sure, the scope and limits of militant democracy as reflected in the ECtHR's case law are best understood by considering the historical origins and development of the concept. Europe's tragic experience with National Socialism profoundly shaped the birth and evolution of the international system of human rights protection and the ECHR itself. The *travaux préparatoires* show that the drafters were driven by the fear of a resurgence of Nazism on the continent and the development of communism in Western Europe.[167] This origin partly anchors the notion in the historical contingency of post-war experiences, while maintaining the role of the Council of Europe as a complementary, supranational layer of protection to that already existing at the domestic level.

Shaped by the Cold War's well-defined context, the doctrine originally operated within a conceptual universe split into two opposing categories – democracy and totalitarianism – serving to shield the former from clearly identified threats such as Nazism, fascism, and communism. After the Soviet Union collapsed and Central and Eastern European states transitioned to democracy, however, the Court received many claims from new democracies seeking to justify militant measures by reference to their totalitarian communist pasts. While acknowledging transitional realities, it consistently stressed that such measures could be justified only for a limited time, and that a history of dictatorship does not automatically legitimise ongoing severe restrictions on political rights: militant democracy was thus redefined as a temporally bounded, proportionate tool rather than an existential defence mechanism. As the historical distance from the Second World War and the Cold War has increased, identifying those opposing democracy has become more complex, in part due to the fragmentation of the traditional "enemies" once situated within a clear separation between democratic and totalitarian legal orders.[168] Perhaps this also explains why the ECtHR's interpretation

[166] Ibid., §§ 34, 49. See also A. Gliszczyńska-Grabias – G. Baranowska, *The European Court of Human Rights on Nazi and Soviet Past in Central and Eastern Europe*, in *Polish Political Science Yearbook*, vol. 45, 2016, p. 117 ff.

[167] P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, cit., p. 42-43.

[168] J.-W. Müller, *Militant Democracy*, cit., p. 1255. On the ECtHR's focus on 'existential', totalitarian-type threats and its weaker equipment against the subtler erosion of democracy, see A. Zysset, *Responding to Authoritarian Populism at the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2026, p. 14.

of democratic self-defence has recently shifted to wider and more diffuse areas of "threats", such as religious extremism or security-based restrictions.[169]

Notwithstanding the difficulty of achieving a clear consensus on the precise scope and conditions of application of militant democracy,[170] its specific instruments – codified within domestic legal orders, such as the prohibition of political parties or the forfeiture of rights – together with the case law of the ECtHR, provide valuable tools for outlining the main conceptual features of this doctrine.[171] More specifically, in the Convention system, democratic self-defence allows states to impose preventive restrictions on anti-democratic actors, provided that such restrictions remain functionally oriented towards preserving pluralism and structurally constrained by human-rights guarantees.

3. 'Legal Irritants' as a Lens for Identifying "Perturbations": Evolutionary Dynamics of the Rule of Law in the Romanian Legal Order

We have seen that militant democracy, in its typical understanding, was conceived as a defensive constitutional tool directed primarily at collective political actors whose programmes or activities aim at dismantling the democratic order from within.[172] The ECtHR's rights-based scrutiny further shapes the scope of this notion in Europe: while it does not prescribe specific militant instruments, it requires that they remain oriented towards the safeguarding of democracy, be proportionate, and be reserved for situations in which there is plausible evidence of a sufficiently serious – and, where relevant, sufficiently imminent – threat to democratic society.

---

[169] P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, cit., p. 157, 183, 260. Particularly illustrative in this respect is the well-known case *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, cit., esp. § 123). See also P. Macklem, *Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe*, 17 August 2010, available at SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1660649 (last accessed: 9 July 2026).

[170] For instance, according to J.-W. Müller, *Militant Democracy*, p. 1255, these dilemmas arise from two main sources. First, many political philosophies offer differing reasons for either militant or non-militant responses to anti-democratic threats. Second, varying historical experiences shape how countries assess the risk of democratic collapse. B. Iancu illustrates this by describing the recent Romanian case as an example of "Eastern-style authoritarian liberalism." (*Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes*, cit., p. 25). Examining the trajectory of the rule of law in East Central Europe immediately after the democratic transitions, see A. Sajó and V. Losonci, *Rule by Law in East Central Europe: Is the Emperor's New Suit a Straightjacket?*, in D. Greenberg – S.N. Katz – M.B. Oliviero – S.C. Wheatley (eds), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York-Oxford, 1993, p. 321 ff.

[171] See, e.g., on the category linked to the EU, G. Martinico – A.M. Russo, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, *European Public Law*, vol. 21, 2015, p. 659 ff.

[172] See also, in this sense, S. Tyulkina, *Militant Democracy. Undemocratic Political Parties and Beyond*, New York, 2015, p. 19.

One of the main difficulties of this doctrine therefore lies in identifying the threshold of "danger":[173] at what point does democratic self-defence respond to a real and imminent threat, and when might it instead extend to a mere restriction of unpopular or controversial views of the opposition (whoever that may be)? Militant democracy thus risks shifting from a limited, preventive, and last-resort doctrine into a means of discretionary enforcement by relevant actors within the national landscape.

The events surrounding the 2024-2025 presidential elections in Romania have revived debates on the meaning, purposes and tools of militant democracy in Europe. In this context, the CCR effectively reinterpreted and extended the logic of self-defence beyond the instruments expressly provided for in the Constitution, applying specific measures to individual candidates rather than to collective political actors. The Romanian experience therefore raises the broader question of whether, and under what conditions, militant rationale may be mobilised outside its traditional field of application, at the discretion of independent, unelected bodies of the state, even when such measures are not expressly foreseen by the Constitution or by statutory law. Against this background, the next subsection looks at the Romanian case study in light of 'legal irritants', an analytical lens that emerged to address some of the limitations of 'legal transplants'.[174]

3.1. The Perturbatory Dynamics of 'Legal Irritants'

In a well-known contribution published in 1998, Gunther Teubner advanced the notion of 'legal irritants' in order to observe the interactions between a legal system and elements external to it, thereby reframing the classic debate between the "rejection" and "integration", as well as the sharp dichotomy between "contextualism" and "autonomy" in contemporary comparative law.[175] In this context, according to Alan Watson's original formulation,[176] 'legal transplants' refer to the borrowing of legal rules – or, more specifically, legal ideas – across jurisdictions. This process is made possible by the relative autonomy of law from its broader social and cultural environment.[177]

---

[173] Ibid., 30. For the broader debate, see, e.g., P.E. de Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, cit., p. 178 ff.

[174] See *supra* n. 1.

[175] Ibid., p. 12-17.

[176] A. Watson, *Legal Transplants*, 2nd ed., Athens, 1993; Id., *Legal Transplants and European Private Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4, 4/2000; Id., *Reception of Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 2/1996, p. 335 ff. As noted by L.A. Mistelis, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations*, in *The International Lawyer*, vol. 34, 3/2000, p. 1055 ff., at p. 1055, this was not the first occasion on which Watson addressed the issue of legal transplants. The foundations of his theory can already be found in several writings from the 1960s onwards (at n. 69). For an overview, see W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 4/1995, p. 489 ff., at n. 1.

[177] V. Perju, *op. cit.*, p. 106.

Teubner's theoretical proposal built upon this existing metaphor,[178] insofar as it acknowledges both the dynamic and transformative (or evolutionary) potential of legal discourses and the autonomy of the legal system vis-à-vis other arenas of social life. Indeed, the transplant metaphor remained relevant to Teubner's theoretical reformulation, as the latter also presupposes the possibility of the movement of legal rules or ideas across jurisdictions and addresses the question of the law's ability to influence societal realities.[179] In this sense, 'legal irritants' engages with a central debate in comparative law over the past decades, namely the conditions under which legal transfer may occur and the factors that determine the degree of transferability of legal rules or institutions.[180]

However, Teubner's conceptual contribution shifts the centre of gravity of this debate. According to a different analytical logic than that underlying the dynamics of legal transplants as formulated by Watson, Teubner argues that 'legal irritant' illustrates how, once introduced into a host order, a foreign norm activates the internal dynamics of the receiving system and "trigger[s] a whole series of new and unexpected events".[181] Rather than remaining confined to the status of an adopted rule ("integrated", as it would be according to the original logic of legal transplants), the foreign norm stimulates processes of reconstruction within the existing structures of the host legal order. In particular, the 'legal irritant' compels the legal system to reinterpret its own categories, rearticulate its internal distinctions, and recalibrate its relationship with other social spheres.[182]

In other words, the foreign norm becomes a "fundamental irritant" within the host order[183] and thus a key driver of legal evolution, transforming – or at least interacting fundamentally with – the existing "binding arrangements".[184] In normative

---

[178] G. Teubner, *Legal Irritants*, cit., p. 15-16.

[179] Although this occurs through dynamics typical of societal constitutionalism – a systematic approach later developed by the author – see G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?*, in C. Joerges, I.-J. Sand – G. Teubner (eds), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford, 2004, p. 3 ff. More generally: G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012; A. Golia Jr. – G. Teubner, *Societal Constitutionalism (Theory of)*, *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Cham, 2021, p. 1 ff.

[180] O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, vol. 37, 1974, p. 1 ff. On the "spectrum" of law's embeddedness, at one end of which transplantation becomes impossible according to Kahn-Freund, see also W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, cit., 495. More recently, for the continuing relevance of legal transplants in contemporary comparative scholarship, see M. Siems, *Legal Transplants: An Interdisciplinary Approach*, cit., *passim*.

[181] G. Teubner, *Legal Irritants*, cit., p. 12.

[182] Ibid., p. 12, 19-21.

[183] Ibid., p. 12.

[184] Teubner refers to "binding arrangements" as "[l]aw's […] ties to society" (p. 18), thereby clarifying how law relates to other social systems. More specifically, this notion "attempt[s] to grasp what happened to the social ties of law in the great historical transformation from embeddedness to autonomy" (p. 17). Teubner advances four theses concerning law's contemporary ties to society: 1) "they are no longer comprehensive, but are highly selective and vary from loose coupling to tight

terms, the host legal order does not merely align with or mechanically receive the original model, as some classical or integration-oriented accounts of legal transplants might suggest,[185] but produces a whole new meaning for the borrowed rule, according to its own internal dynamics and the existing interactions between the legal system and the other subsystems. Hence Teubner's definition: "[they are] an outside noise which creates wild perturbations in the interplay of discourses […]. 'Legal irritants' cannot be domesticated [,] [rather they] unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change".[186]

In the following, this paper undertakes the task of illustrating "what kind of transformation of meaning"[187] the notion of militant democracy underwent in the aftermath of the CCR's intervention during the presidential elections of 2024-2025. It proceeds from the assumption that this originally "alien" notion was incorporated into the Romanian order during the turbulent democratic transition of the 1990s. At the moment of its codification within that legal system, however, its potential to activate a "perturbing" trajectory remained largely latent.

'Militant democracy' within the host legal order, however, rather than being integrated with its original meaning – namely, as referring to "threats" to a substantive understanding of democracy arising from within the political community, and conceived as a mechanism to counter the dismantling of democracy by collective political actors – produced, when applied by the CCR, a "wild perturbation" that fundamentally altered the existing relationship between law and politics within the Romanian legal order. At the root of this lies the fact that the doctrine has been operationalised through constitutional interpretation against individual actors in presidential elections. The migration of the concept thus transforms the existing "binding arrangements" between the political and legal systems in Romania, while simultaneously altering the original meaning of the notion itself.

---

interwovenness"; 2) "they are […] connected to diverse fragments of society"; 3) "they are now established via difference [not identity]"; 4) "they evolve […] in the conflictual interrelation of two or more independent evolutionary trajectories" [as each system translates external pressures into its own language, and the interaction produces frictions, tensions and reinterpretations] (p. 18). See also, on the concept of "binding arrangements", G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443 ff.

[185] See, however, P. Legrand, who denies the very possibility of legal transplants on the ground that legal rules are inseparable from their culturally embedded meaning. Since meaning cannot travel intact, the purported transplant is necessarily transformed in the receiving context, rendering convergence illusory (*The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, p. 111 ff.). By contrast, A. Watson, while recognising that legal rules undergo modification in transmission, argues that foreign transplants remain a central mechanism of legal evolution, given the relative autonomy of law from its social and cultural environment (A. Watson, *Legal Transplants*, *passim*). See, on these aspects of the debate, V. Perju, *op. cit.*, p. 1309.

[186] G. Teubner, *Legal Irritants*, cit., p. 12.

[187] Ibid.

Before turning to the concrete sequence of events through which democratic self-defence unfolded as a 'legal irritant' during the presidential elections, consideration must be given to the institutional environment within which this irritation took place.[188] Following Teubner's approach, the effects of a 'legal irritant' depend on the specific "binding arrangements" linking the legal system to other social subsystems – that is, the historically stabilised patterns through which law interacts with other spheres of social communication. In the Romanian case, the relevant arrangements are those connecting the legal system with the political system, and they exhibit several structural features that shape how this doctrine is reconstructed within the domestic legal order.

Furthermore, these perturbatory effects cannot be understood solely at an abstract level, but must also be situated within the institutional and political frameworks through which militant reasoning was operationalised. Three elements are particularly noteworthy in the Romanian case study: (i) the centrality of legal transplants in the evolution of domestic constitutionalism; (ii) the *de facto* political role of the President of the Republic within the semi-presidential system of government; and (iii) the CCR's institutional positioning within the presidential electoral process. Together, they reveal that, rather than leading to the rejection of the doctrine or its smooth absorption with its original meaning,[189] this doctrine operates as a form of 'mutual irritation' – a reciprocal perturbation between the legal and political systems generated through their co-evolutionary interaction.[190]

3.2. The Law's "Binding Arrangements" with the Romanian Political System: Implications for the Meaning of 'Militant Democracy' Within and Beyond the Host Legal Order

Each of these elements shaped the reception and subsequent reconfiguration of 'militant democracy' in Romanian constitutional practice, and are examined in turn below. First, Romania's constitutional evolution must be situated within a longer history of legal transplants, where the recurrent incorporation of Western models was expected to function as a strategy of rapid modernisation and external legitimation, while at the same time producing a tension between the institutional "forms" and their adaptation – often partial or distorted – within domestic sociopolitical "substance".[191] This tradition provided the structural channels through which foreign rules and legal

[188] At this stage, it is also worth clarifying that the claim advanced here does not require endorsement of the broader systems-theoretical premise that functional differentiation and global legal communication have displaced nationally embedded legal systems in favour of a transnational communicative network in which states operate merely as regional nodes. The argument can be sustained independently of that epistemological commitment.

[189] Namely, as referring to "threats" to a substantive understanding of democracy arising from within the political community, and conceived as a mechanism to counter the dismantling of democracy by collective political actors.

[190] G. Teubner, *Legal Irritants*, cit., p. 12, 17-18.

[191] B. Selejan-Guțan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 26-27.

ideas may enter the host legal order, where they are subsequently reconstructed within existing "binding arrangements" between the legal and political subsystems.

Second, attention must be paid to the Romanian semi-presidential framework and to the role of the President of the Republic as a directly elected symbol of national unity, which has in practice been politicised, thereby putting further pressure on the "irritant" effects of militant democracy rationales in this arena. In such a setting, the interpretative shift from party-focused militant measures to candidate-centred exclusions acquires more delicate constitutional implications, as interventions affecting individual contenders may transform the core dynamics of political competition and thus fundamentally alter the law's existing binding arrangements with the political system.

As this latter move has been brought about through constitutional interpretation, this section finally turns to the institutional positioning of the CCR within the post-1989 architecture. The Court is not only entrusted with traditional counter-majoritarian review but also occupies a position unusually close to the electoral process, being assigned functions such as the supervision of presidential elections and the confirmation of their results under Article 146(f) RC. This configuration intensifies the interaction between law and politics and creates conditions in which the CCR may be drawn into politically sensitive disputes and interpret its powers expansively, with relevant consequences for rule-of-law requirements and the evolutionary patterns of the Romanian legal order.

i) Legal Transplants within the Romanian Constitutional Evolution

Notwithstanding some pre-existing elements of liberal-democratic domestic tradition, the Romanian constitutional evolution has historically been shaped by the extensive use of foreign transplants.[192] This has led some authors to identify a "classical contradiction",[193] with continuing implications for the country's politico-constitutional life – particularly, for present purposes, in relation to the *de facto* "politicisation" of the President of the Republic and the CCR within Romania's semi-presidentialism.[194]

---

[192] M. Guţan, *The Challenges of the Romanian Constitutional Tradition*, in *Giornale di storia costituzionale*, vol. 25, 1/2013, p. 223 ff.; B. Iancu, *Romania – The Vagaries of International Grafts on Unsettled Constitutions*, in A. Albi – S. Bardutzky (eds), *National constitutions in European and global governance: Democracy, rights, the rule of law: National reports*, The Hague, 2019, p. 1047 ff., esp. p. 1048-9 and n. 4. For a – pre-communist, communist, and post-communist – periodisation of Romanian development, see B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A Contextual Analysis*, cit., p. 2, respectively: the 1866, 1923 and 1938 constitutions (pre-communist or "the rise and fall of liberal constitutionalism"); 1948, 1952 and 1965 (communist); and 1991 (rev. 2003). See also G. Sbârnă (ed), *Constituţiile României. Studii*, Târgovişte, 2012.

[193] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A Contextual Analysis*, cit., p. 26, 29.

[194] "[Some] evolutions […] can be understood [through the] contradiction […] between the [constitutional transplant's] mechanisms and outcomes, and its presumed goals […] [in modern Romania] […] [transplant] was determined by the weak sociopolitical and economic context, [then it] became a central feature. [Even today], the 'importing mindset' explains a certain inconsistency in the

It is against this background that the "absorption" of foreign concepts and doctrines, in particular that of militant democracy, shall be observed in the Romanian case study. Constitutionalism here evolved largely through the repeated incorporation of models from Western Europe, although domestic institutional development also occurred. Romanian political elites viewed the adoption of Western constitutional patterns as a means of rapid modernisation: from the nineteenth century until at least the 1923 Constitution,[195] they were seen as political means that would help to embed liberal constitutional principles into Romanian political life.[196]

Certainly, legal transplants have also served an important function of external legitimation. At the same time, however, this pattern of borrowing generated a structural tension. Reforming elites frequently assumed that incorporating external models would automatically transform the Romanian sociopolitical structure, whereas

---

Romanian constitutional identity. […] [In the post-communist period] […] borrowing […] from the West was the main trend. [Given the] importing mindset and […] the rebirth of the older inferiority complex [and] the urgent need for international legitimisation […], recourse to [transplant] was once more inevitable" (ibid., p. 30).

[195] The 1923 Constitution, adopted on 29 March in the aftermath of the territorial expansion following the Great Union of 1918, reorganised the framework of "Greater Romania". This enlarged state brought together Transylvania, Banat, Bukovina, and Bessarabia with the pre-war Kingdom of Romania (Wallachia, Moldavia, and Dobrogea). Building on the institutional structure of the 1866 Constitution, the 1923 fundamental law proclaimed a "unitary and indivisible national state" (Article 1), reaffirmed the separation of powers and parliamentary government under a constitutional monarchy, and introduced universal male suffrage alongside an extensive catalogue of civil rights and liberties. Legislative power was exercised jointly by the King and a bicameral Parliament, while executive authority formally remained vested in the monarch but was exercised through ministers politically responsible for royal acts.

Notably, for the first time in Romanian constitutional history, the Constitution expanded the judicial powers of the High Court of Cassation and Justice: Article 103 entrusted it with the competence to review the constitutionality of laws and to declare inapplicable those contrary to the Constitution. This may have built upon an earlier practice of constitutional review predating the 1923 Constitution, particularly the 1922 judgment of the Court of Cassation and Justice recognising the power of ordinary courts to disapply unconstitutional legislation – often described as the *Romanian Marbury v. Madison* case and as an early European reception of the American model of diffuse judicial review. See C. Pistan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, in A. Di Gregorio (ed), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., p. 295 ff., esp. p. 297-299.

[196] See M. Guţan, *Constituționalism și import constituțional în România modernă: proiectul de Constituție de la 1848 al lui Mihail Kogălniceanu*, in *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, vol. XI, 2/2011, p. 227 ff. E.g., Kogălniceanu's 1848 constitutional draft during the 1848 revolutionary movement in Moldavia, aimed at the separation of powers, civil liberties, and representative government, adapted to local conditions; though the 1848 projects were not institutionalised, they shaped the constitutional vocabulary of the Romanian elite. After the 1859 union of Moldavia and Wallachia under Alexandru Ioan Cuza, institutional modernisation accelerated: Cuza governed under the 1858 Paris Convention, then in 1864 introduced by plebiscite the Statute Developing the Paris Convention, concentrating executive authority and provoking the opposition that led to his 1866 abdication. The elites then installed a foreign prince, Carol of Hohenzollern-Sigmaringen, as "*Domnitor*", and a constitutional assembly drafted the 1866 Constitution, largely inspired by Belgium's 1831 Constitution.

in practice the transplantation of Western models often produced significant discrepancies with the political realities in which they were implemented.[197]

This dynamic is reflected in the Romanian evolution through the theory of 'forms without substance' (*forme fără fond*).[198] This debate has traditionally been tied to the adoption of the 1866 Constitution, widely seen as Romania's first modern constitution. Enacted during Carol I's reign and modelled on Belgium's 1831 Constitution, it created a hereditary constitutional monarchy and introduced the core tenets of nineteenth-century liberal constitutionalism: representative government, separation of powers, and a list of civil liberties. Yet it also concentrated substantial powers in the monarch's hands and restricted political participation through a census-based electoral system. Because it leaned heavily on Western models, critics in the late nineteenth century argued that the framework reproduced institutional "forms" without the sociopolitical "substance" needed for them to function effectively: institutions had been adopted faster than the underlying conditions required for their appropriate operation.

The constitutional history of Romania thus demonstrates a pattern in which institutional structures struggle to integrate into society, owing to tensions between the design of institutions and the prevailing sociopolitical realities.[199] Yet, comparative scholarship has emphasised that a constitutional framework is most effective when it resonates with the values and structures of the society it serves: where models are perceived primarily as external imports rather than as arrangements rooted in the local context, their integration into domestic practice often remains incomplete.[200] Adoption through institutional borrowing may therefore involve adaptation and reinterpretation, allowing foundational principles – such as political pluralism and the rule of law – to take on specific configurations within the receiving constitutional order.

The post-1989 democratic transition in Central and Eastern Europe illustrates this dynamic particularly clearly. In Romania, moving from a socialist state to a liberal-democratic legal order required reintroducing institutions and principles historically linked to Western constitutionalism, as well as creating new ones traditionally

---

[197] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 26-27.

[198] The theory of "forms without substance" in Romania was first formulated by Titu Maiorescu in 1868. See T. Maiorescu, *În contra direcţiei de astăzi în cultura română* (1868), in Id., *Critice*, Bucureşti, 1989, p. 122 ff.

[199] B. Iancu, *The Evolution and Gestalt of the Romanian Constitution*, in A. von Bogdandy – P.M. Huber – S. Ragone (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, 2023, p. 493 ff., at p. 496. Further on the historical context of the theory of "forms without substance" in nineteenth-century Romanian constitutionalism, see ibid., p. 500-502.

[200] See A. Di Gregorio, *Le transizioni alla democrazia nei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, in Id. (ed), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., p. 8-9. On the issue of autochthony in constitution-making processes, understood here as opposed to the unilateral imposition of a constitution, particularly at the level of drafting the foundational text, P.C. Oliver, *Autochthonous Constitutions*, in R. Wolfrum – F. Lachenmann – R. Liivoja (eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, online ed., 2017.

associated with its typical architecture, such as a centralised Constitutional Court model. Democracy was thus re-established as the framework needed to sustain political pluralism after decades of communist single-party rule, so that the revival of democratic life was closely tied to the re-legitimation of pluralism as a core organising principle. Within the present constitutional framework, pluralism occupies a central normative position, recognised as a foundational principle of the democratic state under Article 8 RC.

More generally, however, the early years of post-communist transitions in CEEBB countries were marked by what comparative scholarship has described as an "exasperated political pluralism":[201] a rapid proliferation of political parties, high electoral volatility, institutional instability, and the broader restructuring of political systems following the collapse of authoritarian rule. The constitutionalisation of pluralism thus restored political competition, but it also generated an especially fragmented form of pluralist politics, typical of many post-communist democracies.[202]

Against this broader background, the incorporation of democratic self-defence into Romania's legal system can be seen as part of this longer tradition of transplantation: the idea entered the domestic legal order through the adoption of Western doctrines designed to safeguard democratic pluralism and the substantive foundations of the constitution. Yet, in a framework already marked by an "exasperated political pluralism" capable of destabilising the political system, the CCR's application of militant reasoning may generate new tensions, also with consequences for the protection of political competition.

ii) The Centrality of the Presidential Office at the Intersection of Law and Politics

The semi-presidential system and the *de facto* protagonism of the Presidential office constitute the arena in which the irritant effects most clearly materialised. To recall, semi-presidentialism is mainly defined by the duality of (typically parliamentary and presidential) elements present at the same time within the institutional structure: on the one hand, the Government's political responsibility before Parliament; on the other, the President of the Republic's direct popular election and autonomous constitutional powers.[203] Such an arrangement gives rise to a dual executive in which the Head of State is not limited to symbolic duties but can actively shape the political

[201] A. Di Gregorio, *Le Costituzioni*, in Id. (ed), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., p. 49 ff., esp. p. 53.

[202] Although cf., E.-S. Tănăsescu, *Despre identitatea constituţională şi rolul integrator al Constituţiei*, in *Curierul Judiciar*, 5/2017, explicitly linking political pluralism to the identity of the RC, based on Articles 1(3), 8 and 152(1).

[203] M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., p. 186. On the original definition, see M. Duverger, *Le concept de régime semi-présidentiel*, in Id., *Les régimes semi-présidentiels*, Paris, 1986, p. 7 ff.

direction (*indirizzo politico*) of the state.[204] Direct election, in turn, grants the presidency strong democratic legitimacy, political visibility, and symbolic centrality – especially in systems marked by fragmented party competition and unstable parliamentary majorities.

The 1991 RC adopted the institutional structure of France's Fifth Republic, establishing a dual system that pairs a directly elected President with a Government accountable only to Parliament. However, from the outset of the constituent process, Romania aimed to diverge from the French model by rationalising and limiting the presidential powers, hoping to resolve the issue of "a directly elected but less powerful President" and thus creating a formally "weak" presidency.[205] The drafters specifically aimed to sidestep the authoritarian risks of the communist era and the structural flaws of parliamentarianism that had marked Romania before and after World War I. To this end, they made the Head of State directly elected, so the office would not be decided in an opaque manner through contingent parliamentary majorities (e.g., secret parliamentary deals). They also limited the executive's ability to dissolve the legislature, thereby safeguarding constitutional stability and institutional balance. The result was a mixed system in which a President chosen by universal suffrage must coexist – and often compete – with a powerful Parliament.[206]

The duality also appears inside the executive. The President shares power with the PM, whom he or she appoints after a vote of confidence that must be approved by an absolute majority of members from both chambers sitting together (Articles 85 and 61 RC).[207] Importantly, the 2003 constitutional reform expressly excluded any presidential possibility to dismiss the Prime Minister (PM) under Article 107(2). This change thus rejected earlier presidentialist readings, influenced by the French model, that had granted the Head of State that authority.[208]

Under the RC, the President is elected through universal, equal, direct, secret, and freely expressed suffrage, guaranteeing the office's democratic legitimacy (Article 81(1)). The Constitution establishes a two-round electoral system. A candidate wins in

---

[204] F. Lungo, *Il capo dello Stato*, in A. Di Giovine – A. Algostino – F. Longo – A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, p. 201 ff., 212.

[205] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 101. The aim of curbing presidential dominance relative to the French Fifth Republic was driven in the RC by the country's recent experience with dictatorship (V. Perju, *op. cit.,* 1314). Moreover, in contrast to France, which has shifted toward a more presidential system, post-communist countries typically incorporate parliamentary features into their semi-presidential frameworks. See M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., p. 193.

[206] I. Muraru – E.-S. Tănăsescu, *Drept constituţional şi instituţii politice*, 16 ed., vol. II, Bucureşti, p. 267.

[207] This explicit confidence in the RC contrasts with the implicit mechanism outlined in Article 49(1) of the 1958 French Constitution (this is highlighted by M. Benedetti, *Il semipresidenzialismo in Romania tra teoria e prassi: dalla Costituzione del 1991 agli accordi di rotazione del Primo ministro, fino all'anno elettorale 2024*, in *federalismi. it*, 5/2025, p. 28 ff., esp. p. 31).

[208] Ibid., p. 32.

the first round only if they secure a majority of the votes cast by all registered voters (Article 81(2)). If no majority is achieved, a runoff is held between the two candidates who received the most votes in the first round; the one who obtains the highest number of valid votes in the second ballot is declared elected (Article 81(3)). To prevent excessive concentration of power, the Constitution also limits any individual to no more than two presidential terms, consecutive or not (Article 81(4)). Crucially, the results of the presidential elections must be validated by the CCR, which ensures that the electoral process is regular and constitutional (Articles 82(1) and 146(f)). Only after this validation can the elected candidate assume office by taking the constitutional oath before a joint session of the Chamber of Deputies and the Senate (Article 82(2)).[209] Lastly, according to Article 83(1) RC, a President serves a five-year term that begins when the oath is taken. Article 83(2) ensures institutional continuity by allowing the incumbent to remain in office until the successor is sworn in. Article 83(3) permits an extension of the presidential term through an organic law, but only under extraordinary circumstances such as war or disaster.

The President's constitutional status is assisted by guarantees that preserve the office's neutrality and independence. Article 80(1) RC requires the President to represent the Romanian State and to act as the safeguard of the national independence and the country's unity and territorial integrity. The Constitution also entrusts the Head of State with ensuring the observance of the Constitution, the proper functioning of public authorities, and the mediation between the state's powers and between the state and society (Article 80(2)). These provisions illustrate a broader trend seen in many post-socialist Central and Eastern European constitutions, where the presidency is viewed not only as a representative body but also as a "factor of national unification" that can maintain coherence in fragmented political systems.[210] Accordingly, the RC gives the Head of State a *supra partes* role designed to protect the unity and continuity of the constitutional order.

To reinforce this neutral integrative stance, Article 84(1) states that, during the term, the President may not belong to a political party or hold any other public or private office. Because the President is expected to embody the entire polity, presidential elections take on a symbolic and plebiscitary character that goes beyond ordinary parliamentary contests. Importantly, these provisions reflect the drafters' intention to configure the Presidency as a neutral institution rather than a partisan political actor. Yet constitutional practice has often diverged from this ideal. As has been observed, "[t]he living constitution confirmed the dangers of semi-presidentialism: on the one hand, the excessive personalization of political power, due

[209] "I solemnly swear that I will dedicate all my strength and the best of my ability to the spiritual and material welfare of the Romanian people, that I will respect the Constitution and the laws of the country, and that I will defend democracy, the fundamental rights and freedoms of the citizens, and the sovereignty, independence, unity, and territorial integrity of Romania. So help me God!"

[210] J. Sawicki, *Le forme di governo*, in A. Di Gregorio (ed), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., p. 159 ff., esp. p. 162, 180.

to the high political legitimacy of the President and, on the other hand, the inner conflict between the two parts of the executive [especially in cohabitation cases]".[211] In this regard, the 2003 constitutional reform is especially important for grasping the "binding arrangements" between law and politics in Romania. By extending the presidential term from four to five years, the reform desynchronised the electoral cycles of the President and Parliament, in contrast to the 2000 French constitutional reform, which aimed to synchronise them. This institutional decision structurally raised the chances of cohabitation, thereby strengthening the dualistic nature of Romania's semi-presidential executive.[212]

Although the President's powers are formally described as powers of guarantee and coordination, they confer substantial influence over the political system and have often led to the politicisation of the office in practice.[213] An important peculiarity of the Romanian system thus lies in the tension between the constitutional mandate that the Head of State remain neutral and the political reality: "in practice [it] has often assumed an active role in politics ('player-president'), rather than the 'referee' role attributed by the Constitution".[214] The presidency has always been the main focus of competition among party elites, and Presidents continue to play a central role within their "presidential parties" by shaping party leadership, forming coalitions, making governmental appointments, and setting electoral strategy,[215] functioning as an autonomous actor whose influence on the political system extends well beyond the electoral process. Yet the contest for the office is formally detached from party, whatever the partisan reality of the office once occupied. The presidential candidate stands, constitutionally speaking, as an individual, whereas the militant instruments available in the Romanian legal order – Article 40(2) RC, Article 146(k) RC, the registration requirements of the Law on Political Parties – are all addressed to collective actors. Presidential elections are therefore an arena in which the Constitution's militant apparatus has, in principle, no addressee.

The partisan reality of the office, though it does not alter this constitutional position, is nonetheless worth setting out, since it explains why the presidency is so intensely contested. It is most apparent during the formation of a government. When no party wins an absolute majority in parliament, the President's authority to appoint the PM becomes overtly political. However, absolute majorities are structurally rare in

---

[211] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 102.

[212] M. Benedetti, *Il semipresidenzialismo in Romania tra teoria e prassi,* cit., p. 30.

[213] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 30. The President may consult the Government on urgent national matters and may participate in or preside over Government meetings on foreign policy, defence, and public order (Articles 86-87 RC); may address Parliament on the principal political issues of the nation and call consultative referendums on matters of national interest (Articles 88 and 90); and holds significant competences in foreign affairs and national defence (Articles 91-92).

[214] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 30.

[215] M. Benedetti, *Il semipresidenzialismo in Romania tra teoria e prassi,* cit., p. 38.

Romania's political system. Coalition governments are the norm, while single-party administrations remain exceptional because of the electorate's fragmented social and ethnic composition and the design of the electoral system. No party has ever secured an autonomous parliamentary majority; the PSD has generally obtained only a relative majority, though large enough to remain a dominant force in Romanian politics.[216] As a result, the defining feature of Romanian semi-presidentialism is the triangular relationship among the parliamentary majority, the Government, and the President.[217] Depending on whether the Head of State shares the same political camp as the parliamentary majority or belongs to an opposing coalition, the President may act as a facilitator, an arbiter, or even a quasi-oppositional actor.

Beyond government formation, the President holds significant legislative and constitutional-review powers that can shape the political process. While the Head of State does not have legislative initiative nor participates in the adoption of Government ordinances, Article 77 RC permits the President to ask Parliament, once, to reconsider a law before it is promulgated. In addition, the President can trigger *a priori* constitutional review under Article 146(a) and refer constitutional disputes between public authorities to the CCR under Article 146(e). These tools enable the presidency to intervene at critical junctures in the process of norm formation, underscoring the President's capacity to influence political outcomes even within the formally parliamentary orientation of the constitutional system.[218]

Until now, the specific features of the Romanian constitutional framework and its "binding arrangements" between law and politics have been examined, particularly

---

[216] Benedetti observes that Romanian constitutional practice has not established a convention that gives the party with a relative majority a preferential right to form the government. The period after the 2004 elections illustrates this clearly: although the Social Democrats and their allies won the election, President Traian Băsescu used his strong popular mandate to steer coalition talks and help create a liberal-conservative majority. Only when one party holds an absolute majority does Article 103(1) RC meaningfully limit presidential discretion, obliging the President to consult that party and, in practice, acknowledging its right to govern (ibid., p. 36-37; 39-40).

[217] M. Balan, *Instabilities and Conflicts of Jurisdiction: Parliament, President, and Government in Romania*, in A. Lorenz – D.M. Mariş (eds), *Politics and Society in Romania. Societies and Political Orders in Transition*, Wiesbaden, p. 145 ff.

[218] The principal constitutional check on presidential activism is the stringent regulation of the dissolution power. Article 89 RC allows dissolution only after consulting the Presidents of both chambers and the parliamentary group leaders, and only if Parliament cannot form a government within sixty days and after at least two rejected investiture votes; dissolution may occur only once per year, and is prohibited during the final six months of the presidential term and in times of war, mobilisation, siege, or emergency. This sharply distinguishes the Romanian model from the Weimar antecedent, which is widely seen as the first historical precursor of semi-presidentialism. In the Weimar Republic, the Reich President could dissolve Parliament with broad discretion under Article 25 and combine that power with the emergency authority granted by Article 48, thereby destabilising the constitutional order and accelerating its presidentialisation. Cf., M. Fioravanti, *Mortati a Weimar*, in C. Mortati, *La costituzione di Weimar*, Milano, 2019 [1946], p. VI-XXII, and the classical study of C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, p. 199 ff..

in relation to semi-presidentialism. Within this framework, applying militant rationale to individual candidates to the Presidential office becomes particularly problematic. Democratic self-defence has traditionally been conceived as a set of exceptional tools aimed mainly at collective actors, especially political parties, whose programmes or activities might concretely undermine the democratic constitutional order. In Romania, however, these tools impact an office that holds direct democratic legitimacy and is constitutionally tasked with representing national unity, yet has become increasingly politicised in practice. In such a context, the CCR's expansion of militant reasoning could change not only the conditions of electoral competition but also the broader equilibrium among political pluralism, constitutional adjudication, and democratic legitimacy.

Moreover, this evolution should be viewed in the context of wider changes in contemporary constitutional democracies, especially the shifting balance of powers, tied to the overall expansion of executive authority and the increasing personalisation of politics.[219] In semi-presidential systems like Romania, the effect is intensified by the Presidency's direct democratic legitimacy. Consequently, the Head of State tends increasingly to appear as the immediate interpreter of the popular will, strengthening plebiscitary logic. Against this backdrop, the present case study bears significance beyond the Romanian legal order. The broad reinterpretation of militant democracy in the context of presidential elections within a geopolitically strategic European state may reshape the concept of democratic self-defence across Europe, while simultaneously enlarging judicial discretion and heightening perceptions of political exclusion. Accordingly, the events surrounding the 2024-2025 elections sparked strong populist counter-discourses, in which many political actors portrayed the annulment as proof of elite meddling in democratic choice, and the exclusion of candidates as judicial activism aimed at voters.[220]

These institutional characteristics make Romania a particularly fertile ground for turning 'militant democracy' from a typical transplantation of a doctrinal category into a 'legal irritant'. Incorporating this rationale within a semi-presidential framework, in which the President stands at the centre of the intersection between law and politics, can produce an autonomous reinterpretation of democratic self-defence and a broader transformation of the doctrine's meaning and scope. The CCR's use of militant reasoning in presidential elections may have thus redefined the relationship between law and politics within Romania, with implications reaching beyond the domestic boundaries of the host legal order.

---

[219] A. Buratti, *Western Constitutionalism*, cit., p. 319-320.

[220] See only J.D. Vance, *Speech at the Munich Security Conference*, 14 February 2025, available at https://movimentoeuropeo.it/images/documenti/JD_Vances_full_speech_on_the_fall_of_Europe.pdf (last accessed: 9 July 2026). One should also recall Romanian slogans such as "Turul doi înapoi" ("Bring back the second round") which draws precisely upon the perception that judicial intervention had interrupted the ordinary democratic process in Romania.

iii) The CCR's Institutional Positioning and Evolving Powers

Constitutional interpretation is the institutional mechanism through which the doctrine was reconstructed, with a potential expansion of the CCR's competences in the defence of the democratic legal order and a broader transformation of meaning beyond the host legal order. In the democratic transitions that followed the collapse of socialist regimes in Central and Eastern Europe, courts assumed a role that frequently exceeded the classical counter-majoritarian function traditionally associated with centralised review of legislation. In these legal orders, constitutional adjudication became at once an instrument of democratic consolidation, institutional stabilisation, and legitimation. As some authors have noted, comparative-law arguments and the widespread reception of the centralised model of review were decisive in shaping the Romanian system, although its incorporation here was initially "a truncated one".[221]

Indeed, Romania entered the post-1989 transition without a stable legal tradition of centralised constitutional review. Although the 1866 Constitution proclaimed constitutional supremacy, the interwar "*Romanian Marbury v. Madison*" experiment failed to crystallise into a lasting tradition, while decades of totalitarian rule subsequently eliminated any autonomous practice of constitutional adjudication.[222] Consequently, with its establishment in 1992, the CCR emerged as a "court without a history",[223] compelled not only to safeguard constitutional supremacy but also to construct its own institutional legitimacy within a legal culture historically unfamiliar with concentrated review of legislation. Against this background, the CCR was established as a specialised judicial body entrusted with the review of legislation and operating independently from the ordinary judicial system.[224]

However, and more importantly for the purposes of this paper, alongside its "classical" counter-majoritarian function, the CCR was also assigned directly by the Constitution several 'ancillary tasks',[225] most notably the oversight of presidential election results under Article 146(f). These institutional characteristics have shaped, in

[221] B. Selejan-Guţan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 24.

[222] See *supra* n. 201.

[223] This expression has been employed with regard to the Italian Constitutional Court, in E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 31. For an account of this episode, see A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, Oxford, 2023, p. 172.

[224] Pursuant to Articles 142 and 143 RC, the CCR is composed of nine judges appointed for a non-renewable nine-year term: three by the Chamber of Deputies, three by the Senate, and three by the President of the Republic. Constitutional judges must hold a higher legal qualification, possess a high level of professional competence, and have at least 18 years' experience in either legal practice or higher legal education.

[225] T. Ginsburg, *Beyond judicial review: Ancillary powers of constitutional courts*, in Id., *Institutions and public Law: Comparative approaches*, New York, 2005, 225 ff.; T. Ginsburg – E. Zachary, *Ancillary powers of constitutional courts*, in *Texas Law Review*, 87/2008, p. 1431 ff.

part, the Court's engagement with democratic processes and continue to influence its trajectory.[226] At the same time, the CCR became heavily exposed to politicisation.[227]

In the broader regional context, the CCR reflects a more general phenomenon characteristic of post-communist countries in Central and Eastern Europe: the constitutionalisation of electoral oversight through its transfer to independent constitutional courts.[228] This development should, however, be considered within the wider trajectory of electoral oversight in European legal history. More specifically, in public law theory, the overarching objective of electoral oversight – a process comprising a variety of steps unified by a single function – is to ensure the democratic renewal of constitutional bodies,[229] whether parliaments or heads of state.

Historically, electoral oversight emerged – particularly in the English model – as a form of parliamentary self-protection against the executive, and especially the monarch, culminating in Parliament's jurisdiction over the validity of its own composition.[230] From the late nineteenth century onwards, however, a broader trend towards judicialisation began to emerge, following Georg Jellinek's early reflections and their implementation in the Austrian experiment, which transferred electoral jurisdiction to the Constitutional Court and, after the Second World War, extended it to parliamentary, presidential, and local elections as well as instruments of direct democracy.[231]

---

[226] More specifically, the CCR exercises abstract and concrete review of legislation, electoral jurisdiction, the resolution of constitutional conflicts between public authorities, and other politically sensitive functions, such as opinions on presidential suspension and the unconstitutionality of political parties.

[227] B. Selejan-Guțan, *The Constitution of Romania: A contextual analysis*, cit., p. 24. On the tension between counter-majoritarian adjudication and democratic deliberation, and the risks of the 'juridification' of politics, see M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge, 2022 (esp. p. 105-108).

[228] L. Pegoraro, *Chi controlla le elezioni? L'insegnamento delle nuove democrazie e la lezione per l'Europa*, in R. Toniatti – M. Magrassi, *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, p. 197 ff., esp. p. 215.

[229] Ibid., p. 211. In Italian scholarship, it is important to recall the works on electoral systems and electoral oversight by F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forme di governo*, Bologna, 1981; and G. Milani, *Le giurisdizioni costituzionali come giurisdizioni elettorali: analisi comparata di un modello di giustizia elettorale*, in *federalismi.it*, 1/2023, p. 155 ff. Finally, on the electoral-system design as an instrument of democratic self-defence, see T. van der Meer – B. Rijpkema, *Militant Democracy and the Minority to Majority Effect: on the Importance of Electoral System Design,* in *European Constitutional Law Review,* vol. 18, 3/2022, p. 511 ff.

[230] This tradition dates back to the establishment of Parliament in 1295 and gradually developed through the classical evolution of English constitutionalism, which gave rise to the first form of parliamentary government in Europe. The Bill of Rights of 1689 recognised both the principle of free elections to the House of Commons and the prerogative of the representative assembly to judge the validity of elections. Parliamentary jurisdiction over the assessment of its own composition was definitively established by the Parliamentary Elections Return Act of 1695 (A. Di Chiara, *La verifica dei poteri dei parlamentari europei. Profili costituzionali*, Milano, 2024, p. 21).

[231] Jellinek's elaborations first found expression in Article 31 of the Weimar Constitution, which established an electoral tribunal – composed of members elected by the Reichstag and members of administrative courts – entrusted with reviewing the regularity of electoral operations and disputes

These historical developments certainly reflect an underlying rationale. Once Parliament no longer required protection against the monarch – having become an independent body within the European nation-state – a different form of oversight emerged, centred on the fairness of elections: a technical activity carried out by neutral third parties, whose task is to ensure that no irregularities ("*patologie*") arise in the conduct and outcome of elections. In this sense, electoral oversight has been "neutralised".[232]

However, this understanding was not necessarily linked to the broader idea of defending the democratic legal order. This latter conception of electoral oversight has instead emerged more recently, particularly in post-communist countries following the latest wave of democratic transitions in Europe, where the function has been entrusted to constitutional courts. This development has produced a second trend towards the "constitutionalisation" of electoral oversight, intrinsically connected to the procedural safeguarding of free elections and ultimately to the democratic foundations of the State. The same transformation can also be observed from the perspective of the sources of law: insofar as the function of overseeing the elections – in this case, the presidential elections – is attributed to the Constitutional court directly by the Constitution rather than by "mere" legislation, precisely because such attribution is not regarded as a mere partisan choice in the day-to-day life of the democratic State.[233]

As regards the concrete manifestations of this function, in Romania the prevailing understanding refers to the CCR's review of "activities, behaviours and attitudes".[234] In this respect, it differs significantly from the typical function of centralised review of legislation: the latter concerns norms enacted by the legislator and consequently embodies a characteristically counter-majoritarian function, aimed at protecting minorities against the decisions of the contingent political majority as expressed through statutory law.

Perhaps even more clearly than its counter-majoritarian function, the oversight of presidential elections places the Constitutional Court in closer interaction with the

---

capable of affecting the validity of a parliamentary mandate. The first legal order in which these ideas were concretely implemented, however, was Austria, where a law of 6 February 1919 introduced constitutional jurisdiction over elections through an electoral court composed of members of the Constitutional Court, the Administrative Court, and the Supreme Court. Article 141 of the Austrian Constitution of 1920 subsequently transferred these functions directly to the Constitutional Court; following the Second World War, the model was extended to parliamentary, presidential, and local elections, as well as referendums and instruments of direct democracy, thereby contributing to the recognition of a "right to the regularity of elections at every level" (A. Di Chiara, *op. cit.*, 110 ff; drawing on J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria*, in *Quaderni costituzionali,* 3/1990, p. 532 ff., p. 546-547 with regard to the extension of electoral oversight to all levels of elections).

[232] L. Pegoraro, *Chi controlla le elezioni? L'insegnamento delle nuove democrazie e la lezione per l'Europa*, cit., p. 216.

[233] Ibid., p. 216, 219.

[234] I. Muraru – E.S. Tănăsescu, *Articolul 146. Atribuţii*, in Id. (eds), *Constituţia României. Comentariu pe articole*, cit., p. 1313.

dynamics of political alternation and the direct democratic legitimacy of the Head of State. As seen above, the President's dual position – exercising functions connected to the safeguarding of constitutional order and institutional and societal mediation, while deriving legitimacy from universal, equal, direct, and secret suffrage – highlights the intense political sensitivity surrounding presidential elections within the Romanian legal order and, consequently, the heightened relevance of electoral oversight by the CCR in this domain.

Eligibility for the office of President is governed by a combination of constitutional and statutory requirements. Under Articles 37 and 40(3) RC, candidates must be Romanian citizens domiciled in Romania, entitled to exercise political rights, and at least 35 years old by election day. Article 81(4) RC further limits the office to a maximum of two mandates, which may be consecutive. Law No. 370/2004[235] adds the requirement of support from at least 200,000 voters (Article 4(2)), while Law No. 196/2022 introduced additional restrictions barring persons definitively convicted of intentional criminal offences from standing as candidates.[236]

Within this institutional setting, the CCR exercises oversight over presidential elections pursuant to Article 146(f) RC, as further regulated by Articles 37-38 of Law No. 47/1992[237] and Law No. 370/2004. While the BEC[238] registers or rejects candidacies and electoral signs in the first instance, the Court is competent to rule on challenges to those decisions, to oversee compliance with electoral procedures throughout the country, and to confirm and validate the election results. Following the completion of voting, this supervisory function also extends to ruling on requests for the annulment of the elections in cases of fraud liable to alter the attribution of the mandate.[239]

The CCR's case law in this field prior to the 2024 electoral year shows that requests for annulment have generally been grounded in allegations of irregularities concerning the conduct of voting procedures, the management of permanent or supplementary electoral lists, or unlawful electoral campaign activities – all commonly

---

[235] Law on the Election of the President of Romania, republished in *Monitorul Oficial al României*, Part I, No. 650 of 12 September 2011, as subsequently amended.

[236] Law No. 196/2022, published in *Monitorul Oficial al României*, Part I, No. 668 of 4 July 2022. In particular, persons who, at the date of submission of their candidacy, have been definitively sentenced to a custodial penalty for an intentionally committed offence shall be prohibited, unless rehabilitation, post-conviction amnesty, or decriminalisation has intervened.

[237] Law on the Organisation and Functioning of the Constitutional Court, republished in *Monitorul Oficial al României*, Part I, No. 807 of 3 December 2010.

[238] See *supra*, n. 16.

[239] Under Art. 52(1) of Law 370/2004, "[t]he [CCR] shall annul the elections result [if] it establishes that the poll [or] the ascertaining of the elections result has taken place by fraud liable to modify the allotment of the mandate [or] the order of the candidates who may participate in the second round. […] [T]he Court shall order the voting on the second Sunday of the date of the annulment of the elections result."

subsumed under the broader notion of 'electoral fraud'.[240] In adjudicating such claims, the Court consistently held that, although irregularities may arise during an electoral campaign, the validity of the elections depends on their seriousness and overall extent, having regard to Article 24(1)-(2) and Article 32(6) of Law No. 370/2004.[241] More precisely, the Court held that "[t]he election may be annulled only if the voting and the determination of the results were conducted fraudulently, and this is likely to alter the allocation of the mandate or […] the order of the candidates eligible to participate in the second round […]the request to annul the elections must be motivated and accompanied by the evidence on which it is based".[242]

The CCR's oversight of electoral activities carries significant implications, given its role in granting access to an office with strong democratic legitimacy at the intersection of law and politics. A semi-presidential framework centred on a politically influential Head of State, an evolving electoral jurisdiction, and the extension of militant reasoning from collective actors to individual candidates together created fertile conditions for the dynamics described in this paper as a form of 'legal irritant'. The following section examines how the CCR applied this reasoning during this electoral process, and the new tensions this created for the substantive understanding of the rule of law within the Western constitutional tradition.

3.3. Triggering the "Perturbations": The Application of Militant Rationale During the Presidential Elections

The second round of the re-run presidential elections, held on 18 May 2025, temporarily brought a sense of restored constitutional normality to Romania's semi-presidential republic. The results were broadly welcomed by national and EU institutions, segments of civil society, the media,[243] and for a few hours during the night

---

[240] M. Enache – Ş. Deaconu – V. Bărbăţeanu, *Sistemul electoral şi referendumul în jurisprudenţa Curţii Constituţionale,* Bucureşti, 2022, p. 147-158.

[241] Ibid., p. 156.

[242] Ruling No. 30/2004 of the CCR, 3 December 2004 (para. 5, author's trans.). In the same ruling, the CCR drew on the definition of 'electoral fraud' set out in Article 32(6) of Law No. 373/2004 on the Election of the Chamber of Deputies and the Senate, under which the term refers to: "[a]ny illegal act [that occurs] before, during, or after the conclusion of voting, or during the counting of votes and the preparation of official records [resulting] in the distortion of the voters' will and the creation of advantages manifested in the form of additional votes and seats for a party, a political alliance, an electoral alliance, or an independent candidate" (author's transl.).

[243] The result was interpreted by several European institutions, political actors, and media outlets as confirming Romania's continued adherence to a pro-European constitutional and geopolitical orientation. See, e.g., *Reuters*, "EU leaders relieved after centrist Dan wins Romanian presidency", 19 May 2025, available at: https://www.reuters.com/world/europe/eu-leaders-relieved-after-centrist-dan-wins-romanian-presidency-2025-05-19/; *Le Monde*, "Le soulagement des pro-européens après la victoire de Nicusor Dan", 19 May 2025, available at https://www.lemonde.fr/international/article/2025/05/21/en-roumanie-les-ressorts-de-la-victoire-

of 18-19 May, political tensions appeared to ease after Mr George Simion – Mr Dan's main opponent in the second round – briefly acknowledged the outcome "as a clear expression of the Romanian people's will".[244] This moment of political calm, however, proved short-lived. Just two days later, the darker aspects of the "paradoxes of militant democracy"[245] re-emerged in Romanian public life, when Mr Simion applied for annulment of the May 2025 presidential elections and called for mass demonstrations to contest the CCR's confirmation of Mr Nicuşor Dan as President.

Mr Simion is a prominent figure in Romanian politics. He leads the far-right Alliance for the Union of Romanians (AUR) and serves as a member of the Chamber of Deputies. He recently played a leading role in the successful motion of no confidence against PM Bolojan's government, voted on in Parliament on 5 May 2026 and carried by 281 votes – well above the required threshold of 233. Bolojan has since continued as acting PM under Article 110(4) RC. In defending the motion, Mr Simion also called for the restoration of the constitutional order that would have obtained had the CCR not annulled the second round of the original elections.

At least between October 2024 and May 2026, a series of events unfolded that illustrate the perturbatory dynamics captured by the concept of 'legal irritant'.[246] By application of 20 May 2025, Mr Simion requested that the CCR declare the 2025 Romanian presidential electoral process vitiated by serious irregularities and legal violations which, taken cumulatively, allegedly undermined the fundamental requirements of democratic elections. The applicant sought either annulment of the entire process or, in the alternative, invalidation of the second round of the May 2025 presidential elections. In support, he alleged that the electoral process had been fundamentally compromised by the manipulative and unlawful deployment of digital technologies – specifically, that voters' choices had been distorted and the principle of equal opportunity among candidates violated through the non-transparent use of social media and artificial intelligence in breach of electoral legislation, as well as through campaign financing from undeclared sources, including online.

The legal reasoning advanced in Mr Simion's application closely mirrored that employed by the CCR in its landmark Ruling No. 32 of 6 December 2024, annulling the first round of presidential elections. At the declarative level, the application aligns

surprise-de-nicusor-dan-au-second-tour-de-la-presidentielle_6607584_3210.html (last accessed: 9 July 2026).

[244] "I would like to congratulate my opponent, Nicuşor Dan, on winning the election; this was the will of the Romanian people. I thank the more than 5 million Romanians who placed their trust in me" (author's transl.): declaration as reported by *Digi24* on 19 May 2025, available at: https://www.digi24.ro/alegeri-prezidentiale-2025/george-simion-a-recunoscut-ca-a-pierdut-alegerile-prezidentiale-in-fata-lui-nicusor-dan-sper-ca-v-am-reprezentat-cu-cinste-3246801 (last accessed: 9 July 2026).

[245] As early identified in the Romanian context by B. Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes*, cit. (esp. p. 12-19).

[246] This paper covers relevant developments up to mid-May 2026, which is the first year after the re-run of the presidential elections.

with the Court's assertion that "the interference of state or non-state actors in conducting propaganda or disinformation campaigns must be excluded."[247] Mr Simion also invoked alleged foreign interventions in the Romanian electoral process by external state actors, citing the involvement of French, Polish, Moldovan, and Spanish authorities.[248] In this way, the legal semantics initially mobilised by the CCR to defend the democratic constitutional order were rapidly reappropriated within the political arena – illustrating how the irritant generates recursive processes of reinterpretation that exceed the socio-institutional context in which the doctrine was first deployed.

Contemporary developments reflect a period in which the contestation of electoral results has become strikingly recurrent, even within the most consolidated democracies.[249] Notwithstanding the illiberal rhetoric underlying Mr Simion's challenges – grounded in a conception of sovereignty framed "in a closed and holistic manner, described as the reflection of a static identity grounded in a mythical past and nourished by the traditional values" of the people[250] – it is unsurprising that the legal reasoning employed by the CCR in its purported defence of democracy in autumn 2024 resurfaced as a double-edged sword. That same reasoning was subsequently invoked in ways that partially undermined the credibility of the electoral process that culminated, on 18 May 2025, in the exclusion of the ultranationalist candidate from the presidential office through a massive popular vote.

This section argues that the Romanian case shows how 'militant democracy', once applied to presidential elections through constitutional interpretation, moved beyond a defensive legal doctrine to become part of the ordinary grammar of political contestation. From the perspective of 'legal irritants', the central issue is less the annulment of December 2024 than the process through which the meaning and scope of militant reasoning were reconfigured within the host legal order: how the CCR's reinterpretation interacted with its socio-institutional structure and reshaped the relationship between the legal and political systems.

The sequence of events leading to a CCR's defence of Romania's democratic constitutional order began months before the well-known decision annulling the first

---

[247] App. No. 2103F of 20 May 2025, filed by Mr Simion before the CCR, 6. The CCR rejected it by Ruling No. 42 of 22 May 2025, and validated the electoral results by Ruling No. 44 of 22 May 2025, *Monitorul Oficial* No. 477 of 22.05.2025, available in Romanian at https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/05/Hotarare_44_2025.pdf (last accessed: 9 July 2026).

[248] App. No. 2103F of 20 May 2025, p. 3.

[249] L. Pegoraro, *Chi controlla le elezioni? L'insegnamento delle nuove democrazie e la lezione per l'Europa*, cit., p. 218.

[250] G. Martinico – D. Mier Galera, *El desafío iliberal a la independencia judicial: la contribución de los tribunales internacionales*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 22, 5/2024, p. 1251 ff., p. 1255. See, more generally on the populist grammar linked to the main constitutional tenets: J. Přibáň, *The Liberation of Illiberal Democracy: On Limits of Democratization after the Authoritarian Backlash*, in M. Bobek – A. Bodnar – A. von Bogdandy – P. Sonnevend (eds), *Transition 2.0: Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, 2023, (esp. p. 52); P. Blokker, *Populism as a constitutional project*, in *International Journal of Constitutional Law,* vol. 17, 2/2019, p. 536 ff;

round of the presidential elections in December 2024. On 5 October 2024, the CCR delivered a highly controversial ruling excluding presidential candidate Ms Diana Iovanovici-Şoşoacă from the elections on the grounds that her public conduct – including anti-EU and anti-NATO rhetoric and expressions of sympathy towards Russia – was incompatible with the constitutional values and democratic principles underlying the Romanian constitutional order.[251] This ruling marked a significant transformation of prior case law in electoral matters under Article 146(f) RC, under which the Court had focused predominantly on formal rather than substantive eligibility criteria.

In that ruling, the CCR held that presidential candidates must also satisfy substantive conditions deriving from the democratic and constitutional identity of the Romanian state.[252] Reading Articles 1, 80, 148 and 149 RC together, it reasoned that the President, as guarantor of the Constitution and of the democratic order, must demonstrate loyalty to constitutional democracy, the rule of law, and Romania's Euro-Atlantic orientation, and that the oath of office under Article 82(2) RC implies substantive eligibility requirements applicable already at the candidacy stage, including a demonstrated commitment to defending constitutional values. On that basis, the candidate was found unfit to stand in the 2024 presidential elections:

> "[…] the […] provisions establish the axiological framework [for the presidential] election […]the elected candidate takes an oath confirming that he or she will fulfill his or her constitutional obligations […] an act that guarantees the [state's] democratic nature […] there can be no fundamental constitutional inconsistencies in values ['incongruenţe valorice fundamentale de natură constituţională'] between the status of a candidate and that of an elected official; […] among the substantive conditions that must be met to run for office are those arising from the […] the oath taken […].
>
> […] The obligation to uphold the Constitution must not be judged solely on the basis of the moment when the oath is taken […] but rather from a dual perspective of time and values ("o dublă perspectivă temporală şi valorică") […].
>
> […] respect for the Constitution is a general obligation of citizens […] this […] [presidential] candidates' [obligation] […] must be interpreted in light of Article 80(2) ("shall ensure compliance with the Constitution"), [meaning] that it is not […] a simple attitude or […] compliance with the [Constitution] […] but rather an active and responsible demonstration in this regard […] the right to be elected necessarily implies the condition of unequivocally respecting the Constitution and of conducting oneself in a constitutionally

[251] CCR, Ruling No. 2 of 5 October 2024, cit., and *supra* Section 1. To be sure, this reasoning is also relevant in so far as it engages, at least in part, with geopolitical considerations linked to Romania's membership of the EU and NATO. See, more generally, on 'constitutional geopolitics': R. Ibrido, *Comparazione giuridica e geopolitica nello studio della proiezione internazionale dei Parlamenti: considerazioni introduttive*, in *Diritti comparati*, "Special Issue VII"/2025, p. 1 ff.; P. Passaglia, *Geopolitica e diritto: Un legame trascurato*. Milano, 2026.

[252] CCR, Ruling No. 2 of 5 October 2024, cit., para. 37.

responsible manner, capable of upholding the [presidential] duty to ensure compliance with the Constitution.

[...] The candidate must unambiguously demonstrate the will to defend constitutional values and order, [and] the active commitment necessary to enforce and oversee the enforcement of the Constitution. The [candidate's] conduct [...] must be characterised by a coherent public discourse oriented toward axiological respect for the Constitution […] respect for the Constitution and its values is not […] a choice, but an obligation expressly enshrined in [RC's] text and reinforced by the oath of allegiance, as an expression of loyalty to the country.

[…] the obligation to respect the Constitution, together with its two aspects, constitutes an essential condition of intrinsic and substantive eligibility for a [presidential] candidate […] [a] behaviour of defending democracy is also a condition for being able to run for [this] office."[253]

The Court's interpretative shift arguably contributed to expanding the scope of militant-democracy logic, moving it from a doctrine linked to collective political actors into a constitutional standard capable of justifying the individual exclusion of presidential candidates, with constitutional loyalty and democratic commitment framed as a "general [substantive] condition" inherent in the right to stand under Article 37 RC. In her dissenting opinion, Judge Scântei observed that the majority had converted the objective electoral review provided for by law into a subjective one, by assuming the verification of a candidate's conduct, acts and statements.[254] The distinction is relevant to the shift examined here. Objective review verifies compliance with conditions fixed in advance and raises no contested questions of fact about a person, which may explain why the summary procedure of Article 31 of Law no. 370/2004 was thought sufficient for it. Subjective review, by contrast, requires the adjudicating body to establish the facts of the case – to act, in this respect, as a court of fact – and is therefore difficult to conduct without adversarial argument, a right of defence and a procedure for adducing and contesting evidence. The Court may have undertaken the second exercise while retaining the procedural form designed for the first.

The application of militant reasoning unfolded in successive stages. A few months later, the CCR adopted the controversial Ruling No. 32 of 6 December 2024, cancelling the first round of the presidential election.[255] Only days earlier, on 2 December, the Court had unanimously validated the results of that same round and confirmed the second-round vote scheduled for 8 December between Mr Călin

[253] Ibid., para. 41, 43, 44, 45-47 (author's transl.).

[254] See *supra* n. 18.

[255] See also S. Gianello, *La difesa della democrazia e i suoi limiti: considerazioni a partire dalle elezioni presidenziali romene e dall'affaire Georgescu*, in *DPCE Online*, 2/2025. Linking the Romanian case to the broader evolution of the systems of government across Europe, see C. Martinelli, *Riflessioni critiche sullo stato di salute di alcune forme di governo europee*, in *Rassegna Parlamentare*, LXVII/2025, p. 199 ff. (esp. p. 213 ff).

Georgescu and Ms Elena-Valerica Lasconi.[256] Several intelligence reports concerning alleged irregularities in the electoral process, previously discussed within the Supreme Council of National Defence (*Consiliul Suprem de Apărare a Țării* – CSAT),[257] were subsequently relied upon by the Court in cancelling the ongoing process.

In Ruling No. 32/2024, the CCR substantially re-examined the legality and integrity of the 2024 presidential elections. According to the Court, the intelligence reports described extensive voter manipulation, violations of campaign financing rules, and the non-transparent use of digital technologies – including artificial intelligence – affecting both the electoral campaign and the equality of opportunity among candidates under the RC and Law No. 370/2004:

> "[i]n view of […] Article 37 [RC], […] the equality of opportunity of the electoral competitors has been affected, which reflects an alteration of the very right to be elected […] the considerable exposure of one candidate led to the directly proportional reduction of the online media exposure of the other candidates […] the use of digital technologies and artificial intelligence, both by electoral candidates or competitors, and by political parties, supporters or their sympathisers, must be transparent in order to ensure the integrity and impartiality of the elections. Otherwise, voters are hindered in their ability to form an opinion about the candidates and electoral alternatives, or may be misled about the identity and quality of a certain candidate, or about the voting procedures. […] the use of such practices […] authorises the competent public authorities, in accordance with the law, to verify, observe and, where appropriate, sanction such behaviour".[258]

Furthermore, the Court highlighted the State's positive obligation to prevent undue interference in elections and to ensure a resilient electoral environment in line with European standards, including the Venice Commission's *Interpretative Declaration on the Code of Good Practice in Electoral Matters as concerns digital technologies and artificial intelligence*.[259] As is by now widely known, the CCR – by unanimous vote – cancelled the 2024 presidential election and required the Government to organise a new process, including establishing new electoral bureaus, reopening candidate submissions, and conducting a new campaign under conditions of transparency and fairness.[260] The Court further held that the incumbent President should continue to exercise the

[256] CCR, Ruling No. 31, *Monitorul Oficial al României* No. 1214 of 3 December 2024.

[257] It should be recalled that the chair of the CSAT is the President of the Republic under Article 92(1) RC.

[258] Ruling of 6 December 2024, para. 14. The English version is available at: https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/02/RULING-No-32-2024.pdf (last accessed: 9 July 2026).

[259] Ibid., paras. 9-10, referring to the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Interpretative Declaration* approved by the Council for Democratic Elections at its 81st meeting (Venice, 5 December 2024) and adopted by the Venice Commission at its 141st Plenary Session (Venice, 6-7 December 2024), CDL-AD(2024)044.

[260] Ruling No. 32 of 6 December 2024, para. 19.

mandate pursuant to Article 83(2) RC until a newly elected President takes the oath of office. [261]

Faced with the unprecedented legal gap created by the cancellation of the elections, the CCR ruled that then President Klaus Iohannis should remain in office until a new Head of State was elected in May 2025, raising complex questions as to the interaction between Article 83 on continuity of mandate and Article 98 on interim arrangements.[262] The ruling provoked significant backlash and led to the initiation in Parliament of a procedure for the President's suspension under Article 95 RC. Mr Iohannis subsequently resigned, whereupon the office was assumed, pursuant to Article 98 RC, by the then President of the Senate, Mr Ilie Bolojan.

As a further development, when Mr Călin Georgescu – a presidential candidate in the cancelled 2024 elections, in which he had obtained 22.94% of the first-round vote on a turnout of 52.52%[263] – sought to stand in the repeat election of May 2025, the BEC rejected his candidacy, applying the reasoning adopted by the CCR in its earlier Decisions of 5 October [excluding Ms Şoşoacă] and 6 December 2024 [cancelling the first round].[264] More specifically, the BEC held that:

> "[the CCR's rulings] […] – which are also binding on the [BEC] – lead to the conclusion that, with regard to […] Mr Georgescu, […] the candidate, by failing to comply with the rules of the electoral procedure, has violated the very obligation (expressly provided for in [CCR's] Decision No. 2 of October 5, 2024) to defend democracy, which is based […] on fair, transparent, and impartial elections, in accordance with the laws*, without which the very foundation of the existing constitutional order is undermined.* Moreover, by annulling the ongoing electoral process and ordering its complete re-run (including with regard to the submission of candidacies) *as a result of the candidate's failure to comply with electoral procedure regulations – which are essential for democracy and the rule of law* – the [CCR] has *implicitly and generally ruled on the failure to meet the legal requirements for the registration of the candidacy [of Mr] Georgescu* […], as it is inadmissible that, upon the resumption of the electoral process, the same person should be considered to meet the conditions for assuming the [presidential] office. […] [S]ince the [CCR] has already ruled on the [these] issues, the fulfillment of the other conditions for the registration of the candidacy and the electoral symbol appears to be irrelevant."[265]

---

[261] Ibid., para. 22.

[262] Article 83(2) provides that "[t]he President of Romania remains in office until the newly elected President is sworn in." Article 98(1) further provides that "[i]f the office of President becomes vacant, […] the office [shall be filled on an interim basis] by the President of the Senate or the President of the Chamber of Deputies, in that order".

[263] See: https://prezenta.roaep.ro/prezidentiale24112024/pv/romania/results. On Mr Georgescu's profile and campaign, see R.N. Radu, "How Disinformation Can Prevent Free Elections. A Discussion of the 2024 Romanian Presidential Election", in R. Bizzari – A. Sperti (eds), *Constitutional Courts and Electoral Integrity,* Pisa, p. 63 ff.

[264] Decision No. 18D/09.03.2025, available in Romanian at: https://prezidentiale2025.bec.ro/wp-content/uploads/2025/03/decizie_18D.pdf (last accessed: 9 July 2026).

[265] Decision No. 18D/09.03.2025, p. 3 (author's transl., emphasis added).

At this stage, a new constitutional understanding of the electoral requirements for presidential candidates was taking shape across successive decisions by different institutional actors within the ongoing electoral process, rather than in a single judicial intervention. One day later, the CCR dismissed Mr Georgescu's complaint of 10 March challenging the BEC's decision that had disqualified him from the re-run presidential elections.[266]

Some authors have noted that the shift to the BEC as the body *a quo* appears to address key recommendations in the Venice Commission's Urgent Report of 27 January 2025,[267] particularly those concerning an appeal mechanism to safeguard candidates' electoral rights during the electoral process.[268] Paradoxically, however, while this brings the process closer to the general standards of electoral review in international law – namely, the availability of an appeal body – the BEC's reasoning appears to complete one of the missing steps that had previously led the ECtHR to find that Mr Georgescu – also an applicant before the ECtHR against CCR's Ruling No. 32 of 6 December 2024 – did not have an "arguable claim" under the Convention. More specifically, the ECtHR held that "although [Mr Georgescu] refers in his application to 'the accusations' against him, the Court observes that the CCR's Decision No. 32 […] did not concern the determination of any 'criminal charge' against the applicant" within the meaning of Articles 6 § 1 and 13 ECHR (the rights to a fair trial and to an effective remedy).[269] Indeed, the case before the CCR involved a factual assessment based on electoral legislation, which is, at least at first sight, substantially different from criminal legislation.[270]

However, the BEC's reasoning in the Decision of 10 March 2025 permanently excluding Mr Georgescu from the re-run presidential elections – rendered after his initial appeal to the ECtHR – may arguably confirm that the CCR's Ruling on the annulment of the autumn 2024 elections directly and individually affected his ability to stand as a candidate in the re-run.[271] In this respect, the Romanian case study shows

[266] See *supra* n. 23.

[267] Venice Commission, CDL-AD(2025)003, Opinion no. 1218/2024, issued on 27 January 2025 and endorsed by the Venice Commission on 18 March 2025, para. 22 (referring to previous opinions of the Venice Commission, CDL-AD(2020)025, Report on election dispute resolution, para. 44, and the ODIHR publication "2019 Handbook for the Observation of Election Dispute Resolution"). Available at: https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/cdl-ad-2025-003-e (last accessed: 9 July 2026).

[268] B. Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes*, cit., p. 26.

[269] ECtHR, 6 March 2025, case *Călin Georgescu v. Romania* (App. No. 37327/24), para. 28-31.

[270] See T.R. Iancu, *The Romanian Saga of 2024-2025 Presidential Elections: The (Non)Adversarial Nature of the Proceedings and the Appropriate Standard of Evidence. The Challenge of New Technologies*, in R. Bizzari – A. Sperti (eds), *Constitutional Courts and Electoral Integrity,* Pisa, p. 171 ff.

[271] During the re-run after the annulment of December 2024, the BEC also rejected Ms Şoşoacă's registration by Decision No. 34D/15.03.2025, available in Romanian at: https://prezidentiale2025.bec.ro/wp-content/uploads/2025/03/decizie_34D.pdf. This was appealed before the CCR and was ultimately rejected: Ruling No. 22/2025, available in Romanian at: https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/05/Hotarare_22_2025.pdf (last accessed: 9 July 2026).

how the effects of a 'legal irritant' are not confined to the original event that triggered it, namely the Decision of October 2024. Rather, militant reasoning during the 2024-2025 elections progressively reshaped the relationship between the legal and political systems in Romania, creating new interpretative expectations and socio-institutional practices within the host legal order. In other words, this doctrine may have produced "wild perturbations" within Romania, with implications for political (in)stability that are bound to last.

At least initially, following the election of Mr Nicuşor Dan as President of the Republic in May 2025, Romanian constitutional life appeared to move towards political stabilisation. In June 2025, President Dan designated Mr Ilie Bolojan as PM, aiming to reinforce the public perception of institutional stability and pro-European continuity after the turbulence linked to the annulment of the presidential elections and the exclusion of Mr Georgescu from both electoral processes. However, the effects of this initial "perturbation" did not abate. On the contrary: in the period that followed, it became increasingly clear how profoundly the events of 2024-2025 had altered the Romanian political landscape and exacerbated the conflicts and instability arising from the interplay between the legal and political systems.

From autumn 2025 onwards, Mr Georgescu increasingly became the focus of public and political controversy. In September 2025, prosecutors initiated criminal proceedings against him on charges linked to an alleged attempt to undermine the constitutional order – accusations he publicly rejected as politically motivated and symptomatic of a broader attempt to silence anti-establishment movements. Although the judicial control measures imposed on him were later lifted, once again allowing him to leave the country freely, his discourse continued to frame the events of 2024-2025 as evidence of the capture of democratic institutions by technocratic and globalist elites. He repeatedly described the annulment of the presidential elections as a "coup against democracy" and denounced the Romanian authorities' actions as politically motivated attempts to prevent his candidacy.[272] This narrative has since been systematically reproduced both on social media and during parliamentary debates by ultra-right political leaders – above all by Mr George Simion, Mr Dan's main opponent in the second round of the re-run elections, who has incidentally used these events to launch the *Make [Romania] Great Again* movement.[273]

Beyond the accusations connected to the alleged attempt to undermine the constitutional order during the 2024 presidential elections, criminal proceedings were

[272] See, e.g., *Associated Press*, "Far-right front-runner in Romania's annulled presidential race files his candidacy in the rerun", 7 March 2025, available at: https://apnews.com/article/romania-election-presidency-eu-georgescu-russia-4ff4972a3c144ec1c26efe743e614fed (last accessed: 9 July 2026). More generally, for English-language accounts of the developments, see *Romania Insider*, accessible at: https://www.romania-insider.com (last accessed: 9 July 2026).

[273] *The New York Times*, "Romania's Presidential Election Pits a Trump Ally Against Europe", 16 May 2025, available at: https://www.nytimes.com/2025/05/16/world/europe/romania-president-election-simion-trump.html (last accessed: 9 July 2026).

also brought against Mr Georgescu for the public promotion of Legionary ideology and for promoting the cult of persons guilty of genocide and war crimes. Prosecutors alleged that, through repeated public statements and references to figures such as Corneliu Zelea Codreanu, he had promoted fascist or Legionary ideas within the meaning of GEO No. 31/2002.[274]

Against this broader political background, the Romanian legislature adopted Law no. 241 of 23 December 2025,[275] significantly strengthening the legal framework governing fascist, Legionary, racist, xenophobic and antisemitic manifestations under GEO No. 31/2002. The reform increased criminal sanctions; expressly included images, text messages, audio-visual content, books and articles within the notion of 'fascist, Legionary, racist or xenophobic materials'; and prohibited attributing or upholding the names of persons responsible for genocide, crimes against humanity or war crimes, as well as leaders of fascist or Legionary organisations, for streets, public squares, parks and public institutions.

More specifically, in the aftermath of the reform introduced by Law no. 241/2025, Article 3(1) of GEO No. 31/2002 criminalises the "establishment or formation of an organisation of a fascist, Legionary, racist, or xenophobic nature; or joining or supporting, in any form, such a group", making these offences punishable by imprisonment from 3 to 10 years. Articles 4(2^1) and 4(2^2) further criminalise the "distribution or public dissemination, by any means, of fascist, Legionary, racist, or xenophobic materials" – offences punishable by imprisonment from 1 to 5 years and the deprivation of certain rights, with penalties increased by one half when the offence is committed through an "information system". Importantly, Article 5 punishes "the cult promotion of persons guilty of committing crimes of genocide, crimes against humanity, and war crimes, or of persons who were part of the leadership of fascist, Legionary, racist, or xenophobic organizations, as well as public promotion of fascist, Legionary, racist, or xenophobic ideas, concepts, or doctrines", these latter offences being punishable by imprisonment from 2 months to 3 years or a fine and the deprivation of certain rights.[276]

President Dan brought the matter before the CCR under Article 146(a) RC, which empowers the Court to rule on the constitutionality of laws before promulgation, in this case upon request of the Head of State. It was argued, *inter alia*, that the amendments violated the constitutional requirements of legal clarity, precision and foreseeability, legal certainty, freedom of expression, the right to information, and access to culture, with particular regard to the undefined or insufficiently defined notions of "legionary", "fascist", and "fascist, legionary, racist or xenophobic

[274] D. Vulcan, *Fostul candidat la președinție Călin Georgescu a fost trimis în judecată pentru propagandă legionară*, in *Europa Liberă*, 2 July 2025, available at: https://romania.europalibera.org/a/calin-georgescu-a-fost-trimis-in-judecata-pentru-propaganda-legionara/33462003.html (last accessed: 9 July 2026). On the GEO No. 31/2002, see *supra*, n. 136.

[275] *Monitorul Oficial* No. 1200 of 24 December 2025.

[276] Author's transl.

materials". By Decision no. 356 of 17 July 2025, the CCR unanimously rejected the *a priori* challenge and upheld the constitutionality of the amendments to GEO No. 31/2002.[277]

The Court found that the law under review was clear, precise, and predictable in its content, in light of its legitimate purpose and objective, namely to protect, through criminal law, the most important social values of a democratic society, grounded in the need to ensure human dignity and full respect for fundamental rights and freedoms.[278] More specifically, the CCR held that, based on the ECtHR's case law: "Nazi[sm], […] fascis[m] […] and Legionaryism are historical and political concepts that cannot be relativised through legal definitions under positive law, as they reflect historical social realities that underpinned actual criminal political regimes […]. By their very nature, [they] […] violated […] the rule of law, human rights, and democracy".[279]

This decision was adopted after the CCR had also unanimously rejected, on 10 July 2025, another challenge concerning the same legislation, brought on similar grounds by members of the Chamber of Deputies representing ultra-right parties.[280] Here, the Court's reasoning followed a proportionality test between the proposed measures and the legitimate objective pursued by the legislator, finding that they do not infringe the rights and freedoms protected by the RC, in particular freedom of conscience (Article 29), freedom of expression (Article 30), the right to education (Article 32), and access to culture (Article 33).[281] More specifically, the CCR held that:

> "[A] clear definition of the types of materials […] […] used to convey or promote in the public sphere ideas, concepts, or fascist, Legionary, racist, xenophobic, or anti-Semitic doctrines reflects a *necessary measure* in a democratic society where such totalitarian ideological values are entirely incompatible with […] tolerance, mutual respect, and the protection of the human being in their individuality – values that underpin a democratic and constitutional culture […] [I]t cannot be accepted that […] freedom of expression […] should become a smokescreen or a shield formally invoked to promote within democratic society certain values,

[277] President Dan also submitted to the Parliament a request for the law's reconsideration before promulgation under Article 77(2) RC. He argued that certain provisions lacked sufficient clarity and foreseeability – particularly regarding the notions of "fascist", "legionary", and related prohibited materials – and could therefore lead to arbitrary judicial interpretation and disproportionate restrictions on freedom of expression. Under Article 77(3) RC, the law's promulgation takes place no later than 10 days after the receipt of the law approved after reconsideration or after the receipt of the decision of the [CCR] which confirms its constitutionality.

[278] Decision No. 356 of 17 July 2025, para. 57.

[279] Ibid., para. 56 (author's transl.).

[280] CCR, Decision 355/2025 of 10 July. The contestation was brought under the same Article 146(a) RC, the *a priori* review of constitutionality upon request, in this case, of at least 50 deputies.

[281] Decision 355/2025, cit., para. 104.

ideas, concepts, and doctrines that, in fact, have militated and continue to militate for the very destruction of constitutional democracy and its foundation, *human dignity*."[282]

Alongside these legal and political developments, the governing coalition between the National Liberal Party and the PSD grew increasingly unstable. Although the Bolojan government initially survived a motion of no confidence in December 2025, tensions within the majority intensified in early 2026, particularly following disagreements over economic reforms, coalition discipline, and the political management of the crisis. By spring 2026, the PSD had openly questioned its support for PM Bolojan, ministers had resigned, and parliamentary forces increasingly mobilised around fresh no-confidence motions. The government ultimately fell in May 2026, following a successful vote tabled by PSD and AUR Members of Parliament. Notably, throughout this sequence – including during the parliamentary debate on the motion – the annulled 2024 elections remained a recurring point of reference, invoked by ultra-right actors as symbolic evidence of an allegedly interrupted democratic order.[283] It can thus be seen that, even after the formal restoration of constitutional continuity through the election of President Dan, the Romanian political system continued to exhibit the persistent perturbations generated by the "legal irritation" produced by the expansive application of the militant-democracy rationale.[284]

4. *Conclusion: Normative Implications for the Romanian Legal Order and Beyond*

This paper has argued for a critical reconstruction of the CCR's case law on the 2024-2025 presidential elections through the lens of 'legal irritants', understood as a dynamic that produces perturbations within the host legal order, situated within the wider processes of legal transplantation and constitutional migration studied in comparative law. The Romanian case study illustrates how militant-democracy reasoning, once incorporated into a particular socio-institutional environment and

282 Ibid., para. 94 (author's transl.). Finally, in February 2026, a bill (No. B29/2026) was introduced in the Senate by 42 ultra-right MPs with the aim of repealing Law 241/2025 amending the GEO.

283 See, e.g., "Romania must return to the will of the Romanian people", in L. Mihăilă, *Mesajul lui George Simion la dezbaterea moțiunii de cenzură*, in *Știrile ProTV*, available at: https://stirileprotv.ro/stiri/politic/mesajul-lui-george-simion-la-dezbaterea-motiunii-de-cenzura-noi-nu-suntem-de-vanzare-noi-nu-suntem-tradatori.html (last accessed: 9 July 2026).

284 See, e.g., B. Jansen, *Militant Democracy as Neurosis*, in *Critical Legal Thinking*, 13 January 2026, critically reflecting on the constitutive role of "real" political conflict in democracy and arguing that, in the current 'democratic resilience' framework, "what militant democracy was originally meant to signify… has, in essence, become irrelevant". For a rule-of-law critique proposing an alternative 'strategic democracy model', see A. Kouroutakis, *Against Militant Democracy*, in *German Law Journal*, vol. 26, 2025, p. 979 ff. Finally, with a similar approach, albeit from a global perspective, see M.-S. Kuo, *The State of (Militant) Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 18 March 2026.

progressively developed through constitutional interpretation, underwent processes of reconstruction capable of producing unexpected consequences and broader perturbatory effects extending beyond the host legal order. These developments give rise, in turn, to further considerations regarding the constitutional implications of judicial intervention in the name of democratic self-defence, particularly as it bears on individual candidates rather than the collective actors typically at issue.

Starting from the relationship between democratic self-defence and the substantive conception of the rule of law within the Western constitutional tradition – grounded in (political) pluralism and the protection of fundamental rights – the paper examined the structural conditions that shaped the Romanian reception of militant reasoning. Attention was devoted to the central role historically played by legal transplants in Romanian constitutional development, which helped to create a socio-institutional environment especially receptive to the circulation and reinterpretation of foreign models. The analysis further highlighted how Romanian semi-presidentialism amplified tensions between competing centres of democratic legitimacy. In this respect, a structural feature deserves emphasis: while the presidential office is constitutionally detached from party, the militant instruments codified in the Romanian legal order are addressed exclusively to collective actors; presidential elections are thus an arena in which the Constitution's militant apparatus has, in principle, no addressee. Against this backdrop, the CCR's function of presidential review, though originally conceived as a "neutralising" and "constitutionalising" oversight of the renewal of the Head of State, significantly expanded the Court's capacity to intervene directly in politically sensitive electoral processes.

Within this framework, the paper traced the CCR's application of militant logic and the correlated "perturbations" in the host legal order, showing how 'militant democracy' gradually shifted from a doctrine traditionally applicable to collective actors and anti-system political parties to a constitutional standard assessed on a case-by-case basis by (constitutional) courts, ultimately justifying the exclusion of individual candidates on substantive axiological grounds. What distinguishes the Romanian case in comparative terms is not merely that an individual was affected, but that the addressee of the militant instrument changed: whereas the models examined here reach individuals through their membership of, or continuing activity on behalf of, an organisation, in Romania the disqualification attached to the person as such, and to a person who had passed unnoticed in the calculations proper to party democracies. From a normative perspective, this evolution invites further research into the relationship between militant-democracy-based judicial reasoning, political pluralism, (open) electoral competition, and democratic accountability, particularly as the crisis of the party state and the digitalised environment increasingly produce tendencies towards personalised politics.

Above all, the paper argued that the notion of 'legal irritants' offers a particularly useful framework to understand the recursive and perturbatory dynamics that may emerge within legal transplantation and constitutional migration, illuminating how

rules or ideas received into a legal order may undergo reinterpretation and reconstruction capable of generating socio-institutional consequences beyond their original rationale or intended (converging) function. The CCR's application of militant logic unsettled the existing "binding arrangements" between law and politics within Romania, activated institutional tensions already latent in the domestic political system, and progressively estranged the concept from the meaning it has traditionally carried across European democratic systems. Such developments may also affect the substantive guarantees traditionally associated with the Western constitutional conception of the rule of law, insofar as they contribute to the "normalisation" of the judicial individualisation of subjects and of the scope of militant measures. This is significant because, where the instrument is directed at an individual who lacks apparent links to collective subversive organisations, there is no clear collective purpose or programme to be assessed, but only the conduct and declarations of a single person – an assessment that requires the adjudicating body to establish and substantiate the relevant facts before deciding, and therefore heightens rather than diminishes the need for procedural guarantees.

Lastly, the paper's central argument was not intended to bear on the legitimacy of democratic self-defence as such, but on the constitutional implications of the interpretative techniques through which militant reasoning was operationalised. Two considerations follow. The first concerns the absence of prior codification: it is in the Constitution or in statute that the political-constitutional or political-administrative nature of the measure is fixed, together with its precise conditions, and it is from these that the intensity of judicial scrutiny, the timing of judicial action and the corresponding procedural guarantees follow. The second concerns the forum. Where a militant measure is addressed to a party, the involvement of a constitutional court may itself be considered a guarantee, as the comparative models illustrate, given the independence and minority-protection presumption of these bodies, as counter-majoritarian constitutional actors; where it is addressed to an individual, however, an ordinary judge may supply further guarantees – adversarial procedure, rules of evidence, avenues of appeal – that a constitutional court sitting in summary electoral review does not. In any case, the guarantees lie in the procedure as well, and not only in the adjudicating body's legitimacy or rationale; the involvement of a constitutional court does not by itself secure the protection of the constitutional order, of political minorities or of fundamental rights, where the factual basis on which the measure rests has not been established beforehand in positive law or through an adversarial procedure observing due process in the specific case. The Romanian case study thus illustrates how the CCR's expansion of militant-democracy reasoning may generate significant tensions for democratic legitimacy and accountability, as well as for the balance of powers within the contemporary constitutional state.

The persistent political instability that followed the 2024-2025 presidential crisis – to the point that President Nicuşor Dan reportedly acknowledged the impossibility

of any immediate "political normalisation" before June 2026[285] – demonstrates how the perturbations associated with this 'legal irritant' progressively extended the effects of the electoral crisis beyond the original dispute, embedding them more deeply within the Romanian political and legal systems. Furthermore, the recurrent mobilisation by ultra-right political leaders, on social media and during parliamentary debates, of narratives concerning the "restoration" of the original constitutional order allegedly disrupted by the annulled elections – elections in which, however, it was by no means certain that the ultra-right forces would ultimately have prevailed, particularly given that, at the time of the CCR's annulment, a broad pro-European coalition had already formed in support of Mr Georgescu's opponent, Ms Elena Lasconi – together with the persistence of socio-institutional tensions and the difficulties in re-establishing a stable political equilibrium, suggests that the effects of the CCR's intervention were not confined to the electoral process alone, but contributed to a broader reconfiguration of the relationship between law and politics within the Romanian legal order, and potentially beyond Romania's borders.

Furthermore, also the supranational level deserves emphasis. The Council of Europe operated throughout as a complementary layer of scrutiny, and its role may prove significant in potentially homogenising constitutional courts' practices, should the recourse to militant measures in times of political turmoil consolidate into a trend within and beyond European states. On this level, the Venice Commission's Urgent Report of 27 January 2025 pressed for an appeal mechanism capable of safeguarding candidates' electoral rights during the process – thereby offering orientations on the exceptional, last-resort character of a constitutional court's intervention in annulling elections, and on its proper place as an actor entering the scene only after the pronouncement of first-instance electoral bodies. On the side of the ECtHR, notwithstanding the discretion it leaves for militant measures to vary with the national political cultures and the operation of the margin of appreciation doctrine, its value for legal scholarship and courts lies above all in the temporal dimension of the national measures: when they are applied, how much time has elapsed since the transition to democracy, and whether a given measure remains appropriate – and sufficiently limited – in a constitutional state decades after that transition. The case thus illustrates not only the perturbatory dynamics internal to the host legal order, but also the role of the European legal space as a site where such irritants are, in turn, filtered and contested.

The Romanian experience raises broader questions about how the increasing use of militant-democracy reasoning by (constitutional) courts may affect the traditional Western constitutional conception of the rule of law – particularly as regards the protection of political pluralism, the priority traditionally accorded to the safeguarding of fundamental rights, and the role of counter-majoritarian bodies within democratic

[285] See *Romania Insider*, *Romanian President says political normalization impossible before June 2026*, 7 May 2026, available at: https://www.romania-insider.com/president-political-normalisation-june-2026?utm (last accessed: 9 July 2026).

systems, especially in Europe's, historically speaking, relatively young democracies. The case is instructive beyond its own peculiarities: every legal order examined here codifies its militant instruments primarily against organisations, and where they do reach individuals, they do so through the person's ties to a collective actor or through a procedure carrying full fair-trial guarantees. Notwithstanding the specificities of the case study, linked to reasoning grounded in electoral fraud and equality of opportunity between candidates, where personalised politics produces candidates who are not the emanation of any established party, that gap will be tested elsewhere – and the Romanian experience suggests that (constitutional) courts may seek to close it by interpretation where the Constitution or the legislature has not done so beforehand.

***

Abstract: This paper examines the reception of 'militant democracy' in Romania, as reflected in the case law of the Romanian Constitutional Court (Curtea Constituţională a României, CCR) during the 2024-2025 presidential elections – a crisis that saw a first-round result annulled and a candidate barred from the re-run. It argues that in that case the doctrine operated as a 'legal irritant' (Teubner): a legal rule or principle incorporated into a host legal order to fulfil a specific function – typically to foster a convergence of meaning across legal orders – but which may instead give rise to "unexpected events" and trigger "perturbations" within it. This doctrine – already incorporated into the Romanian Constitution (RC) and generally applied to collective actors under specific limitations, aimed at rationalising the management of potential threats to democracy arising from within the legal order in post-authoritarian contexts – was stretched further through constitutional interpretation during the elections, extending the militant rationale to an individual candidate with no apparent ties to any collective political actor. The CCR's reinterpretation reconfigured the existing "binding arrangements" between law and politics, interacted with pre-existing institutional tensions in the Romanian political system, and reflected a gradual transformation of the meaning traditionally associated with 'militant democracy'. This case law widened judicial discretion, facilitated an expansion of CCR's institutional role and influenced broader developments beyond the host legal order. This intervention may also have contributed to reshaping the trajectory of the Romanian legal order, illustrating a gradual shift from the Western constitutional understanding of the rule of law, particularly as regards the role of courts in protecting political pluralism and fundamental rights. The paper is structured as follows. After the Introduction, Section 2 explores the conceptual foundations of this doctrine, tracing its origins in the German model and its proliferation across other European legal orders, with attention to the RC; it also analyses the doctrine's basic understanding and limitations as shaped in the case law of the European Court of Human Rights. Section 3 introduces the

notion of 'legal irritants' as a comparative analytical tool and applies it to the Romanian case study. Section 4 concludes by reflecting on the main normative implications of these "perturbatory" dynamics for the host legal order and beyond, in light of the Western constitutional tradition of the rule of law, with attention to the absence of prior codification and to the procedural guarantees required where militant measures are directed at individuals.

Keywords: Romanian Constitutional Court - Presidential Elections - Militant Democracy - Legal Irritants - Rule of Law.

***

Daniela Dobre – Postdoctoral Research Fellow, University of Granada (danieladobre@ugr.es)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

The Federal Constitutional Court as European law-friendly watchdog of the European Court of Justice – The 'Egenberger' case *

Andreas Haratsch

CONTENTS: 1. Introductory Remarks. – 2. The Initial Legal Dispute. – 3. The Decision of the Federal Constitutional Court. – 3.1. The Applicability of the Fundamental Rights of the Basic Law – 3.2. The Interpretation of the Scope of Protection of the Fundamental Right. – 3.3. The Interpretation of the Fundamental Right's Limits in the light of EU Law. – 3.4. Possible Exceptions to the Primacy of Application. – 3.5. The Unconstitutionality of the Federal Labour Court's decision. – 4. The Federal Constitutional Court as the final authority on EU law. – 4.1. The EU-friendly Tone of the Decision. – 4.2. The Federal Constitutional Court as 'Supreme Court of Appeal'. – 5. Conclusion.

1. *Introductory Remarks*

As we all know, relations between the European Court of Justice (ECJ) and the German Federal Constitutional Court (FCC, in German: BVerfG) are extremely tense. As early as 1974, the Federal Constitutional Court claimed the right to review measures taken by the European Community on the basis of the fundamental rights enshrined in the Basic Law due to inadequate protection of European fundamental rights[1]. Admittedly, this 'Solange' ruling by the FCC has lost some of its sharpness as a result of the second 'Solange' decision, which recognised the fundamental rights jurisdiction of the ECJ and represented a certain withdrawal of the FCC's right of review[2]. Nevertheless, the national reservation remains in place in the event that the protection of fundamental rights guaranteed by EU law should no longer prove to be equivalent to the protection of fundamental rights under national law.

In addition to this 'Solange' reservation, two further reviews have been introduced by the FCC. The first of these is the ultra vires review, which was first invoked in the ruling on the Maastricht Treaty[3]. Here, the FCC examines whether legal acts of the European Union fall within the scope of the powers transferred to the European Union by German law or whether they exceed these powers. Secondly, in its ruling on the Treaty of Lisbon, the FCC developed an identity review. According

* The article has been submitted to a double-blind peer review process according to the journal's guidelines.

1 BVerfGE 37, 271 (285), *Solange I.*

2 BVerfGE 73, 339 (387), *Solange II.*

3 BVerfGE 89, 155 (188), *Maastricht.*

to this, the court examines whether measures taken by the European Union violate the inviolable core identity of the German Basic Law, which is protected from change, in accordance with Article 79(3) of the Basic Law[4].

All three national reservations – fundamental rights review, ultra vires review and identity review – represent a breach of the primacy of application postulated by the European Court of Justice, as national constitutional law would prevail over European Union law in this respect. This stands in stark contrast to the case law of the ECJ, according to which EU law must take precedence over national law, even over constitutional law.

The low point in relations between Germany's highest court and the European Court of Justice was marked by the Federal Constitutional Court's PSPP ruling on 5 May 2020[5]. This ruling concerned the legality of a European Central Bank programme to purchase government bonds. After the ECJ had ruled that this programme was covered by the powers of the European Union and the European Central Bank, the German Federal Constitutional Court disagreed. It ruled that both the ECB's decisions and the ECJ's ruling were to be classified as ultra vires acts. The FCC certified that the European Court of Justice's interpretation of the treaties with regard to the delimitation of powers was simply not comprehensible and therefore objectively arbitrary[6]. These statements were a blatant snub to the European Court of Justice. In my contribution to the 'Festschrift' in honour of *Paolo Ridola*, I attempted to explain that the reasoning of the FCC was in no way convincing[7]. The ruling is not only extremely questionable from a constitutional point of view, but also, from a legal policy perspective, a blatant mistake on the part of the FCC. There was no question here of the FCC exercising its right of review in a restrained and European law-friendly manner, as it had actually imposed on itself[8].

The PSPP ruling was perceived as a bombshell, not least because it had previously been believed that the relationship between the two courts had eased somewhat. This assessment was based on the two 'right to be forgotten' rulings handed down by the Federal Constitutional Court on 6 November 2019[9]. Here, the Constitutional Court had – at first glance – taken a more conciliatory and EU law-friendly tone. In the first ruling, the FCC states that it reviews domestic law and its application against the yardstick of the fundamental rights of the Basic Law if national law falls within the scope of EU law but is not completely determined by it[10]. Where EU law grants Member States leeway, it does not generally aim at uniformity in the

[4] BVerfGE 123, 267 (354), *Lissabon*.
[5] BVerfGE 154, 17, *PSPP*.
[6] BVerfGE 154, 17 (94 f.), *PSPP*.
[7] A. Haratsch, *Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer – Ein europäisches Drama*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10/2019, p. 843 ff.
[8] BVerfGE 126, 286 (303 f.), *Honeywell*.
[9] BVerfGE 152, 152, *Recht auf Vergessen I*; BVerfGE 152, 216, *Recht auf Vergessen II*.
[10] BVerfGE 152, 152 (169), *Recht auf Vergessen I*.

protection of fundamental rights, but allows for pluralism of fundamental rights[11]. However, the fundamental rights of the German Basic Law must be interpreted in the light of the European Charter of Fundamental Rights[12].

While this is already a remarkable step, the second 'right to be forgotten' decision goes even further. The decision dealt with cases in which national law is completely determined by EU law. In such cases, the Member States have no room for manoeuvre. According to the FCC, when applying provisions that are completely harmonised under EU law, it is not German fundamental rights that are applicable, but solely EU fundamental rights[13]; EU law takes precedence over the fundamental rights enshrined in the Basic Law[14]. The conclusion drawn by the Federal Constitutional Court is revolutionary. Insofar as the fundamental rights of the Basic Law are superseded by the primacy of EU law, the Constitutional Court will review its application by German authorities against the yardstick of EU fundamental rights[15]. Functionally, the German Constitutional Court thus becomes partly an EU court[16]. In both constellations, the Federal Constitutional Court recognises that a referral to the ECJ pursuant to Article 267(3) TFEU should first be made if unresolved questions arise regarding the interpretation of the Charter[17].

2. *The Initial Legal Dispute*

This is the legal background to the Egenberger case, which has been occupying the German and European judiciary for almost 14 years now and which will be the focus of my following remarks. In 2012, the 'Protestant Agency for Diakonia and Development' (EWDE) in Berlin advertised a position in the project 'Parallel Reporting on the UN Anti-Racism Convention'. The Agency is a private-law association that was formed through the merger of the Social Welfare Organisation of the Protestant Church in Germany and the Protestant Development Service. In the job advertisement, the Protestant Agency stated that membership of a Protestant church and identification with the diaconal mission were required. Vera Egenberger, who is not a member of any religious denomination, applied for the position without commenting on her religious affiliation. She was not invited to an interview. She then filed a lawsuit with the labour court and demanded compensation on the basis of the General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG)

[11] BVerfGE 152, 152 (171 f.), *Recht auf Vergessen I*.
[12] BVerfGE 152, 152 (177), *Recht auf Vergessen I*.
[13] BVerfGE 152, 216 (233), *Recht auf Vergessen II*.
[14] BVerfGE 152, 216 (235), *Recht auf Vergessen II*.
[15] BVerfGE 152, 216 (236 ff.), *Recht auf Vergessen II*.
[16] A. Haratsch - Christoph Brömmelmeyer - Alexander Thiele, *Europarecht*, 14th ed., Tübingen 2026, para. 658.
[17] BVerfGE 152, 152 (183), *Recht auf Vergessen I*; BVerfGE 152, 216 (244 ff.), *Recht auf Vergessen II*.

because she had been discriminated against on religious grounds. After the labour court awarded her compensation[18], the regional labour court dismissed the claim in the second instance[19]. It ruled that she was not entitled to compensation because the difference in treatment on the basis of religion was justified in any case.

In the appeal proceedings, the Federal Labour Court initiated a preliminary ruling procedure before the ECJ pursuant to Article 267 TFEU[20]. The issue at stake was the interpretation of Article 4 (2) of Directive 2000/78 on equal treatment in employment and occupation[21]. Ultimately, the question to be answered was whether and under what conditions a church employer may require membership of a church for a specific position to be filled and to what extent the state courts may review this with regard to the right to religious self-determination.

In its 2018 ruling[22], the ECJ recognised that the rejection of an applicant must be subject to effective judicial review. A justification according to which religion, in view of the ethos of this church, is subject to judicial review as 'a genuine, legitimate and justified occupational requirement' in view of the nature of the activities concerned[23]. The courts must take into account, on the one hand, that the legitimacy of the ethos of the church or organisation in question must not be assessed and, on the other hand, that the right of employees not to be discriminated against on grounds of religion must not be infringed[24].

On the basis of this preliminary ruling by the ECJ, the Federal Labour Court ordered the Protestant Agency to pay compensation to Vera Egenberger[25]. Parts of the German General Act on Equal Treatment were not compatible with EU law and had to remain unapplied[26]. Furthermore, there was no justification for the unequal treatment[27]. The Federal Labour Court acknowledged that there was a direct link between the occupational requirements and the advertised position[28]. However, church membership did not constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement[29]. The Protestant Agency filed a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court against this decision.

---

[18] ArbG Berlin, 18 December 2013, 54 Ca 6322/13.

[19] LArbG Berlin-Brandenburg, 28 May 2014, 4 Sa 157/14 4 Sa 238/14, ZMV 2014, p. 232 ff.

[20] BAGE 154, 285, *Egenberger*.

[21] Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000 L 303/16.

[22] ECJ, 17 April 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, *Egenberger*.

[23] ECJ, 17 April 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, para. 53, 55, *Egenberger*.

[24] ECJ, 17 April 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, para. 61, *Egenberger*.

[25] BAGE 164, 117, *Egenberger*.

[26] BAGE 164, 117, para. 38 ff., *Egenberger*.

[27] BAGE 164, 117, para. 59, *Egenberger*.

[28] BAGE 164, 117, para. 72, *Egenberger*.

[29] BAGE 164, 117, para. 93 ff., *Egenberger*.

3. *The Decision of the Federal Constitutional Court*

In September 2025, the Federal Constitutional Court upheld the constitutional complaint and ruled that the Agency's fundamental right to religious self-determination (Article 4 (1) and (2) in conjunction with Article140 Basic Law and Article 137 (3), first sentence, Weimar Constitution) had been violated[30].

3.1. *The Applicability of the Fundamental Rights of the Basic Law*

a) Granting Member States latitude

After the FCC has affirmed the admissibility of the constitutional complaint, it first examines whether German or European fundamental rights are applicable. Based on the criteria of the 'right to be forgotten' rulings, the court asks whether EU law affords Member States any latitude. If Member States were granted a certain latitude, this would suggest the possibility of a pluralism of fundamental rights and would allow for the application of national fundamental rights[31]. After very thorough examination, the FCC affirms the applicability of national fundamental rights, as the relevant European directive affords Member States room for manoeuvre[32]. The purpose of Directive 2000/78 is to establish a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation in employment and occupation. Article 4(2) of the Directive grants Member States discretion in view of the different national legal traditions regarding the relationship between the state and religion[33]. The provision allows Member States to adopt or maintain regulations that permit churches and other public and private organisations whose ethos is based on religious principles to treat people differently on grounds of religion under certain conditions. In this regard, the Federal Constitutional Court also refers to the case law of the European Court of Justice, according to which Directive 2000/78 establishes a general framework for the implementation of equal treatment, leaving Member States a margin of discretion[34]. The Constitutional Court further refers to Article 17(1)

[30] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, *Egenberger*.

[31] Cf. M. Mahlmann, *Winning by Losing: The Egenberger Decision and the Reconfiguration of Religious Freedom in Germany*, in *VerfBlog*, 2025/11/06, https://verfassungsblog.de/winning-by-losing-egenberger/, DOI: 10.59704/c1743dd2eb54f028.

[32] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 144 ff., *Egenberger*; approvingly M. Wendel - S. Geiger, *Pluralism of Fundamental Rights with an Element of Surprise*, in *VerfBlog*, 2025/12/22, https://verfassungsblog.de/egenberger/, DOI: 10.59704/c0daea35fab0fe1e.

[33] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 155 ff., *Egenberger*.

[34] ECJ, 15 July 2021, Joined Cases C-804/18 and C-341/19, para. 86, *WABE and MH Müller Handel*.

TFEU[35]. According to this, the Union respects the status enjoyed by churches and religious associations or communities in the Member States under national law. EU law thus safeguards national identities in the field of constitutional law on religion[36].

b) Possible restriction of Member States' leeway

The application of the fundamental rights enshrined in the Basic Law as the standard for review, does not apply without exception. A review based solely on the standard of German fundamental rights is insufficient where there are concrete and sufficient indications that the level of protection afforded by fundamental rights under EU law is, exceptionally, not guaranteed[37]. The Federal Constitutional Court therefore examines whether stricter fundamental rights requirements might arise from Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which prohibits any discrimination on grounds of religion or belief. Stricter requirements under EU law could arise from the fact that the prohibition of discrimination under Article 21 has direct effect in private law relationships[38]. However, the Court rejects the view that the prohibition of discrimination under Article 21 leads to a restriction of the discretion afforded to Member States. It refers to Article 3 (3), first sentence, of the Basic Law, which states that no person may be favoured or disfavoured because of faith or religious opinions.

In the view of the Federal Constitutional Court, it is irrelevant that this fundamental right does not have direct horizontal effect in relations between private individuals. The court expressly reaffirms its previous case law and states that fundamental rights have only an indirect effect in private law relationships[39]. Whilst the Federal Constitutional Court had previously rejected the indirect third-party effect of the general right to equality between private individuals under Article 3 (1) of the

[35] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 161, *Egenberger*.

[36] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 161, *Egenberger*; so too W. Michl, *Art. 17 TFEU*, in M. Pechstein - C. Nowak - U. Häde (eds.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2nd ed., Tübingen, 2023, para. 12; R. Streinz, *Art. 17 TFEU*, in R. Streinz (ed.), *EUV/AEUV*, 3rd ed., München, 2018, para. 2; different however F. Schmidt, *Art. 17 TFEU*, in J. Schwarze - U. Becker - A. Hatje - J. Schoo (eds.), *EU-Kommentar*, 4th ed., München, 2019, para. 13; E. Hartmeyer, *Burgfrieden zwischen Karlsruhe und Luxemburg?!*, in *EuZA*, 2026, p. 333 (339 ff.); P. Ermacora, *Zwischen Integrationsfreundlichkeit und Grundrechtsföderalismus*, in *EuZW*, 2026, p. 386 (392).

[37] BVerfGE 152, 152 (179), *Recht auf Vergessen I*.

[38] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 169, *Egenberger*; cf. P. Gori, *Between ECHR and Horizontal Effect: the Egenberger Case-Law*, in A. Pahladsingh - R. Grimbergen (eds.), *The Charter and the Court of Justice of the European Union: Notable Cases from 2016-2018*, Tilburg, 2019, p. 183 (199 ff.).

[39] BVerfGE 7, 198 (207), *Lüth*; BVerfGE 73, 261 (269); BVerfGE 89, 214 (229); BVerfGE 96, 375 (398); BVerfGE 112, 332 (358).

Basic Law[40], it had left this open with regard to the specific prohibitions on discrimination under Article 3 (2) and (3) of the Basic Law[41]. In 2022, the Court subsequently amended its jurisprudence and affirmed an indirect effect of specific prohibitions on discrimination under certain conditions. The prerequisite is that a prohibition on discrimination involves an objective decision on values enshrined in the constitution, in particular one that has a direct connection to the guarantee of human dignity. The Federal Constitutional Court had already ruled in this regard concerning the prohibition of discrimination on grounds of disability under Article 3 (3), second sentence, of the Basic Law[42]. Continuing this line of jurisprudence, the Federal Constitutional Court states in the Egenberger ruling that the prohibitions on discrimination under Article 3 (3), first sentence, of the Basic Law do not only codify subjective fundamental rights of the individual, but also objective decisions on values[43]. Here, too, the close connection with the principle of human dignity is emphasised[44].

This objective decision on values must be taken into account when applying and interpreting private law[45]. In Germany, the protection against discrimination has been extensively implemented in the ordinary law provisions of the General Act on Equal Treatment. These provisions implement the protection against discrimination in the area of labour law in particular and thereby restrict the occupational freedom of employers and the right to self-determination of religious and ideological communities or associations in their capacity as employers. In this sense, the General Act on Equal Treatment gives comprehensive effect to the constitutional prohibitions of discrimination, including the prohibition of discrimination on grounds of religion or belief, for relationships between private parties. In interpreting and applying its provisions, Courts must take into account the great importance of Article 3 (3) of the Basic Law, which the legislator intended to give effect when it created the General Act on Equal Treatment[46]. Therefore, the Federal Constitutional Court finds that the national prohibition of discrimination pursuant to Article 3 (3) of the Basic Law in

[40] Cf. BVerfGE 92, 26 (50 f.), *Zweitregister*; BVerfGE 148, 267 (283), *Stadionverbot*; cf. also A. Thiele, *Art. 3 (1)*, in F. Brosius-Gersdorf (ed.), *Dreier-Grundgesetz-Kommentar*, 4th ed., Tübingen, 2023, para. 85.

[41] BVerfGE 148, 267 (283), *Stadionverbot*; BVerfG, 27 August 2019, 1 BvR 879/12, NJW 2019, p. 3769, para. 10 f.

[42] BVerfGE 160, 79 (114), *Triage*.

[43] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 172, *Egenberger*, with reference to BVerfGE 17, 1 (27).

[44] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 172, *Egenberger*; cf. also BVerfG, 2 November 2020, 1 BvR 2727/19, NZA 2020, p. 1704, para. 18; also A. Nußberger – J. Hey, *Art. 3*, in M. Sachs – C. von Coelln (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10th ed., München, 2024, para. 233, 236; S. Baer – N. Markard, *Art. 3*, in P. Michael Huber/A. Voßkuhle (eds.), *Grundgesetz*, 8th ed., München 2024, para. 407.

[45] Cf. BVerfGE 7, 198 (201 ff.), *Lüth*; BVerfGE 73, 261 (269); BVerfGE 148, 267 (280 ff.), *Stadionverbot*; BVerfGE 152, 152 (185), *Recht auf Vergessen I*; cf. also M. Eichberger, *Art. 2*, in P. Michael Huber – A. Voßkuhle (eds.), *Grundgesetz*, 8th ed., München 2024, para. 63 ff.

[46] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 174 ff., *Egenberger*.

conjunction with the General Act on Equal Treatment provides comparable protection of the respective fundamental right[47]. National fundamental rights therefore remain applicable and are not superseded by more restrictive provisions under EU law.

3.2. *The Interpretation of the Scope of Protection of the Fundamental Right*

After affirming the applicability of national fundamental rights, the Federal Constitutional Court turns to the determination of the scope of protection of the right to religious self-determination in accordance with Article 4 (1) and (2) in conjunction with Article 140 of the Basic Law and Article 137 (3), first sentence, of the Weimar Constitution[48]. Article 140 of the Basic Law incorporates Article 136 to Article 139 of the Weimar Constitution into the Basic Law. These Articles contain provisions concerning the position of religious communities. Article 137 (3) of the Weimar Constitution, which, pursuant to Article 140 of the Basic Law, forms part of current German constitutional law, protects the right of religious communities to self-determination[49]. It encompasses the freedom to organise and manage their own affairs independently[50]. The examination proves to be unproblematic in this respect. The Agency is affiliated with the Protestant Church and is called upon to fulfil its mission in accordance with the Church's self-perception as defined by its faith. The respective fundamental right encompasses all measures that serve to secure the religious dimension of the organisation's activities in accordance with its religious self-perception and to preserve the direct relationship between its activities and the fundamental mission of the religious community[51]. It entitles the religious community to organise its activities, including maintaining an internal organisational structure, selecting its employees and determining the religious principles that are to form the basis of its activities[52]. The concept of religious practice is to be interpreted broadly, based on the self-perception of the church. However, the mere assertion by a religious community that a matter is its own is not sufficient in itself to assume that it falls within the scope of protection[53]. Rather, it is incumbent upon the state authorities to examine the plausibility of this assertion[54]. Based on this assumption, the activities of the Agency fall within the scope of protection of the fundamental right. The recruitment

[47] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 169, 175, *Egenberger*.

[48] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 176 ff., *Egenberger*.

[49] Ph. Ermacora, *op. cit.*, p. 386 (388); see also G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 14th ed., Berlin, 1933, Art. 137 WRV, 4. (p. 634).

[50] G. Anschütz, *op. cit.*, Art. 137 WRV, 4 (p. 634); see also A. von Ungern-Sternberg, *Constitutional Law on religion*, in M. Herdegen – J. Masing - R. Poscher - K. Ferdinand Gärditz (eds.), *Constitutional Law in Germany*, München, 2025, § 21 para. 7 ff., 78.

[51] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 182, *Egenberger*.

[52] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 184, *Egenberger*.

[53] A. von Ungern-Sternberg, *op. cit.*, § 21 para. 82, with a critical view on this.

[54] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 186, *Egenberger*.

criterion of 'membership in a Protestant church and identification with the diaconal mission' is covered by the right to religious self-determination[55].

3.3. *The Interpretation of the Fundamental Right's Limits in the light of EU Law*

While EU law did not play a role in determining the scope of protection, the legal situation is different when it comes to the question of the limits of the fundamental right concerned. According to Article 137 (3) of the Weimar Constitution, which is relevant here, the fundamental right exists 'within the limits of the law that applies to all'. This includes the relevant provisions of the General Act on Equal Treatment[56]. According to Section 7 AGG, employees may not be discriminated against on the basis of their religion. However, the General Act on Equal Treatment also takes into account the special interests of religious communities and privileges them over other employers by creating an additional justification for discrimination on the basis of religion in Section 9 AGG[57]. The provisions of the General Act on Equal Treatment must therefore be interpreted in the light of the constitutional significance of religious self-determination[58]. On the other hand, this must not lead to the purpose of the General Act on Equal Treatment, namely to protect employees from discrimination on grounds of religion, being neglected. According to the case law of the FCC, this interaction between religious self-determination and the purpose of the legal restrictions must be taken into account by weighing up the interests involved in a two-stage examination[59].

The first stage of review ties in with the plausibility test to be applied for the establishment of the scope of protection[60]. This serves to clarify the question of which matters are considered religious and what significance they have for the realisation of religious ethos according to the church's self-perception. In the second stage of the examination, the Federal Constitutional Court has always assumed an 'open overall assessment' of the interests concerned[61].

At both stages of the review, the standards for justification are now being tightened and specified on the basis of the requirements of EU law[62]. The Constitutional Court outlines the effect of European Union law very clearly and unambiguously. The Court states that, with the constitutional authorisation to transfer sovereign rights to the European Union (Article 23 (1), second sentence, of the Basic Law), the Basic Law approves the granting of primacy of application in favour of EU

[55] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 193 ff., *Egenberger*.
[56] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 198, *Egenberger*.
[57] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 201, *Egenberger*.
[58] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 202, *Egenberger*.
[59] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 202, *Egenberger*.
[60] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 204, *Egenberger*.
[61] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 206, *Egenberger*.
[62] According to M. Mahlmann, *op. cit.*

law according to the German Parliamentary Act of Consent to the Treaties[63]. According to the Constitutional Court, the primacy of EU law over national law also applies in principle to national constitutional law. In the event of a conflict, national constitutional law must remain inapplicable[64] unless an interpretation in accordance with EU law is possible[65]. The clarity with which the Constitutional Court expresses this is remarkable. It is followed by a detailed interpretation of the limitations on fundamental rights under German law based on the provision of Article 4 (2) of Directive 2000/78[66].

The plausibility test at the first stage of the examination is tightened by the ECJ's guidelines, as the courts are no longer limited to examining whether the professional requirement is generally a plausible expression of a religious belief according to the religious community's self-perception[67]. Rather, they are obliged to determine whether the nature of the activity or the circumstances in which it is carried out objectively establish a direct link between the professional requirement imposed – in this case, church membership – and the activity in question[68]. This requires a case-by-case assessment that takes into account the specific job[69]. It is incumbent on the religious community to explain, on the basis of its self-perception, in a comprehensible, coherent and consistent manner, what the connection is between the professional requirement imposed and the specific activity concerned. The principle applies that the further the tasks of the advertised position deviate from what determines the religious profile and religious identity formation of the religious community concerned, the greater the requirements for the explanation[70].

At the second stage of review, the manner of balancing the criteria of Article 4 (2) of Directive 2000/78, as interpreted by the ECJ, is also specified in a way that has an impact on German law[71]. Whereas the Federal Constitutional Court had previously based its assessment on the concept of 'practical concordance' («praktische Konkordanz»; *Konrad Hesse*[72])[73], it now applies the criteria set out in the Directive. According to these criteria, unequal requirements for the performance of a job must

[63] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 210, *Egenberger*.

[64] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 210, *Egenberger*; like that already BVerfGE 126, 286 (301), *Honeywell*.

[65] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 210, *Egenberger*; cf. also BVerfGE 140, 317 (352); A. Haratsch - Ch. Brömmelmeyer - A. Thiele, *op. cit.*, para. 179.

[66] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 211 ff., *Egenberger*.

[67] Like that earlier BVerfGE 137, 273 (305 ff.), *Chefarzt*.

[68] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 217, *Egenberger*.

[69] Cf. Malte Seyffarth, *Kirchenmitgliedschaft kann zulässige Einstellungsvoraussetzung sein*, GWR 2026, p. 87; M. Wendel/S. Geiger, *op. cit.*

[70] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 219, *Egenberger*.

[71] M. Wendel - S. Geiger, *op. cit.*

[72] K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th ed., Heidelberg, 1999, para. 72

[73] BVerfGE 137, 273 (319), *Chefarzt*; cf. Ph. Ermacora, *op. cit.*, p. 386 (388).

be 'genuine, legitimate and justified' in view of the ethos of the organisation[74]. The Constitutional Court sees this as overlapping with the criteria of suitability, necessity and appropriateness in the sense of the proportionality test according to German constitutional law doctrine[75]. The professional requirement must be suitable and necessary for the preservation of religious identity. Furthermore, it must not go beyond what is necessary to achieve the objective. It should be noted in the context of the balancing of interests that the fundamental right to freedom of religion pursuant to Article 4 (1) and (2) of the Basic Law is formulated without any express reservation of restrictions. According to the Constitutional Court, this speaks for the special importance of freedom of religion and must also be taken into account in the context of Article 137 (3) of the Weimar Constitution, which here is applicable and which provides for a restriction clause[76]. The greater the significance of the position in question for the religious identity of the religious community internally or externally, the greater the weight of the requirement of church membership. When it comes to filling such positions that are significant for religious identity within the framework of a private-law employment relationship, the church's requirement of church membership is likely to prevail over the conflicting interests of the employees concerned[77]. However, the less relevant the position is to the preservation or realisation of the religious ethos, the more likely it is that protection against discrimination will be given preference[78].

3.4. *Possible Exceptions to the Primacy of Application*

Since the interpretation of national law only needs to be adapted to EU law if EU law takes precedence, the Constitutional Court examines whether a reservation regarding the primacy of EU law may apply[79]. In the Egenberger case, an ultra vires review and a review of fundamental rights in accordance with the Solange case law are being considered. The Federal Constitutional Court emphasises that the reservations of control must be applied with restraint and in a manner consistent with European law[80], and that a preliminary ruling procedure before the ECJ must first be completed[81]. As we have seen, the latter had already happened in the present case, as the Federal Labour Court had sought a preliminary ruling from the European Court of Justice.

---

[74] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 224, *Egenberger*.

[75] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 224, *Egenberger*; criticising this parallelization by the FCC: M. Wendel - S. Geiger, *op. cit.*

[76] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 225, *Egenberger*.

[77] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 225, *Egenberger*.

[78] A. von Ungern-Sternberg, *op. cit.*, § 21 para. 78.

[79] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 226 ff., *Egenberger*.

[80] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 234, *Egenberger*.

[81] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 234, *Egenberger*; cf. previously BVerfGE 126, 286 (304); BVerfGE 134, 366 (383); BVerfGE 142, 123 (204); BVerfGE 152, 216 (244); BVerfGE 164, 193 (287 f.).

a) Ultra vires Review

First, the Federal Constitutional Court examines whether an exception could exist under ultra vires review, whether there is a treaty assignment of power to the Union under the principle of conferral of powers, or whether the acts in question are ultra vires. According to the case law of the Constitutional Court, the assumption of ultra vires acts requires that there be a sufficiently qualified exceeding of competence. This is the case if the exceeding of competence is obvious and leads to a structurally significant shift in competence between the Union and the Member States[82].

Applying these standards, the Constitutional Court examines whether the interpretation of the ECJ is legally justifiable according to general methodological standards or whether it appears objectively arbitrary. The FCC does not classify the Egenberger ruling of the European Court of Justice as a derogating legal act[83]. The fact that the ECJ qualifies the provision of Article 17 TFEU, according to which the Union respects the status enjoyed by churches in the Member States, as a requirement to balance interests and not as an area of exemption is not undisputed, but it is legally justifiable[84]. The ECJ's assessment of the balance of interests is also methodologically justifiable[85]. The adoption of the Anti-Discrimination Directive is covered by the competence norm of Article 19 (1) TFEU. Nor does the ECJ's interpretation of Article 4 (2) of Directive 2000/78 give rise to any serious concerns[86]. There is therefore no exception to the primacy of Union law under the ultra vires doctrine[87].

b) Fundamental Rights Review in accordance with the 'Solange' Case Law

The ultra vires review is followed by a fundamental rights review. The review examines whether the Equal Treatment Directive, as interpreted by the ECJ, falls short of the level of protection of fundamental rights required by the Basic Law[88]. After thorough examination of the protection of fundamental rights at EU level, the Federal Constitutional Court rejects such a shortfall. The provisions guaranteeing freedom of religion in Article 10 of the European Fundamental Rights Charter and Article 9 of the European Convention on Human Rights are examined in detail[89]. The interpretation

[82] BVerfGE 126, 286 (304), *Honeywell*; BVerfGE 154, 17 (90), *PSPP*; BVerfGE 164, 193 (283 f.).
[83] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 236, *Egenberger*.
[84] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 237 ff., *Egenberger*.
[85] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 246 ff., *Egenberger*.
[86] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 251 ff., *Egenberger*.
[87] Likewise M. Wendel - S. Geiger, *op. cit.*
[88] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 254 ff., *Egenberger*.
[89] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 255 ff., 259 ff., *Egenberger*.

of the relevant provisions of the Equal Treatment Directive by the ECJ is also not in conflict with freedom of religion[90]. Even according to the 'Solange' case law, there is therefore no exception to the primacy of EU law[91]. The interpretation of national law in the light of European Union law therefore remains unchanged.

3.5. *The Unconstitutionality of the Federal Labour Court's decision*

Now that the Federal Constitutional Court has developed its standard of review in a very comprehensive examination, it can begin reviewing the contested ruling of the Federal Labour Court[92]. Based on the case law of the European Court of Justice on Article 4 (2) of Directive 2000/78, the Constitutional Court agrees with the Federal Labour Court that Section 9 (1) 1st alternative of the German General Act on Equal Treatment is inapplicable, as the provision violates European Union law[93]. In this case, EU law takes precedence. This is consistent, as according to this provision, unequal treatment on grounds of religion is to be justified solely on the basis of the self-perception of the religious community, without regard to the nature of the activity. In this respect, the decision of the Federal Labour Court is therefore in conformity with both EU law and the German constitution.

However, the Federal Constitutional Court reached a different conclusion with regard to the Federal Labour Court's ruling on Section 9 (1) 2nd alternative AGG[94]. According to this ruling, unequal treatment is permissible if it constitutes a justified occupational requirement based on the nature of the work. The Federal Constitutional Court emphasises here that Article 4 (2) of Directive 2000/78, as interpreted by the European Court of Justice, leaves Member States with a margin of manoeuvre in terms of fundamental rights. Within this scope, German fundamental rights, in this case Article 4 (1) and (2) of the Basic Law in conjunction with Article 140 of the Basic Law and Article 137(3) of the Weimar Constitution, are decisive[95]. In this respect, however, the Federal Labour Court did not sufficiently consider the significance of the right to religious self-determination in its decision. At the first stage of the examination, it is recognised that there is an objective connection between the requirement of church membership and the nature of the specific activity according to the church's self-image. The preparation of a report on the Anti-Racism Convention is about the credible representation of the church to the outside world, to politicians, the public and human rights organisations[96]. The report must be based on the Christian view of humanity, so that the opinion differs from the secular view of other reports. However, the

[90] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 258, *Egenberger*.
[91] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 266, *Egenberger*.
[92] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 267 ff., *Egenberger*.
[93] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 269, *Egenberger*.
[94] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 270 ff., *Egenberger*.
[95] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 272, *Egenberger*.
[96] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 274, *Egenberger*.

Constitutional Court accuses the Federal Labour Court of not taking sufficient account of this religious self-perception in its second-stage assessment. The Federal Labour Court had overstretched the requirements to be observed according to the case law of the ECJ at the expense of the religious self-determination in its interpretation of Section 9(1) 2nd alternative AGG. This constituted a violation of the fundamental right concerned. The Federal Constitutional Court has consequently overturned the ruling of Germany's highest labour court and referred the case back to it[97]. The Federal Labour Court must now render a new ruling in the Egenberger case on the basis of the Karlsruhe decision.

4. *The Federal Constitutional Court as the final authority on EU law*

4.1. *The EU-friendly Tone of the Decision*

If we now ask how the Egenberger ruling by the Federal Constitutional Court fits into previous case law and how it affects the relationship with the European Court of Justice, the conclusion is ambivalent. It goes without saying that church employers are extremely satisfied with this supreme court ruling. But there are other reasons to welcome the decision as well. What is striking are the very clear and unambiguous statements on the primacy of European Union law over national law, including constitutional law[98]. At first glance, the decision has a largely EU-friendly tone[99]. Consequently, the Federal Constitutional Court's ruling is regarded by some as «wise from a legal policy perspective» and «diplomatic»[100]. The Federal Constitutional Court emphasises once again that its reservations must be applied with restraint and in a manner consistent with European law, since the interpretation of Union law – including the determination of the method to be applied in this regard pursuant to Article 19 (1), first subparagraph, second sentence, of the TEU – is primarily the responsibility of the Court of Justice of the European Union. For the purpose of ultra vires review, this means that there must be a qualified exceeding of competence. Such an excess of competence is to be affirmed if it is manifest and of structural significance for the division of competences between the European Union and the Member States. It is also noteworthy that the Federal Constitutional Court takes EU law seriously and engages very intensively with the interpretation of the provisions by the European Court of Justice. Through the proportionality test, the Federal Constitutional Court is even incorporating a key element of the European Court of Justice's Egenberger

[97] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 278 ff., *Egenberger*.

[98] M. Mahlmann, *op. cit.*

[99] So too C. Dieter Classen, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 29.09.2025 – 2 BvR 934/19*, in *EuZW*, 2026, p. 63 (64); J. Gundel, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 29.09.2025 – 2 BvR 934/19*, in *GPR*, 2026, p. 15 (16); M. Wendel - S. Geiger, *op. cit.*

[100] E. Hartmeyer, *op. cit.*, p. 333 (342).

judgment into German constitutional law[101]. It is surprising that EU law occupies more space in the decision than the reasoning on national law. This is astonishing, and as a professor of European law, one is extremely grateful for this fact. Furthermore, the Federal Constitutional Court does not shy away from interpreting and applying national constitutional law in the light of European Union law. The commitment to the primacy of application is therefore not merely lip service, but is also put into practice. This distinguishes the Egenberger decision from the PSPP decision in a positive way. Although there had also been talk of restraint and compliance with European law, the final PSPP decision was the exact opposite. One might therefore think that the relationship between the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice is now characterised by harmony and that the fundamental conflict has been resolved.

4.2. *The Federal Constitutional Court as 'Supreme Court of Appeal'*

However, this is not totally accurate. Although the Federal Constitutional Court pays close attention to EU law and incorporates the European Court of Justice's interpretations into its case law, this is only one side of the coin. The flip side is that the Constitutional Court is at least as meticulous in examining reservations about the primacy of EU law. In this respect, too, the examination of European Union law and the case law of the ECJ is extremely intensive and detailed. It examines whether the ECJ's reasoning is valid and tenable, also drawing on differing views in academic literature. Reading the judgement's reasoning for reviewing the abuse of power and fundamental rights, one could get the impression that a university professor is sitting over a student's exam and correcting it. It feels as though one is reading the margin notes on a student's case study, which the examiner repeatedly marks with the comments 'acceptable' or 'still acceptable'. It is thus argued that the European Court of Justice's interpretation of Article 4 (2), first subparagraph, of the Equal Treatment Directive is 'acceptable'. Likewise, its understanding of Article 17 TFEU as a requirement to weigh up interests rather than as a sectoral exception, and of its significance for the interpretation of Article 4 (2) of the Equal Treatment Directive, is said to be «acceptable in its conclusion'[102].

The Federal Constitutional Court does indeed claim that it exercises its review of the ECJ's judicial practice solely by applying general methodological standards of historical, grammatical, systematic and teleological interpretation. However, how these standards are to be understood and from what they are derived remains curiously unclear. Looking at the Egenberger decision, it is striking that the Federal Constitutional Court is apparently not concerned solely with the 'methodological justifiability' of the ECJ's case law, but also carries out a review of the outcome when

[101] M. Mahlmann, *op. cit.*

[102] BVerfG, 29 September 2025, 2 BvR 934/19, NJW 2025, p. 3765, para. 237, *Egenberger*.

it states that the ECJ's balancing of interests is acceptable. It is also striking that, in assessing whether the ECJ's decision – for instance, in the interpretation of Article 17 TFEU – falls within the bounds of what is justifiable, reference is made exclusively to German-language literature. This gives the impression that a German understanding of the law is being made the benchmark for the interpretation of European Union law[103]. There are good reasons to doubt whether 'generally recognised methodological standards' are in fact consistently used as the benchmark for this judicial review.

The case law of the European Court of Justice is examined in detail and ultimately assessed for its compatibility with the enabling clauses of the EU Treaties and with the Basic Law. In this case, the Federal Constitutional Court acts as a kind of supreme court of appeal, examining the rulings of a lower court for legal errors. From the perspective of the Federal Constitutional Court, this answers the question of who has the final say in interpreting European Union law: it is not the European Court of Justice. Although it is prepared to accept the ECJ's rulings, it nevertheless reserves the right to correct the ECJ and call it to order if this should prove necessary from a national perspective. Under no circumstances does the Federal Constitutional Court wish to subordinate itself to the European Court of Justice[104].

5. *Conclusion*

Ultimately, the Egenberger ruling by the Federal Constitutional Court did not redefine the relationship with the European Court of Justice. What is striking, however, is the detailed examination of provisions of European Union law and their interpretation by the European Court of Justice. For some, this may be a reason to be pleased[105], an example of a successful judicial dialogue[106], while for others it may be a cause for concern[107]. Overall, it must be noted that, through the line of case law on European law issues that it has been following for many years, the Federal

[103] Likewise M. Wendel - S. Geiger, *op. cit.*

[104] Cf. the assessment by J. Gundel, *op. cit.*, p. 15 (16).

[105] Positive assessments by M. Ruffert, *Europarecht und Religionsverfassungsrecht. Grundrechtliche Spielräume*, in *JuS*, 2025, p. 1176 (1179); H. Reichold, *Kehrtwende im kirchlichen Arbeitsrecht – Karlsruhe korrigiert Luxemburg im Fall „Egenberger"*, in *RdA*, 2025. p. 376 (378); P. H.M. Rambach - A. Rambach, *Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung? – Spagat zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und Antidiskriminierung*, in *ZTR*, 2026, p. 69 (75).

[106] Cf. S. Diethelm Meyer, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 29.09.2025 – 2 BvR 934/19*, in *NVwZ*, 2025, p. 1895 (1895); positive also H-J Kalb, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 29.09.2025 – 2 BvR 934/19*, in *jM*, 2025, p. 363 (364).

[107] A. Sagan, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 29.09.2025 – 2 BvR 934/19,* in *GPR*, 2026, p. 12 (14); J. Gundel, *op. cit.*, p. 15 (16 f.); J. Wichert, *Die Kirchenmitgliedschaft als Einstellungsvoraussetzung: Unionsrecht vs. deutsches Recht*, in *MDR*, 2026, p. 420 (424 f.).

Constitutional Court is securing an ever-greater role in the interpretation of European Union law[108].

On the one hand, this is understandable and reasonable, as there are hardly any areas left in the national legal system today that are not permeated or even determined by EU law. If the Federal Constitutional Court were to withdraw its oversight from all these areas, it would face a significant loss of influence. Wherever EU law supersedes national law, including constitutional law, the Federal Constitutional Court would be 'out of the picture'. It counteracts this by also acting as a guardian of compliance with EU legal requirements, as has happened, for example, in the area of the protection of fundamental rights with the 'right to be forgotten' case law. The Federal Constitutional Court is thus effectively transforming itself into a court of the Union.

On the other hand, this intervention by the Federal Constitutional Court in European Union law cannot be accepted without reservation. With its apparent tendency to scrutinise in detail the 'reasonableness' of the European Court of Justice's interpretation of EU law, the Federal Constitutional Court is effectively setting itself up as the supreme guardian of the EU legal order[109]. It is therefore rightly said that the Federal Constitutional Court's ultra vires review is excessive[110]. The Court itself will certainly reject this with indignation. After all, it states – including in the Egenberger ruling – that the primacy of EU law would effectively be undermined and the uniform application of EU law would be jeopardised if every Member State were simply to claim the right to have its own courts decide on the validity of EU legal acts. Notwithstanding this assurance from the highest court, one gets the impression that the Federal Constitutional Court ultimately does not adhere to this maxim which it has itself established. The European Court of Justice may only be proved right in so far as the Federal Constitutional Court approves this following its own thorough examination[111].

***

ABSTRACT: The decision of the German Federal Constitutional Court in the Egenberger case, delivered on 29 September 2025, addresses a highly contentious issue in Germany: whether—and under what conditions—a religious institution may require its employees to be members of the respective church. The dispute had previously come before Germany's highest labor court, which referred the matter to the European Court of Justice (ECJ). Based on the ECJ's ruling, the Federal Constitutional Court has now set aside the final judgment of the German Federal Labour Court and

[108] Ph. Ermacora, *op. cit.*, p. 386 (391).
[109] Similarly J. Gundel, *op. cit.*, p. 15 (17).
[110] J. Gundel, *op. cit.*, p. 15 (16); very critical too A. Sagan, *op. cit.*, p. 12 (14).
[111] In this direction also points Ph. Ermacora, *op. cit.*, p. 386 (390).

has aligned its own prior case law—concerning the scope of a religious institution's right to self-determination—with European jurisprudence. In doing so, the Federal Constitutional Court has also positioned itself as a guardian of compliance with European Union law, asserting its own right to review whether the European Court of Justice's interpretation of EU law is reasonable and acceptable.

KEYWORDS: German Federal Constitutional Court, Egenberger, European Charter of Fundamental Rights, European Court of Justice, Religious Institutions and Antidiscrimination

***

Andreas Haratsch – The Author holds the Chair of German and European Constitutional and Administrative Law and Public International Law at the University of Hagen (Germany) and is Director of the Dimitris-Tsatsos-Institute of European Constitutional Sciences at the University of Hagen (Germany) (andreas.haratsch@fernuni-hagen.de)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Democrazia economica: un confronto tra sistemi sindacali, tra Italia e Germania*

Federico Mastroianni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sistema sindacale italiano "di fatto", tra vecchie e nuove problematiche. – 3. La mancata implementazione del profilo positivo della libertà sindacale dell'articolo 39 Cost. – 4. La legge n. 76/2025 sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa: la prima attuazione organica dell'articolo 46 Cost. nel solco della tradizione. – 5. La comparazione con il sistema tedesco: la *Wirtschaftsdemokratie*. – 6. Il sistema sindacale tedesco tra "separazione" dalla politica e protezione costituzionale. – 7. La *Mitbestimmung* come concetto democratico, tra adattamento e resistenza. – 8. Esito del confronto.

1. Introduzione

Il tema che ci si propone di indagare nel presente contributo è quello della democrazia economica[1], attraverso la lente della comparazione giuridica. L'ampiezza del tema preso in analisi richiede necessariamente due precisazioni, volte a delimitare la sua ampiezza, e a porlo, senza potercisi soffermare, in una cornice di riferimento.

Il concetto di democrazia economica, infatti, rischia di rimanere astratto, soprattutto se lo si vuole considerare dal punto di vista giuridico, motivo per cui è necessario specificarlo in una dimensione osservabile anche, appunto, giuridicamente. Si considererà dunque, tra le altre possibili[2], una sua manifestazione particolare: quella della democrazia sindacale[3]. Quest'ultima si pone in una relazione di specie a genere rispetto alla democrazia economica, ed è questo il motivo per cui i due concetti non possono essere disgiunti, e allo stesso tempo si spiegano reciprocamente, integrandosi.

Allo stesso tempo, come anticipato, non è possibile dare conto in maniera compiuta del contesto in cui si svolge il discorso: sarebbe necessario tematizzare i

---

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

[1] Per una introduzione storica del concetto, ed il suo legame con le categorie della modernità, cfr. E. McGaughey, *Economic democracy: a brief history and the laws that make it*, in *Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 539*, September 2024, p. 2 e ss.

[2] Il termine democrazia economica è di per sé polisenso. Può essere inteso tanto nel suo «modello redistributivo», quanto in quello «partecipativo», e non si può essenzializzare solo nel concetto di lavoro, cfr. L. Benedetti, *Democrazia economica e democrazia industriale. Partecipazione, redistribuzione, eguaglianza,* in L. Benedetti (a cura di), Democrazia economica e democrazia industriale, la prospettiva europea, il caso italiano, Milano, 1994, p. 19 e ss., spec. p. 24.

[3] Sulla democrazia sindacale cfr. B. Caruso, *La democrazia nel governo dell'organizzazione e nell'azione sindacale*, Milano, 1986.

processi che riguardano le trasformazioni della forma di Stato[4], e le relative implicazioni. Tale operazione è però impossibile in questa sede: la loro complessità li rende difficilmente riassumibili. Piuttosto si può partire dalla considerazione di uno dei più noti e pacifici corollari di queste trasformazioni: il fenomeno della disintermediazione economico-sociale[5] ed i suoi effetti – in termini di delegittimazione e frammentazione – sui processi politici, sociali e giuridici che ha investito[6].

È in questo contesto che il concetto di democrazia economica (e in questa prospettiva, sindacale) sembra in grado di esprimere una direzione, tanto più se – superando la sua sola valenza euristica – lo si specifichi in maniera concreta. È quanto fanno quei filoni di pensiero che hanno rimesso al centro dell'analisi il lavoro, quale concetto in grado di relazionarsi al problema del potere da un lato, e a quello della sua diffusione[7], dall'altro. Queste visioni ruotano attorno alla considerazione per cui il lavoro – e le forme che assume la sua organizzazione – sia tuttora il fondamento concreto della democrazia economica, anche nell'odierno modello produttivo postfordista[8]. Rispetto alle citate dinamiche della disintermediazione, allora, la democrazia economica (e sindacale) è qui considerata come un fattore di resistenza.

---

[4] Specialmente in riferimento al rapporto di tensione tra libertà ed eguaglianza che caratterizza, in maniera (sempre più) problematica, lo Stato costituzionale e le sue aperture verso la dimensione sovrastatale, cfr. P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale,* Torino, 2010, p. 91 e ss. Peraltro, se l'orizzonte rimane quello del costituzionalismo democratico sociale, sembra ineludibile considerare prioritario legittimare i conflitti che caratterizzano quella tensione, e le loro nuove forme di organizzazione, cfr. G. Azzariti, *Diritto e conflitti,* Roma-Bari, 2021, p. 264 e ss.

[5] Cfr. V. Satta, *Disintermediazione,* in *Dizionarietto di politica,* Brescia, 2022, p. 138 e ss.; tale concetto è nato nel contesto dell'economia finanziaria, per descrivere la «cessazione del ruolo degli intermediari nell'acquisto e nella vendita dei titoli», finendo poi per estendere il suo significato «sino a denotare l'evoluzione del rapporto tra società, politica ed economia» nel contesto della «quarta rivoluzione industriale» e quindi dell'attuale modello produttivo, cit. p. 139.

[6] È alla «spinta disintermediante», ritenuta dall'A. un «effetto profondo del neoliberismo», che si fa risalire il depauperamento delle «basi collettive della solidarietà sociale e del concetto stesso di rappresentanza» che ha a sua volta favorito l'emersione dei fenomeni populisti. Questa la tesi di fondo di F. Seghezzi, *Disintermediare Stanca. Democrazia economica, populismo e crisi del collettivo*, Milano, 2026, v. p. 12-14.

[7] La relazione tra diffusione del potere economico (in particolare nelle relazioni lavorative) e rafforzamento della libertà politica e quindi della partecipazione democratica è tema classico della filosofia politica, C. Pateman, *Participation and Democratic Theory,* Cambridge, 1970, p. 45 e ss. Di recente il tema è stato rielaborato, ad es. da Axel Honneth, che sottolinea «il legame sistemico del lavoro con la democrazia», cfr. A. Honneth, *Il lavoratore sovrano,* Bologna, 2025, p. 21-48. Per una (necessaria) visione sociologica delle trasformazioni del lavoro, cfr., V. Maccarrone, F. Bagnardi, *Labour Process Theory: taking stock and looking ahead* in Sociologia del Lavoro, 167, 3/2023, p. 45 e ss.

[8] Su cui pure non si può indugiare; cfr. B. Caruso, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro***,** in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 439/2021, che parla di «fallacia epistemica» in cui incappano le visioni – dal carattere nostalgico – che ritengono incontrastabile il cambiamento provocato dall'«effetto frattale che l'evoluzione tecnologica ha sul lavoro», e che svalutano la capacità del diritto di adattarsi ai mutamenti in senso dinamico, cit. p. 59. Su questo punto, v. A. Honneth, *op. cit.* p. 203 e ss.

Lasciando sullo sfondo queste due preliminari considerazioni, non potendo qui allargare il discorso, si prenderanno in analisi, sotto la specifica prospettiva della comparazione, l'ordinamento italiano e quello tedesco, per come questi concepiscono la libertà sindacale, e, più in generale, per come il fenomeno sindacale si manifesta e rapporta ai diversi contesti in cui si svolge. L'operazione appare proficua considerando che una recente riforma in Italia (l. n. 76/2025), insieme ad una importante pronuncia della Corte costituzionale (n. 156/2025), hanno ulteriormente dinamizzato il dibattito intorno a questi temi; anche nel contesto tedesco ci sono state recenti innovazioni, ma, come si comprenderà nell'analisi, quest'ultimo gode di una maggiore stabilità, radicata nella sua storia costituzionale.

Proprio la prospettiva comparativa suggerisce di far emergere fin da subito un elemento che, costituendo una caratteristica di fondo dei contesti presi a raffronto, ne orienta la comprensione.

Questa caratteristica consiste nel diverso rapporto intercorrente tra la componente del conflitto e quella della partecipazione nelle relazioni sindacali. Tale diversità – che si avrà modo di tematizzare – è radicata in una componente culturale prima che giuridica, e non deve essere essenzializzata perché, come si vedrà, è spesso sfumata. Ciononostante, è utile fin da subito sottolineare quanto, però, questa contribuisca a marcare la linea di confine tra esperienze giuridiche che sotto molti aspetti non sembrano poter essere poste su uno stesso piano.

Per fornire una esemplificazione di tale diversità nel rapporto tra partecipazione e conflitto si può fare riferimento alle forme di rappresentanza dei lavoratori in azienda, perché queste si strutturano proprio a partire dalla fondamentale differenza tra sistemi c.d. a «*double channel*» e a «*single channel*»[9]. Se nel primo tipo di sistema la rappresentanza dei lavoratori in azienda costituisce un'istituzione autonoma da quella sindacale, ed è eletta direttamente dai lavoratori, nel secondo tipo, al contrario, la rappresentanza sindacale assorbe le forme di rappresentanza diretta ad opera dei lavoratori. È giusto precisare che i due sistemi non si differenziano solo per la preminenza o meno del fattore sindacale in azienda – dato che anche nei sistemi a *double channel* spesso a presentare le liste elettorali sono comunque i sindacati – ma soprattutto per il posizionamento funzionale degli istituti partecipativi rispetto alle diverse tipologie di rappresentanza, a trazione sindacale o meno[10].

[9] Cfr. M.J. Bonell, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa,* Milano, 1983. L'A. chiama forme "integrative" di partecipazione quelle riferibili al primo tipo, cfr. ivi, p. 173 e ss.; mentre identifica come "disgiuntive" quelle del secondo tipo, p. 32 e ss.; M. D'Antona, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa, in* Enciclopedia giuridica Treccani, XXII, 1990, p. 216 e ss.

[10] Nei sistemi a *double channel,* infatti, la presenza di un soggetto istituzionale diverso da quello sindacale (la rappresentanza eletta direttamente dai lavoratori) è idonea a far fuoriuscire dall'ambito della dimensione rivendicativo-conflittuale (il cui attore istituzionale è il sindacato) talune questioni, che possono essere risolte tramite la partecipazione della rappresentanza diretta dei lavoratori alla vita aziendale, a cui vengono attribuiti veri e propri diritti. Si realizza così una sorta di «divisione del lavoro» tra rappresentanza sindacale (che rimane competente soprattutto in tema di contrattazione) e rappresentanza diretta dei lavoratori (che insiste sulla politica aziendale, in senso partecipativo, con

Si vedrà infatti che la partecipazione a *double channel*, presente da sempre in Germania, rispecchia dati sistemici e conserva una sua specifica giustificazione e funzionalità. In Italia, al contrario, l'identificazione del soggetto sindacale quale interlocutore entro cui passa sia (soprattutto) il conflitto, che (anche) la partecipazione, è un dato altrettanto consolidato e che stenta a mutare nella sostanza.

L'analisi seguirà questo schema: si prenderanno in considerazione i due sistemi sindacali cercando di valorizzarne le radici storiche e gli elementi di contesto che li caratterizzano, per poi analizzare i loro principali funzionamenti giuridici intorno ad istituti chiave, e come questi rispondano alle problematiche dell'odierna cornice di riferimento. La diversità tra il sistema italiano e quello tedesco verrà apprezzata soprattutto in riferimento al diverso grado di istituzionalizzazione. L'istituzionalizzazione dei sistemi verrà valutata su due piani principali: il rapporto tra sistema sindacale e sistema politico, ed il grado di valorizzazione del profilo positivo della libertà sindacale, che passa per la sua dimensione istituzionale[11]. In rapporto a queste due variabili, verranno presi in considerazione, in particolare, i diversi modelli di contrattazione collettiva e gli istituti di partecipazione dei lavoratori all'impresa.

Un breve raffronto delle due esperienze prese in considerazione consentirà di riassumere l'esito della comparazione. Potrà notarsi come, se è vero che il maggiore grado di istituzionalizzazione – che connota storicamente il contesto tedesco – comporta un contenimento della conflittualità sociale, questo ha allo stesso tempo garantito un livello base di democraticità nei rapporti lavorativi. Al contrario, in Italia, la diffidenza verso una pur minima formalizzazione del sistema, ed una perdurante lettura solo privatistica del fenomeno sindacale, hanno generato (soprattutto a causa dello svuotamento della legittimazione dei tradizionali attori sindacali) una diffusa – a tratti sistemica – incapacità di rispondere alle domande di protezione legate al lavoro. Dalla comparazione è ricavabile che una maggiore istituzionalizzazione del sistema sindacale italiano potrebbe comportare un suo miglioramento: non tanto perché quest'ultimo possa approssimarsi al modello tedesco, che rimane sideralmente distante anche per ragioni di natura extra-giuridica, quanto perché un certo tipo di

possibili spazi di conflittualità), v. M. D'Antona, *op. cit.* p. 224. Tale separazione, sebbene non rigida ed anzi sfumata, è necessaria a concepire le categorie del conflitto e della partecipazione come non autoescludenti.

[11] È noto come la distinzione tra i profili negativi e positivi della libertà comporti un rapporto di implicazione e non di contrapposizione tra di essi, e si intersechi, senza ridursi in essa, con la dogmatica della multidimensionalità dei diritti (e delle libertà) fondamentali. In relazione alla libertà sindacale, se ne valorizzerà il profilo positivo, inteso come "autonomia", che passa per la sua dimensione istituzionale, intesa come promozione attiva della sua effettività e delle sue forme da parte del legislatore, considerando il rilievo che tale dimensione riveste per l'integrazione politica e sociale, cfr. A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali,* in Rivista Gruppo di Pisa, 2/2016, p. 1-10. Sul concetto in generale di libertà positiva, e sulle sue «dimensioni istituzionali», cfr. P. Ridola, *Il principio libertà*… p. 166 e ss. e in particolare, su quella democratico-partecipativa, p. 196 e ss. In ogni caso, il concetto di «libertà positiva», e quello di «dimensione istituzionale» della libertà (e dei diritti costituzionali), rimangono distinti.

istituzionalizzazione consentirebbe l'emersione del conflitto sociale, su cui il fenomeno sindacale italiano, e più in generale la dimensione del pluralismo sociale, continuano a rispecchiarsi ed identificarsi.

2. Il sistema sindacale italiano "di fatto", tra vecchie e nuove problematiche

Per comprendere le problematiche che rispetto alla descritta cornice si presentano nel sistema italiano di relazioni industriali, si deve fare riferimento alla profonda mutazione del significato di due fattori costitutivi dello stesso: il rapporto tra circuito sindacale e circuito politico, e la categoria giuridica dell'autonomia privata collettiva.

Partendo dal primo aspetto, la sua considerazione diacronica permette di comprenderne il valore orientativo di *pathway*[12]. Infatti, la mutevolezza del rapporto tra sindacato e politica esprime chiaramente la relazione del fenomeno sindacale con il dato extra-formale, confermando che la normatività del primo è strettamente relata alle dinamiche storico-politiche in cui si svolge. Tale rapporto descrive, altrettanto efficacemente, la tensione mai risolta[13] tra la democrazia sindacale sul piano extra-aziendale, affidata al concetto di categoria, e dunque alla sua dimensione rappresentativa, e la democrazia sindacale sul piano aziendale, che invera la sua dimensione diretta. Da un lato c'è un interesse costituzionale a immaginare la «categoria» di lavoratori di un dato settore produttivo come concetto in grado di svolgere una funzione anticoncorrenziale, dunque impedendo una disparità di trattamento all'interno di un medesimo settore produttivo sì da evitare la sua frammentazione[14], che indebolirebbe il potere complessivo della categoria professionale rispetto a quello della controparte datoriale. Tale funzione può essere attribuita solo ai sindacati (appunto, di categoria) che contrattino sul piano nazionale. Dall'altro, c'è l'interesse a trovare spazi di legittimazione di fenomeni sindacali che

[12] Considerando dunque la sua storicità genealogicamente: non la ricerca della sua «origine», ma il suo carattere discontinuo e frammentato, che si rapporta dinamicamente al presente, cfr. A. Somma, *Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori,* in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, 10/2019, p. 129.

[13] È in questa tensione tra generale e particolare che sta la concretezza delle possibilità di «partecipazione ai rapporti economici» che inverano direttamente il principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'articolo 3 co. 2 Cost., «pensat[o] nella sua realizzazione locale (mediante la partecipazione dei lavoratori nei luoghi di lavoro), in quella collettiva (attraverso i sindacati) e rappresentativa (nelle istituzioni di rappresentanza degli interessi economici)», A. Michieli*, La partecipazione nei rapporti economici, il compito disatteso della Repubblica*, Torino, 2024, p. 6.

[14] Tale funzione incontra oggi una difficoltà strutturale, dal momento che i processi produttivi «vengono separati dalla produzione materiale e dai luoghi in cui questa si svolge», articolandosi in reti che oltrepassano i confini dei tradizionali Stati-nazione, secondo il paradigma dell'«impresa rete»: M.G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, ripubblicato in Riv. crit. dir. lav., 2/2025, p. 39-40. Il perimetro entro cui la categoria dovrebbe impedire la disparità di trattamento è, cioè, lo stesso che il modello produttivo tende a dissolvere.

nascono sul piano aziendale, e che reclamano un'agibilità autonoma, potenzialmente anche in contrasto con quella affidata alla categoria[15].

Questa tensione non è di per sé qualcosa di problematico, ma lo diventa quando non trova una efficiente razionalizzazione, come nel caso italiano[16], in cui la prevalenza della dimensione extra-aziendale su quella aziendale ha spesso interrotto il circuito di legittimazione della dimensione diretta. Proprio per illustrare il rapporto tra queste due dimensioni, non si può prescindere del tutto dalla loro evoluzione storica. La lenta affermazione della soggettività giuridica dei sindacati, e della loro capacità di divenire un fattore sociale determinante per il governo dell'economia[17], è infatti il prodotto di processi storici molto complessi[18], che hanno comportato un tendenziale rifiuto delle forze sindacali, anche nel paradigma repubblicano, di assentire ad una regolamentazione statale, ritenuta una non tollerabile forma di controllo ed ingerenza, limitativa del loro spazio di azione[19].

Può dunque apparire controintuitivo come un modello sindacale «privato» e «scarsamente istituzionalizzato» si sia innervato nell'ambito di un contesto dove il rapporto tra politica e relazioni industriali è sempre stato ravvicinato, e in certi casi quasi simbiotico. Tale assetto non sarebbe mutato mai davvero, ma si è modificato nel tempo il grado di intensità che lo ha caratterizzato.

Le istanze democratiche di base all'interno delle fabbriche (che assunsero le forme dei consigli di gestione e delle commissioni interne), e che inizialmente godettero di un supporto politico trasversale, furono rapidamente dismesse a causa

---

[15] Cfr. sulla storicità del dibattito G. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale,* Milano, 1972, p. 101 e ss. Tale interesse non va però confuso con un automatico guadagno in termini di democraticità. Ove la dimensione collettiva non trovi protezione istituzionale, il decentramento si risolve nel suo contrario: la supremazia della razionalità aziendale rivitalizza la natura gerarchica dell'organizzazione dell'impresa, derubricando la dimensione sindacale del momento deliberativo «a tutto vantaggio dell'unilateralità del comando manageriale», V. Bavaro, *L'aziendalizzazione dell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in Lavoro e Diritto, 2/2013, p. 214.

[16] Il che trova conferma, oltre che nella situazione odierna sotto molteplici profili (cfr. *infra* in questo paragrafo), anche in esperienze storiche come quella della c.d. «contrattazione articolata». Il mancato rapporto istituzionalizzato tra diversi livelli di contrattazione ha infatti impedito di cristallizzare i risultati ottenuti da una spinta sociale trasformativa, relegandoli a conquiste temporanee, G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico,* Napoli, 1984, p. 90 e ss.

[17] Cfr. V. Speziale, *Sindacato e politiche economiche in Europa e Italia,* in Aa.Vv., *Il lavoro e la democrazia economica nelle organizzazioni del capitalismo*, Roma, 2026, p. 94.

[18] Che riguardano da vicino la mutazione della forma di Stato, da quello totalitario a quello costituzionale, e le varie fasi di quest'ultimo, v. per tutti U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia: un giurista racconta,* Bologna, 1995, p. 74 e ss.; G. Tarello, *op. cit.* p. 19 e ss.; in prospettiva storica, v. P. Craveri, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977, p. 321 e ss., e A. Accornero, *La parabola del sindacato,* Bologna, 1992, p. 47 e ss.

[19] Tale visione privatistica del fenomeno sindacale ebbe senza dubbio una essenziale valenza antiautoritaria, a causa del fatto che un qualsiasi intervento legislativo avrebbe significato – in quella fase storica – un reale contenimento del potenziale trasformativo degli interessi organizzati intorno al lavoro. La visione privatistica ha dunque avuto valenza politica, prima ancora che giuridica, v. U. Romagnoli, *op. cit.* p. 135.

della verticalizzazione voluta dal sindacato unitario, che racchiudeva le diverse anime costituenti del paese, ed era nient'altro che lo specchio di queste nel contesto economico-produttivo[20]. L'effetto fu quello di mettere nel nulla le esperienze di partecipazione diretta dei lavoratori all'impresa, rinviando l'attuazione dell'articolo 46 della Costituzione, e accettando un modello fortemente conflittuale dei rapporti industriali, collegati al circuito politico-partitico, che «vedeva nel conflitto extra-aziendale la leva per il miglioramento delle condizioni dei lavoratori»[21]. Una dimensione realmente orizzontale di governo del conflitto sociale, e la concretizzazione della democrazia aziendale prima ancora che sindacale, non si realizzarono dunque mai, nemmeno nel momento di massimo avanzamento delle forze organizzate intorno al lavoro[22].

Come è noto, la legge n. 300/1970 realizzò uno scatto tutt'oggi rimasto fondamentale nella regolazione dei rapporti lavorativi[23], garantendo loro aderenza al modello costituzionale. Ma la così detta «ideologia del nuovo sindacato»[24], in cui lo Statuto affonda in profondità le radici, e in base alla quale volevano affermarsi la legittimazione dal basso dell'azione sindacale, e la sua netta separazione dalla politica, non si realizzò compiutamente. La sua più autentica «gemmazione», ossia la legislazione di sostegno rispetto all'azione del sindacato in azienda[25], non evitò uno «sbilanciamento del pluralismo sindacale in senso confederale» e quindi la «vittoria dei

[20] «Il neonato movimento sindacale libero – in stretto collegamento con i partiti della Resistenza – si impegnò essenzialmente su due fronti: da un lato, il rinnovo dei contratti collettivi al fine di "risistemare l'intero patrimonio della contrattualistica corporativa"; dall'altro, quello del contenimento del conflitto e degli scioperi, visto come un contributo allo sforzo collettivo di pacificazione sociale e di ripresa della produzione, nonché alla legittimazione dei movimenti socialisti come forze di governo». Cfr. A.J. Golia, *Conflitto collettivo e corti nell'evoluzione dell'ordinamento italiano. La giustizia costituzionale dello sciopero,* Torino, 2025*,* p. 138, che sottolinea l'estraneità della sola componente socialista da questo modello.

[21] A. Michieli, *op. cit.* p. 102. Questo aspetto si innerva nel tipo di pluralismo sviluppatosi nel contesto italiano, in cui le formazioni sociali sono concepite come «strumento di partecipazione diffusa» in senso dinamico e conflittuale, dunque «antiorganicista», v. P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative,* Milano, 1987, p. 188 e ss., 264 e ss., cit. p. 192.

[22] Cfr. M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico,* in AIC, 3/2018, p. 260 e ss.; F. Caporale, E. Frediani, *Dai consigli di gestione alla partecipazione al rischio delle imprese,* in Riv. Trim. Diritto Pubblico, 1/2021, p. 293 e ss.; G. Amari (a cura di), *I consigli di Gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia,* Roma, 2014, p. 23 e ss., e 207 e ss.; nonché G. Ghezzi, *Commento all'articolo 46,* in *Commentario Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 77 e ss.

[23] Lo Statuto si è dimostrato così capace di assorbire le mutazioni intercorse nelle modalità produttive, che per affermare principi diversi sono stati necessari degli interventi legislativi, cfr. U. Romagnoli, *La ruga dello Statuto dei lavoratori*, in Diritti Lavori Mercati, n. 1/2015.

[24] «la versione originaria dell'ideologia del nuovo sindacato intravedeva nella democrazia interna l'antidoto alle divisioni partitico-ideologiche, il superamento della cogestione clientelare delle assunzioni e la capacità di fotografare la reale condizione operaia», L. Nogler, *Statuto dei lavoratori e ideologia del "nuovo sindacato",* in Costituzionalismo.it, n. 1/2020*,* p. 195.

[25] Cfr. G. Fontana, *Potere collettivo, Costituzione, nuovi conflitti. Il diritto sindacale oggi: crisi o rinascita?*, Milano, 2026, p. 91 e ss.

grandi apparati a tempo pieno» sulla creazione di «contropoteri in azienda». Questo stato di cose provocò la mancata armonizzazione tra i due livelli di democrazia sindacale, in cui il rapporto *top-down* continua anche oggi a vincere su quello *bottom-up*[26].

In questo contesto, dunque, «l'attore pubblico [i.e. il sistema partitico] ha rivestito un ruolo di intermediazione e di promozione tra le parti private»[27]. Queste ultime hanno a loro volta influenzato, spesso profondamente, le dinamiche istituzionali e politiche[28]. Questa permeabilità e porosità tra i due sistemi si accentuò, senza che ciò abbia costituito un «paradosso»[29], con la formale separazione dei rapporti (prima organici) tra le maggiori confederazioni sindacali e i partiti politici, avvenuta all'inizio degli anni '70. Grazie ad un crescente movimento di base[30], le maggiori confederazioni sindacali riuscirono – proprio sottolineando e rivendicando la loro «autonomia» dal sistema dei partiti – ad instaurare un meccanismo competitivo con quest'ultimo, e ciò consacrò la loro posizione di «attor[i] politic[i]», consentendo loro di svolgere, nel paradigma della «conflittualità permanente», un ruolo determinante per quella che è stata definita «strategia delle riforme»[31], e che rappresenta una delle più evidenti testimonianze dell'intersezione (virtuosa) tra circuito politico e sindacato.

Tuttavia, questa «politicizzazione» del sindacato avrebbe comportato, diminuita la sua «politicità»[32], un'inversione del rapporto di dipendenza con la politica. Con il

---

[26] L. Nogler, *o*p. cit. p. 147 e ss.; cit. p. 150, p. 188; G. Fontana, *op. cit.,* riconduce la «integrazione del sindacato nell'equilibrio istituzionale, a livello verticistico (…) come un livello di mediazione resosi necessario per contenere e riassorbire la conflittualità operaia, rispondendo ad esigenze sostanzialmente di conservazione più di trasformazione del sistema», cit. p. 93.

[27] In un assetto, dunque, in cui la rendita istituzionale e la compenetrazione tra sistema politico e sistema sindacale hanno costituito l'ossatura delle relazioni industriali, E. Gualmini, *L'evoluzione degli assetti concertativi in Italia e in Germania,* in Rivista di Scienza Politica, 1, 1998, cit. p. 138 e ss. A. Accornero, *op. cit.* p. 171 e ss., «le relazioni organiche con partiti e istituzioni restavano ben radicate. Queste relazioni sono un dato storico per l'Italia», cit. p. 174, v. p. 204 e ss.

[28] Se solo si pensa all'importanza rivestita dallo sciopero politico e dallo sciopero di solidarietà, per la loro influenza sulle dinamiche sociali e politico-istituzionali, A.J. Golia, *op. cit.* p. 280 e ss., spec. p. 292.

[29] La cesura tra maggiori confederazioni e partiti: «Non [fu] un paradosso: quella scelta, affrancando i sindacati da un rapporto con la politica mediato dai partiti, inaugurò il loro ingresso diretto nell'arena politica. Fu quello il modo attraverso il quale si espresse la perenne tensione del sindacalismo a competere con la politica», A. Accornero, *op. cit.* p. 171.

[30] Soprattutto grazie all'intersecarsi tra lo spontaneismo del «sindacato dei consigli» e lo sviluppo della conflittualità sociale anche all'interno della sfera del pluralismo sociale, che le grandi confederazioni sfruttarono strategicamente per mantenere e consolidare il «governo» del conflitto collettivo, cfr. S. Gallo, F. Loreto, *Storia del lavoro nell'Italia contemporanea,* Bologna, 2023, p. 270 e ss.

[31] Sulla autonomia dei sindacati dai partiti, A. Accornero, *op. cit.* p. 175; sul concetto e la stagione della «conflittualità permanente» e sulla "strategia delle riforme" e i suoi contenuti Id. p. 102, 132, 187; S. Gallo, F. Loreto, *op. cit.* p. 270 e ss., nonché L. Nogler, *op. cit.* p. 173 e ss.; sul ruolo in questo frangente ricoperto dallo sciopero, definito non a caso "per le riforme", v. A.J. Golia, *op. cit.* p. 294.

[32] Laddove la "politicità" «è la natura, il contenuto intimamente politico, cioè politicamente rilevante e incidente di qualcosa» e la "politicizzazione" «è la traduzione in politico, la decorazione politica, la qualificazione politica fatta dall'esterno», A. Accornero, *op. cit.* p. 176.

venir meno della centralità «dell'industria, della produzione, e del lavoro stesso» e l'avanzare dell'economia terziaria, il governo verticale del conflitto, monopolizzato dalle maggiori confederazioni sindacali, avrebbe iniziato a parcellizzarsi. Con l'emersione di un'economia post-industriale che ruotava intorno ai servizi, cambiava (non si riduceva) il conflitto e cambiavano le sue modalità di espressione, soprattutto perché queste entravano in stretto rapporto con le dinamiche della sfera pubblica, assottigliandosi progressivamente la diversità tra lo *status* di cittadino e quello di lavoratore[33]. In questo scenario emergevano nuove soggettività sindacali non più facilmente controllabili ad opera delle confederazioni, che andavano perdendo la loro presunzione di maggiore rappresentatività[34] nel sistema delle relazioni industriali. Il tradizionale sindacato si sarebbe ritrovato a subire una «delegittimazione analoga a quella dei partiti politici e della politica stessa»[35], poiché diveniva sempre più difficile la rinnovazione del suo compito proprio, ossia l'efficacia nella tutela degli interessi economici connessi al lavoro. Ne è una conferma la torsione delle relazioni industriali nella pratica della concertazione[36], che se per alcuni rappresentò la «disarticolazione corporativa del conflitto sociale»[37], per altri svolse perlomeno una funzione di «governo» – tramite uno «scambio politico» tra parti sociali ed esecutivo – di ingenti processi di trasformazione che attraversavano la forma di Stato, con l'avanzare del processo di integrazione europeo. Il «raccordo tra azione politica e azione sindacale al fine di individuare e realizzare (…) l'interesse pubblico dell'economia» fu scopertamente funzionale non a «scelte interne di politica economica» ma «al rispetto dei parametri richiesti (…) per l'ingresso nella moneta unica europea»[38]. La ritenuta impossibilità di istituzionalizzare queste prassi concertative – il che avrebbe potuto conferire loro rilievo giuridico oltre che politico – contribuì al loro declino[39]. È ben noto che nell'ultimo ventennio la frammentazione del lavoro e delle sue tutele, insieme

[33] *Ivi,* p. 108 e ss.; U. Romagnoli, *Il lavoro*… p. 230.

[34] Che, come è noto, tramontò anche *de jure,* L. Nogler, *op. cit.* p. 202 e ss. «L'insostenibile leggerezza d'una rappresentatività senza rappresentanza non è che l'eredità del principio-base del processo di formazione autoregolata del sistema sindacale italiano», U. Romagnoli, *Il lavoro*… p. 166.

[35] Verificando così un passaggio da dinamiche di conflitto a quelle di immedesimazione tra circuito sindacale e politico, Id., p. 206, 207. La storiografia ha individuato in alcuni eventi come la c.d. «marcia dei 40.000» e nel progressivo taglio e poi abolizione della c.d. «scala mobile», efficaci punti di emersione di queste dinamiche, Id. p. 143 e ss., e S. Gallo, F. Loreto, *op. cit.* p. 329 e ss.

[36] Il termine concertazione non designa un fenomeno univoco; per una ricostruzione diacronica di questi temi, cfr. I. Stolzi, *Corporatism and neo-corporatism: developments in the 20th-century Italian legal order*, in Estudos Históricos Rio de Janeiro, vol. 31, nº 64, p. 220-242, maio-agosto 2018; nonché C. Crouch, *Non amato ma inevitabile, il ritorno al neocorporativismo,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, p. 55-80; e P.A. Capotosti, *Concertazione e riforma dello Stato sociale nelle democrazie pluraliste*, in Quaderni costituzionali, 3/1999.

[37] B. Trentin, *La città del lavoro, sinistra e crisi del fordismo,* Milano, 1997, cit. p. 82.

[38] M. Martone, voce *Concertazione,* in Enciclopedia Giuridica, 2001, cit. p. 6, 8, 11.

[39] Cfr. B.G. Mattarella, *Sindacati e Pubblici poteri,* Milano, 2003, p. 368 e ss.; sul piano sovranazionale, il tentativo di istituzionalizzare un "dialogo sociale", si è recentemente arenato e non accenna a riemergere, cfr. A. Michieli, *op. cit.* p. 293 e ss.

alle trasformazioni ed alle crisi del sistema produttivo, ha portato ad uno scenario anomico in cui, sotto la scure di fenomeni dalla portata sconosciuta in passato[40], le relazioni industriali vivono un momento di massima criticità[41]. Lo storico indebolimento dei soggetti sindacali, che coinvolge tanto la loro «dimensione esterna» quanto quella «interna», non ha certo subito una inversione di tendenza, ed anzi si è aggravato a causa di un pluralismo non controllato che genera una diffusa concorrenza al ribasso[42].

Tuttavia, è rilevabile l'emersione di una tendenza diversa. L'insorgere di coalizioni tra soggetti sindacali e altri attori sociali, sebbene in base ad un rapporto variabile e complesso, sta consentendo a nuovi soggetti sindacali e ad alcuni di quelli tradizionali, di rinnovare la loro legittimazione ed allargare la loro capacità rappresentativa[43]. Una conferma di questa tendenza sta, ad esempio, nella propensione da parte dei sindacati ad instaurare contenziosi strategici[44], e al rinvenimento di strategie di radicamento che riguardano i territori, prima ancora che i luoghi produttivi. In effetti, l'«offerta di servizi»[45] di natura sociale e assistenziale rivolti alla cittadinanza è oggi l'unico ambito in cui le tradizionali strutture sindacali sono in grado di registrare addirittura un aumento, anche in termini numerici, della loro capacità di radicamento nei territori, specie in quelli periferici, e con maggiore difficoltà in quelli metropolitani. Questo radicamento territoriale nel campo dei servizi appare in controtendenza rispetto a un'influenza sui processi produttivi che si è certamente ridotta, ma che resta

[40] Di cui le delocalizzazioni rappresentano un epifenomeno, cfr. A. Allamprese, S. Borelli, G. Orlandini (a cura di), *Delocalizzazione: un vecchio problema alla ricerca di nuove risposte,* Roma, 2025.

[41] Per una mappatura di questo fenomeno in termini di dati reali, cfr. M. Gaddi, N. Garbellini, *Crisi d'impresa: la necessità di nuove politiche industriali,* in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n. 175, 2022; e P. Liberati, G. Travaglini, *Riforme senza politica industriale: L'Italia negli ultimi venti anni,* in Rivista delle Politiche Sociali, 4/2014. Nel recente passato, e con l'affermazione ancora più netta del fenomeno della disintermediazione, il distacco tra partiti e sindacati si è intensificato, certamente non nel solo contesto italiano. La fine dell'era «delle affinità elettive tra partiti e sindacato» non permette comunque di ritenere che i partiti non vengano condizionati dai sindacati. La natura di «soggetto politico» di questi ultimi, prima ancora che di semplici rappresentanti di interessi, garantisce che il sindacato preservi una «rappresentanza sociale» diffusa, e resiliente, cfr. M. Carrieri, *Un lungo addio? Come cambiano i rapporti tra partiti e sindacati*, Roma, 2019, p. 76 e ss., cit. p. 105, 109, 118.

[42] Cfr. V. Protopapa, *Solidarietà ibride: trasformazioni e sfide della rappresentanza del lavoro,* in P. Albi (a cura di), *Partecipazione, conflitto ed eguaglianza nella trama del diritto del lavoro*, Pisa, 2026, p. 93. Per la descrizione del fenomeno della "concorrenza al ribasso", cfr. F. Seghezzi, *op. cit.* p. 121 e ss.; per la descrizione delle origini storiche del fenomeno, A. Accornero, *op. cit.* p. 259 e ss.

[43] L'esperienza del collettivo di Fabbrica dell'ex-GKN è in questo senso non meramente rappresentativa, ma direttamente fondativa, cfr. M. Schettino, *Dal conflitto alla norma: il caso GKN, in* Diritti Lavori Mercati, n. 2/2025, e G. Frosecchi, Diritti *collettivi di informazione. Lezioni dal caso GKN,* in *Labour & Law Issues*, 2/2021.

[44] Cfr. C.G. Guidetti e G. Gaudio, *Trade unions, strategic litigation and digital labour platforms: a case-study of the Cgil,* in AmbienteDiritto, 2/2024 e V. Protopapa, *It's Strategic! Riders, Unions, and Litigation in Italy,* in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 30/2024.

[45] Cfr. P. Feltrin, *Il fenomeno sindacale nell'Italia contemporanea: il declino «politico» e ascesa di «mercato»,* in QRS, n. 1/2015, e Id., *Ascesa e declino del sindacalismo metropolitano. E dopo?, in QRS,* n. 3/2023.

tutt'altro che trascurabile. Sullo sfondo di questi mutamenti di contesto ci sono nuove forme di conflitto, conflitto che «si mimetizza, o perlomeno così pare se lo si cerca nelle forme con cui tradizionalmente si è manifestato»[46], ma che invece vive, grazie ai suoi processi di ri-organizzazione[47]. Queste trasformazioni sembrano riguardare, infatti, anche il diverso rapporto tra interesse collettivo e interesse generale, non più concepito come (del tutto) antitetico, ma in un moto progressivo di avvicinamento[48].

3. La mancata implementazione del profilo positivo della libertà sindacale dell'articolo 39 Cost.

Alle descritte mutazioni subite dal contesto[49], ed all'altrettanto ingente trasfigurazione dei suoi soggetti, tuttavia, non è corrisposta un'evoluzione giuridica. Il sistema sindacale italiano non ha infatti abbandonato, né messo in discussione, la sua «informalità» e la centralità (senza eccezioni) dell'autonomia privata collettiva[50]. Non è in dubbio che tale categoria giuridica rimanga l'espressione più evidente del carattere prestatale e sociale del diritto del lavoro, che fonda la sua giuridicità sul principio organizzativo prima ancora che sul riconoscimento statale, costituendo una manifestazione di pluralismo giuridico. Con l'affermazione dello Stato costituzionale questa godrà infatti di piena legittimazione ma anche, come si vedrà subito, di un'incerta valorizzazione.

Come visto, infatti, per molto tempo l'informalità del sistema e l'autonomia privata collettiva dei soggetti sindacali hanno costituito delle certezze per diverse

[46] G.A. Recchia, *Gli interessi collettivi del lavoro tra vecchi e nuovi conflitti*, cit. p. 87, ma v. p. 84 e ss., in P. Albi, *op. cit.;* sui mutamenti dell'azione sindacale e del conflitto in nuovi scenari, cfr. F. Maffei, *Azioni collettive "anomale" e "immunità disciplinare",* in Diritti Lavori Mercati, n. 2/2025 e F. Martelloni, *Azione collettiva e nuove tecnologie: quale rapporto tra rappresentanti e rappresentati?, in Labour & Law Issues*, vol. 11, n. 1/2025.

[47] E che avviene in luoghi più o meno tradizionali, v. B. Caruso, *Un diritto del lavoro "tridimensionale"*… p. 21. L'A. rileva la presenza di tre proto-tipi, di natura tendenziale, come "novità" derivanti dalle suddette trasformazioni: la c.d. "fabbrica 4.0", i rapporti lavorativi nel settore dell'E-Commerce e della logistica gestiti da algoritmi, e il c.d. "Capitalismo delle piattaforme" o della *gig economy*, p. 8 e ss.

[48] Nell'ipotesi che le «identità fuori dal mercato» non abbiano sostituito quelle economiche ma siano con queste in rapporto variabile, rapporto che, quanto più diventa di integrazione piuttosto che di opposizione, tanto più consente l'innesco di una spirale virtuosa, di avvicinamento tra redistribuzione e riconoscimento, tra economia e politica, come confermano studi empirici, senza evitare di segnalarne anche le criticità, v. L. Amorosi, *Intersectionality and trade unions: a tale of class and identity?, in* Economic and Industrial Democracy, 2025, p. 1-23.

[49] In ogni caso, il concetto di «classe» continua a descrivere la composizione reale del tessuto sociale, «il precariato, insomma, è la nuova condizione "proletaria" contemporanea, che quindi fa parte tanto della classe operaia quanto della classe media-bassa impiegatizia», cfr. P. Ardeni, *Le classi sociali in Italia oggi*, Roma-Bari, 2024, cit. p. 119.

[50] Cfr. U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*…, p. 70 e ss.

componenti sindacali e politiche. Queste caratteristiche erano ritenute argini, da proteggere ad ogni costo, rispetto ad un intervento statale, in base all'idea per cui alla regolazione giuridica del fenomeno sindacale sarebbe corrisposto *necessariamente* un suo imbrigliamento[51]. Tale considerazione è oggi divenuta largamente inattuale alla luce delle mutate condizioni di fatto, che, come visto, hanno frammentato e indebolito la stessa legittimità dei soggetti che dovrebbero dare luogo alla manifestazione dell'autonomia privata collettiva. Per questo ormai da qualche tempo il dibattito si è aperto all'ipotesi di un intervento eteronomo, che consenta un maggior grado di istituzionalizzazione delle relazioni industriali[52]. Per comprendere in cosa consista questa esigenza di istituzionalizzazione, è utile considerare entrambi i profili della libertà sindacale.

Nella visione tradizionale, l'azione sindacale si esaurisce sostanzialmente nel binomio composto dalla contrattazione collettiva e dallo sciopero[53]. In questo binomio è stato valorizzato il profilo negativo della libertà sindacale, intesa come libertà da impedimenti nell'agire, che deve essere dunque protetta da ingerenze esterne.

Il profilo positivo di tale libertà, che passa per la sua dimensione istituzionale[54], si esprime invece nella individuazione delle «forme di rilevanza giuridica»[55] tanto dei soggetti, quanto degli atti che la sostanziano, in modo da garantire a questi ultimi un'efficacia giuridica ulteriore a quella che deriva dal mero dispiegarsi delle dinamiche inter-private, che si esauriscono nella logica negoziale. L'efficacia della contrattazione

---

[51] Permettendo così che continui tuttora a verificarsi il paradosso per cui «la costituzione europea più decisamente ispirata ad un modello "postliberale" dei rapporti fra stato ed organizzazioni sindacali finì col trovare, in sede legislativa, l'attuazione più "liberista": il puro e semplice ritorno al *laissez faire* collettivo», G. Vardaro, *op. cit.*, p. 57, ma v. p. 47 e ss. Sul punto, recentemente, cfr. G. Fontana, *op. cit.* p. 140.

[52] Le fasi di questo percorso sono oggetto di ampia letteratura, cfr. L. Casini, M. Vitaletti, *L'ordinamento interno a base democratica dei sindacati,* in Rivista di Diritto pubblico, 1/2021, p. 234 e ss.; da ultimo cfr. C. Ponterio, *Le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro,* in P. Albi (a cura di), *op. cit.* p. 199 e ss.

[53] Continua ad essere lo sciopero, in questo scenario, la caratteristica più importante del nostro sistema «non istituzionalizzato». Da ultimo, sulla valenza della categoria dello sciopero-diritto (e non già di sciopero-libertà) per i casi di astensione dal lavoro motivata dall'opposizione a conflitti di rilevanza internazionale, L. Calafà, *Conflitti e sciopero-libertà*, in Lavoro e Diritto, n. 1/2026; per i rischi di un passaggio dal «diritto al conflitto» al «governo concertato del conflitto», v. A.J. Golia, *op. cit.* p. 66 e ss.

[54] E dunque per il circuito legislativo, cfr. n. 11. Se la libertà sindacale è un «diritto sociale di libertà», collegato ai «caratteri essenziali del regime costituzionale», che consiste in una dimensione «interna, di istituzione e organizzazione», ed una «esterna, di azione e contrattazione», allora il suo profilo positivo attiene alla «effettiva garanzia» di cui godono tali aspetti costitutivi della libertà, grazie all'intervento, più o meno diretto, da parte dello Stato, v. A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1989, p. 18 e p. 30. È qui a venire in rilievo la dimensione istituzionale della libertà sindacale, e la sua strumentalità al profilo positivo, v. n. 11.

[55] Cfr. G. Vardaro, *op. cit.* p. 72, 82; non è un caso che sia stata soprattutto la legislazione, recependo gli approdi giurisprudenziali, ad aver attuato il profilo positivo di libertà dei diritti connessi al lavoro. Ciò è avvenuto quasi esclusivamente con riguardo alla tutela individuale del rapporto, e non già alla sua dimensione collettiva e sindacale, A. Di Martino, *La doppia dimensione*… p. 46.

collettiva, la misurazione della rappresentatività dei sindacati, le modalità di partecipazione all'impresa, così come le forme di rappresentanza dei lavoratori all'interno di essa, sono esempi del profilo positivo della libertà sindacale, di cui è comprensibile il valore di sostegno e promozione rispetto all'azione sindacale. Come è stato anticipato, la legislazione ha scarsamente valorizzato tale profilo[56]; anzi, piuttosto che aumentare l'istituzionalizzazione del sistema, ha spesso contribuito alla sua *deregulation*[57].

Questa mancanza di sufficienti integrazioni tra il sistema costituzionale e quello privato ha comportato una conseguenza fondamentale, rimasta sostanzialmente indiscussa fino al tempo presente: l'edificazione dogmatica (e culturale) dell'autonomia collettiva come categoria esclusivamente privatistica[58], ed il conseguente abbandono del modello delineato dalla Costituzione al suo articolo 39, generando un dibattito carsico sulla sua attuazione, ancora in corso.

È sicuramente vero che questa norma di principi[59] è composta di «parti interferenti tra loro»[60]. Alla libertà di organizzazione sindacale protetta dal primo comma, per certi versi, si contrappone lo «schema» (dagli evidenti residui corporativi) individuato dai commi successivi per il conferimento di efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva, che dunque limita quella libertà. Ma è altrettanto vero che la frammentazione causata dai processi di disintermediazione dei rapporti produttivi e sociali ha restituito attualità alla disposizione, facendo emergere la «sorprendente potenzialità discriminatoria ed antidemocratica (…) racchiusa nella apparentemente pacifica teoria liberal-privatistica»[61]. Tale rivalutazione si deve soprattutto al fatto[62] che

---

[56] Una delle poche valorizzazioni della dimensione positiva di libertà, e che tuttavia risente direttamente della informalità del sistema, è la tecnica del rinvio legislativo alla contrattazione collettiva, su cui non ci si può soffermare, cfr. I. Alvino, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Napoli, 2018.

[57] Come nel caso del rapporto tra diversi livelli di contrattazione collettiva, cfr. U. Romagnoli, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato),* in Lavoro e Diritto, 1/2013, nonché A. Lassandari, *Oltre il «decentramento contrattuale» un programma di ridimensionamento delle organizzazioni sindacali e della clausola collettiva*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori e contrattazione collettiva nell'impresa,* Milano, 2021, p. 131-140.

[58] Cfr. M. Martone, *Governo dell'economia e azione sindacale,* Padova, 2006, p. 275; in base ad una diversa visione, invece: «l'assetto costituzionale italiano propone delle possibilità di rapporto fra stato e società che vanno ben oltre la logica del Codice civile», G. Vardaro, *op. cit.* p. 81.

[59] Che se appare «indecisa» è perché piuttosto che regolare in un unico modo i rapporti a cui si riferisce, rimette tale regolazione alla dinamica delle forze sociali ad essa sottese. Ma ciò non implica, e si rinviene qui la dimensione positiva di libertà, l'impossibilità che tale norma possa avere una funzione "legittimante" e "sanzionatoria" rispetto alle mutevoli determinazioni di quelle forze sociali, garantendo (ad alcune di esse, quelle ritenute legittime) un'efficacia più forte rispetto ai normali rapporti inter-privati, v. G. Vardaro, *op. cit. p.* 74 e ss. e p. 121.

[60] M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi,* in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*,* 1998, p. 663 e ss., cit. p. 671.

[61] P. Alleva, *Commento all'articolo 39,* in Aa.Vv., *La Costituzione Inattuata,* Milano, 2026, cit. p. 422.

[62] Come era stato già rilevato da tempo, cfr. G. Pera, *Il trentanovismo è nelle cose,* in Politica del Diritto, 1985, p. 506 e ss. e M. D'Antona, *op. cit.* p. 671 e ss., e p. 686 e ss.

del precetto costituzionale dell'articolo 39, è possibile dare più di una applicazione, secondo la celebre lettura che di questo ha voluto sottolineare il valore finalistico-assiologico, prima ancora del modello procedurale previsto dalla lettera della disposizione costituzionale[63].

L'attuazione «diretta» dell'articolo 39 Cost. dovrebbe infatti passare per l'attuazione di quello «schema» a cui ci si riferiva, ed in base al quale i sindacati godrebbero dell'«esercizio di un potere contrattuale garantito dallo stato» a fronte però di «un intervento diretto» di quest'ultimo nella loro sfera interna, sotto il profilo della loro democraticità statutaria e dell'obbligo di registrazione, e non già della loro legittimazione sociale reale[64]. Al contrario una sua attuazione «indiretta», ed assiologicamente orientata, si sostanzierebbe negli interventi legislativi volti «a rendere effettivo, insieme alla libertà organizzativa dei sindacati, il suo contenuto attivo, ossia l'esercizio dell'autonomia collettiva»[65]. Il ruolo della legge potrebbe sostanziarsi intanto nella selezione e nella promozione dei soggetti sindacali, ancorandosi necessariamente alla legittimazione sociale degli stessi, dunque alla loro effettiva (e mutevole) capacità rappresentativa. Non è quindi solo dall'attuazione della *regola* prevista dalla *disposizione* dell'articolo 39 che può ricavarsi l'efficacia, invece, della sua *norma* di principio, ossia, «l'uguaglianza del trattamento contrattuale nell'ambito di riferimento auto-determinato dalle parti collettive»[66]. Dal punto di vista pratico una qualsiasi attuazione di questo principio costituzionale dovrà passare, come anticipato, per la definizione del concetto di rappresentatività, e dunque per la definizione delle modalità di misurazione di quest'ultima[67].

Questa operazione appare necessaria al rinvenimento di un «governo del pluralismo», che altrimenti continuerebbe ad essere lasciato alla libera concorrenza, non consentendo la realizzazione di nessuna «equi-ordinazione» tra «i principi di libertà e pluralismo sindacale e quelli di organizzazione sindacale e rappresentatività misurata», che non dovrebbero essere «né gerarchizzabili, né graduabili»[68]. Il rinvenimento di

[63] È questa la tesi di fondo di Massimo D'Antona in *op. ult. cit.*; per le sue rivalutazioni recenti, cfr. B. Caruso, *Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.,* in Biblioteca '20 Maggio', 2/2021, e G. Fontana, *op. cit.* p. 136 e ss.; nella dottrina costituzionalistica, cfr. A. Morrone, *I sindacati e i «tradimenti» della Costituzione*, in Aa.Vv., *Diritti costituzionali, conflitto collettivo, lavoro. Scritti dedicati a Giovanni Pino raccolti da Valeria Sgrò*, Torino, 2022, p. 201 e A. Michieli, *La partecipazione nei rapporti economici*… p. 153 e ss.

[64] Perché l'unica condizione richiesta è l'acquisto di personalità giuridica, non la «rappresentatività sociale effettiva», M. D'Antona, *op. cit.* p. 672.

[65] Questa è la dicotomia compiuta da M. D'Antona, *op. cit.* p. 672, 673. Il modello "indiretto" di attuazione è classificato espressamente dall'A. come rappresentativo della «dimensione positiva» della libertà sindacale.

[66] G. Fontana, *op. cit.* p. 145.

[67] È proprio su questo punto che si basa la prima condizione che non pare possibile rinviare per una regolazione del sistema: la selezione legittima dei suoi soggetti, e successivamente la qualificazione degli effetti dei suoi atti, cfr. S. Vuoto, *La rappresentanza degli attori negoziali,* in P. Albi (a cura di), *op. cit. p.* 449 e ss.

[68] B. Caruso, *op. ult. cit.* p. 94, 95.

criteri su cui fondare il concetto di rappresentatività – che consentirebbe una prima vera istituzionalizzazione del sistema – oltre a costituire un problema tecnico, rimane una decisione fondamentale che individua il punto (politico) di equilibrio tra i principi ricavabili dall'articolo 39, e quindi tra la libertà sindacale e la sua dimensione e regolazione democratica. Tali questioni sono oggetto di un rinnovato dibattito in dottrina, stimolato dall'ennesimo intervento della giurisprudenza costituzionale sul concetto di maggiore rappresentatività comparativa. Quest'ultimo è stato infatti problematicamente utilizzato dalla Corte, non più in riferimento ai criteri di selezione del contratto collettivo da applicare, bensì alla selezione degli stessi soggetti sindacali rappresentativi[69], sotto lo specifico profilo del loro diritto a costituire una Rappresentanza Sindacale Aziendale (RSA). La Corte, valorizzando un «criterio senza criteri»[70], quello «ineffabile» della maggiore rappresentatività comparativa, ha rimesso il suo concreto rinvenimento all'attività interpretativa della giurisprudenza, ed a quella ermeneutica della dottrina[71]. A questi formanti, in assenza di un intervento legislativo, è affidata la risoluzione del problema di qualificare quale sia il sindacato dotato della maggiore rappresentatività comparativa, dopo che la Corte ha però (problematicamente) escluso ogni collegamento diretto tra questa nozione e la dimensione effettiva della rappresentanza in azienda[72].

Al di là della questione specifica, il patrimonio conoscitivo che da questa potrà scaturire può divenire utile per l'attuazione "indiretta" dell'articolo 39, intanto attraverso una legge in grado di misurare la rappresentatività sindacale. Appare ormai

---

[69] Le questioni ri-aperte dalla sentenza, tuttavia, vanno ben al di là dell'individuazione del diritto a costituire la RSA, poiché i criteri utili a questo, lo sarebbero anche per l'attuazione che si è chiamata "indiretta" dell'articolo 39. Per un'analisi dei problemi sollevati, v. A. Michieli, *La mutata «razionalità pratica» dei criteri per la costituzione delle RSA e gli effetti sulle regole della rappresentanza sindacale. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 156 del 2025,* in *Osservatorio Costituzionale AIC,* 3/2026, cit. p. 244.

[70] *Ivi,* p. 248 e ss.

[71] È qui impossibile soffermarsi sulle problematiche scaturenti da questa decisione, che necessiterebbero di uno spazio separato. Per un riassunto e una elaborazione delle stesse, cfr. J. Nannini, *L'insostenibile leggerezza della maggiore rappresentatività comparata e l'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori dopo la sentenza 156/2025 della Corte Costituzionale*, in Federalismi.it, 16/2026, p. 199 e ss., che propone, coerentemente con la valorizzazione assiologica dell'articolo 39, di considerare, ai fini della concretizzazione del concetto di maggiore rappresentatività comparata, la «forza» espressa dal conflitto collettivo e quindi dall'autonomia sindacale, ad esempio utilizzando il tasso di adesione agli scioperi, insieme a quello elettorale/associativo, ammonendo comunque sulla non rinviabilità di un intervento legislativo, anche sul connesso problema della delimitazione dei perimetri settoriali entro cui effettuare le misurazioni di rappresentatività. Su tale ultimo aspetto, cfr. F. Siotto, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza,* in Ridl, 2017. Nemmeno la giurisprudenza di legittimità sembra avere sciolto almeno alcuni dei nodi interpretativi della decisione, il che rende ancora più evidente la necessità di un intervento legislativo, cfr. Cass., sez. lav., 10 settembre 2026, n. 25184.

[72] Secondo L. Nogler, *Rappresentatività e partecipazione nel settore privato: spunti per un convegno,* in ADL, 1/2026, p. 29, sarebbe questa l'occasione per valorizzare la partecipazione *bottom-up,* piuttosto che *top-down,* nella dimensione aziendale, e ridare vigore al principio dell'articolo 46 Cost., che mette al centro l'interesse collettivo dei lavoratori organizzati nell'unità produttiva, accanto a quello individuale e collettivo-sindacale.

fin troppo chiaro che, nei fatti, continui a sussistere un potere scarsamente limitato di accreditamento datoriale consistente nella discrezionalità dell'imprenditore nella «scelta» del sindacato con cui avviare una contrattazione. Non è allora casuale che il sistema delle relazioni industriali funzioni in base al principio della concorrenza al ribasso. La valorizzazione del profilo positivo della libertà di cui all'articolo 39 Cost., grazie all'implementazione della sua dimensione istituzionale, consentirebbe di ovviare a questo funzionamento patologico del sistema che è il prodotto di una concezione esclusivamente privata della libertà sindacale, valorizzando invece il suo carattere di libertà sociale fondamentale, necessaria a preservare, sistematicamente, anche gli altri diritti connessi alla sfera lavorativa. Ciò implica l'individuazione concreta di meccanismi di democrazia sindacale, la cui definizione è colma di questioni fondamentali: se è vero che il sistema costituzionale di cui all'articolo 39 (anche nella sua attuazione "indiretta") richiede l'adozione di un «principio proporzionale in senso funzionale» per l'individuazione dei soggetti legittimati, e di un «principio maggioritario in senso deliberativo» per assumere le decisioni, devono essere individuati anche efficaci meccanismi a tutela del dissenso, che siano in grado di valorizzare la sostanzialità della democrazia sindacale[73], ancorata alla legittimità sociale, più che alla misurazione numerica della maggioranza.

L'attualità di questi aspetti si può verificare anche sulla base della indubbia eccezionalità del contesto italiano sotto un profilo fondamentale: a questo sistema esclusivamente "privato" di contrattazione collettiva non si affianca alcun tipo di ulteriore meccanismo di *enforcement*[74], se non quello del tradizionale ruolo di «equivalente funzionale» che le corti continuano a svolgere, specie in relazione alla tutela della retribuzione[75]. Ciò comporta un'accentuata privatizzazione dei conflitti economico-lavorativi, che sono rimessi esclusivamente alla capacità (e possibilità) individuale di rivolgersi al potere giudiziario, ed alle capacità strategiche dei soggetti

[73] Realizzando così una «cooptazione del dissenso» piuttosto che una sua limitazione, V. Bavaro, *Il principio maggioritario nelle relazioni* industriali, in Lavoro e Diritto, 1/2014, p. 19, 20.

[74] L'Italia è l'unico paese di area europea a non avere né alcun tipo di salario minimo, né alcun supporto legislativo all'efficacia della contrattazione collettiva, cfr. G. Orlandini, G. Meardi, *Round Table. Implementing EU Directive on adequate minimum wages in southern Europe: the odd case of Italy,* in Transfer, European Trade Union Institute, vol. 29, p. 253 e ss.; l'Italia è anche il paese in Europa dove la quota dei salari è la più bassa in assoluto sul reddito nazionale (60%); ciò è stato ricondotto non solo a fattori esterni, ma anche al ridotto potere contrattuale delle organizzazioni sindacali e alle riforme inerenti al mercato del lavoro, cfr. W.P. Meloni, A. Stirati, *Wages, Productivity, and the Evolution of the Labour Share in Italy: A Sectoral Analysis through National Accounts,* in Economia e Lavoro, 2/2023, p. 12 e p. 15-18.

[75] Sono noti gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità che hanno scardinato "l'intoccabilità" della disciplina collettiva nella determinazione del salario, cfr. R. Riverso, *Il salario minimo costituzionale nella giurisprudenza di legittimità,* in *Lavoro Diritti Europa,* 4/2024 e C. Tripodina, *Commento all'articolo 36,* in Aa.Vv., *La Costituzione Inattuata*, p. 390. La questione salariale rimane tuttora aperta, alla luce sia della giurisprudenza europea che di quella costituzionale interna, cfr. A. Ciervo, *Il salario minimo legale: l'apertura di un dibattito teorico e giurisprudenziale in una prospettiva multi-livello,* in *Rivista giuridica del* lavoro, 2/2026; e A. Lo Faro, *Salari adeguati e competenze dell'Unione tra continuità giurisprudenziale e sensibilità politica*, in *Lavoro e Diritto*, 1/2026.

collettivi, che, come si è visto, possono contare esclusivamente sulla loro capacità di azione spontanea[76]. Ma soprattutto il potere giudiziario, pur avendo virtuosamente rinvenuto tecniche di tutela sempre più pervasive, non può superare la sua inidoneità ad affrontare problematiche strutturali quali l'ipertrofia della contrattazione collettiva ed il conseguente *dumping* salariale e sociale – specie in alcuni settori produttivi – finendo per affidare ad un (fisiologicamente) incostante attivismo giudiziale la puntiforme tutela di intollerabili situazioni di sfruttamento[77]-

4. La legge n. 76/2025 sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa: la prima attuazione organica dell'articolo 46 Cost. nel solco della tradizione

La prospettiva fino ad ora delineata consente, infine, di inquadrare il tema della partecipazione dei lavoratori all'impresa, dato il primo recente tentativo di formalizzazione organica di istituti partecipativi ad opera della legge n. 76/2025.

L'approvazione da parte del Parlamento di una legge che attua la riserva di legge relativa[78] di cui all'articolo 46 Cost.[79] è in effetti una novità. Come si è visto, nel contesto italiano le relazioni industriali si sono per lungo tempo tenute in una saldatura tra «iperconflittualità (…) e veteroliberalismo»[80], lasciando ben poco spazio ad un approccio partecipativo. La partecipazione in Italia si è dunque risolta in una dimensione «esterna ed informale», perché sclerotizzata nella contrattazione collettiva; non a caso è l'espressione «partecipazione conflittuale», che suona come un ossimoro,

[76] Ed è proprio questo a rendere necessario un intervento legislativo, in grado di prevenire l'autofagia del sistema sindacale, v. G. Fontana, *op. cit.* p. 136 e 137.

[77] Come di recente avvenuto, tramite tecniche di *enforcement,* non a caso, di tipo eteronomo, tipiche delle sanzioni penali ed amministrative, cfr. I. Alvino, O. Razzolini (a cura di), *Caporalato e Sfruttamento nelle filiere,* Roma, 2025.

[78] Così viene inquadrata dalla parte maggioritaria della dottrina, cfr. A. Michieli, *op. cit*. p. 112, soprattutto nella considerazione che i modelli istituzionali di partecipazione devono necessariamente integrarsi con i «centri di co-produzione normativa» di origine sindacale, che sono legittimati dall'articolo 39 Cost., U. Romagnoli, *La deriva*… cit. p. 12. Si vedrà subito come, tuttavia, il rimando alla normatività sindacale abbia, nel caso di specie, quasi assorbito la normatività legislativa.

[79] Il cui dettato prevede che «ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende».

[80] L'espressione originaria è di L. Zoppoli, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda,* in Enciclopedia del diritto, Milano, 2011, cit. p. 913, richiamata da A. Michieli, *op. cit.,* p. 199. Sebbene fosse stata utilizzata per descrivere l'atteggiamento conflittuale delle relazioni industriali del passato, oggi il primo termine sembra avere decisamente meno effettività rispetto al secondo. La conflittualità del sistema sindacale italiano è un dato incontestato anche da chi ha proposto la valorizzazione di strumenti come l'arbitrato o la tregua sindacale per la «mediazione» del conflitto collettivo. Questo tipo di istituzionalizzazione del sistema, connessa al tema della c.d. "esigibilità" del contratto collettivo, non si è mai davvero affermata nonostante l'incentivazione di tali strumenti nel recente passato, e nonostante l'affievolirsi della forza conflittuale, cfr. L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero,* Milano, 2012, p. 39 e ss. e p. 166 e ss.

a descrivere efficacemente in che modo si manifesta da sempre la partecipazione nei rapporti lavorativi in Italia[81].

Fino a questo momento gli interventi in tema sono stati assolutamente disorganici, disgiunti ed episodici[82]. Di sicuro la rinnovazione del dibattito è stata favorita dalla generale crisi di efficacia e rappresentatività delle organizzazioni sindacali che le ha spinte a riconsiderare la validità di pratiche ed istituti partecipativi, tanto da arrivare a formalizzare queste intenzioni in un accordo, sebbene non direttamente cogente[83]. È così che, con quasi 80 anni di ritardo rispetto alla entrata in vigore dell'articolo 46 della Costituzione, l'ipoteca inscritta su di esso dalle forze politiche e sindacali è finalmente stata rimossa. Ciò ovviamente non significa che la sua prima attuazione organica abbia anche raggiunto l'obiettivo di rivoluzionare il sistema sindacale, o comunque di garantire la segnalata esigenza di una sua istituzionalizzazione. Anzi, anticipando le conclusioni, può dirsi proprio il contrario[84].

---

[81] La «partecipazione conflittuale» non è dunque altro che l'assorbimento del concetto di partecipazione nella contrattazione collettiva, dove emerge quindi la preminenza del soggetto sindacale, che "partecipa" tramite la sua forza negoziale. Questa concezione della partecipazione ha consentito di prescindere dal problema di attribuire una forma istituzionale e cogente ai meccanismi di partecipazione, come avvenuto in altri contesti. L'attualità del tema emerge soprattutto per il descritto indebolimento dei sindacati: guardare altrove sembra un'operazione necessaria, ma non immediata, cfr. J. Luther, *Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende: la sostenibilità di equivalenti italiani alla Mitbestimmung,* in Federalismi.it, n. 5/2019, p. 141, 144; per una ricostruzione del pensiero fondativo in tema di partecipazione, il commento di L. Zoppoli, *La partecipazione nel pensiero di Giorgio Ghezzi,* in O. Mazzotta (a cura di), *Introduzione al diritto sindacale,* vol. II, 2024. Nel pensiero di Ghezzi la democrazia economica (osservata però in pieno fordismo) era inseparabile dal contropotere operaio, anche se questo veniva sempre concepito come 'partecipazione esterna' e rivolto al più ampio obiettivo di partecipazione dei sindacati alla programmazione economica territoriale e nazionale, cfr. p. 128 e ss. e G. Ghezzi, *op. cit.* p. 149 e ss.

[82] Per una ricostruzione dei vari interventi normativi stratificatisi nel tempo, nella loro complessiva disorganicità, cfr. M. Corti, *L'eterno ritorno del dibattito sulla partecipazione in Italia. La proposta della Cisl nel quadro comparato,* in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 4/2023, p. 939-942; nonché, ivi, T. Treu, *La proposta della Cisl sulla partecipazione al lavoro. Per una governance di impresa partecipata dai lavoratori,* p. 889-899; e A. Michieli, *op. cit*. p. 149-182.

[83] Ci si riferisce al c.d. "Patto per la fabbrica", cfr. G. Impellizzieri, *La cosiddetta "partecipazione organizzativa": un primo bilancio a cinque anni dal Patto per la fabbrica*, in *La partecipazione dei lavoratori*, n. 10/2025, in ADAPT University Press. Su alcune esperienze, invero marginali, nel nostro contesto, cfr. R. Santagata de Castro, *La partecipazione dei lavoratori nel sistema delle relazioni industriali italiane: una riflessione su alcuni esperimenti innovativi alla luce della nuova normativa di legge*, in Lavoro Diritti Europa, 2/2025.

[84] Condividendo, tra le altre motivazioni, le cinque che fanno ritenere mancato l'obiettivo di una concreta attuazione dell'articolo 46 Cost.: «il ridotto apporto innovativo delle sue disposizioni; il suo limitato ambito soggettivo di applicazione; l'aspetto volontaristico (della generalità) delle forme di partecipazione ivi disciplinate; l'assenza di un effettivo organo di controllo o supervisione; l'eclissamento del sindacato», cfr. C. Gentile, La *legge n. 76/2025 sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese: un'occasione mancata per l'effettiva attuazione dell'art. 46 Cost.,* in *Costituzionalismo.it*, 3/2025, cit. p. 100.

Senza pretesa di esaustività nell'analisi della riforma, operazione che è già stata copiosamente svolta[85], se ne vuole più che altro sottolineare la continuità con il passato.

L'iniziale articolato, arrivato in Parlamento sotto forma di proposta di legge di iniziativa popolare, prevedeva un tasso minimo di rigidità, e quindi di istituzionalizzazione. Alcune previsioni erano direttamente cogenti, come nel caso della partecipazione gestionale nelle imprese partecipate dallo Stato, e della partecipazione consultiva preventiva obbligatoria nelle pubbliche amministrazioni, negli istituti bancari, di credito, e nelle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali. Veniva prevista poi l'istituzione del garante per la sostenibilità delle imprese, a cui era assegnato un importante compito di certificazione e supporto delle pratiche partecipative; esisteva una disciplina «premiale», volta ad incentivare l'utilizzo degli istituti partecipativi, prevedendo il diritto dei rappresentanti dei lavoratori di usufruire, a spese dell'azienda, di consulenti esterni per attuare gli istituti partecipativi. Sulla stessa lunghezza d'onda stavano le agevolazioni fiscali dedicate alla partecipazione organizzativa, e quelle relative alla partecipazione finanziaria, così come le ore annue minime di formazione (rivolta ai rappresentanti coinvolti nelle commissioni paritetiche e negli organi societari), e l'obbligatorietà di prevedere permessi rivolti a tale scopo.

La dottrina, soprattutto quella giuslavoristica, accoglieva la prima versione della legge con favore, considerando che per la prima volta si affrontava in maniera completa il tema, concependo la partecipazione nella sua integralità, ed offrendo anche un apparato promozionale della stessa. La tecnica legislativa adottata dava particolare risalto ed importanza allo strumento della contrattazione collettiva, specie a quella di secondo livello, a cui la proposta di legge rinviava pressoché costantemente, rimettendole *l'an* ed il *quomodo* dell'attuazione degli istituti partecipativi. Tali rinvii non erano però tutti dello stesso tipo: nell'articolato originale, accanto a quelli autorizzatori e regolativi – che dunque facevano risaltare la discrezionalità assegnata alla contrattazione – e che divenivano però talvolta «precettivi»[86] (obbligando la contrattazione a certe previsioni), stavano previsioni legislative direttamente cogenti[87]. Nonostante alcuni rilievi, il giudizio complessivo non era negativo, soprattutto

[85] Cfr. il fascicolo 2/2025 della rivista Lavoro Diritti Europa, interamente dedicato al commento della legge n. 76/2025, nonché il numero 4/2023 della rivista Diritto delle Relazioni Industriali, ivi i contributi di T. Treu, M. Corti, L. Zoppoli, E. Ales, per un commento esaustivo sulla proposta di iniziativa popolare della CISL. Cfr. altresì Aa.Vv., *Primo commento alla legge di iniziativa popolare sulla partecipazione dei lavoratori,* in ADAPT University Press, 2025; nonché I. Armaroli, G. Impellizzieri, F. Seghezzi, M. Tiraboschi (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori*, n. 10/2025, in ADAPT University Press.

[86] «La proposta, tuttavia, non si limita ai rinvii, autorizzatori o regolativi che siano, imponendo condizioni specifiche alla contrattazione collettiva nel loro esercizio», E. Ales, *La proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione,* in Diritto delle Relazioni Industriali, 4/2023, cit. p. 919. Venivano in ogni caso fatte salve le condizioni di miglior favore previste dai contratti collettivi, cfr. art. 16 della proposta di legge originale.

[87] Sulle diverse tecniche di rinvio in riferimento alle previsioni particolari della legge, E. Ales*, La proposta di legge*…, p. 917-922.

considerando che la legge non provava a nascondere le sue origini. La «partecipazione a trazione Italica»[88] individuata si caratterizzava per un elevato livello di informalità e volontarismo, che si rispecchiavano nel massiccio utilizzo di *soft law*[89] a sostegno della contrattazione collettiva.

Questo iniziale entusiasmo è stato tuttavia smorzato dall'iter parlamentare che l'articolato ha affrontato, e che ha visto un evidente depauperamento dell'equilibrio di cui questo poteva astrattamente godere, tanto da spingere molti commentatori a sottolinearne il valore simbolico, piuttosto che normativo[90]. Nella versione definitiva della legge, venivano infatti rimosse le (poche) disposizioni che istituzionalizzavano la partecipazione, e quelle che garantivano il suo apparato promozionale. Non solo: mutano in maniera non indifferente molte altre previsioni, con ricadute sulla loro effettività e sul loro reale significato.

La così detta partecipazione «forte», tradizionalmente costituita da quella gestionale ed organizzativa, perde infatti ogni connotato di obbligatorietà, e viene problematicamente subordinata non solo all'autonomia collettiva, ma anche alla discrezionalità della parte datoriale. Nel primo caso, la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori agli organi societari viene rimessa agli statuti sociali, prima ancora che alla regolazione della contrattazione collettiva, che non è più vincolata a prevedere un numero minimo di rappresentanti dei lavoratori[91].

Anche la partecipazione organizzativa ricalca questo schema: l'articolo 7 rimette all'azienda e non più alla contrattazione collettiva l'istituzione di commissioni paritetiche simmetriche con il compito di predisporre «proposte» di «piani di miglioramento e innovazione dei prodotti, dei processi produttivi, dei servizi e dell'organizzazione del lavoro». Tali piani, che non hanno pressoché nessun vincolo contenutistico o procedurale[92], non godono nemmeno più di un apparato promozionale, e come visto sono rimessi al lavoro di commissioni paritetiche di istituzione aziendale. L'articolo 8, poi, nel tentativo di dare effettività a tali «piani», fa

[88] Così l'ha definita L. Zoppoli, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale,* in Diritto delle Relazioni Industriali, 4/2023, cit. p. 972, facendo riferimento all'origine politico-culturale della legge, riferibile alla CISL; cfr. A. Michieli, op. cit., p. 239 e ss.

[89] Così come la stessa CISL ha definito «l'ossatura tecnica e culturale della proposta (…) *soft law* di sostegno alla contrattazione collettiva», cfr. p. 7 della Audizione CISL presso la 10ª Commissione permanente del Senato, (Affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) 25 marzo 2025.

[90] Cfr. A. Ingrao, *La partecipazione dei lavoratori tra istanze costituzionali e compromessi legislativi: legge n. 76/2025, anatomia di una riforma mancata,* in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2/2025, p. 123-143.

[91] Previsione viceversa usualmente presente in altri contesti, talvolta vicini a prevedere condizioni di parità della rappresentanza tra parte datoriale e lavoratrice. È questo il caso della *unternehmerische Mitbestimmung*, cfr. *infra* par. 7; per la complessa normativa di rinvio prevista da questi articoli, in merito alla disciplina societaria e sui diversi regimi di incompatibilità nelle nomine all'interno degli organi societari, cfr. il contributo di E. Ales, *Tutte le strade portano alla partecipazione? Un'analisi della l. n. 76 del 2025 nel prisma dei suoi attori*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2025, p. 2-4.

[92] Anche qui l'articolato precedente è sensibilmente diverso: cfr. l'articolo 10, co. 3, della proposta originaria.

riferimento ad una figura inedita, quella del «referente», da inserire nell'organigramma aziendale in esito alla contrattazione di secondo livello: anche in questo caso appare fumosa la natura di un'ulteriore figura, le cui attribuzioni non sono specificate dalla legge, se non in riferimento alle materie di cui dovrebbe occuparsi. Il problema è che tra queste materie vi sono però questioni decisamente connesse, oltre che a politiche aziendali, a diritti che dovrebbero già rientrare nella sfera dei lavoratori[93].

Qualche spiraglio di un'impostazione più paritaria, invero recuperabile solo in via interpretativa[94], è dato dalla partecipazione consultiva, che è affidata ad un'altra commissione, stavolta individuata dalla sola contrattazione e non dalla determinazione aziendale. L'articolo 9, non delineando contenuti e tempi della partecipazione consultiva, si ferma però un passo prima di attribuire un insieme di diritti di informazione e consultazione direttamente cogenti, che «andranno ancora una volta conquistat[i] sul terreno, fragile e diseguale, della contrattazione collettiva»[95].

In ultimo, sebbene non tutti siano concordi sulla natura della partecipazione finanziaria come istituto partecipativo vero e proprio, anche quest'ultima appare decisamente depotenziata rispetto al disegno originario: la possibilità di distribuire gli utili ai dipendenti perde la sua strutturalità, oltre a venire praticamente dimidiata. È invece rimesso totalmente all'azienda l'aspetto della partecipazione al capitale (e dunque alla proprietà) dell'impresa, perché il *management* potrà prevedere piani di partecipazione azionaria, con un conseguente effetto di fidelizzazione dei lavoratori, tanto che, oltre agli strumenti ordinari di derivazione codicistica, la legge prevede la possibilità di sostituire i premi di risultato tramite l'attribuzione di azioni[96]. Scompare invece del tutto la possibilità di creare una gestione fiduciaria dei diritti di voto (c.d. *voting trust*) derivanti dalla partecipazione, che avrebbero potuto essere gestiti in maniera collettiva, creando così un effettivo peso della partecipazione finanziaria all'interno degli equilibri politici societari. Un'ultima importante precisazione riguarda la non

[93] Le «materie» individuate dall'articolo 8 e rimesse alla figura del «referente» sono: «formazione, piani di welfare, politiche retributive, della qualità dei luoghi di lavoro, della conciliazione e della genitorialità nonché quelle dei responsabili della diversità e dell'inclusione delle persone con disabilità». È evidente come alcune di queste previsioni, nelle quali spiccano le politiche retributive, siano già oggi rimesse alla negoziazione tra sindacato e impresa, e che la figura di un «referente» non meglio specificato, senza alcun potere coercitivo o istituzionale, non possa verosimilmente influire sull'implementazione delle stesse, se non, al contrario, ponendosi in problematica contrapposizione con il sindacato.

[94] Cfr. E. Ales, *Tutte le strade…,* p. 7, dove l'A., in base ad un'interpretazione sistematica, ritiene che i CCNL debbano prevedere l'istituzione di tale commissione, sulla base del rinvio operato dalla legge.

[95] A. Ingrao, *op.* cit., p. 133. Il richiamo della norma al d.lgs. 25/2007, che attua la direttiva 2002/14/CE in tema, non vale a migliorare la situazione: si crea un doppio canale invece di intervenire sulla normativa già esistente, facendo rimanere irrisolti i problemi della stessa, come ad esempio la soglia dimensionale minima per l'applicazione della normativa, ampiamente superiore a quella prevista dalla normativa europea, v. spec. p. 131 e ss.

[96] «In tal modo, la partecipazione finanziaria si riduce a un riconoscimento meramente patrimoniale, privo di incidenza sulle leve della *governance* e, soprattutto, estraneo a qualunque prospettiva di orientamento strategico dell'impresa verso finalità socialmente rilevanti» *Ivi,* p. 142.

chiara distinzione tra rappresentanze sindacali e non sindacali[97]. A queste non vengono assegnate funzioni definite all'interno delle varie forme partecipative, e la loro qualificazione varia da istituto ad istituto.

Appare più chiaro a questo punto il cambiamento subito dalla legge nel corso della sua approvazione, e la sua evidente volontà di generare una partecipazione depotenziata, non solo perché rimessa alla tecnica della contrattazione nella sua attuazione, rinunciando quindi ad una vera e propria istituzionalizzazione, ma perché evidentemente rivolta a favorire la posizione datoriale, a cui (fatta eccezione per la partecipazione consultiva) è rimessa direttamente l'attivazione di tutti gli istituti partecipativi.

Inoltre, le diverse indicazioni che la dottrina aveva proposto per migliorare la razionalità generale del provvedimento, come una chiara distinzione tra *single* e *double channel*[98], o la determinazione di chiare soglie numeriche ai fini dell'attivazione degli istituti, non sono state recepite. La promiscuità tra «rappresentanze dei lavoratori» non meglio specificate, ed al contrario il riferimento occasionale alle RSA/RSU, oltre che agli enti bilaterali, confondono circa la strada effettivamente scelta, e lo spazio riservato alla partecipazione sindacale negli istituti previsti. Allo stesso tempo, non è chiaro come gli istituti possano applicarsi nelle diverse dimensioni che può concretamente assumere un'impresa, soprattutto in uno scenario come quello italiano dove il tessuto delle PMI è largamente preminente[99]. Inoltre, l'abbandono della normativa promozionale, in particolare quella riguardante la sostenibilità sociale delle imprese, giustifica la critica della dottrina che ha stigmatizzato lo scarso interesse della legge n. 76/2025, nel considerare (e collegare) la partecipazione interna a quella sul piano europeo. Quest'ultimo, sebbene riguardi da sempre la partecipazione c.d. «debole», e soffra una forte contraddizione nell'applicazione giurisprudenziale (a causa di una prevalente lettura formalistica delle norme in merito da parte della CGUE)[100], si mostra un livello necessario, perlomeno da considerare.

---

[97] La normativa indica talvolta "rappresentanze sindacali aziendali o unitarie", e quindi le previste RSA/RSU del nostro diritto sindacale, talaltra fa riferimento a generici "rappresentanti dei lavoratori".

[98] Cfr. Introduzione, n. 9 e n. 10.

[99] «In Italia, nel 2022, solo il 2,6% delle imprese private soddisfaceva il parametro dimensionale richiesto per l'applicazione della normativa [*n.d.*A.: d.lgs. 25/2007, che vale anche per la l. n. 76/2025]» così, C. Gentile, *La legge n. 76/2025*… cit. p. 111 riferendosi ad un rapporto ISTAT del 2023.

[100] Su un recente attivismo politico-istituzionale europeo in tema di partecipazione, che non sembra però aver manifestato effetti concreti, si veda, anche per tutte le proposte normative in merito, A. Alaimo, *La nuova legge italiana sulla partecipazione dei lavoratori e l'employee's involvement di matrice europea: (poche) aperture e (molte) chiusure,* in Lavoro Diritti Europa, 2/2025. Il livello sovranazionale continua, dunque, a risultare necessario, per affrontare alcune sfide, come quelle relative alla digitalizzazione o all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei processi lavorativi, cfr. L. Zoppoli, *Tecnologia, socializzazione, partecipazione e poteri collettivi dopo l'AI Act,* in Federalismi.it, 14/2025. Sugli ultimi sviluppi in tema di ESG, non certo rassicuranti ma con qualche nota di ottimismo, cfr. C. De Benedetti, *La direttiva "stop the clock": le opportunità (da non perdere) offerte dal rinvio della corporate sustainability reporting directive,* in AmbienteDiritto, 2/2025. Più in generale, il concetto di «solidarietà transnazionale», che allude a una dimensione sociale delle libertà di trasferimento e soggiorno dei cittadini (e lavoratori) dei paesi membri, sconta in realtà

La prima attuazione dell'articolo 46 sembra allora aver voluto perseguire l'inclinazione volontaristica e informale del sistema sindacale italiano, incrementando il grado di incertezza sistemica. In tema di partecipazione, così come più in generale, sembra fallito l'obiettivo di garantire un tasso minimo di istituzionalizzazione delle relazioni industriali, che avrebbe consentito di combattere i processi di disintermediazione che le investono. Ciò, comunque, rafforza la convinzione che di una normativa di questo genere si continua a notare il bisogno.

5. La comparazione con il sistema tedesco: la Wirtschaftsdemokratie

L'incursione nell'esperienza giuridica[101] tedesca riguardo il concetto di *Wirtschaftsdemokratie* non è motivata dalla pretesa, qui impossibile, di coglierne il senso complessivo. Piuttosto, da quella più modesta di guardare alla generalità del sistema e alle sue caratteristiche principali, per ricavare delle coordinate di massima, utili al discorso che si sta svolgendo sul tema della democrazia economica.

Non è però possibile eludere fondamentali aspetti storici: la democrazia economica caratterizza infatti con ambivalenza la storia costituzionale tedesca[102]. È un dato di fatto che la cultura costituzionale sviluppatasi a Weimar, insieme al Capo V della Costituzione, dedicato alla vita economica, costituisca un pioneristico riferimento al concetto di democrazia economica, in particolare rispetto ai temi della

una effettività «limitata», a causa di una interpretazione ondivaga e incerta da parte della CGUE, cfr. G. Comazzetto, *Lavoro e solidarietà nel diritto dell'Unione europea, a partire dal principio fondamentale della libera circolazione*, in Diritto Costituzionale, 2/2023, spec. p. 53, nonché per un approfondimento in tema F. Costamagna, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea,* Torino, 2022. Rimane sicuramente suggestiva l'ipotesi che i trattati europei conservino un carattere «pluralista», non necessariamente mercato-centrico, e che sia piuttosto la loro concreta applicazione (giudiziaria e normativa) a rilevare, v. C. Kaupa, *Il Carattere Socioeconomico pluralista dei Trattati,* in G. Martinico, L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del Sovranismo Giuridico, il valore aggiunto del Costituzionalismo Europeo,* Roma, 2023, p. 27 e ss., spec. p. 72. Eppure, come visto per il caso della partecipazione dei lavoratori all'impresa, così come per altri aspetti, sembra perdurare una visione degli stessi che ne marginalizza il rilievo sociale.

[101] «L'esperienza giuridica è il prodotto di uno sguardo esterno che valorizza l'intreccio di tre mondi: oltre a quelli delle norme e della scienza giuridica (…) soprattutto quello dei comportamenti umani», A. Somma, *Introduzione al diritto comparato,* Milano, 2025, cit. p. 45. Sul concetto di esperienza giuridica, imprescindibili sono i rimandi ad A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica,* Milano, 1957, e R. Orestano, *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica,* in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1985.

[102] Per la comprensione storica e giuridica dei concetti di *Wirtschaftsdemokratie* e di *Wirtschaftsverfassung* e per i loro sviluppi attuali, cfr. F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "costituzione economica" in Germania,* Milano, 2015; cfr. Id., *Per una critica della "Costituzione economica" nel prisma delle trasformazioni della democrazia rappresentativa,* in DPCE Online, n. 2020/1; per un'analisi del concetto di Costituzione economica, cfr. D. Dobre, *Gli elementi costitutivi della costituzione economica: profili di una definizione fondata sul principio di libertà*, in Nomos, n. 3/2025, per il passaggio dall'*Arbeitsverfassung* alla *Wirtschaftsverfassung* che testimonia l'avversione per la politicizzazione dell'economia nel pensiero ordoliberale, ivi, p. 5 e ss.

socializzazione e della codeterminazione (*Mitbestimmung*)[103]. È in questo contesto che i diritti fondamentali divengono anche sociali, assumendo un significato politico, dunque una capacità di integrazione della società nello Stato. Sempre in questo contesto, il diritto del lavoro viene considerato quale principale «piano di verifica» di tale processo di integrazione. Per la prima volta un fattore eminentemente sociale come il lavoro entrò, centralmente, nella struttura costituzionale: «con l'irruzione della storia sulla scena costituzionale, non era, quindi, lo stato a perdere la propria sovranità; era solo il diritto (…) ad acquistare una 'positività' di tipo nuovo, in cui 'decisione' formale minima e integrazione della costituzione formale da parte di quella 'materiale' divenivano le sue nuove radici rizomatiche»[104]. È noto, peraltro, come l'innovatività di questi rilievi ebbe fortuna soprattutto a guardarli retrospettivamente, anche in base all'influenza che questi furono in grado di imprimere su altre esperienze costituzionali, mentre ben scarsa incidenza ebbero a Weimar[105]. Non è meno noto, inoltre, che il tracollo di quella esperienza costituzionale abbia, insieme ad altri fattori, condizionato problematicamente l'eredità del concetto di democrazia economica nell'esperienza di Bonn[106], che verrà progressivamente «assediata» dall'ordoliberalismo.

È infatti quest'ultima dottrina politico-economica a caratterizzare l'indirizzo politico (e la cultura costituzionale) che si affermò nella Germania Ovest, dopo un'iniziale ripresa dell'idea di *Wirtschaftsdemokratie*, che contemplava, accanto al pilastro della cogestione – architrave, come si vedrà, dei rapporti lavorativi – anche quelli della socializzazione e pianificazione dell'economia. Questi ultimi, però, verranno presto eliminati dall'orizzonte delle possibilità. Nel contesto storico del dopoguerra, e fino ad ora, sarebbe prevalsa «la preoccupazione per il controllo sulla concentrazione del potere economico piuttosto che sulle modalità del suo esercizio, per il suo azzeramento

---

[103] Sulla centralità di queste categorie, per la definizione dell'originario concetto di *Wirtschaftsdemokratie,* in senso critico, cfr. T. Keiser, *Democrazia economica in Germania – Una esperienza costituzionale da Weimar in poi?, in A.* Somma, E. Mostacci, G. Sabatino (a cura di), *Democrazia economica: genealogia e geografia di un concetto*, in corso di pubblicazione; peraltro, il dibattito storiografico tedesco non ha evitato di ricomprendere anche nell'epoca weimariana, soprattutto sul piano sociale, caratteri propri dell'epoca prussiana, caratterizzati da una concezione «autoritaria del potere politico» e una «struttura sociale e di potere preindustriale», così A. Somma, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, 2005, cit. p. 6-7.

[104] Cfr. G. Vardaro, Il *diritto del lavoro tra democrazia e dittatura,* Bologna, 1984, cit. p. 26, nell'introduzione.

[105] Cfr. G. Vardaro, *op. ult. cit.,* che per spiegare questa scarsa fortuna, legge la complessa opera di Neumann, giuslavorista weimariano e poi membro della scuola di Francoforte, che emigrerà prima in UK e poi negli USA, ed effettuerà una profonda rimeditazione della «democrazia collettiva» voluta realizzare a Weimar, svolgendo delle critiche che ribalteranno il suo punto di vista sul diritto del lavoro, v. p. 26-55. Sul dibattito weimariano in generale, cfr. F. Saitto, *Economia e Stato*… p. 2-57. Cfr. M. Gregorio, P. Corona (a cura di), *Weimar 1919, alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco,* in Biblioteca per il Pensiero giuridico Moderno, Torino, 2023, nonché A. Barbera, *Weimar. Un costituzionalismo in mezzo al guado,* Soveria Mannelli, 2024.

[106] Sul punto, D. Grimm, *La costituzione di Weimar vista dal punto di vista del Grundgesetz,* in Nomos. Le attualità nel diritto, 2/2012.

piuttosto che per la formazione di contropoteri, per il funzionamento del meccanismo concorrenziale piuttosto che di quello democratico»[107]. La prevalenza di una dimensione ordoliberale nel concepire l'ordine economico si riflette bene nel tortuoso itinerario giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* in materia di *Wirtschaftsverfassung*, che sebbene non abbia mai permesso che «una dimensione oggettiva della concorrenza si innalzasse a principio costituzionale» non ha potuto impedire che «l'economia sociale di mercato (…) sia riuscita senza dubbio a influenzare in modo molto profondo l'ordine tedesco dell'economia a livello materiale»[108]. Intorno all'ambiguo concetto di economia sociale di mercato[109], si sarebbe insomma formata una componente culturale ben precisa nella autocomprensione della forma di Stato[110], che appare refrattaria all'affermazione del concetto – che pure ha radici profonde – di *Wirtschaftsdemokratie* come paradigma della *Wirtschaftsleben*.

Questo scenario si salda poi ad una concezione particolare del pluralismo politico e sociale – fortemente istituzionalizzato: «il modello di organizzazione del pluralismo (…) riconducibile al variegato panorama delle esperienze neocorporative, è imperniat[o] sulle organizzazioni degli interessi, sulla cooptazione di queste nelle politiche economiche, e sulla istituzionalizzazione di un assetto concertato e centralizzato nelle relazioni industriali»[111]. Nel contesto tedesco un dato

---

[107] Cfr. A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo,* in Politica del diritto, 4/2015, cit. p. 560.

[108] F. Saitto, *Economia e Stato*… p. 138 e 142; in generale l'A. ricostruisce diacronicamente questa giurisprudenza, evidenziando infine come l'ordoliberalismo non sia mai del tutto riuscito a "egemonizzare" la politica legislativa tedesca, perché grazie alla clausola dello Stato sociale, ed al suo utilizzo nella definizione della dogmatica multidimensionale dei diritti fondamentali, si sarebbe affermata «una sorta di "Konsensusliberalismus", secondo il quale principi della democrazia liberale e politiche di riforma ispirate al principio dello stato sociale erano compatibili», sebbene ciò sia avvenuto «nel costante e sistematico rifiuto di tutte quelle opzioni ideologiche minoritarie, sostenute, per esempio, da Abendroth, che invece tendevano a legare il concetto di *Wirtschaftsverfassung* con un radicale ripensamento, e financo sovvertimento, delle tradizionali libertà economiche», cit. p. 139, 141. In generale, p. 75-137.

[109] Che si è saldata all'ordoliberalismo quale sua particolare «idea promozionale» v. A. Somma, *op. ult.* cit. p. 554; sulla nascita dell'ordoliberalismo sempre F. Saitto, *Economia e Stato*… p. 64-75, e D. Dobre, *op. cit.* p. 27-29. Il tema dell'ordoliberalismo (ed il dibattito sulla sua sovrapponibilità con il neoliberalismo) è ovviamente sterminato, e non limitato alla sola Germania. Vedi, almeno, O. Malatesta, *Ordoliberalismo, Stato e società,* Milano, 2025; A. Zanini, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973)*, Bologna, 2022; C. Galli, *Sovranità,* Bologna, 2019; T. Biebricher, *Ordoliberalism and Conservatism,* in T. Biebricher, P. Nedergaard, W. Bonefeld (eds.), *Oxford Handbook of Ordoliberalism,* Oxford, 2022, spec. p. 76-88.

[110] È un dato, che l'analisi comparata consente di ricavare, che «la cultura costituzionale e [la] tradizione economica tedesca (…), agendo più in profondità, possono consentire di mettere meglio a fuoco certe posizioni del Tribunale e le precomprensioni dei giudici», cfr. A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica,* in Costituzionalismo.it, fascicolo 2/2020, cit. p. 7, v. spec. p. 47 e ss.

[111] Questa concezione ha avuto risvolti anche nel modo di intendere le libertà associative, caratterizzate da un «pluralismo politico ad alto grado di compattezza interna», P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, p. 76 e 79.

imprescindibile – anche per la comprensione dei rapporti lavorativi e sindacali – è infatti proprio il rapporto tra la rappresentanza degli interessi e la rappresentanza politico-generale, perché la seconda è in rapporto con la prima in maniera particolare, a causa di fattori culturali riconducibili, tra l'altro, all'influenza dell'organicismo.

Questo rapporto non è peraltro ricostruito univocamente, perché sebbene «la scelta teorica fondamentale rimanga quella di mantenere l'ambito politico separato da quello socio-economico», non è negabile che, nei fatti, «le due sfere si vengano ad innestare l'una sull'altra». Se in alcune visioni il rapporto tra interessi particolari e interessi generali è componibile solo nella sfera del politico, tramite la rappresentanza schiacciata nella sfera pubblico-statale, e nella dicotomia insanabile tra Stato e società, in altre, è possibile concepire la rappresentazione politica come un processo dinamico, che avviene all'interno della sfera pubblica quale spazio intermedio tra società e stato (*Öffentlichkeit)*, in cui i processi di legittimazione si fondano – non senza conflittualità – progressivamente, e sono «prodotti dall'interagire dei soggetti» e non esauriti nell'atto rappresentativo[112].

Tornando ora al sistema di relazioni industriali tedesco – essendo quest'ultimo una delle più evidenti manifestazioni di rappresentanza di interessi – può comprendersi meglio il suo posizionamento, stemperando le visioni che vedono nel neocorporativismo una struttura necessariamente deflattiva del conflitto sociale. Se infatti è vero che è possibile leggere le caratteristiche di contesto come spoliticizzanti[113], non è nemmeno possibile tacerne i risvolti che, anche grazie ad un sistema particolarmente istituzionalizzato, garantiscono una certa democratizzazione e socializzazione dei rapporti economici, soprattutto nella considerazione, già svolta, che questi sono inseriti oggi in una cornice ben precisa[114]. Anche in Germania, infatti, la mutazione del sistema produttivo e la precarizzazione del lavoro si sono manifestate

---

[112] S. Rossi, *La rappresentanza dello Stato Costituzionale, la rappresentazione degli interessi in Germania,* Torino, 2002, cit. p. 393, e p. 449 e 452, cfr. spec. p. 370 e ss. e 442 e ss.; l'A. ricostruisce il dibattito sul rapporto tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi in maniera sfaccettata, motivo per cui sarebbe impossibile, in questa sede, inquadrarne la complessità; cfr. Id., *Studi sul diritto costituzionale tedesco da una prospettiva prorompente: introduzione ad Helmut Ridder,* in A. Cerri (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e Storia*, Roma, 2010, Tomo IV, p. 404, per una ricostruzione delle origini di quel dibattito, nella contrapposizione tra il pensiero di Ridder e quello di Forsthoff; più in generale sullo spazio intermedio (*distinzione*) tra pubblico e privato in Germania, soprattutto sulla concezione hessiana del «*Sozialer und integrativer Rechtsstaat*», cfr. P. Ridola, *op. ult. cit.* p. 59, 60, 61.

[113] A. Somma, *La codeterminazione…,* che individua nella codeterminazione senza socializzazione e pianificazione un fondamento dell'economia sociale di mercato, e quindi un fattore spoliticizzante le relazioni economiche v. p. 553 e ss., v. n. 24.

[114] Ci si riferisce ai processi di disintermediazione economico-sociale tratteggiati al par. 1. Per una specificazione di come anche nel contesto tedesco stia avvenendo una convergenza tra modelli di capitalismo, cfr. A. Somma, *Common law e civil law nello scontro tra modelli di capitalismo,* in Dpce, 2024, p. 766, nonché, per la descrizione dell'origine di queste tendenze che potrebbero portare ad una confusione tra *Kultur e Civilisation,* cfr. F. Farina, *Dal Volk al Mensch? L'economia sociale di mercato nell'era neoliberista,* in A. Somma, M. Carducci, S. Bagni, G. Azzariti (a cura di), *Mercati, Istituzioni, Regole*, Roma, 2025, p. 331 e ss.

con ricadute importanti, tanto da evocare una «convergenza tra modelli di capitalismo», in cui le caratteristiche di un capitalismo più «embedded» come quello renano stanno venendo progressivamente soppiantate dai processi di disintermediazione economico-sociale tipici di un modello di capitalismo c.d. «neoliberale». Nel prossimo paragrafo si osserveranno i risvolti di questa mutazione dal punto di vista dei rapporti lavorativi e sindacali, e la loro capacità di resistenza, dovuta alle caratteristiche di sistema.

6. Il sistema sindacale tedesco tra "separazione" dalla politica e protezione costituzionale

Per definire il sistema di relazioni industriali tedesco, è necessario comprendere innanzitutto come lo stesso sia profondamente influenzato da una risalente separazione tra sistema sindacale e sistema politico[115], e quindi dalla relativa impermeabilità dell'uno rispetto all'altro, per poi concentrarsi su come la lettura della libertà di associazione sindacale di cui all'articolo 9 par. 3 GG abbia connotato fortemente l'equilibrio dinamico del sistema.

Partendo dalla prima caratteristica, la distinzione tra sistema sindacale e sistema politico riflette un più generale iato tra politica ed economia, che ha consentito fino ad oggi di concepire l'azione sindacale come autonoma rispetto alla sua legittimazione politica, o alla sua capacità di incidere sul circuito politico. L'introduzione di strumenti di cogestione e codeterminazione è stata parallela all'abbandono, verso la fine degli anni '70, di politiche concertative tra sindacati e apparato statale, dando inizio a una «accentuata differenziazione tra la sfera legislativa e la sfera contrattuale»[116]. Tale rigida e chiara differenziazione, che tuttavia, come si vedrà, conserva spazi di influenza reciproca, avrebbe da allora in avanti contraddistinto le relazioni industriali tedesche, facendo riattivare il coordinamento tra i due ambiti solo in particolari momenti ritenuti strategici. Ciò ha garantito al sistema una capacità di auto-regolazione notevole, anche quando lo stesso si è confrontato con cambiamenti di fase o vere e proprie crisi, proprio perché, slegato da contingenze politiche, il suo funzionamento è basato sull'armonia dell'insieme delle sue caratteristiche – comprese quelle culturali – e su un rapporto dialettico e solo eventuale con il sistema politico[117].

---

[115] Cfr. P. Schwerdtner, *Trade Unions in the German Economic and Social Order,* in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1979, p. 456 e 457. Che come si vedrà, e come si è già anticipato, non è una separazione netta, che implica una incomunicabilità tra sfera politico-rappresentativa e sfera sociale, quanto piuttosto una «distinzione», in cui si verificano processi di integrazione reciproca.

[116] E. Gualmini, *L'evoluzione degli assetti concertativi in Italia e in Germania*…, spec. p. 125 e ss., cit. p. 144; l'A. sottolinea come «Il neo-corporativismo tedesco è dunque diventato un sistema d'azione strategico, che viene messo in moto oppure dismesso a seconda dei calcoli "opportunistici" degli attori politici ed economici» cit. p. 143. L'analisi del contesto italiano restituisce un'immagine praticamente ribaltata rispetto a queste coordinate, in cui come si è visto è prevalsa una confusione tra assetto politico ed assetto sindacale, cfr. par. 2.

[117] Per un'ulteriore analisi di questo «modello diviso», v. E. Montali, *Il modello tedesco tra continuità e trasformazione,* in M. Fioravanzo, F. Focardi, L. Klinkhammer (a cura di), *Italia e Germania dopo la caduta*

Se questa caratteristica può essere letta come una conferma del clima collaborativo e pacificato[118] in cui si svolgerebbero le relazioni lavorative e sindacali, essa ha anche reso il sistema sindacale efficace nel suo *core business,* la tutela delle condizioni economiche relative al lavoro, garantendo un'ampia partecipazione a livello aziendale e quindi una progressiva democratizzazione concreta dei rapporti lavorativi.

Una conferma di questo aspetto è un dato strutturale: la natura a *double channel* del sistema. Gli istituti della cogestione sul piano societario, e della codeterminazione su quello aziendale, ad opera dei consigli d'azienda[119], sono affidati ad un circuito di legittimazione diverso, di tipo elettivo, separato (secondo il c.d. *Trennungsprinzip*) da quello sindacale, sebbene spesso collegato o in rapporto con esso. Questa differenza non è di poco momento, perché garantisce l'esistenza di una struttura istituzionale partecipativa (sebbene, come si vedrà, la sua costituzione non sia automatica), direttamente eletta dai lavoratori – in cui l'influenza del sindacato è frequente ma comunque non necessaria – assicurando la sistematicità di un'ampia gamma di diritti di partecipazione[120]. Anche nel sistema tedesco c'è una dimensione prevalentemente verticale delle relazioni industriali, sebbene questa presenti caratteristiche molto diverse rispetto al contesto italiano: le varie federazioni sindacali di categoria rappresentano i lavoratori in base al settore produttivo, soprattutto sul piano regionale (Land) più che sul piano aziendale[121]. Le singole federazioni si occupano propriamente della componente rivendicativa relativa alla contrattazione, mentre le confederazioni – a cui tali federazioni sono iscritte – operano sul piano federale e svolgono perlopiù

del Muro, Roma, 2019, p. 147 e ss., spec. p. 163. L'A. rileva una caratteristica di ampio respiro del contesto: «pochi si curano del fatto che il modello tedesco nasce da un patto sociale e politico nel quale tutti gli attori, non sempre con entusiasmo ma spesso attraverso dure lotte, concedono qualcosa a vantaggio degli interessi del sistema» cit. p. 172.

[118] Che trova conferma nella disciplina dello sciopero, nonostante questo goda di copertura costituzionale nella libertà di associazione sindacale, (così come però, il diritto di serrata, soggetto comunque a limiti più stringenti rispetto al diritto di sciopero), v. M. Weiss, *The interface between constitution and labor law in Germany,* in *Comparative Labor Law & Policy Journal,* 2005, p. 185. Lo sciopero – la cui titolarità è esclusivamente del sindacato legittimato all'azione sindacale – svolge un ruolo molto diverso e limitato rispetto a quello nel contesto italiano, perché è in uno stretto rapporto di complementarità con lo svolgimento della contrattazione collettiva. Sono vietate le forme anomale di sciopero, e gli scioperi politici o dimostrativi, mentre sono legittimi in linea di massima gli scioperi di "solidarietà" o di "avvertimento", su questi aspetti v. G. De Girolamo, *La transizione ecologica nell'esperienza tedesca tra codeterminazione aziendale e contrattazione collettiva: il caso del settore automotive in prospettiva comparata,* in Federalismi.it, n. 33/2025, p. 382 e ss.; tutti gli scioperi, anche i più classici scioperi "contrattuali", sono sottoposti al giudizio di proporzionalità, ed esiste la previsione di sanzioni anche in capo ai singoli lavoratori, oltre che sui sindacati, cfr. M. Magnani, *Diritto sindacale europeo e comparato,* Torino, 2020, p. 179-187.

[119] Che insieme costituiscono ciò che maggiormente connota il sistema sindacale tedesco in senso partecipativo, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

[120] Garantiti da un ricco apparato sanzionatorio, cfr., su tutti, M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori, la cornice europea e l'esperienza comparata,* Milano, 2012, p. 143 e ss. e p. 156 e ss.

[121] Anche se, come si vedrà nel par. 7, c'è una sempre maggiore decentralizzazione a livello di unità produttiva grazie al ruolo svolto dai consigli d'azienda.

ruoli di rappresentanza politica nei confronti del governo e dirimono le controversie tra le associazioni sindacali aderenti[122], essendo loro precluso di intervenire in materie contrattuali. Si realizza così una sorta di «divisione del lavoro» tra diversi livelli, di modo che l'azione sindacale non sia l'unico canale in cui, nel loro concreto svolgimento, i rapporti lavorativi trovano spazi di libertà.

Un'altra conseguenza della separazione tra sistema politico e sistema sindacale sta nella soggettività rivestita dai sindacati: sebbene anche in Germania questi siano associazioni non riconosciute, è risalente nel tempo l'individuazione da parte della giurisprudenza dei requisiti che gli stessi devono possedere per vedersi riconosciuta, da parte dello Stato, la possibilità di esercitare la loro azione sindacale.

Le associazioni sindacali devono godere infatti dei requisiti della «libertà» (Gegnerfreiheit) e della «indipendenza» (Gegnerunabhängigkeit) non solo nei confronti della controparte datoriale, ma anche nei confronti di terze parti, quali possono essere partiti o associazioni. Ciò non implica una loro necessaria estraneità rispetto ad inclinazioni politiche, che possono essere mantenute purché siano rispettati sostanzialmente i due requisiti, quanto piuttosto che la funzione primaria del sindacato – in questo contesto – non può essere quella di sostenere visioni politiche, ma quella di rappresentare gli interessi dei lavoratori in un dato settore[123].

Anche per quanto riguarda la contrattazione collettiva, la giurisprudenza individua requisiti di ordine sostanziale per selezionare i sindacati legittimati ad accedervi, che ruotano intorno ai concetti di «potere sociale» (Mächtigkeit) ed «effettività» (Leistungsfähigkeit) riferiti all'azione sindacale, che quest'ultima dovrebbe essere in grado di esprimere nei confronti della controparte datoriale nelle fasi della contrattazione e del rispetto della stessa[124]. La valutazione sulla sussistenza di tali requisiti è rimessa alle circostanze del caso, e alla presenza di una diversità di fattori:

---

[122] E. Montali, *op. cit.* p. 164, e cfr. S. Jäger, S. Noy, B. Schoefer, *The German model of industrial relations: balancing flexibility and collective action,* in IZA, *Institute of labor economics,* 2022, p. 5. Le confederazioni maggiori sono la DGB e la CGB, di ascendenza social-democratica e cristiano-democratica a cui dunque aderiscono le federazioni che si dividono per settore produttivo. L'attività di *lobbying* svolta dalle confederazioni dimostra l'intersezione tra interesse generale e interesse particolare, *cfr. infra*. Su questo aspetto, che conferma l'importanza dei sindacati nella «dinamica sociale» anche «oltre il mercato del lavoro» v. anche M. Weiss, *Democrazia e attività sindacale nella Repubblica Federale Tedesca,* in M. Biagi (a cura di), *Democrazia Sindacale e relazioni sindacali nell'esperienza comparata*, Rimini, 1989, p. 14.

[123] Cfr. B. Waas, *The Law on Collective Bargaining in Germany,* in Variazioni su temi di Diritto del Lavoro, 2018, «it must be added, however, that the trade unions which belong to the German Federation of Trade Unions (*Deutscher* Gewerkschaftsbund) represent interest of all workers in a given branch or sector, irrespective of, for instance, certain religious beliefs or political views», cit. p. 1222, p. 1221 per i riferimenti alle sentenze del BVerfG che stabiliscono questi principi; v. anche M. Magnani, *op. cit.:* nel «sindacalismo unitario» tedesco, strutturato prevalentemente per ramo di industria, «confluiscono le differenti componenti politiche ed ideologiche», p. 168.

[124] Che è garantita anche dagli «obblighi di pace» (*Friedenspflicht*) – sebbene questa sia un'obbligazione solo relativa – e dal «dovere delle parti di esercitare la loro influenza» (*Einwirkungspflicht*), come principi di sistema al di là della loro previsione nei contratti collettivi, e riflettono un sistema di «auto-enforcement» della regola del contratto, v. M. Magnani, *op. cit.* p. 171.

non solo il numero di iscritti, ma anche, ad esempio, il grado di specializzazione delle maestranze, la sussistenza di una organizzazione stabile e la sufficienza dei suoi fondi[125].

In generale, si assiste ad una accurata selezione dei soggetti legittimati a godere delle prerogative costituzionali della libertà di associazione sindacale: ciò implica la difficoltà di emersione di fenomeni sindacali scarsamente organizzati, e quindi un restringimento del pluralismo, oltre che una disincentivazione a utilizzare il sindacato per veicolare messaggi politici. L'aggancio a criteri sostanziali dovrebbe comunque consentire di includere quei fenomeni sindacali che godano di legittimazione sociale da parte dei lavoratori[126].

Queste considerazioni permettono di inquadrare la dimensione assunta dalla libertà sindacale di cui all'articolo 9 par. 3 GG[127], di cui è stata valorizzata una portata più ampia rispetto alla sola dimensione negativa, in un intreccio tra intervento integrativo della giurisprudenza e del legislatore e spazi liberi lasciati all'autonomia collettiva. Quanto già visto consente di specificare meglio che cosa significhi davvero la separazione tra circuito sindacale e politico: non una indifferenza da parte dello Stato, ma un suo intervento funzionale atto a garantire l'effettivo svolgimento della libertà sindacale, da ambo i lati degli interessi contrapposti, e quindi la loro competizione oltre che collaborazione, consentendo la dinamizzazione delle interazioni dei suoi attori[128].

Viene così valorizzata la dimensione istituzionale della libertà sindacale, ed il suo profilo positivo: lo confermano, tra l'altro, la sua pacifica applicabilità in senso orizzontale[129], molto valorizzata dalla giurisprudenza, oltre che lo spazio lasciato libero

---

[125] B. Waas, o*p. cit.* p. 1224, 1225.

[126] Dato che ormai anche nel sistema tedesco inizia ad affermarsi un certo grado di pluralismo sindacale, che si somma a quello di mestiere, erodendo la centralità dei soggetti storici, v. E. Montali, *op. cit.* p. 165. Peraltro, in tema di conflitto tra contratti collettivi applicabili, legislatore e Corte costituzionale federale hanno interagito, stabilendo un assetto che ammette la contrattazione separata a determinate condizioni, oppure l'applicazione del contratto principale, sulla base di una composizione, almeno in astratto, cooperativa, tra sindacati minoritari e sindacato maggioritario, cfr. C. Carta, *La crisi della contrattazione di settore in Germania,* in *Lavoro e Diritto,* 2019, p. 659.

[127] «*Il diritto di formare associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni di lavoro ed economiche è garantito per ogni individuo e per tutte le professioni. Gli accordi che tentano di limitare o impedire tale diritto sono nulli e i provvedimenti adottati a tale scopo sono illegali*».

[128] «The protection of freedom of association is constructed in a functional way, precisely against the background of the twice repeated historical experience with cross-party labour fronts (…). It does not come to the associations without purpose, but only if they also fulfil the corresponding functions for their members. In a dialectical twist, this also justifies the fact that freedom of association exceptionally operates directly between private individuals», W. Weißmann, Constitutional *Law in Germany,* München, 2025, cit. p. 1143. Secondo alcune letture, l'articolo 9 par. 3 GG è l'unico «that might [can] be considered fundamental social right in a strict sense», v. M. Weiss, *op. cit.* p. 182.

[129] Ciò implica che qualsiasi atto, anche da parte di attori privati, che la ostacoli, è nullo e può portare a sanzioni, v. M. Weiss, *op. cit.* p. 186, e per il ruolo della giurisprudenza, v. B. Waas, *op. cit.* p. 1222.

al legislatore[130] per garantire la sua effettività. Tra gli interventi del legislatore, i più rilevanti sono senza dubbio la previsione di un salario minimo e la possibilità di estendere *erga omnes* l'efficacia della contrattazione collettiva in un certo settore, con particolare riguardo alla protezione dei lavoratori in distacco transnazionale.

Senza poter entrare nel merito specifico di ogni intervento legislativo[131], si segnala l'importanza di questi per il contrasto ai fenomeni di *dumping* salariale e sociale, tanto sul piano nazionale quanto in rapporto alla concorrenza tra imprese di paesi diversi. L'efficacia di tali misure, quando effettivamente in funzione, è ovviamente generale a causa della fonte legislativa delle stesse. L'importanza di queste integrazioni legislative, poi, risulta particolarmente evidente all'interno dei settori produttivi c.d. *labour intensive*, in cui è più difficile una sindacalizzazione e dunque una efficace copertura della contrattazione collettiva o nei quali a livello aziendale non si attivano gli strumenti partecipativi della cogestione e codeterminazione. Nonostante ciò, si assiste comunque ad una nuova curvatura in senso neoliberale della libertà di associazione sindacale, soprattutto da parte della giurisprudenza, che sta tornando a valorizzarne il profilo negativo[132].

Tuttavia, come si avrà modo di confermare anche nel seguente paragrafo, è opportuno spostare la visione del fenomeno non tanto su quanto la frammentazione dei processi produttivi e dei soggetti sindacali sia in grado di condizionare il sistema ed il contesto, ma sul quanto (e sul come) quest'ultimo sia resiliente ed adattivo al cambiamento, conservando le sue caratteristiche essenziali.

---

[130] Pur sempre nei limiti del principio di proporzionalità rispetto alle prerogative dell'autonomia collettiva. Si realizza così una integrazione tra livelli diversi di regolazione, cosa che avviene ben poco, come già visto, nel contesto italiano, cfr. parr. 3 e 4.

[131] Si rimanda, per una spiegazione puntuale, a M. Magnani, *op. cit.* p. 159 e ss.; C. Carta, *op. cit.* p. 652 e ss. e M. Borzaga, *Un riparto "istituzionalizzato" nella formazione volontaria delle norme collettive di lavoro: l'esperienza tedesca fra Tarifvertrag e Betriebsverfassung,* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori e contrattazione collettiva…, op. cit.,* p. 87 e ss. La caratteristica comune di questi interventi legislativi è quella di prevedere una procedura che contempla l'interazione tra parti sociali e Stato per l'attuazione concreta di quelle decisioni. Ciò costituisce un altro esempio di come rappresentanza degli interessi e rappresentanza generale possano coesistere e influenzarsi a vicenda, e di come la loro separazione sia solo relativa.

[132] La giurisprudenza ne ha infatti da ultimo valorizzato la dimensione negativa, garantendo la possibilità per i datori di lavoro di far parte di associazioni datoriali senza essere obbligati ad applicare la contrattazione collettiva (la c.d. pratica, invero risalente, della *ohne Tarifbindung*) oppure rafforzando la libertà di non iscrizione ad un sindacato di un singolo lavoratore dichiarando nulle le clausole dei contratti di cui beneficino troppo evidentemente gli iscritti, e paventando l'incostituzionalità dei meccanismi di estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva, cfr. F. Syrovatka, *Changing interpretations: freedom of association in Germany and the United Kingdom,* in Journal of Law and Society, 2026, p. 44 e ss.

7. La Mitbestimmung come concetto democratico, tra adattamento e resistenza

Arrivando a ciò che maggiormente caratterizza le relazioni industriali tedesche, vale a dire gli istituti partecipativi, si può comprendere la loro capacità di adattamento ai mutamenti dovuti all'evoluzione del sistema produttivo, che ha contribuito a ridurre, per quanto possibile, il suo grado di frammentazione.

Il concetto di *Mitbestimmung* è infatti qualcosa di legato profondamente alla cultura costituzionale tedesca, soprattutto perché affonda le sue radici in processi storici spesso travagliati, e connotanti l'identità tedesca[133]. Ciò che contraddistingue questo concetto è comunque l'attenzione ad una dimensione democratica della partecipazione dei lavoratori alla vita lavorativa. Quanto agli istituti che caratterizzano la partecipazione, si accennerà rapidamente al loro funzionamento, ed ai loro effetti principali, piuttosto che alla loro complessa struttura normativa.

La *Mitbestimmung* è caratterizzata da due pilastri, quello della cogestione e quello della codeterminazione. I due termini, spesso confusi, indicano in realtà due istituti distinti, ma inerenti entrambi alle relazioni in azienda: il primo riguarda la partecipazione c.d. interna che si realizza a livello societario (*unternehmerische Mitbestimmung),* mentre il secondo è relativo a quella c.d. esterna, perché avviene nell'unità aziendale, per mezzo di un organismo eletto direttamente dai lavoratori[134] (*betriebliche Mitbestimmung*). Ciò non significa ovviamente che i due istituti non abbiano dei punti di connessione, ma piuttosto che gli stessi possono essere concepiti autonomamente: non in tutti i contesti produttivi esistono entrambi, e la codeterminazione sul piano aziendale ad opera dei consigli di azienda ha un'incidenza tendenzialmente maggiore, anche perché costituisce il vero «nucleo di base» della rappresentanza dei lavoratori nei confronti della controparte datoriale. In ogni caso, il concetto di *Mitbestimmung,* nella sua organicità, ricomprende entrambi gli istituti.

Il primo pilastro viene spesso identificato con il sistema tedesco di democrazia economica. Ciò probabilmente a causa del fatto che la cogestione, consentendo

[133] La tendenza verso un modello partecipativo anziché conflittuale è infatti risalente fin da prima dell'esperienza weimariana nelle prime forme di organizzazione dei lavoratori ottocentesche. Con Weimar e poi con Bonn, la partecipazione non direttamente conflittuale sarebbe stata, nel primo caso, una speranza che rimetteva ad una partecipazione su più livelli la democratizzazione dello Stato, che comunque non perdeva le sue tinte organiciste e comunitarie, e nel secondo, un espediente funzionale alla ricostruzione nel dopoguerra e alla riunificazione dopo la caduta del muro, cfr. M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia,* Milano, 2013, p. 48 e ss.

[134] In questo sta, come visto, la realizzazione del *double channel* nel sistema tedesco, cfr. M. D'Antona, *op. cit.,* p. 223 e ss. La partecipazione «esterna» ed «interna» non è confondibile con l'esistenza del *single channel* oppure del *double channel.* Nel primo caso la differenza riguarda il tipo di partecipazione (esterna o interna), nel secondo la differenza sta nei soggetti che danno vita alla partecipazione (solo il sindacato, nel *single channel,* anche i lavoratori, nel *double channel*). Sulla differenza tra i due pilastri, cfr. C. Teichmann, J. Monsenepwo, *Co-management (Mitbestimmung*) in German Law, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* 2018, p. 87 e ss. e M. Biasi, *op. cit. p.* 59 e ss., 103 e ss.; M. Corti, *op. ult. cit.* p. 127 e ss., p. 146 e ss.

l'elezione di rappresentanti dei lavoratori all'interno del consiglio di sorveglianza delle imprese (*Aufsichtsrat*)[135], è ciò che più si avvicina all'idea di governo democratico dell'economia, perché consente di influenzare direttamente le *policy* dell'impresa, e dunque le sue decisioni più espressamente «politiche», che impattano non solo all'interno delle strutture produttive, ma anche in ciò che le circonda, in una dimensione super-aziendale.

Altro motivo che probabilmente giustifica la fama di questo istituto è la nota sentenza[136] del 1979 del *Bundesverfassungsgericht* sul *Mitbestimmungsgesetz*, che sancì la non incostituzionalità del modello cogestorio. E ciò non solo perché lo stesso garantiva, grazie al meccanismo di voto, una «leggera prevalenza» degli azionisti sui rappresentanti dei lavoratori, ma anche perché la rappresentanza non perfettamente egualitaria assicura «condizioni minime di genuinità e di propensione [al] conflitto»[137], secondo l'acuta osservazione che sarebbe proprio una rappresentanza totalmente paritaria a spoliticizzare e pacificare le relazioni lavorative, sottraendo spazio alla stessa (ontologica) possibilità di conflitto tra interessi comunque contrapposti. Sono poi note le tendenze odierne alla «fuga dalla cogestione». La questione è estremamente complessa e stratificata, ma la tendenza osservabile è quella per cui le libertà di impresa e stabilimento di derivazione europea sembrano quasi sempre essere ritenute prevalenti nel bilanciamento sui diritti di cogestione, soprattutto alla luce della giurisprudenza

[135] Esistono tre modelli normativi differenti, appartenenti ad epoche storiche diverse. Il *Montan-Mitbestimmungsgesetz* risale al 1951 e riguarda esclusivamente le aziende del settore carbosiderurgico con più di 1000 dipendenti. La sua approvazione è legata alle prime dinamiche politiche della Repubblica Federale Tedesca: inizialmente doveva rappresentare uno "scambio" tra forze alleate e sindacati, ma l'incapacità del primo governo Adenauer di abrogare le misure approvate in via transitoria tradisce la volontà dei sindacati (e non degli imprenditori) di adottare il modello cogestorio, cfr. sul punto, anche per gli aspetti tecnico-giuridici, A. Ianni, *Il modello tedesco della cogestione nell'impresa,* in Ricerche Giuridiche, Vol. 4 – Num. 2 – dicembre 2015, p. 405 e ss.; se questo primo modello prevede una rappresentanza sostanzialmente paritaria, non è così per quello introdotto l'anno seguente in alcuni articoli del *Betriebsverfassungsgesetz,* che prevedeva la rappresentanza di 1/3 per le società con più di 500 lavoratori non operanti in quel settore. Nel 1976, fu invece approvato il *Mitbestimmungsgesetz,* in cui la rappresentanza paritaria, in imprese con più di 2000 dipendenti, è scongiurata dal "voto doppio" assegnato al presidente del consiglio di sorveglianza, eletto dagli azionisti; cfr. M.J. Bonell, *op. cit.* p. 234 e ss.

[136] BVerfG 1.3.1979, in *Betriebs-Berater*, 1979, 2; tra i tanti commenti, cfr. S. Simitis, *La Corte costituzionale federale e la cogestione,* in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1979, p. 619 e ss.; e M. Pedrazzoli, in Il Foro Italiano, febbraio 1981, Vol. 104, p. 69-112.

[137] Così, M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione,* Milano, 1985, cit. p. 126. I parametri a cui fecero ricorso i ricorrenti erano infatti gli artt. 2, 3, 9, 12, 14 del GG (principio di eguaglianza e diritto al libero sviluppo della personalità, libertà di associazione, libertà di professione, diritto di proprietà).

della CGUE[138]. Il modello di cogestione rimane comunque una caratteristica eminente del sistema tedesco, perdendo difficilmente la sua popolarità[139].

È comunque il secondo pilastro del sistema, la *betriebliche Mitbestimmung,* a rappresentare la maggior incisione concreta nelle relazioni lavorative. Il *Betriebsverfassungsgesetz* del 1952, ampiamente modificato nel 1972, e da allora frequentemente novellato, prevede un sistema di consigli aziendali (*Betriebsräte*), dotati di veri e propri diritti di informazione e consultazione, nonché di codeterminazione e di veto, azionabili anche in via giudiziaria, che consentono l'instaurazione di un'autentica dialettica tra essi e la direzione aziendale[140].

I consigli aziendali sono regolati nella loro composizione dal principio fondamentale di separazione (*Trennungsprinzip*), di modo che istituzionalmente esistono due canali di rappresentanza in cui «si distingue nettamente il ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali, chiamate a farsi portatrici degli interessi dei propri iscritti, da quello del *betriebsrat*, il consiglio d'azienda incaricato invece di dare voce alle istanze di tutti i lavoratori impiegati in una determinata impresa, a prescindere dalla loro appartenenza, o meno, a un sindacato piuttosto che un altro»[141]. Tali consigli sono eletti da tutti i lavoratori ogni quattro anni nelle unità produttive con almeno 5 dipendenti, sebbene la loro costituzione non rappresenti un obbligo datoriale.

In teoria questa distinzione istituzionale sarebbe collegata anche alla diversa incidenza della contrattazione collettiva rispetto alla codeterminazione: la prima rivolta alla rivendicazione di condizioni migliorative di lavoro, la seconda più inclinata alla cooperazione con la controparte datoriale nella determinazione delle materie assegnate alla competenza del *Betriebsrat*[142] dalla legge. In realtà, sia la composizione sia le varie

[138] Sul tema della «fuga» dalla cogestione, cfr. M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori: avanti piano, quasi indietro,* in Aa.Vv., *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea, Milano,* 2021, p. 189-199, e A. Michieli, *op. cit.* p. 266-299; sugli ultimi sviluppi giurisprudenziali (confermativi delle tendenze precedenti) v. A. Alaimo, *La nuova legge*…, p. 12-14 nonché L. Nogler, *Rappresentatività e partecipazione*… p. 36 e ss.

[139] Così la dottrina tedesca che si è spesa, anche in tempi recenti, a sua difesa, cfr. A. Seifert, *Simitis e la cogestione societaria,* in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n. 184, 2024, 4.

[140] Per una ricostruzione, anche storica, dell'istituto, cfr. M.J. Bonell, *op. cit.* p. 173 e ss.; e per le riforme del 2001 e 2021, approfonditamente, cfr. M. Corti, *Un secolo di partecipazione dei lavoratori in Germania, da Weimar alle sfide della transizione ecologica. A proposito di un libro di W. Däubler e M. Kittner,* in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n. 177-178, 2023, 1-2. Anche per questo istituto, si può osservare come le sue origini siano state sì compromissorie (perché frutto di un accordo politico tra sindacato e parte datoriale) ma che sia stata quest'ultima ad opporsi ad una sua maggiore implementazione. Il *Betriebsverfassungsgesetz del 1972*, comunque, fu approvato dal *Bundestag* con i voti della coalizione SPD-FDP e con l'aggiunta di 27 voti favorevoli da parte di deputati CDU/CSU, cfr. Id. p. 152-153.

[141] M. Borzaga, *op. cit.*, p. 74. In generale, sull'intersezione tra sistema della contrattazione collettiva e sistema di codeterminazione, Id. p. 76 e ss.

[142] Per una ricostruzione che intreccia sistema della contrattazione collettiva e codeterminazione, cfr. M. Magnani, *op. cit.*, p. 165-194. In particolare, i consigli d'azienda «devono cooperare (…) con il datore di lavoro in buona fede. Conseguentemente, la proclamazione dello sciopero da parte del consiglio d'azienda come mezzo di risoluzione dei conflitti è vietata», cit. p. 189. I consigli, dunque, non

funzioni dei consigli garantiscono dinamicità all'istituto, e questo è stato progressivamente rafforzato dalla legislazione e dalla giurisprudenza, di modo che l'azione sindacale e le prerogative dei consigli, sebbene formalmente distinte, si sovrappongano e collaborino di frequente[143]. Difatti, la stragrande maggioranza dei consigli è eletta sulla base di liste presentate dai sindacati[144], e l'assetto collaborativo[145] che il *Betriebsrat* è tenuto ad avere nei confronti del datore è legato non ai suoi membri, ma solo al consiglio nel suo complesso. I membri componenti i consigli, quindi, rimangono liberi di partecipare all'azione sindacale. Al di là della composizione dei consigli, sono i diritti di partecipazione prima ricordati, e assegnati ai *Betriebsräte,* a costituire il vero fulcro del sistema.

Tra questi, in particolare, i diritti di codeterminazione[146] attribuiscono la possibilità al consiglio, una volta che la negoziazione con la direzione aziendale su una certa materia coperta da codeterminazione[147] raggiunga uno stallo, di adire un collegio arbitrale (*Einigungsstelle*), la cui indipendenza è garantita dalla composizione paritaria di

partecipano direttamente all'attività rivendicativa e dunque al conflitto collettivo, sebbene sia evidente come gli stessi possano costituire, ove godano di una effettiva legittimazione sociale (tanto più se eletti dal sindacato), una socializzazione dei lavoratori spesso funzionale allo sviluppo del conflitto, v. M. Biasi, *op. cit.* p. 76, 77.

[143] Cfr. M. Corti, *Un secolo di partecipazione*… p. 153 e ss.; cfr. T. Haipeter, *Current Trends of German Codetermination by Works Councils: On Path Dependencies, Erosion and Innovation,* in Industrial Relations Journal, 2025, «Works Councils, Shop stewards and the Union as leader of negotiations have to coordinate their interests and develop joint goals and strategies. In this way, these actors work far more closely together than usual in the German dual system, bringing the two pillars of the system closer together. This can be seen as an institutional innovation, a new strategic response to the drift caused by the tectonic shifts in the collective bargaining system» cit. p. 270.

[144] «Del resto, i dati più recenti (2018) confermano che circa il 70% dei consiglieri è organizzato sindacalmente», ma questo dato, non è solamente positivo se si considera che «In questa situazione, i rischi più consistenti per la collaborazione tra sindacati e *Betriebsräte* risiedono nell'indebolimento del sindacato, che perde costantemente iscritti ormai da molti anni e riesce ad assicurare sempre più a fatica il necessario supporto ai consigli, in termini di consulenza e di formazione dei loro membri. Insomma, proprio dalla crisi del sindacato, garante delle istanze di solidarietà categoriale e generale, proviene il pericolo più forte che il *Betriebsrat* si trasformi in una sorta di sindacato aziendale» M. Corti, Un *secolo di partecipazione*… p. 163; l'autore sottolinea poi anche l'esistenza di una sinergia (sebbene non in tutti i contesti) tra cogestione e codeterminazione, utile soprattutto in caso di crisi aziendali.

[145] «Il datore di lavoro e il consiglio d'azienda collaborano (…) per il bene dei lavoratori e dell'unità produttiva», art. 2, co. 1, BetrVG del 1972; viene meno il riferimento al bene comune (*Gemeinwohl*) contenuto nella versione del 1952.

[146] In alcune materie è previsto il diritto di veto, ancora più incisivo perché consente ai consigli di opporsi direttamente alle decisioni aziendali, decidendo quindi i confini della negoziazione; ai consigli è spesso attribuito un diritto di iniziativa sulle materie di codeterminazione, di modo che possano richiederne l'attivazione anche in assenza di una volontà specifica del datore. I consigli sono ovviamente titolari, *a fortiori,* di ampi diritti di informazione e consultazione, cfr. R. Santagata de Castro, *Sistema tedesco di codeterminazione e trasformazioni dell'impresa nel contesto globale: un modello di ispirazione per Lamborghini,* in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2/2020, p. 429 e ss.

[147] Che potrebbe invece sfociare in un accordo, c.d. *Betriebsvereinbarung*, ossia una pattuizione aziendale, cosa diversa e differenziata dal contratto collettivo aziendale.

rappresentanti di entrambe le parti. Questo collegio decide dunque sulla controversia insorta tra consiglio e direzione aziendale, e questa decisione ha la stessa efficacia dell'accordo non raggiunto. Il collegio arbitrale decide «secondo equità, tenendo conto in modo adeguato degli interessi dell'unità produttiva e dei lavoratori coinvolti», e sebbene questo elemento – insieme al generale obbligo di buona fede e di collaborazione in capo ai *Betriebsräte* – denoti la tendenza del sistema verso soluzioni conciliative, la cosa è temperata dalla possibilità residuale di impugnare la decisione dell'organismo arbitrale, entro un breve termine, presso il giudice del lavoro. Le materie assegnate alla competenza dei consigli e coperte da codeterminazione (oltre che dai diritti di informazione e consultazione) sono tradizionalmente quelle sociali, quelle riguardanti il personale, e quelle economiche[148], a cui da ultimo si sono aggiunte previsioni che regolano i processi di innovazione tecnologica, e, sebbene con più difficoltà, di transizione ecologica[149]. Tra le novità della recente legislazione, vi è la previsione di regole in caso siano introdotti o applicati in azienda sistemi di intelligenza artificiale o comunque automatizzati. Spiccano diritti di informazione e consultazione assegnati ai *Betriebsräte* con la possibilità di consultare esperti in materia a spese dell'azienda, che diventano diritti di codeterminazione quando le decisioni aziendali impattano su assunzioni, trasferimenti, inquadramenti, licenziamenti, o comunque quando si discostino dalle conoscenze scientifiche consolidate in materia di organizzazione del lavoro. I consigli d'azienda possono inoltre vigilare, grazie ai diritti di informazione, sulla corretta applicazione della normativa sui dati personali e sulle decisioni implementate dai sistemi di IA dal carattere potenzialmente discriminatorio. Sono previsti anche diritti di codeterminazione sugli strumenti di sorveglianza e su quelli che raccolgono dati personali che prevedono l'utilizzo dell'IA[150].

Quanto ai già accennati rapporti tra *betriebliche Mitbestimmung* e contrattazione collettiva, si può notare come questi abbiano permesso lo sviluppo di un singolare coordinamento tra diversi livelli negoziali. Questo meccanismo, nel confrontarsi con l'imperativo della competitività imposta dai processi di globalizzazione e dalle (pur evitabili) crisi economico-finanziarie, ha consentito un controllo razionale sui processi

[148] Che sono comunque state ampliate nel tempo; per dare un'idea della vastità delle materie di competenza dei *Betriebsräte*, queste contemplano «in via esemplificativa: il regolamento d'azienda e il codice disciplinare; le modalità di erogazione della retribuzione e i principi di determinazione della retribuzione variabile; aspetti della salute e sicurezza sul lavoro non regolati dalla legge; gli strumenti di controllo tecnologico dei lavoratori; l'aumento e la riduzione collettiva dell'orario di lavoro; i criteri utilizzati per le assunzioni, gli inquadramenti, i licenziamenti, anche quando siano il frutto dell'applicazione dell'intelligenza artificiale», M. Corti, *La cogestione in Germania. 70 anni vissuti pericolosamente*, in Lavoro Diritti Europa, 2/2022, cit. p. 5.

[149] Per una ricognizione molto approfondita delle ultime novità in questo senso nel contesto tedesco, foriero di soluzioni innovative come, ad esempio, i c.d. "contratti collettivi per il futuro", cfr. G. De Girolamo, *op. cit.* p. 380 e ss. Cfr. anche M. Corti, Un *secolo di partecipazione*… p. 167 e ss.

[150] Cfr. M. Corti, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto fra Italia e Germania,* in Federalismi.it, n. 17/2022, ivi, p. 116 e 117; e R. Santagata de Castro, *Partecipazione dei lavoratori e intelligenza artificiale: l'esperienza tedesca,* in Aa.Vv., Il lavoro *e la democrazia economica…, op. cit.,* p. 233 e ss.

di flessibilizzazione del lavoro. Questo ha infatti consentito che gli spazi di deroga concessi ai livelli decentrati rispetto a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva centralizzata e di categoria rimanessero nella disponibilità di quest'ultima. Ciò è stato permesso tramite l'utilizzo dei meccanismi giuridici delle c.d. clausole di emergenza (*Härtefallklauseln*) divenute poi clausole di apertura[151] (*Öffnungsklauseln*). Queste clausole, inserite nel livello settoriale di contrattazione collettiva, permettono alle c.d. "pattuizioni aziendali" (*Betriebsvereinbarungen*), operate dai consigli d'azienda, di derogare o integrare quanto previsto dalla contrattazione collettiva, anche in senso peggiorativo.

Questo meccanismo, derogando parzialmente alla divisione del lavoro tra sindacato e consiglio d'azienda[152], consente al secondo, sebbene sulla base spesso di un coordinamento con il primo, di effettuare una decentralizzazione controllata e teoricamente legittimata dal basso. Naturalmente questo meccanismo «controllato» non implica che il suo utilizzo non abbia dato luogo ad abusi, o eroso in parte lo spazio rivendicativo connesso alla contrattazione collettiva e quindi al sindacato. Più in generale l'emergere della c.d. *gig economy* e i processi di frammentazione produttiva hanno comunque stravolto il tessuto produttivo tedesco: anche qui si è verificata una «divaricazione nel mercato del lavoro»[153], dove, se da un lato continuano ad esserci settori sindacalizzati e regolati in prevalenza dalla contrattazione collettiva (come il manifatturiero), dall'altro proliferano i *minijobs* insieme alla terziarizzazione (e oggi digitalizzazione) dell'economia, con una conseguente riduzione della copertura contrattuale di categoria ed uno sfilacciamento delle relazioni industriali. Nemmeno gli interventi legislativi visti in precedenza (cfr. par. 6) sono bastati ad interrompere i processi di disintermediazione che colpiscono i meccanismi di codeterminazione, così come i tassi di copertura della contrattazione collettiva[154].

---

[151] Cfr. M. Borzaga, *op. cit.* p. 79-83. Anche M. Corti, Un secolo di partecipazione… p. 162-163. In generale, questo fenomeno certifica che anche nel ritenuto «compatto» sistema tedesco di relazioni industriali, si assiste ad una importante erosione dei livelli di contrattazione collettiva, e di de-sindacalizzazione, cfr. C. Carta, *op. cit.* p. 645 e ss., B. Waas, *op. cit.* p. 1228 e ss.

[152] Di solito molto rigida, perché i consigli d'azienda non possono intervenire con le pattuizioni aziendali sugli aspetti «retributivi o sulle altre condizioni di lavoro» o sulle «materie abitualmente disciplinate» dalla contrattazione collettiva, nemmeno se le previsioni fossero migliorative per i lavoratori, a parte alcune deroghe come nel caso di *Sozialplan*; in ogni caso, le pattuizioni aziendali sono cose completamente diverse dai contratti collettivi aziendali, che rimangono di competenza del sindacato, v. M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*… p. 164, 165; M. Biasi, op. cit. p. 95 e ss.

[153] *Ivi*, in riferimento soprattutto al c.d. "Pacchetto Hartz", che oltre a riformare il sistema di sicurezza sociale in modo profondo, ha incentivato la flessibilizzazione del lavoro, p. 85 e ss.

[154] Dal 2000 al 2023 il tasso di copertura dei lavoratori rappresentati nei consigli aziendali è sceso dal 52% al 41%, insieme a quello relativo alla contrattazione collettiva, che è sceso dal 68% al 56%, con la conseguenza che il 42% dei lavoratori tedeschi non è coperto né dalla contrattazione collettiva, né dai consigli d'azienda. Ovviamente si conferma la tendenza per cui il tasso di copertura (sia dei consigli che della contrattazione collettiva) è tanto più basso quanto più si parla di settori relativi al mondo del terziario, e progressivamente più alto nei settori manifatturieri. In particolare, i consigli sono radicati soprattutto in imprese di dimensioni medio-grandi, cfr. T. Haipeter, *op. cit.* p. 228 e 229.

Nonostante le segnalate criticità, è possibile osservare un alto grado di resilienza da parte degli istituti di democrazia economica in Germania. Ciò non significa che questi non risentano delle trasformazioni legate alla globalizzazione, e della progressiva egemonia del modello di capitalismo neoamericano su quello renano[155]. E tuttavia, è un dato condiviso che la *Mitbestimmung* rappresenti ancora un punto fermo nelle relazioni industriali in Germania, soprattutto grazie ad una reinterpretazione funzionale dei suoi istituti, che le consentono un'ampia capacità di adattarsi agli scenari in mutamento, in maniera aperta e rimessa alla determinazione sociale[156].

Si indeboliscono così visioni che vorrebbero ritenere «anacronistica» la partecipazione dei lavoratori all'impresa in un'economia postfordista come quella odierna. Tanto più se anche l'analisi economica del diritto, tradizionalmente legata a visioni funzionaliste che tendono ad occultare i bilanciamenti politici sottesi alle scelte di regolazione[157], conferma l'impatto positivo dei meccanismi istituzionali di codeterminazione sulle condizioni del lavoro, ad esempio in termini di soddisfazione lavorativa nel medio-lungo periodo[158], o in termini di applicazione del salario minimo in imprese non coperte dalla contrattazione collettiva[159].

---

[155] Cfr. n. 114 e n. 132.

[156] T. Haipeter, *op. cit.,* «Companies are taking new contextual conditions such as globalisation, financialization or the organisational weakness of trade unions as an opportunity to shake off or avoid co-determination. (…) At the same time, however, co-determination actors, particularly in large companies, have evidently succeeded in developing innovative responses to the new challenges, despite shifts in the balance of power in favour of the companies, which are associated with new resources and capabilities, which in turn can strengthen their position in the relationships with management. This innovative twist can only be understood by focusing on the actors and their ability to find creative solutions that are not completely predetermined by the institutional framework and the distribution of resources» cit. p. 233, 234.

[157] F. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?,* in Ars Interpretandi, 2, 2013, in riferimento alla tendenza all'ideologia della massimizzazione dell'analisi economica del diritto, che esalta il funzionamento dei sottosistemi a cui si riferisce, a discapito dell'equilibrio generale: «queste [le scelte di regolazione, n.d.A.] restano quello che sono e cioè scelte politiche, frutto di valutazioni comparative di interessi, che avrebbero bisogno di quel quadro di riferimento più generale rispetto alla valutazione delle parti nella singola transazione, che è proprio quello che (come qui si è più volte ribadito) l'analisi economica del diritto non vuole e non può offrire» cit. p. 62. Sulla mutazione che ha avuto il diritto privato, da un paradigma relazionale ad un regolatorio, sullo sfondo dell'aumentare delle diseguaglianze, cfr. F. Denozza, *Il potere economico nel diritto privato relazionale e regolatorio,* Torino, 2026.

[158] C. Grund, D. Sliwka, K. Titz, *Works councils as gatekeepers: Codetermination, management practices, and job satisfaction,* in Labour Economics, 90, 2024, p. 8.

[159] L. Goerke, M. Pannenberg, *Minimum wage non-compliance: the role of co-determination,* in European Journal of Law and Economics, 2025, p. 389.

8. Esito del confronto

Dalla circoscritta analisi di esperienze giuridiche così differenti, è possibile derivare qualche sintetica considerazione conclusiva. In riferimento al sistema sindacale italiano, si è notato come la sua mancata formalizzazione, insieme ad altri fattori, abbia contribuito alla sua frammentazione progressiva, accentuando le debolezze del tradizionale modello volontaristico[160], legato al profilo prevalentemente negativo della libertà sindacale. Proprio la protezione di quest'ultimo è stata, anche dal punto di vista della storia costituzionale italiana, il punto di emersione delle dinamiche politiche operate dal sindacato, con alterne fortune. È un dato che la concezione negativa della libertà sindacale, e dunque dell'autonomia privata collettiva, sia stata il veicolo tradizionalmente utilizzato dalla strategia rivendicativo-conflittuale del sindacalismo confederale in epoca fordista, che, in stretto rapporto con il circuito politico, ha saputo sfruttare l'esistenza di un ancora forte tessuto di base (costituito dall'omogeneità della classe lavoratrice) per scavalcare le rivendicazioni partitiche, ed innervarle sul piano sociale, generando una concorrenza virtuosa tra sistema sindacale e sistema partitico. Come descritto, però, le mutate condizioni di fatto (e del sistema produttivo) fanno oggi rilevare una situazione molto differente. L'ipertrofia della contrattazione collettiva ed il declinare della conformazione e della stabilità degli attori tradizionali hanno generato un sistema di concorrenza al ribasso sul quale si manifestano drammatici fenomeni di *dumping* sociale ed economico che – sebbene contrastati, per quanto possibile, dal potere giudiziario – scontano la mancata valorizzazione sistemica della dimensione istituzionale della libertà sindacale, presso cui passa l'emersione del suo profilo positivo. Esempi di questa mancata valorizzazione sono oggi temi molto discussi come la misura della rappresentatività dei sindacati e l'efficacia della contrattazione collettiva. La recente riemersione del sindacalismo di base e di esperienze innovative, così come la graduale trasformazione delle modalità di esercizio del conflitto collettivo – sempre più incline a riavvicinare l'interesse collettivo con l'interesse generale, ed a sposare rivendicazioni anche identitarie e modalità d'azione legate ai contesti territoriali – è un segnale di rinnovamento deciso, ma non in grado, da solo, senza venire recepito anche sul piano istituzionale, di mutare il quadro complessivo. Anche le poco diffuse pratiche partecipative risentono di una visione che continua a rifiutare l'istituzionalizzazione delle stesse, rimettendole al terreno della contrattazione collettiva. Il sistema sindacale italiano ancora «privato e informale» sembra cristallizzare le sue inefficienze, perché appare incapace di rinnovare sé stesso, e a tratti di provvedere alla sua stessa autoconservazione[161].

Al contrario, si è visto che il sistema sindacale tedesco si innesta su radici storiche profonde che, a partire dall'esperienza weimariana, e ancor prima nella radice culturale dell'organicismo, hanno creato dei saldi presupposti per l'affermarsi di un'idea di

[160] F. Seghezzi, *op. cit.* p. 110 e ss.
[161] Cfr. parr. 2, 3 e 4.

democrazia economica (*Wirtschaftsdemokratie*) la cui identità essenziale appare resiliente alle trasformazioni. Non c'è dubbio che nell'esperienza di Bonn, la completezza di quest'idea – che in origine comprendeva anche i pilastri della socializzazione e della pianificazione dell'economia – sia sfumata presto, e il concetto di economia sociale di mercato abbia avuto capacità conformative anche sul sistema di relazioni industriali, retto dal pilastro rimanente, quello della cogestione. Così come è indubbio che un sistema neocorporativo, caratterizzato da un pluralismo sociale particolarmente istituzionalizzato e rigido, tenda a ridurre e disincentivare la conflittualità e le rivendicazioni connesse al sistema sindacale, come appare ovvio se si pensa allo scarso rilievo dello sciopero in questo contesto. Eppure, è proprio l'intreccio funzionale tra rappresentanza degli interessi e rappresentanza politica ad aver assicurato una organicità di fondo al sistema, consentendo al rapporto di integrazione tra Stato e società – sebbene connotato da una conflittualità minore (o comunque meno apparente che nel contesto italiano) – di garantire un grado minimo di democraticità e socializzazione nei rapporti lavorativi. Questo rapporto di distinzione (dunque, né identità, né separazione) tra diversi tipi di rappresentanza si riflette sia sul rapporto tra sistema sindacale e sistema politico sia sull'emersione del profilo positivo della libertà sindacale, che si esprime in una continua dialettica tra istituzionalizzazione promossa dal legislatore e spazio rimesso all'autonomia collettiva[162]. Tale dialettica appare particolarmente virtuosa anche perché è stata in grado di resistere alla frammentazione e precarizzazione del mercato del lavoro e dell'economia, che, come visto, ha riguardato anche il contesto tedesco. Il sistema tedesco ha infatti dimostrato un certo grado di adattività a tali trasformazioni, e si è visto come tale capacità sia dipesa dalla promozione della dimensione istituzionale della libertà sindacale e (dunque) del suo profilo positivo, grazie all'intervento da parte dello Stato che, pur mantenendo una sua separazione rispetto al circuito sindacale, è risultato funzionale a garantire l'effettività della dialettica tra parti sociali contrapposte[163]. Si è visto anche come il comprensivo istituto della *Mitbestimmung* – dunque la presenza di uno stabile, composito e fortemente adattivo sistema di diritti di partecipazione – consenta un più elevato livello di socializzazione e stabilità ai rapporti lavorativi, e che, nonostante il sistema a *double channel,* lo stesso sia spesso tangente (e di supporto) all'azione sindacale.

Ciò che si può ricavare dalla comparazione è innanzitutto che non può in alcun modo giustificarsi una tensione unificante verso il modello tedesco, perché è indubbio che le due esperienze presentino tratti di incomunicabilità profondi, che non rendono possibile «presumere l'identità di soluzioni a problemi», anche solo in parte, «diversi», in riferimento soprattutto al diverso tipo di pluralismo sociale, e di democrazia. Piuttosto, si ritiene possibile che, dall'emersione delle differenze e delle identità degli oggetti confrontati, si possa anche instaurare una relazione costruttiva in cui la comparazione può fungere da catalizzatore di trasformazioni non etero-imposte ma

[162] Cfr. parr. 5, 6 e 7.
[163] V. n. 114. Sul concetto di «libertà positiva» e su quello di «dimensione istituzionale», v. n. 11.

derivanti dal raffronto, oltre che ovviamente rivolte alla realizzazione degli scopi di chi compara[164]. Tanto più quando gli oggetti raffrontati, posti in una relazione non gerarchica, si facciano «ruotare» attorno ad un perno comune, ossia un concetto in grado di porre, costruttivamente, in relazione le differenze. È indubbio, e lo si è visto, che nel caso di specie questo termine comune sia costituito dai processi di disintermediazione socioeconomici, che riguardano entrambi i contesti presi in analisi.

In base a queste considerazioni, se la domanda è quella di comprendere quali siano i fattori in grado di contrastare tali processi, si può forse rispondere che, guardando al sistema sindacale italiano, questo beneficerebbe senza dubbio di un maggior grado di istituzionalizzazione, specie in relazione ad alcune questioni, anche se per motivazioni del tutto diverse rispetto a quelle presenti in Germania, e con finalità non sovrapponibili.

Ciò non implica, peraltro, che questa istituzionalizzazione debba risolversi, come spesso si teme, anche in una «pubblicizzazione»[165]. Più semplicemente potrebbe iniziarsi a mettere in dubbio l'intangibilità dell'autonomia privata collettiva, considerando che se un tempo questa categoria è stata in grado di fare da "vela maestra" della trasformazione sociale (almeno, per quella che passava per il tramite delle relazioni lavorative e sindacali), oggi la situazione appare ribaltata. E ciò non già in quanto sia realistico pensare che le relazioni industriali in Italia possano perdere il loro storico grado di conflittualità, che si riflette spesso sul circuito politico. Esattamente come in Germania, ma in senso opposto, esistono ragioni storiche e culturali per le quali ciò appare decisamente improbabile: le recenti trasformazioni delle pratiche di conflitto collettivo, e l'emersione di nuove soggettività e strategie sindacali, lo testimoniano[166].

Piuttosto, riconoscendo il dato reale per cui si assiste ad un indebolimento generalizzato del conflitto e dei suoi attori, dovuto, tra le altre cose, ai processi di

---

[164] A. Somma, *Imparare dalla storia*… cit. p. 138, 145. Notare la distanza e la non sovrapponibilità dei contesti non implica, peraltro, l'impossibilità di pensare alla comparazione come «a tool of law reform», nell'ipotesi che l'alterità possa essere compresa e utilizzata per promuovere «at home a social change which foreign law is designed either to express or to produce». È vero che in particolare le relazioni industriali, poiché fortemente legate alla struttura e organizzazione «of political and social power (…) [at the] institutions and traditions» a cui si riferiscono sono tra gli oggetti meno «transplantable». È proprio la consapevolezza di questa circostanza a rendere forse «risky» ma non «impossible» la comparazione, cfr. O. Kahn-Freund, *On uses and misuses of comparative law,* in The Modern Law Review, n. 1/1974, cit. p. 1, 2, 24, 27.

[165] Nell'ipotesi che «il processo di istituzionalizzazione delle relazioni industriali» abbia un carattere «essenzialmente contrattato» rispettoso dell'autonomia dei[l] sottosistemi[a] (sindacale e statale), che si auto-integrano senza preponderare l'uno sull'altro, limitando la forza spoliticizzante del mercato, e liberando il «neocorporativismo da ogni tentazione panstatualistica». Di questi aspetti – e quindi di un necessario ridimensionamento della lettura privatistica del diritto sindacale e del lavoro – avvertiva la complessa lettura di Gaetano Vardaro agli albori delle attuali trasformazioni, leggendo la dinamica delle relazioni industriali attraverso la visione sistemico-funzionale di Niklas Luhmann, alla ricerca di «alternative alla gerarchia», cfr. G. Vardaro*, Contrattazione collettiva*…, p. 118 e ss., cit. p. 126.

[166] V. n. 40 e ss.

disintermediazione, dovrebbe allora accettarsi la necessità di una regolazione eteronoma di tipo legislativo, dunque di una istituzionalizzazione, che sia in grado di riaffermare la centralità del lavoro. Questa passa tanto dalla qualificazione dei suoi attori collettivi, quanto dalla creazione di strutture normative cogenti (come quelle partecipative, o di promozione dell'efficacia della contrattazione collettiva e dell'azione sindacale sul luogo di lavoro) che orientino le dinamiche di quegli attori. Il modo migliore per assicurare un «più saldo impianto del sistema di relazioni sindacali» sta nel procedere a una «definizione delle forme della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e del collegamento tra forme di rappresentazione», nel riuscire ad «accertare la rappresentatività dei sindacati», così da soddisfare l'esigenza di una «nuova regolazione strutturale del fenomeno sindacale e del controllo delle [sue] conseguenze sistemiche»[167].

Questa istituzionalizzazione non dovrebbe comunque sostituirsi all'origine pluralistica dei «fenomeni di dinamica organizzativa del corpo sociale»[168], perché è in essi che risiede la natura eminentemente sociale delle relazioni lavorative e sindacali. Piuttosto, un certo tipo di istituzionalizzazione potrebbe favorire nuovamente la legittimazione della dinamica in cui quelle relazioni si svolgono. Se infatti si intendesse l'istituzionalizzazione come promozione del profilo anche positivo della libertà sindacale, ciò potrebbe comportare un'inversione di tendenza rispetto ad un sistema anomico e frammentato, basato sulla concorrenza al ribasso. L'istituzionalizzazione costituirebbe un concreto contrasto alla pura logica (privatistica) che vede i rapporti sindacali solo come rapporti di forza tra soggetti in competizione, competizione sempre più impari, per fattori, come visto, sistemici.

Non vi è dubbio che la dinamica bi-direzionale[169] tra conflitto e autonomia privata collettiva rimanga fondamentale perché consente il concreto mutare degli assetti sociali, conservando intatta la loro politicità. Allo stesso tempo, però, e alla luce delle mutate condizioni di fatto del sistema produttivo e sociale, una lettura di questo fenomeno che voglia continuare a sottolinearne la sola dimensione privata manca di includere i punti di contatto, sempre più frequenti, tra interesse collettivo e interesse generale[170], oltre che di fornire strumenti validi alla tutela del primo, che consentano di valorizzare la dimensione propriamente costituzionale, e dunque prescrittiva, della tutela del lavoro. Senza un'adeguata valorizzazione della dimensione istituzionale della libertà sindacale, in altre parole, viene ignorata quella funzione promozionale che il

[167] Così come è stato ricordato in un momento in cui queste trasformazioni erano ancora in una fase iniziale, v. L. Mariucci, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, Relazione AIDLASS, 1995, cit. p. 67, 70, 73, 74.

[168] G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva,* Milano, 1960, cit. p. 16.

[169] «In definitiva, l'autonomia collettiva non è funzionale "solo" alla gestione e composizione del conflitto – eventualmente tramite regolamentazione negoziale – ma anche alla generazione e manifestazione del conflitto stesso. Allo stesso tempo, il conflitto non è solo esercizio ma può essere anche condizione di possibilità dell'autonomia collettiva», A.J. Golia, *op. cit.* p. 38.

[170] Cfr. par. 2, n. 40 e ss.

diritto potrebbe svolgere nel consentire alle organizzazioni sindacali di svolgere con effettività il loro ruolo, quello di «riequilibrare il potere sociale nella sfera di produzione attraverso la rappresentanza collettiva degli interessi, l'organizzazione del conflitto e la contrattazione collettiva»[171].

Anche il momento partecipativo può svolgere un ruolo cruciale, se si tiene a mente che è perfettamente concepibile che le forme di partecipazione si adattino al contesto di riferimento[172]. Se è vero che il concetto di *Mitbestimmung* trova il suo spazio e la sua funzionalità anche e soprattutto grazie a fattori extra-giuridici (come il tipo di pluralismo sociale in cui si innesta, e la natura del tessuto produttivo)[173], è altrettanto vero che possono valorizzarsi altre forme di partecipazione, ben più adatte al contesto italiano, dove i citati fattori extra-giuridici sono molto differenti. La tensione verso una dimensione conflittuale del pluralismo suggerisce di adottare forme partecipative che constino di «un confronto permanente» tra parti comunque contrapposte, tale «da escludere commistioni di ruoli o compromissioni in chiave produttivistica». Anche in questo caso, potrebbero riscontrarsi benefici tipici della partecipazione, come ad esempio un incremento degli effetti di socializzazione e di stabilità delle relazioni lavorative, a patto che questa sia realizzata – almeno in parte – da una tecnica

[171] È qui evidente come dalla dimensione istituzionale della libertà sindacale, discenda la valorizzazione del suo carattere di libertà (anche) positiva, v. M. D'Antona, *Il quarto comma*… cit. p. 671. La valorizzazione della dimensione istituzionale della libertà sindacale presente in Germania è stata evidenziata al par. 6, n. 128 e ss.

[172] Soprattutto perché è da relativizzare la polarizzazione netta tra partecipazione e conflitto, cfr. M.J. Bonell, op. cit., p. 383-399, che evita la contrapposizione insanabile tra la concezione comunitaria/corporativa dell'impresa, e quella c.d. democratico/conflittuale. Non è infatti corretto ritenere che i due modelli ideali siano effettivamente presenti nella realtà, proprio per la non necessaria opposizione tra partecipazione e conflitto: «… non si tiene conto del fatto che in definitiva qualsiasi forma di partecipazione presenta, accanto a momenti di consenso o di cooperazione, momenti di conflitto, e che la prevalenza degli uni sugli altri dipende non tanto dai singoli modelli di volta in volta previsti in astratto, quanto dall'applicazione che gli stessi ricevono in concreto» cit. p. 385, 386. Infatti: «gli istituti di partecipazione dei lavoratori (…) prevedono una libertà nel lavoro e non solo al di fuori di esso, mediante il guadagno del salario. È questa una libertà "sociale", perché contribuisce a far crescere la personalità e la socialità del lavoratore durante il suo lavoro. Il lavoro, in tal senso, potrebbe acquisire spazi di maggiore relazionalità che le più recenti tendenze del mercato e le riforme delle tipologie contrattuali hanno notevolmente compromesso», A. Michieli, *op. cit.* p. 233, 234. Cfr. O. Favereau (dir.), Traité *de codétermination,* Québec*,* 2025, ivi, le conclusioni, p. 376, e lo scritto di Adalberto Perulli, una rilettura della società contrattuale di Weber e del pensiero economico di Sen, applicati al concetto di codeterminazione e al diritto del lavoro, p. 364.

[173] Cfr. par. 7.

eteronoma, che non rimetta al solo libero gioco delle parti la sua implementazione[174]. Purtroppo, come visto, la l. n. 76/2025 sembra del tutto inadeguata a questo scopo[175].

Riemerge qui la tesi di fondo: la democratizzazione dei processi sociali (a partire da quelli lavorativi, ma più in generale economici) è funzionale alla rilegittimazione e re-intermediazione dei processi democratici *tout court*, che, in quanto tali, conservano la loro natura conflittuale[176]. Così, la dimensione più o meno democratica nei rapporti economici si intreccia con il tema della rappresentanza degli interessi organizzati, all'interno del rapporto di integrazione tra Stato e pluralismo della società[177].

Tutto ciò a patto di voler ancora ritenere il lavoro quale concetto entro cui possa transitare l'emancipazione, individuale e collettiva[178].

---

[174] Cfr. F. Mancini, *Costituzione e movimento* operaio, Bologna, 1976, cit. p. 178 e 179, ma cfr. anche ivi, p. 16-22. Si è visto, poi, come non tutti i tipi di istituzionalizzazione si adattino al terreno delle relazioni industriali italiane, e al suo retroterra culturale e ideale: così per i meccanismi di regolazione negoziale del conflitto collettivo, in cui l'autonomia collettiva non è mai riuscita a rispecchiarsi, v. L. Corazza, *op. cit.* p. 190.

[175] V. par. 4.

[176] G. Azzariti, *Diritto e conflitti,* cit. p. 404.

[177] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati,* Milano, 1993, trad. it. di S. Mangiameli, titolo originale *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlin, 1956, parlava già del declino della rappresentanza degli interessi in senso corporativo, in cui la loro pretesa «neutralità» veniva travolta dalla politicizzazione dei corpi intermedi nel progressivo moto di integrazione tra Stato e società, e veniva così meno anche la compartecipazione tra capitale e lavoro quale elemento corporativo pacificante, ivi, p. 253 e ss., spec. p. 270; l'A. scriveva ai tempi di una società di massa industrializzata, ovviamente diversa da quella prevalentemente disintermediata, globalizzata e post-fordista dell'oggi. Ma intuiva comunque che «il fenomeno del pluralismo sociale (…) è qui l'organizzazione di interessi» cit. p. 428; l'applicabilità anche al contesto odierno di questa centralità degli interessi organizzati, considerati come «potere politico e realtà costituzionale», cit. p. 441, non sembra infatti di per sé errata, se si considera che la citata disintermediazione è più che altro un dato di fatto, che però non elimina – se si vuole continuare a garantire l'integrazione dinamica tra Stato e società – il compito dello Stato «di istituire e mantenere l'ordine fondamentale, entro il quale gli interessi organizzati possono agire». Sono tali spazi di libertà rimessi agli interessi organizzati a garantire al singolo la sua «mobilità nella struttura sociale», che tuttavia abbisogna della protezione statale nei confronti degli «abusi di potere delle oligarchie intermedie», cit. p. 439. Se si pensa alla posizione del singolo rispetto al lavoro nel contesto odierno, si può forse intuire l'attualità della visione proposta da Kaiser. Queste notazioni investono anche il tema – evidentemente collegato – della rappresentanza politica: «Poiché nelle società complesse quello dell'aggregazione delle domande è divenuto un momento intrinsecamente dialettico, da ciò discende in primo luogo che la linea di confine tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi appare più evanescente», P. Ridola, *Democrazia rappresentativa*…, cit. p. 75. Sulla «politica degli interessi» e della relazione tra questa e la rappresentanza politica v. G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi organizzati, contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi,* Milano, 2005.

[178] Riconoscendo nel suo valore, «la radice essenziale, del tutto moderna, dei diritti di libertà», L. Mariucci, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo,* in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2020, p. 15.

***

Abstract: This paper examines the concept of economic democracy from a comparative perspective, comparing the Italian trade union system with that of Germany. The trade union phenomenon is treated as a specific manifestation of the broader concept of economic democracy, which is considered within the framework of processes of economic and social disintermediation. The study compares the trade union systems by examining their historical development and their degree of institutionalization. With regard to these variables, the analysis will focus on the relationship between the trade union system and the political system, and on the (more or less pronounced) emphasis placed on the positive aspects of trade union freedom, particularly with regard to the various models of collective bargaining and worker participation. It is precisely the varying degrees of institutionalization that will enable a comparison between the systems, without succumbing to unifying pressures, but by constructively highlighting their differences.

Keywords: Economic Democracy – Trade Union – Labour – disintermediation – participation

***

Federico Mastroianni – Dottorando in Diritto comparato, Sapienza Università di Roma (federico.mastroianni@uniroma1.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Itinerari comparativi nella recente giurisprudenza costituzionale italiana: il caso del "fine vita"*

Sara Martucci

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari: il "fine vita" come *starting point* privilegiato per l'uso dell'argomento comparativo nella giurisprudenza costituzionale italiana. - 2. Due pronunce emblematiche: l'ordinanza n. 207/2018 come origine del dialogo interordinamentale della Corte. - 3. Segue. La sentenza n. 135/2024: consolidamento ed *enforcement* del nuovo paradigma ermeneutico. - 4. Oltre il "fine vita", le sentenze n. 141/2019, n. 161/2023, n. 135/2025, n. 166/2025 e n. 10 del 2026: ulteriori conferme del recente indirizzo epistemico della Corte. - 5. Osservazioni finali: verso uno statuto epistemologico?.

1. Considerazioni preliminari: il "fine vita" come starting point *privilegiato per l'uso dell'argomento comparativo nella giurisprudenza costituzionale italiana*

Il presente contributo si propone di indagare una questione centrale e controversa nel dibattito costituzionale: il ricorso alla comparazione giuridica nelle decisioni giudiziali, con particolare attenzione a quelle della Corte costituzionale italiana. In via preliminare è opportuno richiamare alcuni dei quesiti che hanno orientato la ricerca, i cui risultati saranno brevemente illustrati nel presente elaborato: quale configurazione può assumere la comparazione nelle sentenze della Corte costituzionale italiana? E, soprattutto, quale rilievo e ruolo devono essere riconosciuti a tale pratica? Al fine di pervenire a riflessioni il più possibile critiche, ponderate e coerenti, l'indagine ha seguito un approccio inferenziale di tipo induttivo, fondato su evidenze empiriche desunte dall'analisi del caso-studio prescelto: le pronunce giurisprudenziali della Corte costituzionale italiana in materia di "fine vita".

In particolare, è stata esaminata la posizione assunta dalla Corte con riguardo alla fase terminale dell'esistenza a partire dalle decisioni storiche, l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019, per poi giungere alle più recenti: le sentenze n. 135/2024, n. 66/2025, n. 132/2025 e n. 204/2025. Si anticipa che verrà riservato uno spazio significativo soprattutto all'ordinanza n. 207/2018 e alla sentenza n. 135/2024, in quanto costituiscono manifestazioni emblematiche dell'impiego dell'argomento comparativo in questo settore.

---

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

Tale modalità di ricerca, sebbene possa apparire più affine alla mentalità giuridica degli operatori del diritto dei sistemi di *common law*[1] è ad ogni buon conto apparsa, a chi scrive, una via metodologica particolarmente promettente per l'approfondimento di una tematica così complessa e di ardua lettura. L'indagine si è infatti confrontata, nella misura che si illustrerà, con la labirintica questione dell'uso dell'argomento comparativo da parte della giurisprudenza costituzionale italiana[2]: una pratica o prassi che, non poggiando su un quadro epistemologico univoco, ha determinato l'insorgere di un ampio e problematico dibattito. È dunque sembrato utile promuovere

[1] Chi scrive è consapevole che una siffatta forma o modalità di processo cognitivo sia caratterizzante in misura maggiore la «mentalità giuridica» degli operatori del diritto di *common law* piuttosto che quelli di *civil law*. A tal riguardo, questa circostanza è ben nota e radicata fin da epoche risalenti tanto da essere messa in luce dai comparatisti di origine tedesca, K. Zweigert e H. Kötz, nell'ambito della classificazione tassonomica dei vari ordinamenti giuridici, proposta nel loro manuale "Introduzione al diritto comparato", incentrata sul concetto mutuato dalla linguistica e dalle arti figurative: lo Stile del sistema. In una prospettiva per certi versi convergente, P. Legrand ha posto in evidenza come le tradizioni giuridiche, lungi dall'essere riducibili a meri insiemi di regole differenti, costituiscano piuttosto universi culturali dotati di proprie modalità di pensiero, presupposti epistemici e strutture cognitive, che segnano in profondità la distanza irriducibile e feconda tra *common law* e *civil law* (cfr. P. Legrand, *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Politica del diritto*, 2017, p. 12 ss.). In termini parzialmente affini, H. P. Glenn altresì, soffermandosi sullo stile del ragionamento dei giuristi nelle diverse tradizioni giuridiche, ha rilevato la tendenziale impronta deduttiva del *civil law* e la prevalente impostazione induttiva del *common law* (cfr. H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, (a cura di S. Ferlito), Bologna, 2011, p. 221 ss.).

[2] Al fine di provvedere a sagomare il perimetro della questione menzionata, la quale può essere in questa sede intesa come la penetrazione del diritto comparato (nel nostro caso, precisamente e principalmente precedenti giurisprudenziali stranieri) nell'argomentazione giuridica della Consulta, è d'obbligo il riferimento, almeno, e senza pretesa di esaustività, a L. Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, p. 601 ss.; L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. Ferrari – A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, p. 477 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, 2006; V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?,* in *Rivista diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1993 ss.; A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo,* in *Rivista diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 983 ss.; P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione,* in G. Alpa (a cura di) *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015,* in *Consulta OnLine*, 2015, p. 589 ss.; D. De Lungo, *Comparazione e Legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *federalismi.it*, 2019; P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *DPCE Online,* 2022, p. 191 ss.; A. M. Lecis Cocco Ortu, *The use of foreign precedents by the Italian Constitutional Court: Something new under the sun?,* in T. Groppi – M.-C. Ponthoreau – I. Spigno (eds), *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century,* London, 2025, p. 477 ss. e, sui profili della teoria dell'argomentazione, G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, p. 3 ss.

l'osservazione e la considerazione critica muovendo da una base circoscritta, ma al contempo densa e robusta: la giurisprudenza sul "fine vita".

Una volta fornita una giustificazione alla metodologia di analisi induttiva a tal fine adottata, occorre evidenziare le ragioni per cui la giurisprudenza costituzionale italiana sul "fine vita" ha costituito (e ancora potenzialmente costituirà) terreno d'elezione per l'uso dell'argomento comparativo. Nelle sei (o, più propriamente, quattro)[3] pronunce della Consulta italiana relative al diritto fondamentale dell'individuo all'autodeterminazione nelle fasi finali della propria esistenza, è agevolmente riscontrabile la presenza di «inferenze extrasistemiche»[4] ovverosia riferimenti a fattori e componenti di diritto straniero[5] non trascurabili e meritevoli di considerazione. Che l'ambito tematico delle questioni di "fine vita" abbia favorito il più completo disvelamento del fenomeno in esame risulta coerente con le attese e con le innumerevoli previsioni dottrinali per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, il "fine vita" richiama l'attenzione sull'insidioso, delicato e complesso contesto della salvaguardia dei diritti fondamentali[6]: una sfera o macroarea in cui si registrano moti di convergenza e tensioni universalistiche[7]. Proprio la peculiare

[3] Il riferimento è, senz'altro, all'ordinanza n. 207 del 2018, nonché alle sentenze n. 242 del 2019, n. 135 del 2024 e n. 66 del 2025. D'altro canto, la sentenza n. 132 del 2025 non riveste particolare rilievo ai fini del presente studio, poiché si tratta di una pronuncia che si arresta sul profilo processuale e dunque non si addentra nel merito della questione di legittimità costituzionale, dichiarata, peraltro, inammissibile. Al contempo, la recentissima sentenza n. 204 del 2025, investita della verifica di legittimità della legge regionale del 14 marzo 2025, n. 16 (Modalità organizzative per l'attuazione delle sentenze della Corte costituzionale 242/2019 e 135/2024), presenta un margine di apertura alla comparazione costituzionale più moderato e, per tali ragioni, risulta di interesse più contenuto ai fini dell'indagine odierna.

[4] La citazione è tratta da A. Lollini, *Searching for Differences: l'uso del diritto straniero seguendo un'ermeneutica per differenziazione*, in *Ars interpretandi,* 2016, p. 78 ss.

[5] Si riscontra la presenza effettiva di tali riferimenti, seppur aventi forme variegate e difformi gradi di intensità. Sul ricorso al diritto "alieno", cfr. G. Gorla, *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del diritto comune europeo,* in G. Gorla (a cura di), *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milano, 1981, p. 619 ss. In questo saggio dottrinario *ante litteram*, l'Autore illustra il fenomeno, già presente nell'età del diritto comune, del ricorso alla *lex alii loci* quale tecnica ermeneutica.

[6] Sulla prevalenza dell'impiego dell'argomento comparativo con riferimento ai diritti fondamentali, cfr., tra gli altri, A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE Online*, 2022, p. 824 ss.; A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale,* in dirittocomparati.it, 2015, p. 8 ss.; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* op. cit., p. 604 ss.; Id., *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, op. cit., p. 209 ss. Purtuttavia, occorre rilevare che si possono rinvenire forme di comparazione giuridica anche nell'ambito della giurisprudenza sull'organizzazione costituzionale e territoriale, se pur largamente influenzata da dinamiche storiche e istituzionali proprie del singolo paese.

[7] Precisamente, i percorsi dialogici e di integrazione assiologica sono stati promossi e stimolati, in primo luogo, in virtù dell'impegno costante e perseverante della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha attribuito alla categoria dei diritti fondamentali, quelli risultanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, la qualifica di principi generali e una posizione preminente nell'edificio comunitario; in secondo luogo, per effetto

attitudine dei diritti fondamentali ad oltrepassare i confini degli ordinamenti nazionali e ad inserirsi in dinamiche di circolazione multidirezionale rende tale ambito altamente permeabile al dialogo con le esperienze giuridiche maturate in altri sistemi.

In secondo luogo, la fase terminale dell'esistenza afferisce al novero delle questioni sensibili di quello che è stato denominato "biodiritto"[8], un ambito che, pur non presentando un integrale allineamento tra i vari ordinamenti giuridici[9], richiede comunque un confronto interordinamentale[10] costante, e per molti versi, difficilmente eludibile.

Da ultimo, in linea di principio, la materia del "fine vita" costituisce un settore nel quale si sono susseguiti rapidi e talora profondi processi di trasformazione. Tali mutamenti, sospinti prevalentemente dall'evoluzione delle sensibilità sociali e culturali, trovano, più in generale, fondamento nel continuo rimodularsi delle coordinate entro le quali vengono definite le condizioni dell'autodeterminazione individuale. In siffatti contesti, connotati da una elevata coscienza etica e da marcate implicazioni politiche, l'ordinamento può incontrare forti resistenze all'interno del circuito legislativo, tali da impedire o, quantomeno, rallentare l'approntamento di una disciplina tempestiva, compiuta e definitivamente assestata. Per tali ragioni, le corti costituzionali e supreme, sovente esposte al rischio di un'indebita ingerenza nella sfera propria della discrezionalità legislativa, possono pertanto trovarsi nella necessità di intervenire in una fase di transizione nella quale il quadro normativo interno non appare ancora pienamente consolidato e le istanze emergenti non hanno trovato una compiuta composizione nel circuito politico-rappresentativo. In tali circostanze, l'argomento comparativo può acquisire una peculiare pregnanza: consente alla Corte di ampliare il proprio orizzonte di osservazione e di misurarsi con soluzioni normative e giurisprudenziali già maturate in altri contesti ordinamentali. Un siffatto raffronto può,

dell'entrata in vigore della Carta europea dei diritti dell'Uomo, anche nota come Carta di Nizza, e del riconoscimento del suo valore vincolante. Per un ampio inquadramento del tema, cfr. G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa.* op. cit., p. 207 ss.; G. De Vergottini, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2005; S. Mangiameli, *The Constitutional Traditions Common to the Member States in European Law, as a Tool for Comparison among MS Legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights,* in ipof.it, 2016, p. 1 ss.; E. Pagano, *Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati come fonte dei diritti fondamentali dell'UE,* in iris.cnr.it, 2020; S. Ninatti, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive,* in *Rivista telematica Stato, chiese e pluralismo confessionale,* 2019, p. 103 ss.

[8] Per una sagomatura accurata del tema del "biodiritto", cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; Id, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modello, metodo*, Torino, 2023.

[9] Come rilevato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 13 giugno 2024, *Case of Dániel Karsai V. Hungary*, in materia di "fine vita", agli Stati membri del Consiglio d'Europa spetta un considerevole margine di apprezzamento circa l'eventuale legalizzazione delle pratiche eutanasiche, rimanendo tuttavia fermo il dovere della Corte di valutare la conformità di tali discipline alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

[10] In tale prospettiva e, più in generale, sulla propensione naturale all'impiego del diritto comparato nel "biodiritto", cfr. M. Graziadei e S. Praduroux, *Il biodiritto nello specchio della comparazione*, in biodiritto.org, 2019, p. 361 ss.

infatti, offrire un utile ausilio nell'attività interpretativa e, per tale via, contribuire a cogliere le possibili direttrici evolutive del diritto in settori connotati da un accentuato dinamismo. In altri termini, la comparazione giuridica si eleva a dispositivo ermeneutico attraverso il quale interrogare, al cospetto delle sollecitazioni provenienti dalla società civile, il significato attuale dei diritti e dei principi costituzionali[11].

Le tre premesse sopra indicate, l'evocazione della protezione dei diritti fondamentali, l'attinenza alle questioni di biodiritto e la particolare esposizione della materia a processi evolutivi, illustrano la ragione per cui il "fine vita" ha costituito un terreno particolarmente fertile e, come si mostrerà nel prosieguo, lo *starting point* privilegiato per l'impiego proficuo dell'argomento comparativo nell'attività interpretativa della Corte costituzionale italiana.

2. *Due pronunce emblematiche: l'ordinanza n. 207/2018 come origine del dialogo interordinamentale della Corte*

Come evidenziato in precedenza, le pronunce-chiave per l'indagine sono state principalmente l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 135/2024. La loro analisi mostra come il ricorso all'argomento comparativo, nell'ambito della giurisprudenza

[11] In ordine alla dualità, benché non configurata in termini rigidamente dicotomici, bensì secondo una prospettiva gradualistica, tra approcci *originalist* e *non-originalist* all'interpretazione costituzionale, a seconda che il significato della Costituzione sia ancorato, rispettivamente, alle concezioni, alle intenzioni, alle finalità e ai valori propri della generazione costituente ovvero a quelli dell'epoca contemporanea, v. J. Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, 2006, p. 3 ss. In tale cornice, l'A. sottolinea la funzione dell'interpretazione costituzionale nel raccordare il significato della Costituzione alle circostanze sopravvenute ed alle concezioni contemporanee della giustizia e dell'utilità sociale, nonché l'attitudine del comparativismo costituzionale ad ampliare l'orizzonte dell'interprete, dischiudendo la pluralità delle soluzioni giuridiche praticabili. Più precisamente, l'A., nel propugnare una concezione moderata dell'*originalism*, evidenzia peraltro come tale impostazione non si ponga in termini di radicale antitesi rispetto al *non-originalism*, collocandosi piuttosto le concrete posizioni interpretative lungo un *continuum* tra i due poli. Su tale ricostruzione teorica, si appuntano, tuttavia, le considerazioni critiche di H. M. Hurd (cfr. H. M. Hurd, *Living in the Past: Burkean Conservatism and Originalist Interpretation*, in J. Goldsworthy – T. Campbell (eds), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002, p. 173 ss.), la quale sottopone a scrutinio la possibilità di rinvenire nei principi del conservatorismo *burkeano* un fondamento idoneo a giustificare tale versione moderata dell'*originalism*, negandone, in definitiva, l'idoneità a sorreggere tale impostazione. Sul fronte nazionale, in ordine alla specificità dell'interpretazione costituzionale e alla dimensione diacronica dei principi costituzionali, concepiti quali enunciati normativi destinati a dispiegare la propria forza precettiva nel divenire storico e ,per ciò stesso, chiamati a contemperare istanze di stabilità e di elasticità, senza tuttavia recidere il vincolo con il significato originariamente impresso alla Carta dal potere costituente cfr. M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari,* in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 41 ss., e F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, *ivi*, p. 51 ss.

costituzionale italiana, si collochi attualmente in una fase di progressiva maturazione[12]. È trascorso molto tempo da quando parte della dottrina parlava, con una certa dose di scetticismo, di una «ricerca sul nulla»[13]. Oggi, al contrario, il panorama appare profondamente mutato, così come riconosciuto anche dalla riflessione accademica più recente, che ha evidenziato il crescente consolidarsi della comparazione quale congegno metodologico di rilievo nell'argomentazione della Corte costituzionale italiana.

Purtuttavia, sul punto la dottrina comparatistica sembra ancora procedere con prudenza, privilegiando toni misurati e cauti[14]. Se ci si limita alle evidenze empiriche disponibili, emerge una Corte che, nella parte motiva delle proprie decisioni, tende a richiamare[15] in modo sempre più persistente e manifesto le pronunce di sue omologhe straniere. A una prima lettura, tale impostazione può essere valutata non solo come un significativo mutamento di prospettiva, ma senz'altro come l'inaugurazione di un percorso innovativo intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale italiana nell'uso della comparazione giuridica.

Anzitutto, la Corte ormai non si limita più, come sovente accadeva in passato, ad effettuare meri richiami frammentari, non argomentati e giuridicamente non decisivi al diritto straniero né si trincera più dietro la barriera protettiva della comparazione

[12] In questi termini si esprime la dottrina comparatistica recente. Cfr. P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana.*, op. cit., p. 191 ss.; Id, *Giustizia costituzionale e diritto comparato in Italia. Qualche riflessione sull'ultimo quarto di secolo,* in *DPCE Online*, 2024, p. 221 ss.; A. M. Lecis Cocco Ortu, *The use of foreign precedents by the Italian Constitutional Court.,* op. cit., p. 477 ss.; F. Duranti, *Giustizia costituzionale e comparazione. Nuove tendenze e dinamiche negli ordinamenti di democrazia stabilizzata,* in *DPCE Online,* 2025, p. 823 ss.

[13] Z. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, op. cit., p. 1993 ss. Su un piano diverso, ma ugualmente attento ai profili critici del fenomeno, si colloca la riflessione di G. De Vergottini che, in *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., ricostruisce la comparazione giuridica come metodo interpretativo rigoroso, fondato su un processo valutativo e volitivo esplicito e verificabile *ab extra* e strettamente connesso alla *ratio decidendi.* Entro questo quadro teorico, l'Autore propone dunque una lettura restrittiva dell'uso della comparazione giuridica, osservando come, alla luce di tali presupposti, l'esperienza della Corte costituzionale italiana, quantomeno quella risalente, difficilmente possa essere ricondotta, in senso tecnico, al novero delle corti di vertice che praticano la comparazione giuridica.

[14] Si rievoca la critica provocatoria di Vlad Perju rivolta agli stessi comparatisti, ritenuti dall'Autore in parte responsabili del progressivo declino e dell'insuccesso dell'uso del diritto comparato. Cfr. V. Perju, *The Hollow Canon of Transnational Constitutional Engagement*, in S. Choudry – M. Hailbronner-M. Kumm (eds), *Global Canons in an Age of Contestation: Debating Foundational Texts of Constitutional Democracy and Human Rights,* Oxford, 2024, p. 585 ss.

[15] A questa altezza, si parla in termini di mero richiamo; si specificherà in seguito il suo significato.

implicita[16] (o sotterranea[17], o clandestina[18], o cripto-comparazione, o sommersa[19]). Al contrario, essa appare sempre più impegnata (*engaged*[20]) nell'instaurazione di un dialogo propositivo e attivo con gli altri ordinamenti stranieri. Siffatto confronto dialogico prende corpo direttamente nella motivazione della decisione, costituendo già di per sé un primo elemento di rilievo.

Ciò risulta ancor più significativo se si considera l'esistenza di molteplici barriere e vincoli, di natura strutturale e talora ideologica, che hanno tradizionalmente impedito l'emersione di argomentazioni comparate nelle pronunce della Corte costituzionale italiana. Tra gli ostacoli di matrice strutturale, va ricordata innanzitutto la conformazione stessa delle sentenze del Giudice delle leggi[21], le quali, in linea teorica, risultano orientate ai principi di sinteticità, rigore espositivo e chiarezza. Ciò impone alla Corte di includere nel *corpus* della decisione esclusivamente quegli elementi che

[16] Senz'altro, l'impiego della comparazione giuridica implicita trova riscontro nelle sentenze n. 366 del 1991 e n. 81 del 1993 della Corte costituzionale italiana, in forza delle quali la medesima ha ribadito il rilievo costituzionale e l'inviolabilità del diritto alla riservatezza dei dati personali (c.d. privacy), in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 15 Cost.. Nelle richiamate decisioni, sebbene non compaia alcun esplicito riferimento al diritto straniero, è agevole risalire alla provenienza statunitense degli argomenti adottati dal Giudice delle leggi. A tal riguardo, occorre sottolineare che il giudice relatore delle due pronunce fu Antonio Baldassarre, costituzionalista italiano, il quale ha approfondito specificamente il diritto alla *privacy* nel contesto degli Stati Uniti d'America. Cfr. A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo,* op. cit., p. 983 ss.

[17] Un altro epiteto che figura in G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*., op. cit.

[18] In questi termini, v. A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 258 ss.

[19] In tal senso, v. P. Passaglia, *La struttura e la forma delle decisioni e l'uso del diritto comparato da parte dei giudici costituzionali*, consultabile su *academia.edu.*, 2015.

[20] Si allude qui al modello di comunicazione trans-giudiziale definito "*engagement*" elaborato da V. Jackson, *Constitutional Engagment in Transnational Era*, Oxford University Press, 2013, Chapter 3: *Engagement With The Transnational.*

[21] La polarizzazione (oggi più sfumata e più dialogante rispetto al passato) tra la tradizione giuridica di *common law* e quella di *civil law* si articola, altresì, sotto il profilo della struttura morfologica delle sentenze. Sul tema, Gino Gorla ha evidenziato i riverberi di tali differenze sull'*ars interpretandi* (cfr. G. Gorla, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «Common Law»: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui "Reports" e sul "Dissenting*", in *Giur. it.*, 1965, p. 1239 ss.); P. Carrozza ha offerto spunti comparatistici sulle diverse tecniche di motivazione e sul dissimile stile delle sentenze delle corti costituzionali, distinguendo tra giudici anche del fatto e giudici soprattutto, se non esclusivamente, del diritto (cfr. P. Carrozza, *Spunti comparatistici in tema di motivazione delle sentenze costituzionali (tra judicial review of legislation e constitutional adjudication),* in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 153 ss.); Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser ha mostrato, con esempi pragmatici tratti dall'esperienza francese, statunitense ed europea, come i sistemi di *common* e *civil law* adottino strategie divergenti nella costruzione della legittimazione decisionale e nella conduzione della deliberazione giudiziaria (cfr. M. de S. – O. – L'E. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy,* Oxford, 2004).

rivestano un ruolo centrale ai fini del ragionamento logico-giuridico[22]. A ciò si aggiunga la circostanza che, diversamente da quanto accade in altre esperienze straniere, la Corte, per prassi consolidata, non fa ricorso a citazioni della dottrina, privandosi così di un ulteriore canale di approfondimento della pratica comparativa[23]. A completare il quadro concorre, infine, un'ulteriore peculiarità: le sentenze sono rese dall'intero collegio, non essendo prevista la possibilità di esprimere opinioni dissenzienti o concorrenti. Ciò limita la pluralità di voci e rende più complicata l'emersione di riferimenti comparativi espliciti[24].

Tralasciando la struttura formale delle pronunce, si possono individuare altri possibili elementi ostativi all'emersione di argomentazioni comparate, come la persistenza di residui di orientamenti giuspositivisti[25] e la natura di ordinamento di *civil law* caratterizzato da un diritto codificato. Solo tenendo a mente tali fondamenti è possibile apprezzare pienamente la svolta intervenuta nelle decisioni più recenti della Corte costituzionale italiana la quale, pur nel rispetto dei vincoli strutturali e *latu sensu* ideologici sopra richiamati, mostra una maturità ed una consapevolezza sempre più radicate nell'impiego metodico dell'argomento comparativo come dispositivo euristico posto a guida dell'interpretazione-argomentazione costituzionale.

Alla luce di questo quadro complessivo, l'analisi può concentrarsi più da vicino sul suo utilizzo nelle pronunce sul "fine vita", in particolare nell'ordinanza n. 207/2018 e nella sentenza n. 135/2024, le quali inconfutabilmente rappresentano casi paradigmatici e sono espressione privilegiata del *turning point* particolarmente significativo in atto di cui si discute.

Innanzitutto, prima di scendere nel merito della prima pronuncia poc'anzi richiamata e limitando, in questa fase, l'esame al solo profilo processuale, emerge il ruolo tutt'altro che marginale assunto dall'argomento comparativo.

Esso, invero, assurge a elemento basilare ai fini dell'elaborazione di una decisione innovativa sul piano procedurale, consentendo alla Corte costituzionale italiana di

[22] Per tali motivi, come si mostrerà nel prosieguo, si esclude che l'argomento comparativo possa assolvere una funzione meramente decorativa ovvero fungere da semplice elemento ornamentale del *corpus* della pronuncia.

[23] Per converso, nel contesto delle tradizioni giuridiche di *civil law*, il Tribunale costituzionale federale tedesco non solo ammette, ma fa ampio ricorso a citazioni dottrinali, riconoscendo alla scienza giuridica un ruolo di fondamentale supporto argomentativo delle proprie decisioni.

[24] In questi termini, cfr. A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016, *passim*; G. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino, 2018, p. 147 ss.; D. Camoni, *Due importanti lezioni europee per l'introduzione dell'opinione dissenziente nella Corte costituzionale italiana*, in rivistaaic.it, 2021, p. 59 ss.; N. Zanon, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Torino, 2024, spec. p. 15 ss.

[25] Tale approccio postula la visione e la lettura del diritto come un sistema normativo autosufficiente e privilegia, ai fini dell'ermeneutica, il ricorso esclusivo al testo costituzionale e alle norme codificate. In tal senso, il giuspositivismo può fungere da impedimento alla diffusione della pratica comparativa.

sperimentare un modello di giustizia costituzionale più aperto e dialogico rispetto al tradizionale schema binario di accoglimento/rigetto.

In quell'occasione, la Consulta, pur a fronte del pacifico riscontro di un'incongruenza dell'assetto normativo italiano, non procede alla declaratoria "secca" di incostituzionalità della disposizione penale che incrimina l'aiuto al suicidio. La Corte opta, invece, per una peculiare tecnica decisoria: sospende il giudizio di costituzionalità e rinvia la decisione definitiva all'esito dell'intervento del Parlamento, espressamente sollecitato a provvedere entro un determinato termine[26]. Una simile opzione, per certi versi inedita nel panorama italiano, si colloca nel solco di una più ampia apertura verso modelli decisori sperimentati in altri ordinamenti[27], nei quali non sono mancate soluzioni processuali analoghe finalizzate a promuovere un dialogo interistituzionale tra giudice costituzionale e legislatore[28].

Addentrandosi nel merito, l'ordinanza n. 207 del 2018 segna un passaggio cruciale non solo nella giurisprudenza costituzionale sul "fine vita" ma anche, in senso lato, nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano. La pronuncia ha segnato l'avvio della transizione dell'ordinamento interno dal modello c.d. escludente o assolutamente impositivo al modello c.d. tendenziale o concorrente[29] ovverosia dalla negazione al riconoscimento dell'autodeterminazione come diritto fondamentale dell'individuo nelle questioni di "fine vita", a condizione che siano rispettati i quattro ben noti "paletti": la persona deve essere affetta da una patologia irreversibile, che

---

[26] La letteratura sul tema del differimento dell'efficacia delle sentenze nel tempo è copiosissima. *Ex plurimis,* cfr. R. Tarchi, *"Così fan tutte": la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata*. in *Itinerari della Comparazione – Quaderni della Rivista DPCE Online*, 2021; M. D'Amico *et al.* (a cura di), *Le decisioni del Giudice costituzionale e i loro effetti*, in *gruuppodipisa.it*, 2025.

[27] In tal senso, assumono particolare rilievo il riferimento esplicito alla *declaration of invalidity* della Corte Suprema canadese nel caso Carter c. Canada, mediante cui la Corte ha sospeso l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità del divieto totale al suicidio assistito, al fine di evitare un *legal vacuum* e di consentire al Parlamento di intervenire tempestivamente. Analoga importanza deve riconoscersi alla mancata *declaration of incompatibility* della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Nicklinson c. Regno Unito, volta a non precludere al Parlamento la facoltà di assumere una posizione, in osservanza del binomio dialogo-collaborazione tra giudici e legislatore. Inoltre, secondo una dottrina autorevole (cfr. D. De Lungo, *Comparazione e Legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente,* op. cit.), è altresì possibile rinvenire una latente assonanza strutturale tra l'ordinanza di incostituzionalità "prospettata" della Consulta italiana e il paradigma tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung*, nonché quello spagnolo della pronuncia di *simple incostitucionalidad.*

[28] In merito all'utilizzo acritico e, per certi versi, strumentale della comparazione giuridica, sotto il profilo processuale, da parte della Corte costituzionale italiana nell'ordinanza n. 207 del 2018, cfr. A. Osti, *L'attuazione delle sentenze costituzionali nel rapporto tra Corti e Parlamento. L'esperienza di Canada e Regno Unito in merito alla questione del suicidio medicalmente assistito*, in C. Amalfitano *et al.* (a cura di), *L'attuazione dei provvedimenti giurisdizionali,* Torino, 2024, p. 579 ss.

[29] Cfr. C. Casonato, *Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, p. 529 ss.; Id, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *rivistaaic.it*, 2022, p. 53 ss.; Id, *Introduzione al biodiritto*, op. cit.; Id, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modello, metodo*, op. cit.

provochi sofferenze fisiche o psicologiche assolutamente intollerabili, essere mantenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale e restare capace di prendere decisioni libere e consapevoli[30].

La Corte costituzionale italiana ha individuato quella precisa area di incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., ridimensionando la concezione assolutistica della protezione della vita umana ed operando una lettura evolutiva dell'art. 32, secondo co., Cost., integrata dalla disciplina legislativa della l. 22 dicembre 2017, n. 219. Determinanti[31], ai fini dell'interpretazione evolutiva dell'art. 32, secondo co., Cost., sono state le innumerevoli motivazioni, suggestioni e contributi provenienti dagli ordinamenti giuridici stranieri, in particolare quello europeo, canadese e inglese, che hanno condotto la Corte ad ampliare la portata del diritto all'autodeterminazione del paziente nelle scelte terapeutiche.

L'analisi comparata delle diverse esperienze giuridiche ha stimolato nella Corte costituzionale italiana una riflessione critica ed introspettiva, all'esito della quale la Consulta ha potuto cogliere con maggior cognizione l'inadeguatezza e, per certi versi, l'arretratezza della disciplina italiana in materia di rispetto della volontà radicata, conscia, informata e libera del paziente nella fase finale della propria esistenza. Nella motivazione dell'ordinanza n. 207 del 2018[32] emergono passaggi che dialogano con le pronunce straniere richiamate[33], senza tuttavia risolversi in un semplice trapianto, ma dando luogo ad un adattamento creativo e contestualizzato al sistema italiano.

In via esemplificativa, la Corte costituzionale italiana condivide con la Corte Suprema canadese[34] la necessità di elaborare una concezione meno assolutistica del

[30] Cfr. Cost., 16 novembre 2018, n. 207, (punto 8 del *Considerato in diritto*), p. 13.

[31] In tal senso, appare quantomeno riduttivo considerare l'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come mero precedente dal valore puramente persuasivo (v. P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana.,* op. cit., p. 230 ss.).

[32] Per approfondimenti dottrinali sulla pronuncia, cfr., almeno, S. Niccolai, *Principi come regulae: Il caso Cappato, le lite strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) (PARTE I)*, in, *diritticomparati.it*, 2020; Id, *Principi come regulae: Il caso Cappato, le lite strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) (PARTE II)*, in *diritticomparati.it,* 2021; E. Furno, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *rivistaaic.it*, 2019; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. N. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *rivistaaic.it*, 2019.

[33] Il riferimento è alle sentenze del 6 febbraio 2015 della Corte Suprema del Canada, Carter contro Canada, e del 25 giugno 2014 della Corte Suprema del Regno Unito, Nicklinson e Lamb contro Regno Unito.

[34] Cfr. Supreme Ct. Canada, *Carter c. Canada,* 6 febbraio 2015, 2015 SCC 5, paras. 57 ss. Per un'analisi della pronuncia, si consulti almeno A. Di Martino, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio,* in *rivistaaic.it,* 2015; E. Stefanelli, *Carter v. Canada. La Corte suprema canadese ritorna sulla questione del suicidio assistito e dichiara l'incostituzionalità del divieto generalizzato,* in *diritticomparati.it*, 2015; Id., *La Corte suprema del Canada, il suicidio assistito, l'uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5,* in *federalismi.it*, 2015.

dovere di tutelare la vita umana che valorizzi l'autodeterminazione dell'individuo senza tuttavia trasfondersi nel riconoscimento di un vero e proprio diritto a morire.

Inoltre, sempre in consonanza con la pronuncia canadese[35], la Corte costituzionale italiana, esaltando anche la dignità umana, nel suo significato di autonomia e nella sua dimensione relazionale, riconosce l'importanza di consentire all'individuo una morte conforme alla propria idea di decesso dignitoso ed all'immagine di sé che desidera lasciare. Occorre tuttavia rilevare che l'argomentazione incentrata sul profilo dignitario è stata successivamente abbandonata dalla Consulta nella sentenza n. 242 del 2019, in ragione della problematicità di rinvenire in Costituzione un fondamento idoneo a sostenere un "diritto a morire secondo la propria visione di dignità" nonché delle rilevanti ed insidiose implicazioni sistemiche che ne sarebbero derivate[36].

In tal modo, la Corte costituzionale italiana, in virtù di un'interpretazione evolutiva illuminata dall'indagine comparata delle varie esperienze straniere, ha potuto enucleare da un diritto fino ad allora riconosciuto unicamente nella sua accezione negativa, ovverosia il diritto di rifiutare terapie mediche[37], un diritto, in senso lato, a valenza anche positiva[38], consistente nel diritto di avvalersi dell'assistenza suicidiaria.

Tuttavia, proprio per il ruolo primario riservato al valore della vita nel bilanciamento con l'autodeterminazione, la Corte costituzionale italiana chiarisce la necessità di prevenire diversi abusi e condotte indebite. Per tale ragione, il diritto all'autodeterminazione del paziente, e in particolare il diritto di chiedere l'assistenza al suicidio, non può configurarsi in termini assoluti e incondizionati, ma va esercitato esclusivamente nel rispetto delle rigorose condizioni cautelative summenzionate.

Anche in questa sede, la Consulta ha operato un confronto dialogico con le esperienze straniere per meglio identificare le possibili derive provenienti da una parziale legalizzazione del suicidio assistito. È preciso compito dello Stato proteggere le persone deboli e vulnerabili, garantire che sui pazienti non gravino pressioni sociali illegittime e prevenire il rischio di un incremento incontrollato di decessi non riconducibili ad una piena e libera autodeterminazione del paziente. Simili preoccupazioni emergono nella pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito[39] e

---

[35] Cfr. Supreme Ct. Canada, *Carter c. Canada,* cit., paras 64 ss.

[36] Sulla mancata considerazione del profilo dignitario nella parte motiva e, più in generale, sulle «omissioni» della sentenza n. 242 del 2019, cfr. C. Tripodina, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata,* in cortisupremeesalute.it, 2020. Secondo l'Autrice, nondimeno, l'allusione alla dignità permane sullo sfondo del ragionamento della Corte, assumendo la veste di criterio implicito alla stregua del quale comprendere la sofferenza ed interpretare l'autodeterminazione nella fase finale della vita.

[37] Si ricorda che sia l'art. 32, secondo co. 2, Cost. che la l. 22 dicembre 2017 n. 219 riconoscono il diritto del paziente al rifiuto di trattamenti terapeutici.

[38] Purtuttavia, la Corte costituzionale italiana si guarda bene dall'utilizzare l'aggettivo "positivo".

[39] Cfr. Supreme Ct. UK, *R (Nicklinson e altri) c. Ministero della Giustizia,* 25 giugno 2014, 2014 UKSC 38, paras. 85 ss. Sulla pronuncia, in dottrina italiana e negli studi comparatistici cfr. M. Stellin, *La prosecution del mercy killing e del suicidio assistito nel sistema inglese: una questione di public interest?,* in

hanno giocato un ruolo centrale nella scelta della medesima Corte di non dichiarare l'invalidità della disciplina penale.

Nell'ordinanza n. 207 del 2018 emerge dunque, in via esclusiva, un uso adesivo o «costruttivo»[40] o convergente dell'argomento comparativo: la Corte prende in considerazione, sempre in chiave dialogica, le diverse soluzioni offerte dai vari sistemi giuridici, in particolare canadese ed inglese, al fine di calibrare con maggiore precisione la propria opzione interpretativa e la decisione adottata nell'ordinamento interno.

Si tratta, in altri termini, di una «probation comparation»[41], in cui l'argomento comparativo funge da dimostrazione della razionalità, bontà e coerenza della decisione prescelta nel caso concreto. Quali sono le motivazioni che hanno indotto la Corte costituzionale italiana ad una comparazione esclusivamente adesiva o costruttiva?

Tale congiuntura storica, segnata da un crescente moto di globalizzazione giuridica e da una diffusa tendenza all'uniformità ed all'universalizzazione delle tutele, ha indubbiamente favorito il progressivo innalzamento, nei vari ordinamenti giuridici, del livello di protezione dell'autodeterminazione personale. In tale contesto, l'argomento comparativo ha consentito un approfondimento dei passaggi interpretativi, precisando il significato del principio di autonomia e mostrando l'allineamento della soluzione interna con gli standard transnazionali consolidati.

3. *Segue. La sentenza n. 135/2024: consolidamento ed enforcement del nuovo paradigma ermeneutico*

Nella successiva e celebre pronuncia del 22 novembre 2019, con la quale la Corte costituzionale italiana riconferma le conclusioni già raggiunte nella precedente ordinanza, la portata dell'uso dell'argomento comparativo risulta quantitativamente più contenuta rispetto a quella assunta nell'ordinanza n. 207 del 2018. Tale circostanza non sorprende se si tiene conto del vincolo di interdipendenza che lega le due decisioni. La sentenza n. 242 del 2019 rappresenta, infatti, la *naturalis prosecutio operis* e l'inequivoca estroflessione del percorso logico-giuridico intrapreso con l'ordinanza n. 207 del 2018.

Volgendo l'attenzione alla sentenza n. 135/2024, si osserva un ricorso alla comparazione giuridica ancor più marcato, intenso e sistematicamente integrato, tale da assurgere a determinante perno attorno al quale si articola l'intera motivazione della pronuncia. Invero, quest'ultima costituisce un ulteriore esempio paradigmatico di come la Corte costituzionale italiana abbia saputo impiegare l'argomento comparativo in modo consapevole ed in una forma ancora più completa, strutturata ed articolata,

giurisprudenzapenale.com, 2019; F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *sistemapenale.it*, 2023.

[40] Cfr. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato,* Torino, 2025, p. 79 ss.

[41] Cfr. T. Groppi – M.-C. Ponthoreau – I. Spigno (eds), *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century,* London, 2025, *passim*.

funzionale a consolidare e precisare la soluzione già prospettata nell'ordinanza n. 207/2018 e ribadita nella sentenza n. 242/2019.

Nella decisione del 2024, la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di uno dei criteri indicati nella sentenza n. 242 del 2019, e cioè la sottoposizione del paziente a trattamenti di sostegno vitale, in presenza dei quali l'individuo dispone di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela[42] e ha dunque facoltà di accedere al suicidio assistito.

Nella parte motiva della sentenza, ove la Corte definisce le coordinate del diritto all'autodeterminazione del paziente nelle scelte terapeutiche, si consolida nuovamente una discussione dialettica, più dinamica, con talune esperienze giuridiche straniere, in particolare tedesca e spagnola.

Pur riconoscendo che, in alcune autorevoli pronunce di corti costituzionali estere[43], il diritto all'autodeterminazione sia stato configurato come diritto fondamentale a disporre della propria vita, la Corte costituzionale italiana non intende allinearsi strettamente a questa tendenza ed espone con precisione e rigore le ragioni del proprio discostamento.

Nello specifico, la Corte costituzionale federale tedesca ha affermato l'esistenza di un vero e proprio "diritto alla morte autodeterminata"[44], finalizzato a tutelare pienamente ed incondizionatamente l'autodeterminazione-autonomia dell'individuo, come espressione soggettiva della dignità umana, principio supremo su cui si impernia il sistema valoriale dell'ordinamento giuridico tedesco[45].

---

[42] In questi termini, v. Cost., 25 luglio 2025, n. 132, (punto 4.2 del *Considerato in diritto*), p. 15.

[43] Il riferimento è alle decisioni della Corte costituzionale tedesca (Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza 26 febbraio 2020, nelle cause riunite 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16, paragrafi 208-213), austriaca (Tribunale costituzionale austriaco, sentenza 11 dicembre 2020, in causa G 139/2019-71, paragrafi 73 e 74), spagnola (Tribunale costituzionale spagnolo, sentenza 22 marzo 2023, in causa 4057/2021, pagine da 73 a 78), (punto 7.2 del *Considerato in diritto*).

[44] Cfr. BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.,* 26 febbraio 2020, paras. 202 ss. Sulla decisione si veda F. Laus, *Anche la Corte costituzionale tedesca interviene sul suicidio assistito. Nota a sentenza,* in federalismi.it, 2020; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale tedesca sull'aiuto al suicidio in forma commerciale,* in sistemapenale.it, 2020; G. Battistella, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il "caso Cappato"*, in biodiritto.org, 2020; A. Tigrino, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?,* in archiviopenale.it, 2020.

[45] In generale, sulla genesi e sul processo evolutivo del concetto polisemico di dignità dell'uomo nella tradizione occidentale, cfr. P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo,* Torino, 2010, p. 77 ss. Segnatamente, per un panorama particolareggiato riguardo il dibattito tedesco sulle diverse ricostruzioni ed elaborazioni dottrinali del concetto di dignità, cfr. P. Ridola, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storicocomparativa*, Torino, 2018, p. 261 ss. Nello specifico, sul ruolo cardine assunto dalla dignità umana, nella sua accezione di matrice soggettivistica e personalistica, per il riconoscimento dello sconfinato «diritto ad una morte autodeterminata», cfr. M. Panebianco, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale,* in nomos-leattualitaneldiritto.it, 2021, p. 3 ss.

La Consulta italiana, invero, proprio in considerazione del ruolo primario che assume il valore della vita umana[46] nel sistema assiologico della Costituzione e della necessità inderogabile di preservare le persone più vulnerabili e deboli, ritiene di non poter estendere il diritto all'autodeterminazione del paziente nelle scelte terapeutiche fino a configurare un diritto fondamentale a disporre della propria vita *tout court*.

Analoga considerazione emerge in riferimento alla posizione assunta dalla Corte costituzionale spagnola, la quale ha riconosciuto un preciso fondamento costituzionale al "diritto di autodeterminazione rispetto alla propria morte in contesti eutanasici", imponendo allo Stato il prioritario dovere di garantirne l'efficacia[47].

La Corte costituzionale italiana, ribadendo il ruolo di perno assiologico attribuito al valore della vita umana, non ha inteso ampliare il diritto all'autodeterminazione del paziente[48] in termini così estesi: tale decisione riflette la specificità culturale e giuridica del contesto italiano, in cui, nel bilanciamento tra valore della vita e diritto all'autodeterminazione del soggetto, il primo vanta una forza di resistenza particolarmente consistente.

Dal punto di vista teleologico, rispetto all'ordinanza n. 207/2018, la sentenza n. 135/2024 impiega, in via estesa, un uso per differenziazione[49] della comparazione, atteso che la Corte confronta criticamente le soluzioni offerte dai vari sistemi giuridici per marcare e valorizzare le differenze ed eventualmente contestare la possibilità di trasporre quelle opzioni straniere nell'ordinamento interno. L'argomento comparativo

---

[46] È opportuno rilevare in questa sede che non figura un diritto alla vita espresso testualmente nella nostra Carta costituzionale. Tale circostanza emerge chiaramente dal fatto che la Corte costituzionale italiana, nel riferirsi alla vita, prediliga espressioni quali "dovere di tutela della vita umana" o "valore della vita umana", evitando tuttavia idiomi che rimandino direttamente al linguaggio dei diritti. Ciononostante, è stata proprio l'attività ermeneutica della Corte, in materia di "inizio" e "fine vita", a plasmare una cornice giuridica di riconoscimento e tutela costituzionale entro la quale la vita umana, quale espressione privilegiata dell'essenza dei valori supremi dell'ordinamento giuridico, assume una posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona. Tale cornice, ricostruita a partire dal combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 2 CEDU, consente di riconoscere al diritto alla vita una cittadinanza costituzionale implicita quale diritto inviolabile, collocandolo in posizione assiologicamente prioritaria rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali, dei quali costituisce il presupposto indefettibile. In questi termini, cfr., almeno, Cost., 27 giugno 1996, n. 223; Cost., 9 luglio 1996, n. 238; Cost., 10 febbraio 1997, n. 35; Cost., 2 marzo 2022, n. 50.

[47] Cfr. Tribunal Constitutional, 22 marzo 2023, n. 19, Fundamento Jurìdico 6, parte (c), epigrafe (d). Sulla decisione, si vedano i contributi della dottrina spagnola: F. Rey Martinez, *El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023* in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 2023; V. Lomas Hernandez, *Claves de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo, sobre la Ley de eutanasia,* in *Diario La Ley*, 2023; F. De Montalvo Jääskeläinen, *Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica de Eutanasia: ¿demasiado rápido, demasiado lejos?,* in *Revista General de Derecho Constitucional,* 2023.

[48] Infatti, in diversi passaggi della motivazione, la Corte costituzionale italiana, in direzione diametralmente opposta a quanto stabilito dalla Corte costituzionale spagnola, enuncia il precipuo dovere dello Stato di garantire la tutela e la protezione della vita di ciascun individuo.

[49] Sul piano terminologico, si veda anche A. Somma, *Introduzione al diritto comparato,* op. cit., p. 79 ss., che utilizza il termine "distruttivo" anziché "per differenziazione".

viene così adottato come strumento critico, volto a problematizzare e relativizzare le opzioni straniere, giustificando la soluzione interna alla luce della specificità culturale e giuridica relativa alla tradizione costituzionale.

In tal senso, la comparazione giuridica gioca un ruolo fondamentale nel processo di *Italian constitutional self-understanding*[50], poiché, attraverso un confronto interattivo con altre tradizioni giuridiche, fa emergere i tratti distintivi e qualificanti dell'identità giuridica dell'ordinamento nazionale. Più precisamente, tale identità si manifesta nella particolare conformazione del bilanciamento tra valori e diritti fondamentali propria dell'ordinamento costituzionale italiano. Nel caso di specie, il confronto con le esperienze tedesca e spagnola, caratterizzate da una diversa gerarchizzazione dei medesimi valori costituzionali, consente alla Consulta di rendere maggiormente intelligibile la propria posizione e, in particolare, di mettere a fuoco, anzitutto, la persistente centralità assiologica attribuita alla tutela della vita umana; in secondo luogo, la configurazione dell'autodeterminazione individuale quale diritto fondamentale non assoluto, suscettibile di essere bilanciato con ulteriori esigenze di tutela costituzionale; infine, la particolare attenzione riservata alla protezione delle persone vulnerabili, quale ulteriore limite all'estensione delle facoltà individuali nelle situazioni di fine vita. In questa prospettiva, l'identità costituzionale non costituisce un dato precostituito, aprioristico ed immutabile, ma emerge, grazie alla comparazione, in termini relazionali, dal confronto con modelli alternativi. È, infatti, attraverso l'osservazione "per contrasto" dell'alterità giuridica che l'ordinamento nazionale può acquisire una più nitida consapevolezza dei propri fondamenti assiologici e delle proprie coordinate interpretative.

In questa sede, è opportuno osservare come una siffatta comparazione presenti altresì una distinta, ma non meno significativa, valenza sul piano dell'argomentazione giuridica. La considerazione critica di modelli alternativi, soprattutto quando espressione di opzioni assiologiche divergenti, concorre alla più articolata elaborazione della motivazione, rendendo maggiormente perspicue le ragioni che inducono la Consulta ad aderire ad una determinata soluzione ovvero, come nella pronuncia in esame, a discostarsi da quella maturata in altri ordinamenti. Tale funzione assume particolare rilievo nelle materie nelle quali l'intervento del giudice costituzionale può apparire particolarmente incisivo o suscettibile di sovrapporsi agli spazi di discrezionalità propri del legislatore. In tali ipotesi, il confronto comparato contribuisce a rafforzare la giustificazione della decisione sul piano propriamente argomentativo, rendendo più trasparente e razionale il percorso logico-giuridico

[50] In questi termini, V. Jackson, riferendosi al contesto statunitense di appartenenza, qualifica la comparazione costituzionale quale dispositivo imprescindibile nell'ambito del processo di *American self-understanding* (cfr. V. Jackson, *Constitutional Engagment in Transnational Era,* op. cit., p. 110 ss.). Nella medesima direzione, A. Ruggeri evidenzia come il dialogo tra corti costituzionali contribuisca a chiarire e consolidare l'identità costituzionale degli ordinamenti giuridici (cfr. A. Ruggeri, *Comparazione Giuridica, Dialogo Tra Le Corti, Identità "Intercostituzionale",* in gruppodipisa.it, 2022).

seguito e conferendo maggiore solidità alle ragioni poste a fondamento della soluzione prescelta.

Ad onor del vero, accanto a questo uso "per differenziazione", si riscontrano altri due impieghi dell'argomento comparativo, di rilievo tuttavia più circoscritto nell'economia complessiva della motivazione. All'esito della dinamica interlocuzione con le esperienze giuridiche tedesca e spagnola, la Corte costituzionale italiana ha, invero, richiamato, senza tuttavia sottoporle ad un effettivo scrutinio critico, ulteriori tradizioni giuridiche, come quelle colombiana ed ecuadoriana[51], distanti sul piano geografico ma non necessariamente su quello valoriale, le quali hanno adottato soluzioni analoghe a quelle sopra richiamate e divergenti rispetto a quella italiana. Infine, nella parte in cui la Corte costituzionale italiana chiarisce che la pronuncia in esame presenta una maggiore consonanza con le decisioni di altre corti costituzionali estere, in particolare quella inglese[52], nonché con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[53], tutte riconducibili ad un orientamento più moderato, emerge un uso adesivo dell'argomento comparativo.

La ricostruzione sin qui condotta, che ha preso in esame l'ampio e plurale confronto comparato condotto dalla Corte costituzionale italiana[54], impone di interrogarsi sui criteri sottesi alla selezione delle giurisdizioni assunte quale termine di confronto. Anzitutto, appare emergere una particolare attenzione per le esperienze europee, che costituiscono il principale referente del dialogo articolato nella pronuncia. Tale predilizione appare comprensibile alla luce della maggiore prossimità assiologica dei relativi contesti costituzionali e della comune appartenenza allo spazio giuridico

[51] Il riferimento è alla Corte costituzionale della Colombia, a partire dalla sentenza del 20 maggio 1997, C-239/97 e alla Corte costituzionale dell'Ecuador, sentenza del 5 febbraio 2024, 67-23-IN/24.

[52] Il riferimento è alla sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, UKSC 38.

[53] Il riferimento è alle sentenze della Corte EDU del 13 giugno 2024, ricorso n. 32312/23, *Dániel Karsai c. Ungheria* e, in precedenza, Corte EDU del 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*.

[54] Si ricorda che la Corte costituzionale italiana ha fatto esplicito riferimento ad esperienze giuridiche extraeuropee, quali quelle colombiana ed ecuadoriana. Tuttavia, si può osservare che il dialogo giurisprudenziale propriamente inteso si sviluppa principalmente con le Corti costituzionali europee (spagnola, tedesca e austriaca), mentre nei confronti delle tradizioni giuridiche extraeuropee sopra richiamate la Corte costituzionale italiana si limita ad effettuare riferimenti unilaterali. Tali richiami, seppur meno articolati, assumono rilievo come indice di un'apertura alla comparazione costituzionale. Sulla base di tali premesse, appare significativo il riferimento ad un ordinamento geograficamente distante da quello italiano: l'Ecuador. In particolare, la Corte costituzionale dell'Ecuador, con la sentenza 67-23-IN/24, del 5 febbraio, ha riconosciuto il diritto ad una morte degna quale proiezione costituzionale del diritto ad una vita degna, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 144 COIP nella parte in cui non esclude la punibilità del medico che cagiona la morte di un paziente, liberamente e consapevolmente intenzionato ad acceder alla procedura di eutanasia attiva in presenza di lesione corporale grave e irreversibile o patologia grave e incurabile, fonte di sofferenza intollerabile. Si tratta di un orientamento al quale la Corte costituzionale italiana non potrebbe verosimilmente pervenire, soprattutto in ragione della peculiare configurazione del bilanciamento tra il valore della vita umana e l'autodeterminazione del paziente nel contesto domestico.

europeo. La selezione operata dalla Corte, tuttavia, non sembra potersi esaurire in un criterio di mera prossimità geografica, né di appartenenza ad una medesima tradizione costituzionale. A conferma di ciò milita il richiamo, seppur più circoscritto, alle esperienze colombiana ed ecuadoriana, le quali, pur collocandosi al di fuori dell'orizzonte europeo, vengono prese in considerazione in ragione della particolare pertinenza delle soluzioni da esse elaborate rispetto alla questione esaminata. Sembra, dunque, potersi ravvisare un più generale interesse della Consulta verso esperienze "comparativamente" feconde, vale a dire idonee a offrire, per convergenza o per contrasto, elementi utili ai fini della messa a fuoco dei termini della questione costituzionale esaminata, non risultando, a tal fine, decisiva né la prossimità geografica né l'affinità assiologica con l'ordinamento italiano.

Proprio alla luce di tali considerazioni, acquista particolare interesse l'eclatante assenza, nel ragionamento della Corte costituzionale italiana, di un riferimento alla Corte Suprema statunitense. La giurisprudenza di quest'ultima avrebbe infatti potuto offrire un ulteriore considerevole termine di confronto, tanto più in ragione della soluzione maturata, già nel 1997, con le sentenze *Washington v. Glucksberg*[55] e *Vacco v. Quill*[56], nelle quali venne esclusa l'esistenza di un diritto garantito all'accesso al suicidio assistito, negando la possibilità di un'interpretazione evolutiva della *due process clause* in relazione a queste fattispecie. La mancata considerazione di tale esperienza non sembra, pertanto, potersi spiegare unicamente alla luce della distanza geografica o della diversa tradizione costituzionale di appartenenza e sollecita piuttosto una riflessione sulle ragioni per le quali essa non sia stata ritenuta dalla Consulta altrettanto stimolante e proficua ai fini del percorso comparativo sviluppato nella pronuncia.

A tal proposito si possono avanzare talune ipotesi di risposta, maturate in chiave esplicativa. Apparentemente, la giurisprudenza statunitense sul "fine vita" potrebbe essere stata considerata dalla Consulta italiana datata in quanto fondata su un quadro giuridico-storico non aggiornato alle recenti evoluzioni intervenute in altre giurisdizioni. Tale circostanza può giustificare, seppur solo parzialmente, il mancato avvio di un dialogo con la Corte Suprema statunitense nella sentenza n. 135/2024.

Un'altra possibile e più coerente spiegazione potrebbe riguardare il più recente approccio di impronta conservatrice, orientato all'originalismo e tradizionalismo[57], cui la Corte Suprema statunitense sembra ormai aderire con una certa sistematicità[58]. È

[55] *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

[56] *Vacco v. Quill,* 521 U.S. 793 (1997).

[57] Anche sulla base di evidenze empiriche, così come testimoniano le ricerche di R. Bizzarri e A. Sperti, *United States of America: Confirming the Supreme Court's Cautious Approach in the Use of Foreign Precedents,* in T. Groppi, – M.-C. Ponthoreau – I. Spigno (eds), *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century,* London, 2025, p. 681 ss.

[58] Tale approccio ha trovato la sua più compiuta manifestazione nella sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 2022. Con tale pronuncia, la Corte Suprema statunitense, adottando un'interpretazione della *due process clause* fondata sulla storia e tradizione americana (*based on American history and tradition)*, ha sovvertivo i consolidati precedenti di *Roe v. Wade* (1973) e di *Casey v. Planned Parenthood* (1992), applicando in maniera criticabile i principi decodificati in *Janus v. American Federation of*

ragionevole ritenere che la Consulta italiana, pienamente conscia del ritorno della Corte Suprema statunitense ad una tendenza maggiormente isolazionista dopo una fase di maggiore interazione con la giurisprudenza straniera ed internazionale all'inizio degli anni duemila, abbia valutato poco benefico instaurare un dialogo con una Corte che ha ormai apertamente imboccato la via della chiusura sistemica, del tutto incompatibile con la più volte auspicata apertura ad una comunicazione attiva e propositiva con le altre giurisdizioni[59].

Al netto di tali riflessioni, nella sentenza n. 135/2024 la Consulta italiana ha dunque avviato, in linea con quanto sin qui rilevato, un articolato canale di confronto diretto con le esperienze giuridiche straniere, soprattutto per evidenziare e valorizzare le differenze, nonché contestare la possibilità di trasporre quelle opzioni straniere nell'ordinamento interno.

Per quale ragione, in netto contrasto con quanto operato nell'ordinanza n. 207/2018, la Corte ha privilegiato un uso per differenziazione dell'argomento comparativo? Dopo le spinte verso l'universalizzazione e l'internazionalizzazione rilevate nell'ordinanza del 2018, la Consulta ha, verosimilmente, ritenuto necessario sottolineare la specificità culturale, assiologica e giuridica dell'ordinamento italiano[60], evidenziando le peculiarità che ne distinguono il bilanciamento tra il valore della vita umana ed autodeterminazione del paziente rispetto agli altri contesti giuridici stranieri, in linea con il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte EDU agli Stati del Consiglio d'Europa[61].

Nel medesimo ambito tematico, il "fine vita", la Corte costituzionale italiana ha dimostrato ampiezza, maturità e varietà metodologica nell'uso della comparazione giuridica[62].

In definitiva, l'argomentazione della sentenza n. 135/2024 sancisce il consolidamento e contribuisce all'attuazione del nuovo paradigma ermeneutico, che assume un ruolo strutturale nel ragionamento logico-giuridico della Consulta e svolge una funzione centrale nella giustificazione delle sue decisioni.

State, County and Municipal Employees (1977) che giustificherebbero l'*overruling*, revocando così il riconoscimento costituzionale federale del diritto all'aborto. Sul punto, si veda il contributo di A. Buratti, *La Corte Suprema e la "disincorporation" del diritto all'aborto,* in dirittticomparati.it, 2023.

[59] Salvo poi quanto si rileverà nel prosieguo.

[60] In consonanza parziale con l'ondata di *identity turn*, intesa comunque in senso dialogico, che ha caratterizzato una parte della giustizia costituzionale negli ultimi anni. Sul punto, cfr. A. Di Martino, *Comparare le identità costituzionali: circolazione degli argomenti giuridici e contesti storico-politici*, in M. Graziadei e A. Somma (a cura di), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024, p. 193 ss.

[61] V. *supra*, n. 9.

[62] È, altresì, da rilevare che, nella sentenza n. 135 del 2024, l'estesa analisi comparata condotta dalla Consulta abbia trovato una propria precipua posizione autonoma nell'economia della motivazione all'interno dei punti 7.2 e 7.3 del *Considerato in diritto*.

4. *Oltre il "fine vita", le sentenze n. 141/2019, n. 161/2023, n. 135/2025, n. 166/2025 e n. 10/2026: ulteriori conferme del recente indirizzo epistemico della Corte*

Tentando di tirare le fila di questo percorso, l'ultimo obiettivo è verificare se le conclusioni raggiunte nei paragrafi precedenti siano circoscritte alla materia specifica che si è esaminata ovvero se risultino condivisibili e valide anche al di là del contesto del "fine vita". Da qui l'esigenza di volgere lo sguardo verso altri ambiti del diritto costituzionale, esplorando altre decisioni significative, per osservare se il nuovo indirizzo epistemico della Corte mantenga coerenza e solidità anche al di fuori del campo originario di maturazione.

A tal fine, per ragioni di economia del discorso, si è proceduto alla ricognizione di cinque casi di recente data, collocati cronologicamente in prossimità o poco oltre il processo evolutivo del *comparative reasoning* nella giurisprudenza costituzionale italiana sul "fine vita", in precedenza evidenziato.

In apertura di questa sezione, appare dunque utile richiamare i parametri che hanno guidato la selezione, al fine di esplicitare il razionale metodologico sottostante. Oltre al fattore temporale, si è, senz'altro, privilegiato il criterio dell'affinità tematica con l'ambito originario di indagine del "fine vita", come testimonia la scelta di includere nell'indagine odierna la sentenza in materia di fecondazione assistita.

Un ulteriore innegabile denominatore condiviso delle pronunce che verranno esaminate, eccettuata quella relativa al tetto retributivo dei pubblici dipendenti, risiede nella rilevanza penalistica delle questioni sottoposte al vaglio della Corte costituzionale italiana, come mostrato dalla sentenza che affronta l'applicabilità della confisca allargata anche ai reati di minor entità.

Procedendo dunque per affinità tematica, emerge la sentenza n. 161/2023, concernente la procreazione medicalmente assistita. La Corte costituzionale, con la decisione richiamata, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, ultimo periodo, della l. n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede la revocabilità del consenso successivamente al momento della fecondazione dell'ovulo[63].

Pur riconoscendo i significativi mutamenti intervenuti dopo l'adozione della l. n. 40, la Corte ha ritenuto l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione coerente e ragionevole, fondando la decisione su molteplici argomenti. In primo luogo, l'uomo è pienamente consapevole, sin dal momento in cui presta il consenso, della possibilità che si renda necessaria la crioconservazione degli embrioni e che, di conseguenza,

[63] Cfr. Cost., 24 luglio 2023, n. 161. Sulla pronuncia si vedano, almeno, i seguenti contributi dottrinali: E. Crivelli, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sentenza n. 161 del 2023),* in federalismi.it, 2023, p. 121 ss.; F. Angelini, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni,* in nomos-leattualitaneldiritto.it, 2023; G. Razzano, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale,* in dirittifondamentali.it, 2024, p. 197 ss.

possa intercorrere un apprezzabile intervallo di tempo tra la fecondazione e l'impianto. Va altresì considerato che il consenso prestato ai sensi dell'art. 6 della l. n. 40 del 2004 riveste una pregnante valenza, configurandosi come una piena assunzione di responsabilità genitoriale e determinando in modo diretto l'attribuzione dello stato di filiazione[64]. In secondo luogo, la donna, sottoponendosi a trattamenti medici invasivi, pone in gioco la propria corporeità in misura non paragonabile con quella dell'uomo; ne deriva la ragionevolezza della disciplina sull'irrevocabilità del consenso, funzionale a preservare il legittimo affidamento maturato dalla futura madre circa l'effettiva realizzazione del progetto genitoriale condiviso[65]. Infine, la Corte richiama l'attenzione sulla dignità del feto, il quale, una volta compiutamente sviluppato, non può essere considerato un mero oggetto di cui si possa liberamente disporre, ma deve essere riconosciuto come un soggetto meritevole di tutela costituzionalmente presidiata[66].

In questa sede si rinnova l'interazione dialettica con le esperienze giuridiche straniere[67].

Anzitutto, la Corte impiega l'argomento comparativo in chiave adesiva, menzionando la nota sentenza *Nahmani* della Corte Suprema israeliana del 1996, al fine di mostrare che la scelta di rendere irrevocabile il consenso dopo la fecondazione trova riscontro anche in altri ordinamenti giuridici. Successivamente, si assiste ad un uso di segno opposto, nella parte in cui la Consulta richiama la recente sentenza della Corte costituzionale della Colombia del 2022, la quale ha riconosciuto alla donna la possibilità di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati anche in caso di revoca del consenso da parte del partner, considerato alla stregua di un donatore anonimo, tutelando così i diritti riproduttivi e l'autodeterminazione della madre *to be*[68].

La Corte, al fine di comprovare da ultimo la congruità della soluzione adottata, ha parimenti rievocato talune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo[69]. La medesima, constatata anche in tali questioni bioetiche delicate l'assenza di un consenso uniforme, ha ritenuto che l'opzione prevista dalla legge inglese, nonché quella francese ed austriaca, di consentire la revoca del consenso fino all'impianto dell'embrione, costituisca una legittima estrinsecazione del margine di apprezzamento rimesso agli Stati.

---

[64] Ne discende, pertanto, la declaratoria di non fondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale nella parte in cui si assumeva lesa la libertà di autodeterminazione dell'uomo che aveva revocato il proprio consenso. Cfr. Cost., 24 luglio 2023, n. 161 (Punti 11 e ss. del *Considerato in diritto*).

[65] Ne discende, pertanto, la declaratoria di non fondatezza della censura dedotta per asserita violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Cfr. Cost., 24 luglio 2023, n. 161 (Punti 10 e ss. del *Considerato in diritto*).

[66] Cfr. Cost., 24 luglio 2023, n. 161 (Punti 12 e ss. del *Considerato in diritto*).

[67] Cfr. Cost., 24 luglio 2023, n. 161 (Punti 13 e 14 del *Considerato in diritto*).

[68] Cfr. Corte constitucional de Colombia, 13 ottobre 2022, T-357, paras. 161 ss.

[69] Il riferimento è alle sentenze: Corte EDU, 10 aprile 2007, ric. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*; Corte EDU, 8 novembre 2011, ric. 18968/07, *V.C. c. Slovacchia*; Corte EDU, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, *E.B. c. Francia* e Corte EDU, 16 gennaio 2018, ric. 70035/10, *Nedescu c. Romania*.

Pertanto, in totale consonanza con quanto già emerso nelle pronunce sul "fine vita", l'argomento comparativo si atteggia quale tecnica dialettica-interpretativa mediante la quale la Corte approfondisce e consolida la comprensione dei principi costituzionali contribuendo, al tempo stesso, a definire e rafforzare la propria identità costituzionale.

Procedendo ancora oltre il "fine vita" e lasciando alle spalle in via generale le delicate questioni di biodiritto e di tutela dei diritti fondamentali, l'indagine incontra la sentenza n. 135/2025, intervenuta in materia di tetto retributivo nel pubblico impiego. Si tratta di un ambito profondamente distante da quello originario di maturazione dell'indirizzo epistemico fin qui ricostruito, il che consente di mettere ulteriormente alla prova la sua effettiva capacità espansiva e la sua stabilità sistemica.

Con la decisione sopra citata, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 13, primo co., del d.l. n. 66/2014, nella parte in cui determina il limite massimo retributivo in un valore numerico fisso e rigido, anziché parametrarlo al trattamento economico onnicomprensivo spettante al Primo Presidente della Corte di Cassazione, per violazione dell'art. 108, co. 2, Cost., e del principio di indipendenza della magistratura, di cui agli artt. 101, secondo co., e 104, primo co., Cost..[70] La Corte, pur riconoscendo la legittimità astratta di un tetto retributivo, contesta la misura introdotta con il d.l. n. 66, concepita originariamente come provvedimento temporaneo ed emergenziale volto a fronteggiare una situazione di instabilità finanziaria, ma successivamente consolidatasi come previsione a carattere permanente e strutturale[71]. Ad avviso della Consulta, l'adeguatezza della retribuzione, ora compromessa a causa della misura richiamata, costituisce un pilastro fondamentale diretto a garantire l'indipendenza della magistratura nei confronti degli altri poteri dello Stato.

In tale contesto, torna a giocare un ruolo significativo l'argomento comparativo[72], con la Corte che richiama la *compensation clause* della Costituzione degli Stati Uniti d'America[73] e la relativa giurisprudenza[74], la quale evidenzia come la dimensione retributiva costituisca un presidio indispensabile a tutela dell'indipendenza e dell'autonomia del potere giudiziario. Analoghe conclusioni sono state manifestate anche dal Tribunale costituzionale federale tedesco[75], dalla Corte dei conti greca[76] e dalla Corte costituzionale della Repubblica Ceca[77].

La Corte costituzionale italiana, pertanto, sottolinea, a livello comparato, la rilevanza sistemica della retribuzione nella salvaguardia dell'assetto istituzionale della

---

[70] Cfr. Cost., 28 luglio 2025, n. 135.

[71] Cfr. Cost., 28 luglio 2025, n. 135 (punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*).

[72] Cfr., in particolare, Cost., 28 luglio 2025, n. 135 (punto 4.2 del *Considerato in diritto).*

[73] Cfr. art. 3, sec. 1, Cost. degli Stati Uniti d'America.

[74] Il riferimento è alle sentenze *United States v. Will*, 449 U.S. 200 [1980], *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 [1939], *Miles v. Graham*, 268 U.S. 501 [1925], *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 [1920].

[75] Cfr. BVerfG, 2 BvL 17/09 *et al.*, 5 maggio 2015, paras. 14 ss.

[76] Cfr. Hellenic Court of Audit (Ελεγκτικό Συνέδριο), 23 giugno 2014, n. 4327.

[77] Cfr., *ex plurimis*, Pl. ÚS, 5/2024, Pl. ÚS, 15/2022, Pl. ÚS, 28/13, Pl. ÚS, 12/10, Pl. ÚS 13/08, Pl. ÚS 34/04.

magistratura. In conclusione, preme rilevare come la sentenza n. 135/2025, in continuità con le pronunce sul "fine vita", metta fermamente in luce un utilizzo ponderato e strutturato dell'argomento comparativo, in tale occasione finalizzato a cristallizzare l'interpretazione di uno dei principi cardine dello Stato di diritto[78]: il principio di separazione dei poteri.

Da ultimo, nell'ambito di una disamina di ampio respiro e traslando il baricentro dell'indagine sul denso versante penalistico, la riflessione si concentra sulla sentenza n. 141 del 2019[79], che si pronuncia sull'intricata questione della prostituzione volontaria. Nella pronuncia menzionata, con la quale la Consulta italiana ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità sollevate nei confronti di talune norme incriminatrici della l. n. 75 del 1958 (c.d. legge Merlin), la comparazione giuridica assume rilievo preminente ai fini della declaratoria di costituzionalità.

Invero, l'*iter* logico-giuridico prende le mosse da una nutrita analisi storico-comparatistica, condotta in modalità tassonomica e finalizzata a ricostruire, in senso ampio, gli eterogenei indirizzi legislativi sulla prostituzione adottati nei diversi ordinamenti statali.

La classificazione[80] include, a titolo esemplificativo, i seguenti modelli: quello abolizionista, a sua volta articolato in diverse varianti più o meno repressive, che riconosce latamente il disvalore sociale e morale della prostituzione, e quello regolamentaristico che, pur tollerando astrattamente il fenomeno, stabilisce i confini entro cui esercitare quella che viene considerata un'attività economica lecita.

Come rileva peraltro la stessa Corte, a partire da tali due linee direttrici tendenzialmente antitetiche si sono sviluppati, nel panorama internazionale più recente, ulteriori sotto modelli: alcuni ordinamenti hanno infatti attuato politiche c.d. neo-regolamentariste di matrice liberale, finalizzate a contenere le ripercussioni pregiudizievoli derivanti dall'esercizio della prostituzione volontaria, in un'ottica di riduzione del danno; altri hanno invece inasprito il giudizio sfavorevole sul fenomeno proprio del modello abolizionista, estendendo l'applicazione delle sanzioni penali anche al comportamento del mero cliente-consumatore.

La Consulta italiana, preso atto dell'esistenza di un contesto comparato multiforme, caratterizzato da posizioni talora profondamente divergenti, ed avendo

[78] Nonché pilastro fondamentale dell'assetto costituzionale della Repubblica Italiana.

[79] La pronuncia in esame ha suscitato un ampio dibattito dottrinale; nella presente sede si richiamano soltanto alcuni tra i numerosi contributi critici ad essa dedicati. In particolare, cfr. A. Di Martino, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin,* in *dirtticomparati.it,* 2019; M. Picchi, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale,* in *Forum di quaderni costituzionali*, 2019; R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019),* in *Forum di quaderni costituzionali*, 2019; F. Politi, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *rivistaaic.it*, 2020; P. Scarlatti, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili,* in *dirittifondamentali.it*, 2020.

[80] Sul lessico valutativo adottato dalla Corte con riferimento ad alcune delle categorie prospettate, si rinvia ad A. Di Martino, *E' sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale,* op. cit.

inquadrato il modello italiano introdotto dalla legge oggetto di censura costituzionale nel filone abolizionista, ha basato la propria valutazione sul confronto con le prassi straniere. La Corte italiana mostra consapevolezza del fatto che altri tribunali costituzionali di paesi europei, appartenenti a orientamenti sia abolizionisti sia regolamentaristi, siano stati investiti di questioni in buona misura analoghe a quelle del caso italiano.

Nello specifico, con evidente vocazione adesiva, si fa esplicito riferimento alla pronuncia n. 641 del 2016 del Tribunale costituzionale del Portogallo[81], il quale ha ritenuto costituzionalmente legittima la norma incriminatrice del reato di favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione altrui; altresì, si menziona una pronuncia del Consiglio costituzionale francese[82], il quale ha confermato la legittimità di leggi particolarmente restrittive, che sanzionano il cliente a prescindere dal carattere forzato o volontario dell'attività della persona che si prostituisce.

La Corte costituzionale italiana, forte di un siffatto esame comparato ad ampio raggio, conferma la coerenza e la ragionevolezza della politica criminale adottata dal legislatore con la l. n. 75[83]. Pur considerando la prostituzione volontaria, di per sé penalmente irrilevante, come esercizio di una particolare attività economica, la cui cittadinanza costituzionale trova fondamento nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.[84], ad avviso della Consulta, l'attività agevolativa della stessa si configura tuttavia come del tutto lesiva della dignità umana, intesa in senso oggettivo[85], in palese violazione del dettato del co. 2[86]. L'intromissione di terzi nell'esercizio dell'attività di prostituzione concorre ad accentuarne il carattere degradante e svilente, subordinando vieppiù la sfera sessuale ad un'oppressiva logica di mercificazione. La

[81] Il riferimento è alla sentenza n. 641/2016 del 21 novembre 2016 del Tribunale costituzionale del Portogallo. Cfr. Tribunal Constitucional (Portugal), Acórdão n. 641/2016, 21 novembre 2016, paras. 5 ss.

[82] Il riferimento è alla sentenza n. 2018-761 QPC del 1° febbraio 2019 del Consiglio costituzionale francese. Cfr. Conseil Constitutionnel (France), Décision n. 2018-761 QPC du 1er février 2019, paras. 8 ss.

[83] In tal senso, la Consulta ha rigettato le censure formulate con riferimento ai principi di offensività del reato e di determinatezza e tassatività della norma incriminatrice, rilevando che la l. 75 ben può essere intesa come legittima espressione del margine di discrezionalità rimesso al legislatore e ribadendo, peraltro, il dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva. Cfr. Cost., 7 giugno 2019, n. 141 (punti 7 e 8 del *Considerato in diritto*).

[84] Di qui la declaratoria di inconferenza della censura sollevata con riferimento all'art. 2 Cost., atteso che la Corte ha escluso che l'esercizio libero ed intenzionale della prostituzione possa essere qualificata come una manifestazione del diritto inviolabile alla libertà sessuale. Cfr. Cost., 7 giugno 2019, n. 141 (punti 5 e ss. del *Considerato in diritto*).

[85] Sul mancato riferimento più esplicito, nella pronuncia in esame, alla dimensione sociale della dignità, v. A. Di Martino, *E' sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale,* op. cit.

[86] L'art. 41, secondo co., Cost. individua i limiti, di carattere imperativo, alla libertà di iniziativa economica privata, disponendo che: "*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*".

Corte costituzionale, sulla base di tale premessa, ritiene che l'attività prostitutiva non possa essere considerata una scelta pienamente libera e consapevole, neanche in assenza di coartazione, poiché inevitabilmente condizionata dalla compresenza di taluni fattori economici, sociali e relazionali[87]. Pertanto, deve ritenersi legittima sul piano costituzionale la scelta del legislatore italiano, scelta peraltro non esclusiva ma condivisa da altri ordinamenti come dimostra l'*excursus* storico-comparatistico della Corte, di voler inibire le condotte di coloro che agevolino, supportino o sfruttino in qualsiasi modo il circuito della prostituzione.

Ulteriore snodo di rilievo è rappresentato dalla sentenza n. 166/2025, concernente l'applicabilità della confisca allargata anche ai reati di minor entità. In particolare, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'estensione, operata dal d.l. n. 159/2023 (c.d. decreto Caivano), della suddetta misura di sicurezza anche ai reati di lieve entità[88]. La misura, lungi dall'essere irragionevole o sproporzionata, si mostra compatibile con i principi costituzionali, a condizione che la sua applicazione avvenga in chiave restrittiva e nel pieno rispetto delle garanzie difensive riconosciute all'imputato[89]. In tale contesto, grava in capo al giudice un obbligo stringente di tenere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto al fine di accertare la provenienza illecita dei beni. Solo espletando uno scrutinio rigoroso dei fatti e delle evidenze disponibili, il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e la tutela del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost. risultano pienamente garantiti. In questa prospettiva, il ragionamento logico-giuridico della Corte si innesta in un confronto comparato con la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca[90], sua omologa con cui intrattiene un dialogo più intenso[91]. Quest'ultima offre un modello interpretativo "guida", funzionale ad orientare la corretta applicazione delle misure di sicurezza, la cui integrazione interattiva nel contesto nazionale si rivela funzionale alla piena attuazione di principi fondamentali sanciti nella Carta costituzionale.

A riprova dello stabile e fecondo dialogo intercorrente tra la Corte costituzionale italiana e quella tedesca depone la recentissima sentenza n. 10 del 2026[92], con cui la

---

[87] Si tratta, per l'appunto, di cause esogene o endogene che condizionano o limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo in maniera drastica il ventaglio delle opzioni esistenziali. Cfr. Cost., 7 giugno 2019, n. 141 (punti 6 e ss. del *Considerato in diritto*).

[88] Cfr. Cost., 7 novembre 2025, n. 166.

[89] Cfr. Cost., 7 novembre 2025, n. 166 (punti 5 e ss. del *Considerato in diritto).*

[90] Cfr. BVerfG, 2 BvR 564/95, 14 gennaio 2004, paras. 94 ss.

[91] Cfr., in particolare, Cost., 7 novembre 2025, n. 166 (punto 5.6 del *Considerato in diritto).*

Alla luce degli studi empirico-statistici di P. Passaglia (*L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana*, op. cit.), e A. M. Lecis Cocco Ortu, (*The use of foreign precedents by the Italian Constitutional Court,* op.cit.), sembra possibile rilevare, nell'interazione tra la Corte costituzionale italiana e quella tedesca, l'emersione di forme significative di reciproco confronto ed influenza bi-direzionale tra i due ordinamenti giuridici.

[92] Per una puntuale analisi della pronuncia, v., almeno, A. Galluccio, *Guida "dopo" l'assunzione di stupefacenti: la Consulta salva l'art. 187 c.d.s., purché interpretato alla luce dei principi di proporzionalità e offensività.*

Consulta ha dichiarato la compatibilità dell'art. 187 co. 1 e 1-bis, d.lgs. n. 285 del 1992 (c.d. Nuovo codice della strada), come modificati dall'art. 1, co. 1, lett. b), nn. 1) e 2), l. n. 177/2024, a condizione che la relativa disciplina sia interpretata in senso restrittivo, nel rigoroso rispetto dei principi di proporzionalità ed offensività.

Le corti remittenti[93] censurano, in via principale, la disposizione nella parte in cui sembra attribuire rilevanza penale a qualsiasi condotta di guida successiva all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, prescindendo del tutto dal nesso eziologico tra assunzione della sostanza e l'effetto di alterazione. Una siffatta ricostruzione ermeneutica, pur sorretta dall'intento, di per sé meritevole, di massimizzare la tutela della sicurezza della circolazione stradale e, in astratto, non incompatibile con il principio di necessaria offensività del reato, si tradurrebbe tuttavia in una evidente ipertrofia dell'area del penalmente rilevante, integrando una violazione macroscopica del principio di proporzionalità.

Tale paradigma, affinatosi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco come protocollo argomentativo particolarmente preciso e razionale nei giudizi di conformità delle disposizioni normative alla Legge fondamentale[94], risulta ormai stabilmente acquisito al patrimonio metodologico-operativo della Corte costituzionale italiana. L'inclusione del principio di proporzionalità tra i parametri di scrutinio, accanto al principio di ragionevolezza, può dunque considerarsi un approdo consolidato, sebbene esso, in linea di principio, tenda ad essere declinato secondo

---

Corte cost. sent. 1 dicembre 2025 (dep. 29 gennaio 2026), n. 10, pres. Amoroso, red. Viganò, in sistemapenale.it, 2026, p. 167 ss.

[93] La pronuncia in esame trae origine da questioni di legittimità costituzionale sollevate da tre distinte ordinanze di rimessione, provenienti dai Gip dei tribunali di Macerata, Siena e Pordenone. Secondo i giudici remittenti, la disciplina riformata oggetto di censura si porrebbe in contrasto con taluni principi costituzionali: in particolare, il principio di ragionevolezza-proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.; i principi di necessaria offensività e di tassatività o determinatezza del reato sanciti dall'art. 25, co. 2, Cost.; la finalità rieducativa della pena prevista dall'art. 27, co. 3, Cost.; nonché il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

[94] In breve, si ripercorrerà la genesi del radicamento del principio di proporzionalità nel contesto tedesco, individuandone le ragioni in due elementi della cultura costituzionale germanica. In primo luogo, si rammenta l'origine tecnica dell'uso del principio di proporzionalità, ricondotta al diritto amministrativo prussiano dell'Ottocento. Nella seconda metà del secolo, nell'area tedesca, nonostante la prevalenza, sul piano ideologico-politico, di orientamenti statalisti, iniziano ad innestarsi elementi di liberalismo ed a diffondersi concezioni individualiste della libertà. Si afferma così la convinzione per cui la tutela degli individui rispetto ad interferenze particolarmente penetranti della pubblica amministrazione potesse essere efficacemente perseguita attraverso lo strumento dei ricorsi giurisdizionali. Il senso profondo del principio di proporzionalità viene racchiuso nella seguente formula coniata da *Fleiner,* nel 1912: «*La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*» (cfr. F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354). In secondo luogo, la pregnante influenza della filosofia idealistica e dell'etica materiale dei valori rappresenta l'altra caratteristica propria della cultura costituzionale tedesca, alla base del consolidamento di tale distintiva tecnica di bilanciamento. In questi termini e, più in generale, sul principio di proporzionalità quale principio di struttura migrato in altre culture costituzionali (seppur avente manifestazioni concrete diverse), cfr. A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali,* op. cit., p. 824 ss.

assetti più dinamici ed elastici rispetto al modello tedesco. Anzitutto, tale canone impone all'organo giudicante lo svolgimento di uno scrutinio rigorosamente strutturato, articolato in una sequenza triadica, talora quadripartita, di verifiche[95].

Nel caso di specie, la disposizione in esame appare superare i primi due passaggi dello scrutinio, risultando preordinata al perseguimento di una finalità indubbiamente legittima e non essendo priva, in astratto, di idoneità rispetto al suo conseguimento[96]. Tuttavia, come rileva la Consulta, l'asserita costituzionalità della norma, per come interpretata dai giudici remittenti, si arresta dinanzi alle verifiche successive. Sotto il profilo della necessarietà, la disciplina, così come interpretata dai giudici *a quibus*, non si appalesa quale misura meno invasiva tra quelle idonee al perseguimento della finalità prefissata. In altri termini, secondo la Corte, sono agevolmente prospettabili soluzioni alternative atte a circoscrivere in modo più selettivo l'intervento punitivo, senza pregiudicare l'effettività della tutela della sicurezza della circolazione stradale.

Ancora più evidente è, peraltro, il difetto di proporzionalità in senso stretto: la presunta scelta di politica criminale adottata dal legislatore, volta a sanzionare il conducente che abbia assunto sostanze in qualsiasi momento anteriore alla guida, determinerebbe una compressione temporalmente indeterminata della libertà fondamentale di circolazione, concretandosi in un sacrificio eccessivo e non adeguatamente bilanciato degli interessi in gioco.

In tale fase del percorso argomentativo si rivela nuovamente decisivo il ricorso alla comparazione giuridica, che vale a suggellare l'impianto logico sin qui delineato. La Corte costituzionale italiana richiama espressamente la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco[97], il quale ribadisce la necessità, ai fini della compatibilità della norma incriminatrice con il principio di proporzionalità, di accertare nel caso concreto una effettiva compromissione delle capacità di guida dell'interessato in conseguenza dell'assunzione di sostanze.

In esito alle considerazioni svolte, come puntualmente osserva la Consulta, l'unica interpretazione costituzionalmente conforme idonea a preservare la legittimità della disciplina censurata è quella informata al principio di proporzionalità, il quale vincola, tanto il legislatore quanto il giudice, a circoscrivere l'area della rilevanza penale ai soli casi in cui il soggetto si ponga alla guida in presenza di livelli di sostanze

[95] Precisamente, si compone di tre o quattro *steps* (a seconda che il primo e il secondo passaggio vengano accorpati): 1. Legittimità del fine perseguito da una misura normativa; 2. Idoneità della stessa a raggiungere il determinato fine (*Geeignetheit*); 3. Necessarietà della misura legislativa, ovvero «imposizione del mezzo più mite» (*Erforderlichkeit*); 4. Ponderazione o proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Sovente, il Tribunale costituzionale federale tedesco canalizza la propria argomentazione in tale ultimo stadio espositivo. Esso impone di operare un bilanciamento tra l'interesse generale della collettività, che si intende tutelare tramite la misura legislativa in questione, ed il sacrificio che ne deriva al diritto fondamentale del singolo.

[96] Cfr. Cost., 29 gennaio 2026, n. 10 (punti 15 e ss. del *Considerato in diritto*).

[97] Cfr. BVerfG, 1 BvR 2652/03, paras. 19 ss.

stupefacenti ancora idonei ad incidere, quantomeno potenzialmente, sulle sue capacità psico-fisiche, così da determinare un concreto rischio per la sicurezza stradale[98].

In chiusura, si ritiene opportuno segnalare come la comparazione giuridica in materia penalistica, settore tradizionalmente sottratto alla dimensione dialogica e comparata a causa dell'ingombrante peso del principio di legalità[99], costituisca invero una risorsa preziosa in grado di arricchire la riflessione giuridica e corroborare l'argomentazione costituzionale[100].

Alla luce di quanto esposto, le cinque decisioni analizzate che esulano dall'ambito tematico del "fine vita" compongono un quadro nitido: la Corte costituzionale italiana ha ormai elevato l'argomento comparativo a elemento qualificante del proprio processo ermeneutico. Non un mero orpello retorico, non un richiamo ornamentale, ma un vero e proprio strumento di potenziamento del ragionamento logico-giuridico, capace di illuminare il nucleo duro dei principi supremi dell'ordinamento.

---

[98] Cfr. Cost., 29 gennaio 2026, n. 10 (punti 15 e ss. del *Considerato in diritto*).

[99] Sulla recente penetrazione dell'argomento comparativo nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, v. P. Insolera, *Brevi note sul (crescente) uso giurisprudenziale della comparazione nel sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali,* in R. Acquaroli, *et al.* (a cura di), La *giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, p. 399 ss.

[100] Da ultimo, merita di essere al più segnalata, non potendo trovare in questa sede autonoma e più estesa trattazione, la sentenza n. 111 del 2023, concernente l'estensione della garanzia del "diritto al silenzio", quale corollario implicito del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., che offre un ulteriore indicativo riscontro della progressiva apertura della materia penalistica alla dimensione comparata. In tale pronuncia, la Corte costituzionale italiana, all'esito di un'articolazione ricognizione dell'assetto normativo e giurisprudenziale di riferimento, precisa la portata della garanzia, individuando nell'effettiva informazione della persona circa la facoltà di non rispondere una condizione imprescindibile per la sua concreta operatività e ravvisando, quale necessaria conseguenza della violazione di tale obbligo, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza del prescritto avvertimento. In tale passaggio della motivazione, prende corpo un confronto dialogico con la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, attraverso l'esplicito richiamo alla celebre sentenza *Miranda v. Arizona* del 1966 (384 U.S. 436), nella quale erano state individuate, proprio a presidio del "diritto a non contribuire alla propria incriminazione", analoghe garanzie di carattere procedurale. Cfr. Cost., 5 giugno 2023, n. 111 (punti 3.5.2. e ss. del *Considerato in diritto*). Sulla pronuncia, si vedano i contributi di B. Sboro, *Il diritto al silenzio sui precedenti penali e gli obblighi informativi dell'autorità procedente. Nota a Corte cost., sent. n. 111 del 2023,* in *rivistaic.it*, 2023, p. 126 ss.; C. Morselli, *Corte costituzionale, sentenza ampliativa (revocabile) 5.6.23 n. 111 su diritto al silenzio dell'interrogato, omette il c.d. giudicato costituzionale e sovrappone "avvertimento" ad "ammonimento", art. 21 att./1.12.23*, in *federalismi.it*, 2023, p. 62 ss. È altresì da rilevare come, nella più recente sentenza n. 78 del 2026, affidata alla relazione del giudice Petitti, la Consulta italiana sia stata nuovamente adita in ordine alla possibilità di estendere le garanzie connesse al "diritto al silenzio", questa volta alla posizione dello straniero richiedente protezione internazionale, sottoposto a trattenimento presso un centro di permanenza per i rimpatri nel contesto del procedimento di convalida della relativa misura. Anche in tale frangente, la Corte si avvale del dialogo con la giurisprudenza statunitense, richiamata quale antecedente paradigmatico della tradizionale configurazione penalistica del "diritto al silenzio". Muovendo da tale originaria matrice, la Corte si confronta, in prospettiva comparata, con la possibilità di proiettarne le relative garanzie oltre i confini propri della materia penale, pervenendo, tuttavia, ad escludere tale estensione. Cfr. Cost., 14 maggio 2026, n. 78 (punti 6 e ss. del *Considerato in diritto*).

In tali pronunce, il dialogo interordinamentale diventa la lente attraverso cui la Consulta verifica la tenuta dei valori costituzionali. Un dialogo che radica, anziché minare, la struttura portante della tradizione costituzionale italiana.

5. *Osservazioni finali: verso uno statuto epistemologico?*

Giunti all'epilogo della trattazione, è possibile trarre alcune considerazioni conclusive. L'analisi condotta consente di ritornare sulle questioni preliminari sollevate in apertura e di chiarirne i termini. Le stesse mettono in evidenza due profili distinti, benché strettamente interdipendenti: da un lato, la configurazione che la comparazione giuridica può assumere nelle sentenze del Giudice costituzionale italiano e, dall'altro, il rilievo e il ruolo che tale pratica è destinata a svolgere nell'ambito dell'interpretazione costituzionale.

Precisamente, sul piano metodologico e sotto la dimensione morfologica-formale, si delinea la dicotomia tra comparazione implicita o sommersa e comparazione esplicita o manifesta. Quanto alla prima, le osservazioni che possono essere condotte, pur potenzialmente feconde, risultano tuttavia limitate, in quanto non possono trovare conforto in dati verificabili *ab externo* e rischiano, pertanto, di risolversi in mere illazioni dell'interprete[101], fatti salvi rari casi di evidenza indiscutibile[102].

Peraltro, come già rilevato, un'autorevole dottrina esclude che essa possa essere qualificata come comparazione giuridica propriamente detta[103]. Se si ha riguardo alla giurisprudenza più risalente della Consulta, che non ha costituito oggetto della presente indagine, appare in larga misura condivisibile la riflessione di quella dottrina che evidenzia la tradizionale riluttanza della Corte costituzionale italiana a fare uso esplicito dell'argomento comparativo, limitandosi, al più, a riferimenti isolati e non argomentati al diritto straniero[104]. Tuttavia, la riflessione accademica recente[105] ha segnalato un'inversione di tendenza di indubbia portata innovativa, che il presente studio contribuisce a corroborare. Le pronunce esaminate consentono, infatti, di apprezzare la consistenza di tale evoluzione e di coglierne gli sviluppi più significativi.

Pur essendo intervenuto con ritardo rispetto ad altre corti costituzionali e supreme, il confronto cooperativo con le proprie omologhe caratterizza oggi, con

---

[101] In questi termini, v. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit.

[102] V. *supra,* n. 16.

[103] In tal senso, v. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit. In questi termini si era espressa anche A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente,* in gruppodipisa.it, 2006, p. 153 ss. Tuttavia, l'Autrice è stata profetica nel prevedere un'apertura della Corte costituzionale italiana ad un dialogo e un confronto maggiormente consapevole con le altre corti.

[104] V. *supra,* n. 13.

[105] V. *supra*, n. 12.

particolare intensità, il percorso giurisprudenziale della Consulta[106]. Tale dialogo transnazionale non soltanto si rende progressivamente leggibile nel tessuto motivazionale delle decisioni, confermando così l'intensificarsi del ricorso alla comparazione esplicita, ma concorre ad informarne in modo autonomo e costitutivo la struttura argomentativa.

Sotto la dimensione teleologica-sostanziale, come rilevato in precedenza, si articola una polarizzazione tra un uso adesivo e un uso per differenziazione della comparazione giuridica.

Il primo sembra ricalcare, per analogia, lo schema funzionalista elaborato dai due giuristi tedeschi, Konrad Zweigert e Hein Kotz[107], imperniato sull'assunto secondo i cui i diversi ordinamenti giuridici predispongono soluzioni, pur differenti sul piano tecnico-giuridico, comparabili e dunque potenzialmente convergenti rispetto a problemi comuni. Di converso, l'uso per differenziazione della comparazione giuridica sembra richiamare, per affinità, l'approccio culturale concepito da Pierre Legrand[108], il quale sostiene l'irriducibilità ad unità delle diverse identità e tradizioni giuridiche.

Da quanto sin qui emerso, si è potuto osservare che la Corte costituzionale italiana ha adottato in modo considerevole entrambi gli approcci: quello adesivo, impiegato per manifestare la consonanza tra il diritto nazionale e le più ampie tendenze giuridiche globali, e quello per differenziazione, utilizzato per sottolineare la specificità culturale e giuridica propria della tradizione costituzionale italiana.

Con il profilo metodologico si intreccia inevitabilmente quello relativo al significato, all'impatto, al valore, al peso, al rilievo e al ruolo dell'argomento comparativo nelle decisioni dei Giudici costituzionali italiani. Sul punto la dottrina comparatistica ha elaborato un ventaglio di tesi, le quali, se considerate in sequenza, sembrano seguire un andamento a *climax* ascendente: dalle posizioni che ne negano qualsivoglia autonoma valenza giuridica sino a quelle che ne riconoscono una funzione significativa e, in taluni casi, strutturale nell'interpretazione costituzionale.

Gli approcci più critici considerano i richiami al diritto straniero alla stregua di meri ornamenti retorici[109], privi di una reale incidenza sul ragionamento costituzionale. Nelle sentenze del Giudice costituzionale italiano, tuttavia, l'argomento comparativo difficilmente sembra assolvere una tale funzione, poiché il modello di pronuncia[110], caratterizzato, in via di principio, da rigore espositivo, sinteticità e chiarezza, risulta alquanto incompatibile con un simile utilizzo.

---

[106] In tal senso, v. F. Duranti, *Giustizia costituzionale e comparazione,* op. cit., p. 823 ss.

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

[108] Cfr. almeno P. Legrand, *Le droit comparè,* Paris, 2015.

[109] In tal senso, v. A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, op. cit., p. 289 ss.

[110] V. *supra,* n. 21.

Secondo una posizione intermedia, condivisa dalla dottrina maggioritaria[111], la comparazione giuridica viene invece impiegata quale espediente retorico di persuasione dialettica, cui il giudice costituzionale ricorrerebbe in una prospettiva contingente ed utilitaristica. Alla luce delle sentenze esaminate, appare evidente che la funzione persuasiva raramente esaurisce la portata della comparazione giuridica, la quale, in una pluralità di casi, assume, invero, un rilievo notevole nell'argomentazione costituzionale.

Secondo un altro filone interpretativo[112], l'argomento comparativo assolverebbe la funzione di legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale dinanzi alle istituzioni interne ed alla comunità internazionale. Tuttavia, anche tale ricostruzione sembra connotare in misura maggiore gli organi giudicanti di vertice di recente istituzione, chiamati a presidiare carte costituzionali di nuova approvazione[113], tra i quali la Corte italiana non figura.

Infine, secondo una dottrina particolarmente influente[114], sebben minoritaria, la comparazione giuridica non dovrebbe essere relegata al rango inferiore di un semplice strumento a vocazione ispirativa e dalla funzione meramente ausiliaria, ma valorizzata sino ad aspirare all'inclusione nel novero dei canoni di interpretazione del testo costituzionale. In questa luce, l'analisi empirica delle pronunce di cui *supra* suggerisce che la Corte costituzionale italiana abbia effettivamente impiegato l'argomento comparativo in termini prossimi alla prospettiva da ultimo delineata, enfatizzandone appieno la centralità nell'attività di interpretazione-argomentazione costituzionale.

Sulla base di tali premesse, emerge con particolare evidenza la progressiva ed incontestabile penetrazione della comparazione giuridica nel processo decisionale della Corte costituzionale italiana: si può parlare, mutuando una metafora dal lessico statunitense, di una vera e propria *incorporation* nel processo interpretativo della Consulta. Il "fine vita" ha costituito lo *starting point* privilegiato di tale evoluzione,

---

111 In questi termini, cfr. almeno G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit.; Id, *Comparazione e diritto costituzionale*, in nomos-leattualitaneldiritto.it, 2018, p. 17 ss.; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* op. cit., p. 601 ss.; Id, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana.,* op. cit., p. 230 ss.; A. Oddi, *Handle with care. L'uso giurisprudenziale del diritto straniero: profili teorici e pratici,* in *Ars interpretandi,* 2016, p. 89 ss.

112 In questa direzione, cfr. D. De Lungo, *Comparazione e Legittimazione,* op. cit., p. 1 ss.; F. Duranti, *Corte, Corti, Parlamenti. Dialoghi costituzionali comparati*, in federalismi.it, 2020; Id, *Giustizia costituzionale e comparazione,* op. cit., p. 823 ss.

113 Il caso più noto è quello della Carta costituzionale sudafricana (*Constitution of the Republic of South Africa)*, entrata definitivamente in vigore nel 1996, e della correlata Corte costituzionale, istituita qualche anno prima. Quest'ultime rappresentano l'espressione più compiuta della fase di transizione e del processo di affrancamento dal preesistente regime segregazionista (*apartheid*) intrapreso dalla Repubblica del Sudafrica. In questo contesto transitorio, la Corte costituzionale sudafricana ha fatto un uso cospicuo dell'argomento comparativo, al fine di garantire al proprio organo giurisdizionale un riconoscimento all'interno della comunità degli Stati e dimostrare l'adozione di valori di matrice liberal-democratica. In tal senso, v. A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente,* op. cit., p. 159 ss.

114 In particolare, cfr. P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione,* op. cit.; A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, op. cit.

offrendo alla Corte l'occasione di sperimentare e progressivamente affinare forme di comunicazione interordinamentale mature ed articolate. Tuttavia, come dimostrato dall'esame delle pronunce concernenti materie estranee alla fase terminale dell'esistenza, il paradigma comparativo non appare confinato ad un ambito tematico specifico. Al contrario, esso sembra ormai consolidarsi quale strumento trasversale e sistemico, capace di potenziare il ragionamento logico-giuridico, di far emergere la specificità identitaria dell'ordinamento italiano e di orientare la ricostruzione ermeneutica dei principi costituzionali in scenari radicalmente eterogenei. In un contesto globale segnato da una crescente avversione e ritrosia verso la comparazione giuridica, specie se si tiene presente l'ultimo sviluppo statunitense, l'Italia offre pertanto uno scenario di particolare interesse: la pratica comparativa presso la sua Corte costituzionale appare, infatti, ormai dotata di una consistenza e di una vitalità tali da non poter essere ricondotta a un fenomeno meramente episodico. Le pronunce sul "fine vita", in particolare l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 135/2024, hanno assunto, in tale prospettiva, il valore di veri e propri canoni di un impiego consapevole e sistematico dell'argomento comparativo, successivamente ripreso e ulteriormente articolato con successo anche in altri ambiti di intervento della giurisprudenza costituzionale.

Precisamente, nella crescente sedimentazione della pratica comparativa è dato ravvisare il nucleo di uno statuto epistemologico dell'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica. Con tale espressione non si intende postulare l'esistenza di un canone formalmente codificato né, tantomeno, di un metodo rigidamente predeterminato, bensì porre in evidenza il progressivo consolidarsi di una prassi dotata di una propria riconoscibile fisionomia metodologica, ormai sottratta alla dimensione dell'episodicità e dell'arbitrio e suscettibile, per ciò stesso, di assurgere ad oggetto di autonoma riflessione scientifica. In prospettiva futura si auspica che, sulla scorta di quanto già consolidato, la Corte costituzionale italiana prosegua nel perfezionamento del proprio approccio comparativo, rendendone sempre più trasparenti e sistematiche le modalità di impiego nel *corpus* motivazionale delle decisioni ed ampliando il già avviato confronto dialogico anche ad altri ordinamenti extraeuropei. Ciò non dovrebbe, ad ogni buon conto, tradursi nella predisposizione di discipline cogenti volte a circoscrivere o condizionare in qualsivoglia maniera l'esercizio del *comparative reasoning*. Vincolare l'organo giudicante entro coordinate prestabilite sarebbe non soltanto inammissibile, ma altresì controproducente: un dialogo incanalato entro confini previamente determinati rischierebbe di perdere autenticità, degradandosi a mero esercizio formale e retorico. Solo un confronto genuinamente libero ed avulso da vincoli prestabiliti può, in definitiva, valorizzare la comparazione giuridica quale strumento euristico e canone interpretativo, capace di guidare ed arricchire il ragionamento logico-giuridico e, per tale via, di affinare la qualità ed il rigore dell'argomentazione costituzionale, dischiudendo all'interprete un più ampio e consapevole orizzonte critico entro il quale cogliere le articolate dinamiche evolutive del costituzionalismo contemporaneo.

***

Abstract: The article examines the role of comparative law in recent Italian constitutional jurisprudence, drawing from "end of life" as a privileged starting point. The first section focuses on ordinance no. 207/2018 and judgment no. 135/2024, highlighting the constructive and critical use of comparative reasoning through engagement foreign legal experiences. The second section extends the analysis to other fields, including assisted reproduction and judicial remuneration, demonstrating how the Court employs interjurisdictional dialogue in order to consolidate constitutional principles and strengthen the cultural and identity specific features of the fundamental-law tradition within the domestic context. A potential epistemological statute of comparative law is outlined.

Keywords: Comparative Law – Italian Constitutional Court – End of Life – Judicial Reasoning – Interpretative Canon

***

Sara Martucci – Dottoressa in Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma, (sara.martucci2@gmail.com)

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.