

# RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



*Rivista Quadrimestrale*  
**1/2024**

# *Rivista di diritti comparati*

*Rivista quadrimestrale*

*Anno VIII – N. 1/2024*

## DIREZIONE

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

## COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. 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 Poiaras 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

Marco Bassini (Tilburg University) e Silvia Filippi (Università di Perugia) (Coordinatori) - Nicola Cezzi (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Torino), Giampiero Gioia (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano)

## SOMMARIO

Atti del IX Convegno annuale di Diritti Comparati: *“Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria”*

ANNA MASTROMARINO, *Memoria, cancellazione, spazio pubblico*  
[pp. 1-20]

SERGE NOIRET, *Spazio pubblico e memorie nelle pratiche della Public History*  
[pp. 21-45]

PASQUALE ANNICCHINO, *Culture wars e potere giudiziario. Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*  
[pp. 46-68]

STÉPHANE PIERRÉ-CAPS, *La Constitution et la mémoire historique : progrès ou régression du constitutionnalisme ?*  
[pp. 69-77]

GIORGIO RESTA, *La memoria attraverso il processo. Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*  
[pp. 78-93]

EDUARDO BARRETO MARTÍN, *Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*  
[pp. 94-130]

MICHELE GRAZIADEI, *La storia, la memoria e il diritto*  
[pp. 131-139]

### Saggi

IORE FONTANAROSA, *Law and obesity: analisi comparatistica del fenomeno obesità tra strumenti di hard law e misure di soft law*  
[pp. 140-178]

VITTORIA MARGHERITA SOFIA TRIFILETTI, *Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea. Appunti di una comparazione*  
[pp. 179-199]

## Note e commenti

CESARE PINELLI, *Old and New Oligarchs. Introduction to the money-democracy issue*

[pp. 200-207]

VIRGINIA LEMME, *La pronuncia pregiudiziale di C-621/21: le donne come gruppo sociale, una tutela effettiva?*

[pp. 208-234]

ROSA IANNACONE, *Considerazioni sul ruolo della legislazione elettorale nelle “democrazie imperfette” a partire dai casi messicano e cileno*

[pp. 235-253]

CLAUDIO LASPERANZA, *The Japanese pontifex: A study on State-religion separation and its criticalities*

[pp. 254-286]

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

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

**Coordinatore Editoriale:** Serenella Quari

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

**ISSN:** 2532-6619

## Memoria, cancellazione, spazio pubblico\*

*Anna Mastromarino*

SOMMARIO: 1. Oltre la *Cancel Culture*. – 2. La fragilità delle memorie di pietra. – 3. Ricontestualizzare: l'essenza discorsiva della memoria pubblica. – 4. Contro il populismo memoriale.

### 1. *Oltre la Cancel Culture*

Assistiamo, negli ultimi anni, all'intensificarsi di atti di distruzione, abbattimento, danneggiamento di oggetti memoriali posti nello spazio pubblico. Si tratta di episodi che in alcuni casi, per la violenza della devastazione o per la notorietà del bersaglio, richiamano una forte attenzione mediatica; altre volte, la maggioranza invero, passano inosservati, andando ad alimentare una conflittualità sempre più crescente che finisce con l'interessare i processi di costruzione e proiezione identitaria del corpo sociale.

È per questo che, al di là dell'esaltazione che del singolo fatto può essere data, appare importante soffermarsi su un fenomeno che, rientrando in un più ampio contesto di rottura di assetti di potere culturale, travalicando l'esperienza della memoria istituzionalizzata ne investe appieno funzione, epifanie e obiettivi.

Quelli cui assistiamo appaiono come atti di ostracismo, annullamento, boicottaggio che, nelle forme più svariate, investono diverse espressioni culturali, materiali o immateriali, facendo perno su manifestazioni di intolleranza e vergogna pubblica volte a colpire, al contempo, l'oggetto e l'autore (o i suoi eredi morali), ritenuti responsabili di alimentare nel tempo narrazioni dense di ingiustizia e prevaricazione in particolare nei confronti di alcuni gruppi etnico-nazionali, delle donne, di coloro che non sono eterosessuali, dei disabili...<sup>1</sup>.

Non di meno, resta lo spazio per domandarci se, al di là delle apparenze, queste dinamiche non costituiscano altro che la punta dell'iceberg di un più ampio fenomeno.

---

\* Il contributo è parte degli Atti del IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", tenutosi presso il Campus Einaudi dell'Università di Torino e il Polo del '900, il 2 e il 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> Si è parlato in proposito di una proliferazione di "lutti frammentati" che sembrerebbero ora convergere a prescindere dalla loro matrice originaria: R. Sénac, *Féminisme et «convergence des luttes» au temps de la COVID-19 et de la Cancel Culture*, in *Diogène*, 2019, in part. p. 235.

Si parla, infatti, generalmente, di *Cancel Culture*, anche se va detto che questa espressione rischia di semplificare eccessivamente un movimento complesso<sup>2</sup> e poliedrico sul quale vale la pena soffermarsi in quanto manifestazione di un malessere facilmente e strumentalmente fagocitato da una pratica esasperata del politicamente corretto, che postula la soppressione come via per esprimere la disapprovazione e l'indignazione<sup>3</sup>.

Il ricorso a questa denominazione di immediata efficacia evocativa, ma scarsa capacità narrativa per quanto riguarda l'essenza, si diffonde in particolare negli Stati Uniti e più generalmente nel contesto anglosassone, per trovare terreno fertile, da ultimo, anche in Europa, con la chiara intenzione di catalogare il proliferare di azioni in principio degne di attenzione, che possono scadere in (e pertanto essere narrate come ontologicamente legate a) visioni paranoiche e nichiliste, volte alla bonifica dello spazio pubblico da ogni segno di supremazia dell'uomo bianco, etero, fisicamente abile, benestante e benpensante. D'altra parte, è innegabile che al di là del ricorso a qualche *catch phrase* di sicuro effetto mediatico, i fenomeni cui assistiamo ci invitano a una riflessione di più ampio respiro che tocca pilastri fondanti del nostro contesto costituzionale come la libera manifestazione del pensiero, il pluralismo nei processi di decisione, ma anche la costruzione democratica dello spazio pubblico.

Non si vuole negare che la necessità di mettere progressivamente in discussione alcuni presupposti culturali, dati per assodati e consolidati nel tempo ha in molti casi finito per degenerare in un atteggiamento di colpevolizzazione misto al radicarsi di una tendenza al vittimismo, teso a fossilizzare un'idea di "moralmente sbagliato" che parrebbe non essere più revocabile in dubbio<sup>4</sup>.

Resta il fatto che «il concetto di moralmente sbagliato è relativo fino a un certo punto: in tutte le lingue e in tutte le culture certe azioni ed espressioni sono oggettivamente offensive»<sup>5</sup>; in questo senso e con ragione quella che è stata definita la cultura della cancellazione avanza richieste di cambiamento, dal momento che, *rebus sic stantibus*, l'odiosa condizione di subalternità in cui versano alcuni gruppi vulnerabili appare ribadita da processi di «banale adeguamento "pratico" che routinariamente riproduce i rapporti di forza, la preservazione dello status quo come affare

---

<sup>2</sup> Richiamando un gran numero di esempi, tenta di mettere in luce la complessità del fenomeno E. Bertolini, *Annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale*, in *Nomos*, 2, 2021.

<sup>3</sup> Di notevole interesse per comprendere non solo le dinamiche sociologiche legate alla cosiddetta cultura della cancellazione, ma più in generale per comprendere la complessità del silenzio come forma di manifestazione sociale, che può coincidere con una assenza, ma mai con un vuoto: P. Norris, *Cancel Culture, Myth or Reality*, in *Political Studies*, Vol. 71 (I), 2023, p. 145 ss.

<sup>4</sup> Si è fatto ricorso all'espressione "vittimismo ricattatorio", che starebbe alla radice di un discorso di radicalizzazione identitaria, che trasforma il proprio dolore in diritto di rivalsa, la propria aggressività in giustificata legittima difesa. Cfr. V. Pavoncello, *La memoria non gioca a carte*, in AA. VV., *Domande sulla memoria*, Venezia, 2021, p. 162.

<sup>5</sup> Così C. Rizzacasa d'Orsogna, *Scorrettissimi. La cancel culture nella cultura americana*, Roma-Bari, 2022, p. 18.

quotidiano»<sup>6</sup>. Senza un cambiamento imposto dall'esterno, l'inavvertito resta inarticolato anche sul piano culturale, finendo per essere alimentato da e a sua volta finendo per alimentare forme di conoscenza inespressa che agiscono sottotraccia, al di sotto persino dei processi culturali.

Ci muoviamo su un crinale sdruciolevole di modo che senza una necessaria attenzione alla complessità del fenomeno e, dunque, alle sue possibili derive, si corre il rischio di assistere non tanto alla progressiva sostituzione di intollerabili gerarchie sociali, legittimate e rafforzate dalla cultura dominante, con processi collettivi di costruzione di nuovi assetti che mirano a una giustizia capace di coinvolgere anche il piano culturale; piuttosto, e senza che vi sia necessariamente piena consapevolezza e la volontà dei protagonisti, siamo testimoni dello scadere nel mero e graduale rimpiazzo delle anteriori "assenze" con nuove pratiche di invisibilità, attraverso forme di silenziamento fondate sull'ostracismo e sulla gogna pubblica, amplificate dall'uso incontrollato dei social e della tecnologia, dove è facile che vengano inaugurati pubblici tribunali in pochi tweet. Il tutto aggravato da una irrefrenabile tendenza, propria dei nostri tempi, all'esaltazione del protagonismo del singolo, del particolarismo paradigmatico che ha innescato un'espansione incontrollata del concetto di micro-aggressione<sup>7</sup>: quella che un tempo sarebbe stata bollata come mera offesa personale (non giustificabile, ma cosa altra e diversa dal punto di vista giuridico) si trasforma in «esempio della storica oppressione di un intero gruppo»<sup>8</sup> privando i consociati della possibilità di costruire una adeguata sensibilità rispetto all'aggressione e alla violenza verbale.

Dobbiamo, dunque, partire dall'idea che le ragioni e le intenzioni di questo movimento di rinnovamento che attraversa il mondo debbano essere considerate, in principio, valide, dal momento che marcare il "dato per scontato" può mettere in luce quelle discriminazioni sistemiche che diversamente continuano a non essere percepite, alimentando dinamiche di disuguaglianza sociale endemiche<sup>9</sup>. Ma dobbiamo altresì avere chiaro il fatto che l'atto di insubordinazione allo *status quo* può facilmente degenerare in atti di censura carichi di violenza, risentimento, prepotenza cui i pubblici poteri, in un contesto di crisi dei processi democratici e, dunque, privi della adeguata

---

<sup>6</sup> E. Zerubavel, *Dato per scontato. La costruzione sociale dell'ovvietà*, trad. it (2018), Milano, 2019, p. 17.

<sup>7</sup> Cfr. B. Campbell - J. Manning, *The Rise of Victimhood Culture: Microaggressions, Safe Spaces, and the New Culture Wars*, London, 2018.

<sup>8</sup> C. Rizzacasa d'Orsogna, *Scorrettissimi*, cit., p. 19.

<sup>9</sup> In tema di onomastica, Wu Ming sottolinea come cambiare «i nomi che abitiamo è cambiare il modo in cui pensiamo alla città. Attirando improvvisamente l'attenzione sul senso del nome di una via o piazza, la guerriglia onomastica ci addestra a non dare per scontato il luogo stesso. Non dandolo per scontato, cominciamo a riappropriarcene»: *Guerriglia onomastica: una rivolta contro i nomi che abitiamo, per conoscere le nostre città*, in *Giap*, 17 dicembre 2018, consultabile in <https://www.wumingfoundation.com/giap/2018/12/guerriglia-onomastica/#:~:text=Cos%C3%A8%20la%20%20C2%ABguerriglia%20odonomastica,per%20cambiare%20senso%20all'intitolazione>).

autorevolezza e legittimazione, non sono in grado di far fronte riportando le rivendicazioni sul piano del confronto politico o della lite giudiziaria.

Ne consegue che pur riconoscendo la bontà delle intenzioni di un invito a “cancellare” inteso come atto di responsabilità e rendicontazione delle azioni del passato rispetto al presente, il costituzionalista è chiamato a soffermarsi sulle possibili degenerazioni di un fenomeno la cui portata è tale da non poter essere più etichettato come “di costume”, i cui effetti sono evidenti per quel che concerne l’accelerazione dei processi di polarizzazione del corpo sociale, le cui dinamiche si mostrano straordinariamente compatibili con le pratiche populiste cui si sta piegando il discorso pubblico. Figlia dei processi di emancipazione innescati dalla democrazia liberale, infatti, la progressiva eliminazione di pratiche o assetti (più o meno inavvertitamente) discriminanti rischia di piegarsi a logiche illiberali, che fanno della semplificazione dell’esistente l’unica risposta all’incapacità di gestire il conflitto, superare le disparità, imporre un cambiamento rispetto a odiose gerarchie di potere.

La dicotomizzazione del confronto, esasperando la contrapposizione tra maggioranza e minoranza, rischia di favorire l’imporsi di una visione contro-maggioritaria dei processi decisionali in cui a prevalere non è la dimensione costituzionale del confronto, votata alla tutela della alterità come essenza della democrazia, bensì quella della prevaricazione, dal momento che una politica debole si piega, alimentando il conflitto, a quella che è avvertita e da taluni strumentalmente definita come dittatura morale di gruppi che, invero, da tempo, interrogano le istituzioni e che oggi, dopo aver ricevuto come risposta solo il silenzio, pretendono, anche attraverso un uso strategico della memoria pubblica, quelle risposte (nonché quella giustizia sociale) che non hanno mai ricevuto<sup>10</sup>.

Schiacciate solo sulla loro *vis* distruttiva, le rivendicazioni non sono percepite come un pericolo astratto di limitazione, bensì come concreta inibizione e annullamento del pensiero critico: un atto primitivo che agisce «colpendo la libera riflessione e combattendo un pensiero ritenuto ostile non con la contestazione razionale, ma con la rimozione»<sup>11</sup>.

Non vi è dubbio che se a prevalere è la logica del moralmente corretto imposta da una parte sull’altra per favorire una visione omologante della società e un clima di controllo sociale che incidono pesantemente sul pluralismo, il fenomeno della cosiddetta *Cancel Culture* troverà sempre più oppositori, persone per nulla disposte a intraprendere la strada del pensiero unico, che osteggiamo quando è percorsa da chi non la pensa come noi, ma che non dovremmo intraprendere neppure quando quel pensiero coincide con il nostro.

Detto ciò, però, bisognerà avere consapevolezza del fatto che questa prospettiva non esaurisce la questione, soprattutto se al di là delle strumentalizzazioni vogliamo dare corpo a quel che sta succedendo: accade così che dietro a quelle rivendicazioni

---

<sup>10</sup> Cfr. L. Murat, *Qui annule quoi ?*, Parigi, 2022.

<sup>11</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, p. 85 e s.

intravediamo qualcosa di più di una richiesta di neutralizzazione e percepiamo che l'uso strumentale della parola "cancellazione" ha come fine il confondere per celare e quindi distruggere ragioni più profonde e potenzialmente prorompenti: un bisogno estremo di cambiamento che non avendo trovato in altro modo spazio per essere incanalato nella decisione pubblica straripa, come un torrente interrato, e distrugge, non perché risponde a una volontà di distruzione, ma solo perché non può più fare a meno di emergere, di venire alla luce. Di essere riconosciuto, esistente.

Delle tante strategie di rivendicazione di visibilità è la cancellazione a fare notizia, provocando sdegno e giudizi banalizzanti; non di meno a uno sguardo più attento (sicuramente meno mediatico) non sfugge come l'atto della distruzione – che giunge solo al termine, dopo aver registrato l'indisponibilità a negoziare – debba avere un significato più profondo che va ben oltre il desiderio di annullare fonti di conoscenza, scomode, ma pur sempre utili a comprendere un passato che senza di esse diventa afono e perde la capacità di essere capito nel presente. Senza tracce di un passato odioso, infatti, persino il significato e le ragioni delle rivendicazioni cui assistiamo oggi sono destinate a non essere colte sino in fondo domani. L'obiettivo, dunque, parrebbe essere un altro, a meno di voler scommettere su un'indole suicida o masochista dei movimenti di protesta.

Si è detto delle possibili strumentalizzazioni a cui le rivendicazioni si prestano, ma è evidente all'osservatore attento che alla base delle azioni di cancellazione vi sia prima di tutto l'intenzione di attirare l'attenzione su un oggetto memoriale che «dicendo tace, mostrando occulta, includendo esclude»<sup>12</sup>. Alla base vi è, dunque, il desiderio di dare voce e non di silenziare, di ampliare l'orizzonte dello sguardo, non di limitarlo. L'atto della rimozione è l'atto estremo di chi "fa spazio", dal momento che chiede più storia e più memoria in ambito pubblico. Una nuova narrazione, più ricca. Più punti di vista per guardare al passato a tutto tondo, partendo dal presupposto che non è accaduto solo ciò che è stato raccontato e non necessariamente le cose sono andate proprio come sono state raccontate... Uno sguardo nuovo e diverso può aiutare a una lettura policroma del passato. È questo ciò che i manifestanti vogliono dire, per costruire una storia che appartiene a tutti. Una storia plurale.

Certo l'insicurezza e la subalternità sociale cui certi gruppi sono stati relegati nel corso dei secoli non si cura ricorrendo a pratiche di ostracismo e distruzione che hanno il solo effetto di stigmatizzare la condizione di vittime, rafforzando una narrazione da perdenti<sup>13</sup>. Ma nel timore che lo sguardo resti pietrificato, la strada della riappropriazione fisica dello spazio sembra essere rimasta l'unica via, anche a costo di

---

<sup>12</sup> Così, A. Pinotti, *Nonumento. Un paradosso della memoria*, Milano, 2023, p. 207.

<sup>13</sup> L'insinuarsi del discorso intorno al paradigma vittimario cui conducono le pratiche della cultura della cancellazione si evidenzia riflettendo sulle modalità con cui è stato raccontato il dibattito che ha investito il Dipartimento di Studi classici dell'Università di Princeton negli Stati Uniti dopo la decisione, dell'aprile del 2021, di eliminare la prova intermedia volta a valutare le competenze degli studenti in greco e latino per ottenere il titolo. Per una lettura a tutto tondo degli avvenimenti si rimanda a A. Borgna, *Tutte storie di maschi bianchi morti...*, Bari-Roma, 2022.

cadere nella degenerazione violenta di chi in fondo crede che non ci sia un piano B: gli atti cui assistiamo non sono assimilabili al vandalismo dei rivoluzionari, non sono riconducibili neppure all'iconoclastia dei vincitori<sup>14</sup>; sembrano essere, piuttosto, espressione dell'incertezza di sapere se il cambiamento sia davvero possibile o meno<sup>15</sup>.

Così stando le cose, non stupisce che questo nostro ragionare finisca, in ultima istanza, con il coinvolgere i processi memoriali. È inevitabile.

Nelle pagine che seguono, pertanto, si proverà a mostrare come il carattere dicotomico con cui il dibattito è stato costruito e poi presentato all'opinione pubblica finisca con l'avere pesanti effetti sugli spazi della memoria pubblica. Essa, infatti, concepita nel contesto del costituzionalismo democratico, e dunque in un orizzonte di senso plurale, non può che costruirsi a partire da dinamiche dialogiche, attraverso percorsi comunicativi e partecipativi, assai poco compatibili con le logiche contrappositive su cui sembra costruirsi il dibattito pubblico intorno alla denominata *Cancel Culture*. Alla scelta tra abbattere e conservare si proverà a contrapporre una prospettiva più sfidante: una terza via, orientata alla ricontestualizzazione, alla risemantizzazione dei segni e dei simboli della memoria pubblica; una via che, laddove possibile, può aiutare a comprendere il passato (i cui effetti permangono anche quando ne cancelliamo le tracce) per costruire un futuro più giusto, anche dal punto di vista sociale.

## 2. La fragilità delle memorie di pietra

Alle legittime preoccupazioni che attengono, più in generale, al diffondersi geografico della pratica della cancellazione ben oltre il contesto anglosassone, se ne aggiungono altre che hanno a che vedere con la sua espansione sostanziale, in particolare in corrispondenza dei casi in cui si pretende di operare una bonifica della memoria collettiva pubblica.

Se è vero che non vi è espressione della cultura rimasta immune da azioni di epurazione (libri, opere teatrali, film, cartoni animati, fumetti, dipinti...lo stesso linguaggio: «*S'y fait jour la tentation d'un contrôle herméneutique tant sur les représentations que sur le langage*»<sup>16</sup>) non di meno, sono con ogni probabilità gli episodi di abbattimento

---

<sup>14</sup> Come ricorda Tomaso Montanari, «oggi i manifestanti americani ed europei non pensano affatto di aver vinto. Anzi, si sentono – a ragione – sconfitti: molto semplicemente, oggi non c'è alcuna rivoluzione in corso»: *Le statue giuste*, Roma-Bari, 2024, p. 85.

<sup>15</sup> In proposito si è fatto ricorso all'espressione “iconoclash” per definire la condizione in cui ci si trova «quando non si sa, o si esita, o si è in difficoltà di fronte a una azione per la quale non c'è più modo di sapere, senza ulteriori indagini, se sia distruttiva o costruttiva». Si veda B. Latour, *Che cosa è iconoclash*, in A. Pinotti - A. Somaini (a cura di), *Teorie dell'immagine. Il dibattito contemporaneo*, Milano, 2009, p. 289.

<sup>16</sup> I. Barbéris, *Sur l'expression «cancel culture»*, in *Cités*, 86, 2021, p. 31 ss.

o rimozione delle statue dallo spazio pubblico ad aver attirato la più alta attenzione, forse per la loro spettacolarità, tenuto conto del carattere eloquente e invasivo dello spazio urbano che è proprio della monumentalistica celebrativa<sup>17</sup>. O forse perché chiamano in causa ognuno di noi, obbligandoci a confrontarci con le fondamenta su cui poggia la nostra storia e le nostre memorie.

In effetti, le strade sono piene di statue mute, che apparentemente non trasmettono nulla al di là della fredda pietra. Non generano emozione, non producono sdegno. Sono silenziosi simboli di un passato apparentemente pacificato, che vive nel nostro presente. Esse, infatti, sono, come ogni altro segno, figlie del loro tempo; per decodificarne il valore simbolico bisognerebbe avere accesso a codici di cui, però, in molti casi è andata smarrita la chiave. Continuano ad abitare uno spazio rispetto al quale, nella maggioranza dei casi, hanno perso la cittadinanza. Appaiono ormai prive di qualsivoglia funzione semiofora, sino a poter essere considerate solo parte dell'arredo urbano<sup>18</sup>.

Non di meno, ciò non significa che abbiano perso ogni senso all'interno dello spazio pubblico, dal momento che quello storico e quello artistico non sono i soli fini valoriali con cui si confronta il monumento<sup>19</sup>.

Si può concordare, infatti, sul fatto che lo Stato parla anche attraverso le politiche memoriali, di modo che possiamo affermare che la monumentalistica pubblica è divenuta una forma consueta di *speech government*<sup>20</sup>: talmente consueta che a volte non

---

<sup>17</sup> M. Baioni, *Rituali, spazi urbani e politica*, in M. Baioni - F. Conti (a cura di), *I nuovi indirizzi della ricerca storica*, Roma, p. 219 e ss.

<sup>18</sup> Nel suo volume (*Nonumenti*, cit., p. 148) trattando dei monumenti cosiddetti "effimeri", Andrea Pinotti richiama il lavoro artistico di Christo, il quale, parlando dei suoi "impacchettamenti" e della transitorietà della sua arte, afferma di non credere che «nessuna opera d'arte esista al di fuori del suo *prime time*, quando all'artista piace farla, e quando i tempi sociali, politici, economici combaciano ... Successivamente l'opera andrebbe incontro a interpretazioni che la fraintenderebbero e la danneggerebbero». Di diverso avviso il Collettivo Superstudio che alla fine degli anni Settanta guarda all'anti-monumentalismo come «reazione alla tensione fra i due committenti fondamentali dell'architettura: il potere e l'uomo, in costante conflitto». In tal senso affermano che riguardo «al monumento, che il potere crea sempre per sé stesso per opprimere e condizionare l'uomo, l'uomo ha solo due possibilità: o subire e viverlo come schiavo; oppure trasformarlo e distruggerne il significato demonumentalizzandolo, riducendolo cioè a dimensione umana e usandolo» (p. 149).

<sup>19</sup> In *Monumento, memoria, contro-monumento: una genealogia*, (in *Lo sguardo. Rivista di Filosofia*, 29, 2019, p. 481 ss.) Beatrice Atzori, richiamando il pensiero di Riegl (*Il culto moderno dei monumenti*, trad. it. R. Trost - S. Scarrochia, Milano, 2017), riconosce l'insufficienza del valore storico e di quello artistico come parametri per descrivere la funzione dei monumenti, sottolineando la centralità del "valore in quanto memoria".

<sup>20</sup> T. Pagotto, *I monumenti dei Confederati d'America tra diritto, storia e memoria*, in *DPCE on line*, 4, 2022, p. 3579 ss., si sofferma sulla teoria del *government speech*, di recente elaborazione da parte della Corte suprema statunitense e ancora in via di definizione, analizzando il caso dei *Confederate Monuments*.

avvertiamo neppure la potenza di questi atti di occupazione non solo simbolica dello spazio pubblico. In alcuni casi, infatti, nonostante la loro impercettibilità, statue e monumenti sono in grado di far emergere divisioni sotterranee e di rendere manifeste dispute che sembravano sopite. Essi, in effetti, non cessano di essere «quinte della nostra consapevolezza» anche quando non si notano affatto<sup>21</sup>.

Ciò avviene perché, come ricorda Michel-Louis Rouquette<sup>22</sup>, le dinamiche memoriali nello spazio pubblico si fondano sull'attivazione di alcuni nuclei affettivi e prelogici, definiti "nexi", riconducibili a concetti capaci di suscitare un'emozione, prima ancora che una riflessione.

In termini concreti, in un contesto sociale complesso come quello in cui viviamo, ciò comporta che, inevitabilmente, una stessa singolarità memoriale possa essere vissuta in termini assai diversi da più individui e da più gruppi. Essi, infatti, di fronte al medesimo *oggetto* (nel caso di specie la statua, il monumento, la targa...) potrebbero attivare connessioni differenti (attivare cioè *nexi* diversi), rifacendosi per esempio l'uno all'idea di "libertà", l'altro a quella di "patria", l'altro ancora a modelli di "repressione", pur richiamandosi tutte al medesimo evento o personaggio storico. Ne consegue che i valori che può ispirare uno stesso oggetto esemplare potranno risultare diversi perché diverso è il *nexus* su cui si fondano; pur condividendo il medesimo spazio memoriale, le memorie in gioco non necessariamente potranno essere ricondotte a una medesima memoria collettiva. Il che non stupisce, tenuto conto che il pluralismo su cui si fonda il paradigma del costituzionalismo democratico può tutt'al più aspirare alla gestione del conflitto memoriale, alla definizione di una *memoria polifonica* fondata su dinamiche dialogiche, ma non alla costruzione di una memoria condivisa. A consentire questa armonia non sarebbe, infatti, uno sguardo comune sul passato, bensì una convergenza sul futuro che deve essere costruito a partire da una piattaforma valoriale condivisa nel presente, che si fa identità costituzionale.

---

<sup>21</sup> R. Musil, *Pagine postume pubblicate in vita*, trad. it. A. Rho, Torino, 1970, p. 75 e s. Ricostruendo un pensiero che affonda le sue radici già nella letteratura della Grecia antica, Andrea Pinotti (*Nonumto*, cit., p. 96) riflette sul senso del monumento come promemoria e sul paradosso che ne discende: «il monumento dunque, esternalizzazione scritturale della memoria, costituisce un promemoria disfunzionale che lavora contro la memoria stessa, producendo oblio; fidandosi dei suoi custodi, dei "tipi" ... addetti alla custodia e alla sorveglianza del sapere, si lascerà invadere dall'oblio e dal non-sapere». Qualunque sia la forma che assume, il «promemoria e dunque la "lisi" stessa della memoria: soluzione al problema del ricordare che ne costituisce al contempo la risoluzione e la dissoluzione» (p. 99). D'altra parte, così posta la questione non sembra essere chiusa neppure per Pinotti: bisognerà ammettere che se capace di accendere il fuoco della protesta, il promemoria è ancora attivo dal momento che solo «ciò che è avvertito come vivente può essere condannato a morte» (p. 160).

<sup>22</sup> Si veda M.L. Rouquette, *Sur la connaissance des masses*, Grenoble, 1994, p. 68 ss.

Così stando le cose, è inevitabile che attraverso le politiche memoriali pubbliche possano eventualmente riattivarsi, anche in virtù di quei nessi contrastanti e latenti, memorie represses, capaci di innescare guerre civili memoriali che travolgono statue e ogni altro simbolo a esse correlato.

Esiste una dimensione materiale della memoria istituzionalizzata che opera attraverso delle presenze nello spazio pubblico che si fanno simboli, rappresentando qualcosa che vale la pena ricordare a livello collettivo. Eppure, soprattutto in questi anni attraversati da forti tensioni sociali, frutto di processi di emancipazione e giustizia sociale abortiti, proprio mentre si dedica a mettere in luce delle presenze, la memoria finisce con l'evidenziare al contempo l'assenza, divenendo occasione di rivendicazione per tutti quei soggetti che sono parte della storia, pur non avendo mai contribuito alla sua scrittura. In quelle arene memoriali pubbliche, costituite da statue e monumenti, attraverso il rifiuto della "versione" istituzionale della storia, coloro che in passato sono stati esclusi pretendono di assumere il ruolo di voce narrante con il desiderio di costruire nuove memorie.

È così che, attraverso un atto di opposizione all'ordine memoriale costituito, quelle statue rimaste silenziose tornano a parlare<sup>23</sup>. A volte possono anche urlare, così che nel mondo si moltiplicano i casi di danneggiamento, abbattimento, le richieste di rimozione, le istanze di riposizionamento di figure fatte scendere a forza dal piedistallo e per questo private della loro straordinarietà<sup>24</sup>.

La memoria istituzionalizzata non è mai detta una volta per tutte, questo è certo. E mentre la geografia urbana cambia, davanti a coloro che si confrontano con il monumento come strumento di memoria pubblica, si aprono quesiti cui sembra difficile poter trovare delle risposte.

---

<sup>23</sup> Ricorda L. Parola, *Giù i monumenti? Una questione aperta*, Torino, 2022, p. 51, che il «monumento nella sua unica funzione di commemorazione non prevede uno scambio dialettico rispetto al divenire della storia, ma quando a prevalere è la sua funzione comunicativa allora qualcosa sembra cambiare».

<sup>24</sup> Si può riflettere sulla funzione del basamento e del suo progressivo venir meno nella monumentalistica contemporanea ripensata nel contro-monumento che «interroga la storia e permette a chi guarda di cambiare la propria posizione rispetto a questa. La sua forma non si sviluppa in altezza, piuttosto attraverso un negativo, un togliere, nel tentativo di rovesciare una posizione prevaricatrice e dominante»: L. Parola, *Giù i monumenti?*, cit., p. 67.

3. *Ricontestualizzare: l'essenza discorsiva della memoria pubblica*

Tra le tante domande possibili, vale la pena chiedersi come superare il disagio che producono queste richieste di “vendetta” sociale e storica, in principio legittime, ma nella pratica spesso schiacciate su una eccessiva semplificazione della realtà e delle soluzioni di cambiamento.

In particolare, per quel che riguarda gli spazi memoriali pubblici l’abbattimento e la rimozione come sole prospettive di riparazione sollevano più di un dubbio e invitano a riflettere sulla necessità di distinguere in base ai diversi oggetti memoriali bersaglio della furia rivendicativa, nonché dei momenti e dei modi in cui tale furia si manifesta. Non è lo stesso, infatti, pretendere la revisione della toponomastica o la rimozione di una targa o di una effigie oppure rivolgere la propria insofferenza contro statue e monumenti. Così come è ben differente registrare gli effetti devastanti di una protesta degenerata in violenza, piuttosto che avallare politiche di *deboullonage* portate avanti dallo Stato su richiesta di alcuni gruppi. Una certa sensibilità differenziante, inoltre, sarà bene pretenderla anche in corrispondenza di fenomeni di *revival* e *survival* memoriale dal momento che i due atteggiamenti rimandano a scenari politici totalmente diversi<sup>25</sup>.

Come si è avuto modo di ricordare, le categorie e i linguaggi del presente e del passato raramente coincidono. Lo stesso, a maggior ragione, deve essere detto in relazione ai valori fondanti delle società. Difficile pretendere allora che un monumento, che, oltre che a canoni sociali risponde anche a canoni artistici, possa attraversare le decadi conservando la sua capacità comunicativa ed evocativa. Ancor più difficile credere che il profilo dei singoli personaggi e le circostanze degli eventi possano essere apprezzati oggi come ieri, dal momento che essi sono intrisi prima di tutto della cultura del loro tempo. Il monumento al momento della sua realizzazione parla al visitatore attraverso un linguaggio contemporaneo a lui comprensibile. Ma come il canone artistico e il linguaggio anche l’impatto valoriale muta con il tempo e tutti potrebbero risultare incomprensibili o poco intellegibili per la comunità anni dopo. A questo punto il «destino di queste statue può essere quello di rimanere al loro posto sempre più

---

<sup>25</sup> Così T. Montanari, *Le statue giuste*, cit., p. 31 ss. che mette in luce acutamente la differenza tra la tolleranza verso segni del passato abbandonati allo scorrere del tempo, manifestando un atteggiamento di inerzia da parte dello Stato, da una parte; dall’altra la militanza memoriale di poteri pubblici che proattivamente riaccendono memorie che non dovrebbero trovare cittadinanza nello spazio pubblico.

indifferenti al passaggio, oppure quello di divenire oggetto di furia popolare o di rimozioni funzionali a nuove celebrazioni»<sup>26</sup>: privati di valore artistico e storico, i monumenti in effetti possono mantenere un valore politico che potrebbe non coincidere con l'*idem sentire* della maggioranza o di una parte della cittadinanza.

Lo scollamento tra significante e significato determinato dallo scorrere del tempo è tale da innescare un inevitabile processo di decontestualizzazione che priva i diversi oggetti memoriali delle necessarie coordinate che permettono la loro ubicazione spazio-temporale, intaccando il senso più profondo del connubio arte, storia e spazio pubblico che si concreta nel monumento. Esso, infatti, piuttosto che istruire mira a creare consapevolezza a partire da un processo emozionale, dato che è proprio quello emotivo il primo livello umano coinvolto, lasciando la narrazione in secondo piano: l'arte, in particolare, dovrebbe aiutare a universalizzare un evento o un personaggio, contribuendo a superare quelle barriere che diversamente farebbero «percepire un evento storico come definitivamente passato ed estraneo»<sup>27</sup>. Venuta meno questa prospettiva, di fronte a un'afonia che è anche artistica, si fa strada l'aridità di un segno memoriale totalmente decontestualizzato e dunque schiacciato sul presente, senza istruzioni per l'uso, per questo come minimo inutile, quando non dannoso.

La rimozione del superfluo/nocivo sembrerebbe a questo punto, in effetti, la più immediata ed efficace risposta a questo stato di cose, se non fosse che c'è una complessità che, per l'appunto, in questo approccio sembra non essere colta.

Va detto, infatti, che questa prospettiva ci fa scendere in una dimensione totalmente decontestualizzata della monumentalità precludendoci, in ultima istanza, uno sguardo umano sul passato. Ci preclude, cioè, un accesso all'umano racchiuso negli eventi storici, densi di contrasti e chiaroscuro. In questo modo impediamo la costruzione di una memoria "etica" in quanto critica perché in grado di distinguere, di volta in volta, il bene dal male, nonché l'evolvere dei confini di questa distinzione; detto altrimenti impediamo la pratica di una memoria capace di «lavorare sulla disumanità piuttosto che sull'umanità; perché se quest'ultima ha difficoltà a ricordare quella parte nera che sta nel cuore della civiltà e della cultura, la prima deve rammentare l'umano che fa parte del suo stesso nome»<sup>28</sup>. Ricostruire la rete semantica in cui è imbrigliato quel monumento, quella statua è il primo passo, non per accettare, per legittimare, per

---

<sup>26</sup> E. Pirazzoli, *A partire da ciò che resta. Forme memoriali nell'arte e nell'architettura del secondo Novecento*, Reggio Emilia, 2010, p. 169.

<sup>27</sup> Così M.C. Giorda, *Il memorial degli italiani ad Auschwitz. Costruire un luogo sacro tra storia religiosa e memoria politica*, in *Quaderni di studi e materiali di storia delle religioni*, suppl., 81, 2015, p. 315.

<sup>28</sup> Si veda V. Thanh Nguyen, *Niente muore mai. Il Vietnam e la memoria della guerra*, (2016), trad. it., Vicenza, 2018, p. 84.

ribadire, ma per comprendere e rimediare agli effetti negativi di una *memoria asimmetrica* che si è consolidata nei tempi, nell'indifferenza generale, e finalmente per approntare la più adeguata risposta riparativa<sup>29</sup>.

Le azioni di riparazione, in effetti, possono essere tante e diverse e la rimozione non sempre è un vestito buono per tutte le stagioni.

Non mi riferisco evidentemente a quelle occasioni in cui l'abbattimento è il frutto della protesta scaduta in violenza. Quelle sono circostanze in cui il discorso istituzionale è messo a tacere; circostanze *extra-ordinem* in cui l'urgenza dell'agire prevale sulla progettualità; in cui l'idea di "pubblico" è semplicemente soppiantata dal dilagare della massa.

Penso, piuttosto, alle decisioni dei pubblici poteri che devono essere prese nell'immediatezza dei fatti o anche altrove come risposta a quei fatti: che fare, all'indomani del suo abbattimento, della statua del signor Colston che per anni ha sovrastato Bristol per poi essere divelta e scaraventata in mare? La sua museificazione in posizione orizzontale, conservando i segni del suo imbrattamento costituisce una scelta adeguata a colmare quella asimmetria memoriale e a trasformare delle assenze in presenze?<sup>30</sup>

Non ci sono, risposte univoche a simili domande, va da sé. Ma qualche considerazione possiamo provare a svolgerla a partire dalla convinzione che esista una

---

<sup>29</sup> F.M. Cataluccio nel suo *La memoria e la dimenticanza*, in AA. VV., *Domande sulla memoria*, cit., 116 si domanda che senso abbia una memoria senza «uno spirito critico e una rielaborazione che ci consenta di individuare le sempre nuove forme di razzismo, di xenofobia e di esclusione». Nella medesima raccolta di scritti, S. Levi Della Torre (nel suo *Due domande al centro della nostra memoria*, in *Ibidem*, p. 59 ss.) sottolinea come proprio le politiche memoriali possono costituire un meccanismo di "riparo dall'orrore" quando partiamo dal presupposto, non fondato, che quell'orrore non ci appartenga.

<sup>30</sup> Abbattuta durante una manifestazione del movimento *Black lives metter* nel giugno 2020, la statua di Sir Edward Colston era stata eretta nel 1885 in Colston Street a Bristol per commemorare il concittadino filantropo e benefattore la cui memoria è stata conservata intatta sino agli anni Novanta del secolo scorso, allorquando, piuttosto che sulla sua magnanimità nei confronti della città natale l'attenzione pubblica venne focalizzata sulle sue ricchezze, accumulate grazie al commercio degli schiavi. Essendo rimaste inascoltate le richieste di ricontestualizzazione della statua in sintonia con una narrazione che potesse dar conto della sofferenza vissuta dalla comunità afro-discendente, la statua venne divelta dai manifestanti e gettata nelle acque del porto, dove restò sino a quando non si deliberò in favore del suo recupero e della sua museificazione. Merita un cenno la proposta di Banksy che dai suoi social nell'immediatezza dei fatti era così intervenuto nel dibattito «Lo tiriamo fuori dall'acqua, lo rimettiamo sul piedistallo, gli mettiamo un cavo attorno al collo e facciamo fare alcune statue di bronzo a grandezza naturale di manifestanti nell'atto di tirarlo giù. Tutti contenti. Un giorno straordinario commemorato».

dimensione comunitaria del monumento e del concetto di monumentalità che non può essere marginalizzata<sup>31</sup>.

Adottando una “prospettiva ecologica”, per esempio, potremmo convincerci dell'utilità di usare fino in fondo la carica sociale che i monumenti possono generare in quanto catalizzatori di tensioni e contrasti che devono essere messi nelle condizioni di emergere dal loro *status* carsico e pertanto erosivo del tessuto sociale. In fondo la memoria resta uno strumento di lotta sociale che va ben al di là della commemorazione e della celebrazione.

È importante, allora che tra conservare lo *status quo* o annullarlo venga presa in considerazione anche una terza via, quella più difficile da percorrere, forse, ma l'unica davvero capace di dare i suoi frutti in ambito memoriale, confrontandosi con la complessità: la via della ricontestualizzazione, del dire di nuovo con parole nuove e inclusive, adatte a un nuovo pubblico, più ampio. Parole capaci di riparare le ingiustizie, di raccontare, di esplicitare i valori su cui la società si fonda. Parole in grado di trasformare l'assenza in presenza.

Ci può essere accordo sul fatto che i movimenti che stanno agitando le piazze in tutto il mondo parlano indistintamente a tutti, ma è innegabile il fatto che essi hanno un interlocutore privilegiato, i pubblici poteri: chiamati in causa in forza delle prerogative di cui godono, da essi si deve pretendere la capacità di gestire la complessità della situazione, senza ripiegare nella facile soluzione della rimozione, *tout court*. Diversamente da quel che ci si può attendere dalla furia devastatrice che guida le folle durante un cambio di regime o un colpo di stato, dai pubblici poteri, infatti, in un sistema democratico, si deve pretendere prima di tutto la capacità di affrontare il passato e la sua rappresentazione pubblica. Si deve esigere la capacità di attivare meccanismi di addizione e sottrazione simbolica, di risemantizzazione nello spazio memoriale, fino a farlo diventare esso stesso strumento per rafforzare i valori costituzionali su cui vogliamo fondare il presente. A volte può bastare una targa che aiuti il lettore a orientarsi tra fatti meno noti perché rimasti al margine della storiografia ufficiale; in altre occasioni può tornare utile, ancora una volta, l'arte, soprattutto nelle forme del contro-monumento; in molti casi la tecnologia può rivelarsi un formidabile alleato accompagnando lo spettatore nella ricostruzione del passato. In ogni caso ci si

---

<sup>31</sup> Il che ci porta a concordare con il fatto che la «questione della monumentalità (e della nonomumentalità) vada affrontata in una prospettiva non atomistica bensì gestaltica: concentrandosi cioè non sul singolo monumento nel suo splendido isolamento, ma sul tessuto di relazioni che lo coinvolgono con altri monumenti virgola in un campo di forze la cui risultante non è mai data una volta per tutte, ma si rinegozia costantemente nel divenire storico». Così A. Pinotti, *Nonumento*, cit., p. 217.

confronta con nuove prospettive narrative, non più univoche, sempre meno celebrative, sempre più inclusive.

È nella definizione della narrazione del passato che si misura il grado di elaborazione proattiva della memoria raggiunto da una comunità: nella capacità di bonificare i luoghi e di risemantizzare il dolore patito in opportunità per il presente, trasformando spazi che sono stati scene di violenza, traumi, ingiustizia in luoghi di commemorazione di valori come la pace, la dignità e la giustizia; oppure figure odiose in *medium* di conoscenza e riflessione. Quelle statue, per detestabili che siano, diventano, così, occasione per raccontare nuove memorie, per illuminare quelle assenze della storia che oggi si convertono in presenze, accettando il fatto che quello memoriale è tutt'altro che uno spazio irenico condiviso. È piuttosto uno spazio dove si sfidano le più diverse strategie di riappropriazione del pubblico.

Quando ci si sente esclusi dalla narrazione del passato di una comunità, la convivenza con i simboli memoriali di quel racconto collettivo diviene intollerabile. Ma non è detto che la rimozione sia la reazione giusta, perché annullare vuol dire, tra le altre cose, perdere pezzi, impedendo alle generazioni future di avere accesso diretto alla storia, anche attraverso la conservazione o la contestazione di spazi artistici e architettonici che rappresentano occasioni di rielaborazione di una versione coerente del passato, che divenendo nuovamente intellegibile attraverso l'uso di nuovi codici, si fa presente e memoria. Abbattere significa nascondere, impedire di raccontare un'altra storia, agire unidirezionalmente, annullando così quella dimensione dialogica che è l'unica all'interno della quale può essere costruita la memoria pubblica nel costituzionalismo democratico<sup>32</sup>.

È necessario, infatti, che il processo memoriale, forza propulsiva dell'impianto identitario, sia sviluppato in forma di dialogo, ossia prediligendo il confronto. In assenza di una piattaforma comune la prospettiva per la sua edificazione non può che essere quella comunicativa: la memoria deve essere resa discorsiva e come tale legata al linguaggio, ossia alla struttura della comunicazione e non solo all'atto/oggetto memoriale in sé.

In questo senso la memoria diviene democratica, in quanto partecipata. Come sottolineato, infatti, ad animare i movimenti per la rivendicazione di una maggiore giustizia sociale non vi è nella maggior parte dei casi il desiderio di annientare, ma quello di essere riconosciuti. In questo senso, i pubblici poteri pongono le basi affinché le diverse memorie prendano parte a un'esperienza simmetrica e interattiva alla quale altrimenti difficilmente accederebbero. L'incontro tra il "noi" e il "voi" raramente

---

<sup>32</sup> Ho ampiamente trattato il tema in *Stato e Memoria*, Milano, 2018.

avviene in modo spontaneo, poiché manca fundamentalmente l'interesse da parte dei diversi soggetti, chiusi nelle loro prospettive, ad attivarlo. Per questo motivo diventa essenziale l'intervento di un terzo soggetto volto a innescare l'incontro/confronto. La sua azione, in effetti, può attivare un processo di scambio altrimenti impossibile o quantomeno improbabile, basato sulla dinamica della retorica dialogica<sup>33</sup> che trasforma in discorso i processi di memorizzazione<sup>34</sup>. È in questo senso che la disputa memoriale si trasforma in confronto, inteso come un atto di collaborazione, un invito ad ascoltare l'altro prima di persuaderlo; un invito, che presuppone l'esistenza di punti di vista diversi, ma anche la capacità degli interlocutori di accettare l'ipotesi che l'altro non arrivi alle mie stesse conclusioni<sup>35</sup>.

In questo orizzonte di senso, un'azione di ricontestualizzazione permette di leggere alla luce dei valori di oggi le scelte commemorative del passato, stravolgendone il senso, integrandole, criticandole o problematizzandole: al «pari del linguaggio, il ricordo vive come atto sociale, dialogico. Si disperde se non condiviso. La condizione per cui il ricordo non si trasfiguri in illusione o allucinazione è che sia sentito come un fatto non solitario, ma comunicabile o messo in comune, almeno nell'immaginazione»<sup>36</sup>.

Applicare una targa esplicativa, affiancare all'esistente un nuovo monumento, contornare la statua di un percorso artistico-didascalico, predisporre artifici artistici per generare contrasti, costruire inciampi memoriali... le vie della ricontestualizzazione sono molteplici, grazie agli strumenti della storiografia, agli espedienti dell'arte, agli strumenti tecnologici.

Certo, non sempre è possibile o agevole. Ci sono confronti e percorsi memoriali in cui gli spazi per la risemantizzazione sono assai ridotti. Si pensi alla toponomastica, attraverso la quale lo stradario diviene un cammino storico-memoriale che il cittadino esplora nella sua quotidianità, pur non potendo cessare di svolgere una funzione primaria di organizzazione amministrativa dello spazio urbano. Eppure, anche in questi

---

<sup>33</sup> A differenza della retorica dialettica, che mira a convincere l'altro, la retorica dialogica, semplicemente, mira innanzitutto all'interazione, anche per evidenziare le differenze e così facendo accetta il rischio di comunicare un punto di vista che può non essere condiviso e sul quale non si intende fare violenza all'altro per convincerlo. A. Ángel Botero, *Retórica dialógica y memoria: reparación simbólica del las víctimas del conflicto colombiano*, in *Opción*, n. sp. 7, 2016, p. 105.

<sup>34</sup> Cfr. J. Czubaroff, *Dialogue and the prospect of rhetoric*, in *The Review of Communication*, n. 12, 2012, 44 ss. Le sue riflessioni sono in linea con quelle successivamente sviluppate da Aleida Assmann, in *Dialogic Memory*, in P. Mendes-Flohr (ed.), *Dialogue as a Trans-disciplinary Concept. Martin Buber's Philosophy of Dialogue and its Contemporary Reception*, Berlino, 2015, p. 199 ss.

<sup>35</sup> Cfr. S.K. Foss, C.L. Griffin, *Beyond persuasion: A proposal for an invitational rhetoric*, in *Communications Monographs*, Vol. 62, n. 1, 1995, p. 2 ss.

<sup>36</sup> S. Levi Della Torre, *Due domande al centro della nostra memoria*, cit., p. 62.

casi non è affatto detto che si debba rinunciare a una memoria democratica; restano numerose possibilità di democratizzazione di quei processi decisionali che possono portare alla trasformazione degli spazi urbani attraverso la partecipazione e il coinvolgimento dei cittadini, che divengono protagonisti di quel cambiamento. Dibattiti pubblici, referendum locali, concorsi d'idee, coinvolgimento delle scuole non sono che qualche esempio di pratica deliberativa inclusiva, che possono condurre al cambio di denominazione o ad altre soluzioni come, per esempio, l'applicazione di una targa o il ricorso allo strumento del QRcode. Un modo diverso di ricontestualizzare: non solo spazi, forse, ma certamente anche i processi. Perché la memoria, intesa come luogo delle possibilità, non è solo espressione di un collettivo bisogno di celebrare; oggi più che mai è piuttosto un'opportunità di conoscere e riflettere, avere coscienza: un'occasione per ricordare di nuovo da che parte stare.

Lo ha ben inteso una generazione di artisti che hanno fatto dell'azione memoriale in pubblico la loro dimensione e che hanno inteso il loro mestiere come "avventura civile". Si tratta di "attivisti"<sup>37</sup> che concepiscono il loro lavoro come «un intervento politico di trasformazione del sociale, arte ingaggiata nella sollecitazione di una presa di coscienza e di posizione»<sup>38</sup>. Attraverso il ricorso a una testimonianza secondaria artisti come Tania Bruguera, Doris Salcedo, William Kentridge, Regina José Galindo, solo per citarne alcuni, hanno parlato al pubblico mondiale attraverso atti «che esprimono forti richieste etiche sulle loro società e si riferiscono a una sfera globale emergente di commemorazione dei disastri provocati dall'essere umano in tutte le nazioni e i continenti»<sup>39</sup>. Siamo di fronte a forme artistiche che nello spazio pubblico si impongono come veri e propri atti di memoria che suggeriscono un cambio di prospettiva, utile ai fini su cui si va qui riflettendo: «piuttosto che intendere l'opera d'arte come una monade chiusa contemplata dall'esterno, essa va intesa come un processo aperto, che funziona tra l'opera e i suoi spettatori»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. V. Trione, *Artivismo. Arte, politica, impegno*, Torino, 2022.

<sup>38</sup> L'artista cubana Tania Bruguera parla in proposito di *arte de conducta*, sottolineando la necessità di distinguere «fra quel che riguarda la socievolezza e quel che lavora con il sociale». Cfr. T. Bruguera, intervista con Kathy Nobles, "Useful Art" (November, 2011) in *Frieze Magazine*, n. 144, 2012.

<sup>39</sup> A. Huyssen, *L'arte della memoria nel mondo contemporaneo. Affrontare la violenza nel sud del mondo*, (2022), Trad. It, Milano, 2024, p. 146.

<sup>40</sup> A. Huyssen, *L'arte della memoria nel mondo contemporaneo*, cit., p. 17.

4. *Contro il populismo memoriale*

In un'epoca che drammatizza lo scontro annullando le sfumature del dibattito appare quasi impossibile riuscire a trovare le parole, il tempo, lo spazio per far fronte alle dispute memoriali che attraversano le nostre società e per costruire una memoria democratica, in quanto umana e polifonica. Una simile memoria, come ricordato, si deve fondare su politiche memoriali che fanno della comunicazione e del linguaggio, simbolico e non, il suo registro espressivo, invitando all'incontro anche a rischio di generare uno scontro.

È questa l'unica via possibile per evitare che i percorsi della memoria pubblica scadano nelle dinamiche del populismo, che paiono ormai imperversare in ogni ambito del politico.

In una visione asfitticamente dicotomica del confronto populista il mantenimento dello stato delle cose o la cancellazione del passato sembrano rappresentare le uniche strade possibili: si tralascia così la natura inequivocabilmente interattiva della memoria collettiva, quella sua dimensione che è stata definita "ecologica" e che ha a che vedere con il fatto che o essa si costruisce come atto comunitario o non è. Le reazioni ora di allarme ora di sdegno che certe azioni di rivendicazione pubblica possono generare, sembrano non tener conto del fatto che il pluralismo e l'inclusione se presi sul serio comportano necessariamente l'insubordinazione a un assetto storico-memoriale quando questo non riflette più il progetto della comunità, soprattutto in ambito memoriale.

In un'ottica essenzialmente strutturalista, non dobbiamo dimenticare che il significato storico e memoriale dei singoli eventi è determinato dalla ricostruzione che di essi si è fatta o si fa, dal «modo in cui essi sono situati nella nostra mente rispetto ad altri eventi»<sup>41</sup>. Più che sulla "Storia" con la S maiuscola, per dare senso al passato, in affetti, ci affidiamo quotidianamente a *scenari storici*.

Nel farlo (si tratta di un atto di semplificazione per certi versi inevitabile) tendiamo a dimenticare che la ricostruzione del passato si fonda su narrazioni storiche che possono mantenere un certo grado di opinabilità anche quando i fatti e i dati su cui si basano hanno raggiunto una stabilità che consente di avvertirli come praticamente certi. Il punto di vista sulla storia può essere pertanto diametralmente opposto anche quando la storia è già stata scritta: non vi è dubbio che questa impostazione apre il passo a una potenziale crescente conflittualità memoriale nello

---

<sup>41</sup> E. Zerubavel, *Mappe del tempo. Memoria collettiva e costruzione sociale del passato*, (2003), trad. it. Bologna, 2005, p. 28.

spazio pubblico; non di meno garantisce, anche, il consolidamento dei presupposti logici per considerare la storia uno spazio di democrazia. Non si tratta di rinnegare le evidenze storiche o i dati; neppure di scendere nel relativismo o nel negazionismo storico. Si tratta piuttosto di leggere i dati come base della storia e di accettare che essi possono essere fonte di possibili diversi scenari storici, ossia modi diversi di raccontare le storie, tenendo nell'ombra qualcosa o qualcuno, esaltando altri personaggi o accadimenti. Si tratta di accettare che esiste la possibilità di guardare ai dati pur condivisi da punti di vista diversi e che oggi è necessario farlo con occhi nuovi, lasciando emergere prospettive sinora considerate secondarie, cogliendo la complessità racchiusa nel passato, dando voce al silenzio e consistenza alle ombre.

Lo scenario all'interno del quale ci muoviamo per dare forma alle memorie che scaturiscono da questa *storia al plurale* appare tutt'altro che omogeneo, come è giusto che sia in un contesto di costituzionalismo democratico. Non di meno si tratta pur sempre di uno scenario i cui confini sono definiti, non nel senso di tracciare il profilo di una memoria condivisa in quanto unica, ma nel senso di accettare l'esistenza di una memoria comune, seppur plurale, in quanto fondata sui medesimi valori. Per il costituzionalista è la Costituzione stessa a delineare l'assetto valoriale della memoria pubblica, avendo una pretesa performativa sull'intero sistema giuridico, ma anche su quello politico.

Come accade per ogni altra azione pubblica, la Costituzione, infatti, impone che anche in ambito memoriale, lo sguardo del potere non possa essere distolto dai principi posti a fondamento dell'ordinamento e che l'azione dei consociati non possa violare il paradigma dell'agire in pubblico; così facendo, pretende che quello memoriale sia un atto conforme a Costituzione o detto diversamente costituzionalmente orientato, rinsaldando definitivamente il legame Stato, memoria, comunità.

Si potrà così al meglio interpretare il ruolo dello Stato di agente di integrazione e pacificazione in uno spazio sociale che essendo caratterizzato da pluralismo e fisiologico conflitto non può che dare origine a memorie in disputa.

A questo bisognerà rassegnarsi, non senza un certo ottimismo, dal momento che questa prospettiva non fa che ribadire l'idea che l'arena memoriale pubblica debba essere intesa come un luogo in cui le possibilità della memoria incontrandosi con la storia e i valori costituzionali, danno continuamente origine a nuove esperienze collettive: «l'erezione di un monumento catalizza la direzione ideologica e politica, irrigidendola nella fissità del memoriale. Ma la storia della monumentalità è anche la

storia delle riappropriazioni che manipolano e invertono quella direzione, risemantizzando talora anche in maniera radicale il significato del monumento»<sup>42</sup>.

È in questa tensione tra individuo e collettivo che si struttura la memoria. In questa tensione che è fatta di segni e simboli e, pertanto, di definizioni e interpretazioni, dal momento che l'attività simbolica non è mai estranea al destinatario e all'atto della ricezione del singolo. In fondo la «memoria non è riconducibile all'oggetto che viene ricordato. È un esercizio riflessivo, che coinvolge anche e soprattutto il soggetto che ricorda. È un esercizio su di sé. Un esercizio di introspezione e azione su noi stessi: altrimenti è inutile, vuoto, privo di senso»<sup>43</sup>.

Non c'è dubbio che la costruzione di affinità memoriali è più facile laddove il pluralismo è stato addomesticato nelle forme di una sostanziale omogeneità culturale. Non di meno, in molti casi, e certamente in corrispondenza dei grandi movimenti di rivendicazione che sono sfociati nei fenomeni della cultura della cancellazione, il processo di integrazione è chiamato a misurarsi con ben altre condizioni caratterizzate da una differenziazione ad alta intensità. Ed è qui che si gioca la sfida: nel riuscire a scardinare il paradigma dicotomico del populismo memoriale proponendo narrazioni nuove che senza rinunciare al vincolo con la realtà (*logos*) possano tessere la trama di un racconto (*ludus*), nel quale il passato e il presente si intrecciano in funzione del futuro, attraverso la selezione di valori che si reificano in eventi o personaggi che per questo si fanno esemplari e divengono memorabili (*mythos*)<sup>44</sup>, favorendo la formazione di un consenso all'interno della comunità.

Diversamente da quanto accaduto in passato, oggi lo spazio memoriale pubblico deve essere concepito come ambito in cui prende forma un processo partecipativo che coinvolge tanto i pubblici poteri quanto i cittadini e i gruppi. Cancellare non può che consolidare quella prospettiva monologica che ha sinora agevolato pratiche di esclusione e ingiustizia sociale, mentre ciò che bisogna favorire è l'emersione di quanto è stato represso o di ciò che non ha mai trovato spazio per emergere. La memoria celebrativa non può che lasciare spazio a nuove forme memoriali capaci di far dialogare i diversi punti di vista, di definire nuovi scenari e avviare nuove narrazioni<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> A. Pinotti, *Nonumento*, cit., p. 217.

<sup>43</sup> Così, E. Fink, *La memoria, un esercizio di introspezione*, in AA.VV., *Domande sulla memoria*, cit., p. 100.

<sup>44</sup> D. Paez et al., *Identidad, comunicación y memoria colectiva*, in A. Rosa Rivero - G. Bellelli - D. Bakhurst (eds.), *Memoria colectiva e identidad nacional*, Madrid, 2000, p. 354 ss.

<sup>45</sup> I comparatisti sono chiamati a svolgere un ruolo essenziale in questa dinamica: «rivisitare in chiave critica le narrazioni che, mediante una sorta di “fallimento della nostra immaginazione” hanno contribuito a consolidare, anche a livello istituzionale, sistemi di oppressione ed esclusione attivati e perpetuati all'interno di un monopolio egemonico del passato, a discapito di tanti altri passati e presenti

Anna Mastromarino  
*Memoria, cancellazione, spazio pubblico*

Nel ri-contestualizzare, i pubblici poteri hanno l'occasione di guardare alla memoria pubblica come strumento di conservazione e, al medesimo tempo, di attivazione<sup>46</sup>, anche del cambiamento, a partire da un nuovo modo di raccontarci, di raccontare ciò che siamo stati, umani e disumani allo stesso tempo.

\*\*\*

**Abstract:** Claims that are hastily classified as acts that want to erase history and memory are actually an opportunity to reflect on our public space and public memory. They run the risk of being instrumentalised by a kind of memorial populism that deprives them of their communicative power. They do not, in fact, invite us to erase, but rather to broaden our view on the past. Public authorities have the difficult task of taking up the challenge, managing the conflict that these claims open up and proposing paths of memorial re-semantisation and re-contextualisation. These actions, rather than choosing between maintaining the status quo and removal, give space to a third possibility: telling history and constructing memory with new words. More correct.

**Keywords:** Cancel Culture - public memory - democratic memory - public powers - re-semantisation.

\*\*\*

**Anna Mastromarino** - Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico comparato, Università di Torino ([anna.mastromarino@unito.it](mailto:anna.mastromarino@unito.it)).

---

immaginabili». Si impone al comparatista un «dovere continuo di attivare un “processo di esame critico sulle nostre verità” e, dunque, la revisione costante e multiprospettica dell’immaginario sociale». Così P. Moreno-Cruz, *Il privilegio epistemologico dell’ignoranza e la comparazione giuridica tra voci silenziate e ricordi situati*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2021, p. 437.

<sup>46</sup> Risiede anche in questa tensione tra perennità e mutamento una delle ragioni del carattere dilemmatico della memoria che mentre tende alla continuità, conservando il passato, non può fare a meno di alterarlo in funzione del presente. Cfr. D. Middleton - D. Edwards, *Introduction*, in D. Middleton - D. Edwards (eds.), *Collective Remembering*, London, 1990, p. 12.

## *Spazio pubblico e memorie nelle pratiche della Public History\**

*Serge Noiret*

*La memoria non è uno strumento di rilevazione del passato  
ma il suo teatro. È il mezzo dell'esperienza passata,  
proprio come la terra è il mezzo in cui giacciono sepolte le  
città morte. Chi cerca di avvicinarsi al proprio passato  
sepolto deve comportarsi come chi scava. Ciò che viene  
portato alla luce nell'operazione del ricordo mentre scava  
"strati sempre più profondi" del passato, è un tesoro di  
immagini. ... Il ricordo è l'attualizzazione di un momento  
svanito nella sua molteplice profondità.<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Public History, Metodi e Pratiche partecipative. – 3. Memoria, Patrimonio e Public History. – 4. Public History e Memoria collettiva. – 5. Spazio pubblico e Public History – 6. Gli Archivi del presente, Memoria attiva delle Comunità.

### *1. Introduzione*

Per Anna Mastromarino, la conferenza organizzata a Torino a novembre 2023 su Costituzione e memoria, è stata anche un'occasione per ribadire quanto la Costituzione repubblicana figlia della resistenza antifascista abbia promosso nuovi valori democratici in rottura con il passato dittatoriale e come tali valori debbano essere attivamente ribaditi pubblicamente<sup>2</sup>. La storia della repubblica indica quanto, fino ad oggi, la gestione pubblica della memoria dell'antifascismo, non certo il lavoro della storiografia, sia stata invece lasciata in balia di diverse istanze politiche, comprese quelle

---

\* Il contributo è parte degli Atti del IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", tenutosi presso il Campus Einaudi dell'Università di Torino e il Polo del '900, il 2 e il 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> Walter Benjamin, *Berlin Childhood around 1900*, Cambridge (MS), 2006, p. XII della Prefazione del Traduttore, Howard Eiland.

<sup>2</sup> IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati, Torino, 2-3 novembre 2023. Vedere A. Mastromarino, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

che si riconoscono tuttora nel passato fascista, favorendo memorie antitetiche e contrapposte al dettato valoriale della Costituzione, come se la democrazia nata dall'anti-fascismo dovesse accettare al suo interno anche chi non partecipa di questi valori e ancora oggi rivendica una memoria collettiva positiva legata al regime mussoliniano fino alla Repubblica di Salò.

Il lavoro dei costituenti permise di sostituire nel corpo sociale la memoria del fascismo, con un nuovo vivere insieme da proiettare nel futuro, e per coltivare una memoria pubblica attenta ai valori democratici della Costituzione nata dall'antifascismo. Per un breve tempo memoria e storia – di solito concetti antitetici e distanti nel tempo<sup>3</sup> – si fondarono nel presente dell'addio alla monarchia e del varo della nuova Costituzione repubblicana, senza tuttavia estirpare la “vecchia memoria” fascista, a differenza di quanto è avvenuto in Germania e in Francia. Il dopoguerra si costruiva con ancora il peso della memoria dei vinti. Le generazioni del dopoguerra costruirono il futuro sulla memoria collettiva, basata sulla storia del passato recente e sui valori democratici e i diritti umani nati dall'opposizione al nazi-fascismo, al cuore della Costituzione repubblicana, ma anche con i germi di un'altra memoria non seppellita, non legata alla storia dei vincitori, ma necessariamente antitetica a quei valori di libertà e, di conseguenza, anche al dettato costituzionale.

La memoria collettiva cambia nel tempo e incide sulle politiche del presente e sulle percezioni che le comunità nazionali hanno del loro passato. Dal dopoguerra, però, si trattò di mantenere viva, anche per le nuove generazioni, una memoria storica custodita nella Carta costituzionale e in rottura con il fascismo e di continuare a plasmare la memoria collettiva e civile nelle sue diverse incarnazioni nello spazio pubblico, dai monumenti alla toponomastica, dal calendario civile ai programmi d'insegnamento<sup>4</sup>. Scrive Anna Mastromarino, «nulla può o deve essere casuale nell'azione memoriale pubblica. ... Essa deve essere, invece, frutto di scelte, di una programmazione, di un progetto. È lavoro, elaborazione, responsabilità. È diritto (in) pubblico, dunque»<sup>5</sup>.

Oggi una memoria separata dalla storiografia scientifica su guerra, resistenza e dopoguerra è viva nelle sue multiple riappropriazioni e manipolazioni di parte. E sappiamo che si devono nuovamente e attivamente combattere delle guerre di

---

<sup>3</sup> Per le diverse temporalità anche legate ai luoghi del passato e non solo agli eventi, e le caratteristiche opposte tra memoria e storia, si veda il saggio di Pierre Nora *Entre mémoire et histoire. La problématique des lieux*, in *Les Lieux de mémoire, tome 1, La République*, Paris, 1984, p. XIX ss.

<sup>4</sup> Su Costituzione, storia e memoria vedere di A. Mastromarino, *Stato e Memoria*, Milano, 2018 e sulla Costituzione francese, A. Vidal-Naquet, (dir.), *Constitution et passé: Entre mémoire et histoire.*, Aix-en-Provence, 2023.

<sup>5</sup> A. Mastromarino, *Se perdiamo la memoria ci dimentichiamo di essere antifascisti*, in *La Lettera dell'Associazione dei Costituzionalisti*, 1, 2024, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/01-2024-costituzione-e-neofascismo/se-perdiamo-la-memoria-ci-dimentichiamo-di-essere-antifascisti>.

memoria nello spazio pubblico<sup>6</sup>. In questo senso, la storia della caduta del regime fascista e della nascita della Repubblica è “storia al passato”, quella degli storici tradizionali, mentre la memoria collettiva oggi necessita che si faccia sempre più Public History (PH), con le sue pratiche ed i suoi metodi che guardano alla centralità dei pubblici e del corpo sociale per aggiornare nel presente quella memoria storica che ha permesso il varo della Costituzione del 1948.

Sono le diverse comunità che compongono il paese che si devono riappropriare in modo attivo e partecipativo dei valori costituenti, dal momento che il solo apprendimento della storia -purtroppo spesso considerata come confinata nel passato- non è sembrato, ad oggi, sufficiente a produrre un simile risultato. La PH riporta la storia dell’antifascismo nel presente per combattere le manipolazioni della memoria in pubblico, restaurando sentimenti di immedesimazione e di sintonia con la lotta dei protagonisti dell’antifascismo nonché con la conoscenza degli eventi storici e della memoria dei testimoni della dittatura, del breve periodo della guerra civile e della nascita della Repubblica. Bisogna fare tesoro di, ma anche distanziarsi dalla sola costruzione intellettuale razionale del fare storia che, necessariamente, connota il lavoro degli storici accademici che si dedicano ad un passato che nel tempo presente, quello del XXI secolo, vede la presenza attiva, rivendicata e non più demonizzata, di memorie contrapposte che hanno pieno diritto di cittadinanza in politica e nella società. E questo anche alla luce del successo -anche politico- delle memorie dei vinti, che restano comunque obbligate a fare i conti con chi stava dalla parte giusta della storia, quella dell’antifascismo che favorì una Costituzione non scritta da loro e che, tuttora, regola le istituzioni e i rapporti civili e politici e continua a dettare i valori universali e democratici della Repubblica

In questo intervento mi occuperò, in primo luogo, dell’ermeneutica della PH come disciplina che risponde alle necessità del presente. Si descriveranno brevemente i metodi partecipativi e di interazione con la società e le sue varie comunità -anche definite di eredità del patrimonio storico- per approfondire in seguito il rapporto della PH con la memoria e con la creazione di identità collettive in contrasto con un uso politico della storia e della memoria. Verranno descritti diversi esempi di progetti di PH partecipativa, alcuni dei quali legati alla difficile costruzione di una memoria collettiva in Italia nel 150° Anniversario dell’Unità e in Europa dopo il 1989. Si mostrerà poi come la PH internazionale favorisca la creazione di nuovi archivi memoriali, che rispondono ai bisogni immediati delle comunità (*rapid response archives*) dopo eventi traumatici.

---

<sup>6</sup> S. Noiret, *Il Ruolo della Public History nei Luoghi della Guerra Civile Italiana, 1943-1945*, in *Ricerche storiche*, 2013, p. 315 ss.

## 2. *La Public History, metodi e pratiche partecipative*

Partendo da queste considerazioni, viene naturale ricordare uno dei ruoli che oggi la PH può rivestire rispetto al corpo sociale e alle comunità per mantenere vivo il ricordo delle ragioni dell'antifascismo. La PH può contribuire a forgiare o a riattivare per le nuove generazioni, una memoria collettiva per il presente che risponda alla necessità di conoscere in modo attivo il passato, in modo da rendere possibile una migliore condivisione dei valori democratici e antifascisti con le comunità che compongono la nazione. Contro l'appiattimento valoriale, il relativismo e il revisionismo nei confronti della storia della prima metà del XX secolo, si tratta quindi di delineare uno spartiacque non solo tra dittature e democrazia, ma anche tra storia coloniale e imperiale e il rispetto e l'integrazione delle culture altre. Per lo storico "public" (PHist) che intende lavorare attivamente in questa direzione, si tratta di mettere in pratica quello che la PH permette di fare insieme alle comunità per consolidare una memoria collettiva capace di rispecchiarsi in Italia nell'antifascismo attivo. Per il giurista si tratta invece di fare sì che la legge possa prendere atto di quei valori memoriali e storici, in modo da far rispettare la legalità antifascista nel quotidiano.

Le scienze sociali si distinguono dalla finzione, dalle memorie private e dal senso comune non solo per la loro ricerca della verità, ma anche, in alcune circostanze, per favorire una discussione critica e pubblica anche dei metodi che generano risultati di ricerche da condividere con il corpo sociale. La PH mette così sistematicamente al centro delle sue pratiche di ricerca e di comunicazione del passato, una condivisione dei metodi utilizzati che hanno determinato la realizzazione di un progetto partecipativo. Come campo della storia attiva nel presente, la PH ha certamente uno scopo positivista e applicato quando intende lasciare un segno nella costituzione di un senso collettivo della storia anche spiegando con quali modalità partecipative lo storico si confronta con i suoi pubblici.

La PH è internazionalmente praticata a livello "glocale"<sup>7</sup>. Essa applica metodi storici e processi ermeneutici universali nei diversi contesti locali che più si adattano alla partecipazione diretta delle comunità. Il metodo storico basato sulla critica e la contestualizzazione delle fonti talvolta generate anche dalle comunità stesse, è alla base del lavoro del Public Historian (PHist) che diventa «mediatore» tra saperi storici e memorie collettive che provengono dalle comunità coinvolte. Un PHist usa dunque le sue competenze, applicandole alle situazioni locali e ai progetti in essere più che le sue conoscenze<sup>8</sup>. Altre pratiche professionali si aggiungono alla formazione dello storico

---

<sup>7</sup> T. Cauvin – S. Noiret, *International Public History*, in J. B. Gardner – P. Hamilton (eds.) *Oxford Handbook of Public History*, Oxford, 2017, p. 25 ss.

<sup>8</sup> Consultare la serie di progetti partecipativi descritti da R. S. Wingo – J. A. Heppler – P. Schadewald (eds.), *Partnering Communities with the Academy: Digital community engagement*, Cincinnati, 2020.

in funzione delle forme di narrazioni utilizzate, delle fonti e dei media scelti (scrittura, museo, rete, media audiovisivi, rievocazioni, gestione del patrimonio materiale e immateriale, ecc.).

La co-creazione di contenuti storici e l'apertura alla conoscenza altrui, quella che si è sedimentata nelle comunità coinvolte (*Crowdsourcing* o *User Generated Content*)<sup>9</sup> e, infine, la gestione di pratiche di autorità condivisa (*Shared Authority*)<sup>10</sup>, sono poi i due concetti metodologici ricorrenti dell'ermeneutica della PH che si ritrovano anche nelle pratiche della *public sociology* interpretata a partire dal 2005 dal sociologo americano Michael Burawoy<sup>11</sup>. Queste pratiche collettive, partecipative ed interattive si sono trasferite poi con grande facilità in rete grazie ai rapidi sviluppi del web 2.0, che permette di incrementare le interazioni tra gli individui e con diversi pubblici, integrando anche il web semantico e i suoi linguaggi di codificazione di fonti eterogenee e la condivisione aperta dei contenuti.

Il Manifesto della PH Italiana dell'Associazione Italiana di Public History (AIPH) descrive le caratteristiche di una specifica via italiana alla PH<sup>12</sup> proponendo una storia utile per il presente che possa sviluppare il senso comune del passato attraverso una migliore conoscenza pubblica della storia. Tutti gli storici si assumono una responsabilità sociale, insita nel loro mestiere<sup>13</sup>. Tuttavia, questa responsabilità sociale si esprime pienamente nelle pratiche attive di promozione della storia e di contestualizzazione della memoria attraverso la PH applicata alle comunità di riferimento.

Chi sono i *Public Historians*? Spesso chi pratica la PH a livello territoriale lo fa da tempo senza saperlo, dà ancora prima che – negli anni 2000 – si diffondesse una riflessione più sistematica sulle specificità e l'epistemologia di questa sotto-disciplina della storia e del patrimonio culturale. È soprattutto attraverso la storia applicata alla società e le pratiche che riguardano il coinvolgimento del pubblico che si può identificare la figura dello storico “public”. In realtà, chiunque faccia storia in pubblico e con il pubblico ricorrendo al metodo storico, alla critica e alla contestualizzazione delle fonti, in assenza di una laurea specifica in PH e di un albo professionale degli

---

<sup>9</sup> S. Noiret, *Crowdsourcing and user-generated content, the raison d'être of digital Public History?* in S. Noiret – M. Tebeau – G. Zaagsma (eds.), *Handbook of Digital Public History*, Berlin, 2022, p. 35 ss.

<sup>10</sup> B. Adair – B. Filene – L. Koloski (eds.) *Letting Go? Sharing historical authority in a user-generated world*, Philadelphia, 2011; J.B. Gardner, *Trust, Risk, and PH: A View from the United States*, in *Public History Review*, 2010, 17, p. 52 ss.; Id., *Trust, risk and historical authority: negotiating Public History in digital and analog worlds*, in P. Ashton – T. Evans – P. Hamilton (eds.): *Making Histories*, Oldenbourg, 2020, p. 59 ss.; S. Noiret, *Sharing Authority in Online Collaborative PH Practices*, in *Handbook of Digital Public History*, cit., p. 49 ss.

<sup>11</sup> S. Noiret, *Public History*, in V. Borghi – L. Bifulco (eds.), *Research Handbook of Public Sociology*, Cheltenham, 2023, p. 39 ss.

<sup>12</sup> Aiph: *Manifesto della Public History Italiana* (versione aggiornata nel dicembre 2023), <https://aiph.hypotheses.org/3193>.

<sup>13</sup> J. Stengers, *L'historien face à ses responsabilités*, in *Revue belge de philologie et d'histoire*, 2004, p. 71 ss.

storici considerasse il fare storia come una professione, può diventare de facto un PHist. Lo sono certamente gli storici accademici nell'ambito delle attività di terza missione delle università: oltre alla ricerca e all'insegnamento, comunicano in diversi modi il risultato delle loro ricerche fuori dal circuito accademico, rendendo partecipe la collettività. Lo sono anche i Professori delle scuole in un ambito specifico della PH, la *Public History of Education*,<sup>14</sup> quando sviluppano progetti che coinvolgono i loro studenti, le loro famiglie e le comunità nei territori e negli spazi urbani nei quali si sedimentano le memorie del passato. Anche nell'ambito dei beni culturali e nell'area Mi(ba)c(t) e del Mab (Musei, Archivi e Biblioteche) per la gestione del patrimonio, diversi professionisti, quali i bibliotecari, gli archivisti, i curatori di mostre e musei che si occupano di cultura storica con e per il pubblico sono da considerarsi come parte integrante della PH, se consideriamo il rapporto con il pubblico<sup>15</sup>. A queste categorie professionali ben definite, si aggiungono poi quelle rappresentate da chi favorisce l'industria del turismo culturale e storico, dai funzionari delle istituzioni culturali territoriali, dai professionisti della comunicazione che si occupano di storia e, comunque, da tutti coloro che ricorrono e condividono il metodo storico e usano pratiche che caratterizzano la PH indirizzandosi a diversi pubblici.

Uno storico universitario lavora quasi sempre da solo, usa soprattutto archivi tradizionali, preferisce la specializzazione nei temi delle sue ricerche, scrive libri e saggi e diffida spesso della tecnologia; il pubblico al quale si rivolge è costituito soprattutto da colleghi e studenti, il destinatario è passivo, è lui l'unica autorità della ricerca per la quale la storia è la vera testimonianza del passato. Al contrario, uno storico "public" lavora in gruppo, sfrutta ogni tipo di fonti, tende ad essere sempre interdisciplinare, scrive, filma, disegna, scatta fotografie, comunica la storia in tanti modi diversi, nelle aule ma anche nei musei, con il digitale e con ogni media disponibile, è a suo agio nella rete, si rivolge a ogni tipo di pubblico, premunendosi d'identificarlo e interagisce con il/i destinatario/i del suo lavoro. Per un PHist, fare storia è parte di un processo collettivo che presuppone una condivisione di autorità con il pubblico e altri professionisti. La storia, attraverso le pratiche della PH, serve in molti modi diversi sia al settore pubblico che al settore privato, per esempio attraverso consulenze sul passato, calibrate sulle diverse tipologie di committenti<sup>16</sup>. E, cosa più importante, lo storico "public" pensa che il suo lavoro sulla storia e la memoria sia utile e serva al presente.

Anche se, «definire cosa rappresenta il tempo storico è, tra tutte le questioni poste dalla scienza storica, una delle più difficili da risolvere»<sup>17</sup>, la PH si effettua dunque

---

<sup>14</sup> G. Bandini: *Public History of Education. A Brief Introduction*, Firenze, 2023.

<sup>15</sup> Mab, Musei, Archivi, Biblioteche, <https://www.mab-italia.org/>.

<sup>16</sup> B. Martin, *Public History in the Private Sector*, in J. B. Gardner – P. Hamilton (eds.) *Oxford Handbook of PH*, cit., p. ss.

<sup>17</sup> R. Koselleck, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des Temps Historiques*, Paris, 1990, p. 9 (traduzione dal francese dell'Autore).

sempre in funzione dei bisogni del presente. Uno storico “public” pensa che tutta la storia dell’antropocene abbia valenza nel presente e serva per spiegare la sua complessità<sup>18</sup>. Per esempio, consideriamo la mostra del 2010 sul bicentenario dell’indipendenza della Colombia (1810) che è stata raccontata, per quanto attiene ai diversi momenti della storia nazionale, nel Museo Nazionale di Bogotá<sup>19</sup>. Non era una mostra per sapere quel che fosse successo al momento dell’indipendenza e fino al bicentenario, ma piuttosto per capire come l’indipendenza fosse stata ricordata e vissuta, plasmando la memoria collettiva in diversi momenti della storia del paese.

La condivisione dell’autorità, nelle attività degli storici public, è una pratica essenziale, ma difficile da applicare sistematicamente. Essa deriva dai metodi utilizzati nelle interviste di storia orale. Michael Frisch ha rivisitato nel 2017, nell’ambito della conferenza di Ravenna dell’Ifph-Aiph, parlando di *authority sharing*, il concetto di *shared authority*, elaborato nel suo libro del 1990 sui significati della storia orale e pubblica, che ha influenzato l’intero movimento internazionale della PH<sup>20</sup>.

Quello della condivisione dell’autorità nell’ambito di pratiche scientifiche è, tuttavia, un metodo transdisciplinare più antico di quanto si possa pensare. Nei suoi *Dialoghi*, Platone descriveva come Socrate si era impegnato con i suoi interlocutori in un processo collaborativo ed interattivo attraverso una serie di domande. Coloro che dialogavano con Socrate rivelavano lentamente una conoscenza profondamente interiorizzata e nascosta. Questo processo di domande e risposte stimolava i suoi interlocutori a “partorire” conoscenze, ricordi o esperienze. È stata chiamata maieutica socratica quella capacità di far nascere ciò che gli individui non sapevano nemmeno di avere in mente, un metodo utilizzato da Socrate per avvicinare gli individui alla “verità” filosofica dei concetti teorici. Tale processo procedeva in due sensi, poiché Socrate usava la sua autorità (e conoscenza) per guidare gli interlocutori in una creazione di un sapere che era collaborativo.

Roberto Minervini, un regista italiano residente negli Stati Uniti, nel suo *What you wanna do when the world’s on fire* (2018), racconta la storia dei membri del gruppo sopravvissuto delle Pantere Nere. Egli ha documentato un’America abbandonata raccontando la storia di comunità marginali attraverso i suoi contatti diretti e le sue esperienze condivise in quelle comunità. Solo dopo un anno di vita frequentando le Pantere Nere, e conoscendo molto da vicino alcuni dei suoi membri attraverso un’immersione personale nel loro quotidiano, Minervini è stato in grado di iniziare le

---

<sup>18</sup> S. Noiret: *L’Histoire Publique comme histoire du temps présent*, in F. Lange – J. Izquierdo Martín (coord.), *Debate. Relatos, responsabilidades y públicos: reflexiones sobre la Historia del Tiempo Presente y la Historia Pública*, in *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 2023, 2, <http://journals.openedition.org/mcv/20414>.

<sup>19</sup> C. Lleras, *National Museums, National Narratives, and Identity Politics*, in J. B. Gardner – P. Hamilton (eds.) *Oxford Handbook of Public History*, cit., p. 349 ss.

<sup>20</sup> M. H. Frisch, *A shared authority: essays on the craft and meaning of oral and Public History*, Albany (NY), 1990; Id., *Public History is not a one-way street”, or, from a shared authority to the city of mosaics and back*, in *Ricerche Storiche*, 2017, 3, p. 143 ss.

riprese. Così facendo egli ha condiviso lentamente la sua autorità di cineasta, non imponendosi sui suoi personaggi e praticando continui dialoghi e osservazioni mirate della comunità. «Il film non parla di [...] mie convinzioni o preconcetti, non ho attenuato la realtà» di un lavoro che l'autore e i personaggi svolgono insieme: «ascoltandoli, li aiuto e li metto in condizione di raccontare le loro storie»<sup>21</sup>.

In realtà, nel suo documentario, Minervini interpella, più che la PH, la Public Sociology. Nel 2005, Michael Burawoy, presidente dell'associazione sociologica americana, spiegava come lavorare all'interno delle comunità fosse fare public sociology. La sociologia pubblica coinvolge gruppi sociali e comunità nel processo di co-creazione della conoscenza sociale. Quando Burawoy decise di diventare un operaio siderurgico per potere studiare dall'interno la catena di produzione sul posto di lavoro, era per studiare l'identità sociale, politica e culturale dei suoi colleghi di lavoro. Attraverso metodi etnografici e conversazioni con i suoi colleghi lavoratori, Burawoy ne acquistò la fiducia senza prevaricare il rapporto con la propria autorità scientifica, il che permise loro di capire dall'interno sul posto di lavoro la «coscienza» dei lavoratori. I metodi che usò Burawoy erano simili a dagli «storici public» o dai demo-etno-antropologi che studiano l'essere umano dal punto di vista sociale e culturale, in modo partecipativo e all'interno delle loro comunità<sup>22</sup>.

La nozione di autorità condivisa è presente in molte attività che coinvolgono dei pubblici anche molto diversi nella costruzione partecipativa della conoscenza o della comunicazione del passato e nella contestualizzazione della memoria, ma anche nella costruzione di nuovi archivi partecipati come vedremo più avanti.

Il ruolo dei PHist è quello di confrontarsi con il passato e le memorie delle comunità territoriali con l'obiettivo di contribuire a rivelare il formarsi delle loro identità plurali e di scriverne la storia, affinché diventi parte di una memoria collettiva condivisa. Dalla sua nascita negli anni '70 del XX secolo, la PH ha seguito diversi percorsi di sviluppo, anche contemporaneamente: un percorso avviato dal basso, legato alla necessità di dare voce alle minoranze, ai movimenti e alle classi sociali diseredate, sull'esempio del pioniere inglese della PH, Raphael Samuel, che oggi testimoniano le origini radicali ed attiviste della PH, dirette a favorire la giustizia sociale<sup>23</sup>; un percorso avviato dall'alto, attraverso la creazione di programmi specifici

---

<sup>21</sup> A. Stellino, *The World on Fire. Il cinema di Roberto Minervini*, in *59° festival dei Popoli. Festival Internazionale del Film Documentario, 3-10 novembre 2018*, Prato, 2018, p.77.

<sup>22</sup> Michael Burawoy si è così mimetizzato come operaio nelle industrie del rame postcoloniali in Zambia, 1968-1972, nella Chicago segregata, nell'industria siderurgica nei paesi comunisti (Ungheria, 1982), e nelle fabbriche di mobili e nell'industria dell'acciaio e della gomma nella Russia post-sovietica nel 1991. (M. Burawoy, *2004 ASA Presidential Address: For Public Sociology in American Sociological Review*, 2005, p. 4 ss. V. L. Bifulco – V. Borghi, *Public sociology, a perspective on the move*, in Id. (eds.), *Research Handbook of Public Sociology*, Cheltenham, 2023, p.2 ss.

<sup>23</sup> D. Meringolo, *Radical Roots: Public History and a Tradition of Social Justice Activism*, Amherst (MA), 2021.

di formazione dei PHist nell'Università della California a Santa Barbara, in modo da ampliare le opportunità di lavoro degli storici oltre i "confini" dell'Università e della scuola.

Le pratiche di lavoro costruite insieme alle comunità con le quali e delle quali fare la storia si presentano come nuove forme di attivismo, esercitate attraverso una conoscenza sociale del passato, la voglia di raccontare la storia e le sue nuove declinazioni pubbliche. La concezione per cui tali pratiche costituiscono un elemento necessario del dibattito politico e sociale nasce dunque nel Regno Unito –pur senza usare la stessa terminologia- sulla scia dei movimenti politici e culturali del dopo '68. Raphael Samuel, un "public historian" socialista, ha inventato i *Laboratori di Storia* chiamati anche *Teatri della Memoria*, al Ruskin College di Oxford negli anni '70<sup>24</sup>. Egli organizzava conferenze pubbliche e dibattiti politici ed intellettuali con membri dei sindacati che resistevano alle privatizzazioni della Thatcher, invitandoli con le loro famiglie. Creava nuove fonti ed archivi, usando le fotografie (album di famiglia), il teatro, la letteratura per "catturare" l'ambiente socioculturale e le memorie dei lavoratori servendosi anche della storia orale. Lo scopo era quello di incorporare le classi lavoratrici nella grande storia e l'intento condiviso era quello di «inscrivere me stesso nella storia». Samuel fondò l'*History Workshop Journal* nel 1976<sup>25</sup>, usando la storia per coinvolgere diversi pubblici nelle questioni sociali e politiche. Fu allora che si parlò di un cosiddetto "movimento della PH", utile per "democratizzare la società".

Un PHist è un interprete del passato che crea narrazioni storiche attraverso diversi media che rispondono a una domanda pubblica perché il passato possa servire al presente, purché non se ne abusi piegandolo a scopi politici strumentali. Quello che viene infatti definito come l'uso/abuso della storia per fini strumentali e politici nel presente<sup>26</sup> è stato stigmatizzato nel *Manifesto della storia pubblica italiana* dell'AIPH in cui si afferma che uno storico "public" deve contrastare «gli "abusi della storia", ovvero le pratiche di mistificazione sul passato finalizzate alla manipolazione dell'opinione pubblica».

In rete, tutti possono usare la storia e piegarla ai propri interessi senza mediazione. Individui e specifiche comunità promuovono la propria storia in pubblico insieme agli storici "public" o, al contrario, diventano dei "combattenti" di una memoria di parte che ritorna d'attualità. Tutti possono "giocare" con la storia in pubblico e costruire una propria visione identitaria del passato per favorire una specifica memoria collettiva nel presente anche senza la presenza di storici di professione. Pertanto, la validazione scientifica della storia presente in rete risulta

---

<sup>24</sup> R. Samuel, *Theatres of Memory. Past and present in contemporary culture*, London, 1994.

<sup>25</sup> *History Workshop Journal*, 1976- <https://academic.oup.com/hwj>.

<sup>26</sup> V. F. Hartog – J. Revel, *Les usages politiques du passé*, Paris, 2001 e Id., *Historians and the Present Conjunction*, in G. Levi-J. Revel (eds.), *Political Uses of the Past: The Recent Mediterranean Experiences*, London, 2014, p. 1 ss.

problematica e il concetto di “uso pubblico della storia” (Gallerano) non è stato sempre interpretato correttamente, soprattutto a partire dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso. È rimasto un concetto ambivalente, che non sempre riguarda la ricerca della verità nel fare storia, anche scegliendo media diversi per condividere contenuti storici con il pubblico. A volte, parlare di “uso pubblico della storia”, corrisponde molto di più a promuovere nel presente un abuso della storia per sostenere cause, ideologie, o specifiche memorie storiche di alcuni gruppi politici<sup>27</sup>.

Nel 2017, Lorenzo Bertucelli, direttore del primo Master italiano in PH a Modena (2015), scriveva che era estremamente importante «riuscire a tracciare un confine chiaro tra l'uso pubblico/politico della storia e l'approccio della PH; questo appare come un presupposto necessario per diffondere e radicare la disciplina nel nostro Paese»<sup>28</sup>. Il concetto di *uso pubblico della storia* di Gallerano<sup>29</sup> è stato tuttavia quello attraverso cui la PH nordamericana e britannica è stata tradotta ed interpretata in Italia all'inizio dagli anni Novanta. Il termine inglese di PH fu introdotto solo a partire dal 2009 in Italia per definire una nuova disciplina della storia ed evitare qualsiasi confusione con un intendimento distorto dei propositi di Gallerano<sup>30</sup>.

### 3. Memoria, Patrimonio e Public History

Anche l'attenzione alla memoria, dal punto di vista del patrimonio rappresentato dalle testimonianze fisiche ed intangibili, riveste un'importanza centrale nelle pratiche di PH sviluppate insieme alle *comunità di eredità* come vengono definite dalla Convenzione di Faro del Consiglio d'Europa nel 2005<sup>31</sup>. Una memoria collettiva storicizzata, complessa ed inclusiva non si costruisce contro, ma nel rispetto delle differenze culturali, della relazione delle comunità con i loro territori ed il loro passato. Con altri scienziati sociali, il compito dei PHist è anche quello di analizzare come le memorie siano arrivate nel presente e lavorare sulle loro percezioni mutevoli e sulla

---

<sup>27</sup> M. Caffiero-M. Procaccia (eds.), *Vero e falso: l'uso politico della storia*, Roma, 2008. V. anche M. Ridolfi, *Verso la Public History: fare e raccontare storia nel tempo presente*, Pisa, 2017, p. 10-12.

<sup>28</sup> L. Bertucelli, *La Public History in Italia. Metodologie, pratiche, obiettivi*, in P. Bertella Farnetti - L. Bertucelli - A. Botti (curr.), *Public History. Discussioni e pratiche*, Milano, 2017, p. 75-96.

<sup>29</sup> N. Gallerano, *Storia e uso pubblico della storia*, in Id. (ed.), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1994; Id., *Linguaggi, comunicazione e uso pubblico della storia*, Milano, 2003; N. Gallerano - T. Detti - M. Flores, *Le verità della storia. Scritti sull'uso pubblico del passato*, Roma, 1999; Collettivo degli studenti di storia, *Uso pubblico della storia e costruzione delle identità collettive*, Bologna, 2001 e per un utilizzo più recente del concetto, S. Pivato, *La storia leggera: l'uso pubblico della storia nella canzone italiana*, Bologna, 2012.

<sup>30</sup> S. Noiret, *Public History* e “*storia pubblica*” nella rete, in *Ricerche storiche*, 2009, p. 275 ss.

<sup>31</sup> <https://www.coe.int/it/web/venice/faro-convention>; sull'importanza della convenzione per le pratiche di PH rinvio al mio *Public History e patrimonio culturale: comunità, partecipazione e condivisione delle conoscenze* in *Disegnarecon. Scientific Journal on Architecture and Cultural Heritage*, 2024, 17, <https://disegnarecon.univaq.it/ojs/index.php/disegnarecon/index>.

loro persistenza attraverso le generazioni, un fatto che alimenta il patrimonio immateriale delle collettività e modella la definizione del concetto di identità indagato da Lévy-Strauss<sup>32</sup>. L'interesse per il ruolo dei media e per la loro capacità di proporre contenuti di storia e di "utilizzare" i testimoni e le loro memorie si sviluppa nella PH internazionale in parallelo con l'espansione di un nuovo campo di ricerca come i "memory studies"<sup>33</sup>.

Il sociologo francese Maurice Halbwachs ha scritto, nel 1925, *Les cadres sociaux de la mémoire*, interessandosi di classe, famiglie, religione. Per Halbwachs «la memoria individuale trovava un fulcro che gli è indispensabile nella memoria collettiva; in un certo senso possiamo dire che [la memoria individuale è solo una parte e un aspetto della memoria del gruppo]»<sup>34</sup>. La sociologia della memoria conteneva, secondo Halbwachs, due livelli: quello individuale e quello collettivo «tutto ciò che va dal sociale ai singoli ricordi» (quello che di collettivo entra nell'individuale) e «la memoria collettiva nel vero senso della parola, vale a dire, la conservazione dei ricordi comuni a un intero gruppo umano e la loro influenza sulla vita della società». Il suo amico storico Marc Bloch ne fece una lunga recensione, anche per instaurare una dialettica scientifica tra sociologi e storici. Bloch era molto interessato a prendere conoscenza di una teoria della memoria collettiva basata, come quella di Halbwachs, sulla psicologia collettiva. Egli sottolineava la stretta relazione tra la necessità di ricordare, di produrre memoria con le istanze del presente: «la memoria collettiva, come la memoria individuale, non conserva precisamente il passato: lo trova e lo ricostruisce incessantemente, a partire dal presente. Ogni ricordo è uno sforzo»<sup>35</sup>. E Bloch aggiungeva che, fare storia con i suoi metodi critici, permetteva di ricostruire i contesti e le ragioni, talvolta a lungo termine, delle memorie.

Tuttavia, ogni memoria individuale è parte integrante della memoria sociale, come ha scritto lo storico Rolf Petri riferendosi ad Halbwachs: «La cerniera tra costruzione personale e collettiva dell'identità sembra quindi insita in questo intreccio indissolubile tra memoria biografica e memoria collettiva [...]. Un intreccio inestricabile quindi, per il necessario coincidere e sovrapporsi di molti oggetti della memoria biografica con quelli della memoria collettiva, compresa quella pubblica e dei

---

<sup>32</sup> C. Lévi-Strauss, *L'identità*. Paris, 1995.

<sup>33</sup> La rivista «Memory Studies» pubblicata nel 2008 dall'editore Sage in California è la prima rivista a carattere internazionale ed interdisciplinare a proporre gli studi memoriali come campo a sé stante mentre, dal 1989, preso l'Indiana University Press, era uscita la rivista «History and Memory». Il master che l'università statale di Milano ha organizzato dal 2019-2020 in collaborazione con la Fondazione Giangiacomo Feltrinelli insiste sullo studio della memoria da un punto di vista interdisciplinare per «acquisire professionalità volte alla diffusione della memoria storica attraverso i più aggiornati strumenti di progettazione culturale».

<sup>34</sup> M. Halbwachs, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, 1925, p. 169.

<sup>35</sup> M. Bloch, *Mémoire collective, tradition et costume. A propos d'un livre récent*, in *Revue de Synthèse Historique*, 1925, 40, p. 73 ss., p. 77.

suoi miti [...] il che conferma il carattere eminentemente sociale di ogni costruzione dell'io»<sup>36</sup>. Districarsi nelle memorie sociali e non più soltanto culturali e patrimoniali, che si confrontano nello spazio pubblico con nuovi usi pubblici da parte di attori individuali e collettivi, e contribuire alla costruzione attiva di una memoria vivibile, soprattutto a partire dalle necessità dell'oggi, fa parte del ruolo sociale e civico degli storici, soprattutto se pubblicamente attivi con le comunità, come nel caso dei PHist<sup>37</sup>.

Anche Pierre Nora, in un libro uscito per il suo 90° compleanno, indica quanto la parola “memoria” utilizzata nei suoi *Lieux de Mémoire* del 1984, abbia cambiato significato da quando l'avesse declinata nei volumi collettivi da lui coordinati per descrivere su quali basi patrimoniali, soprattutto legate alla cultura materiale e immateriale delle comunità negli spazi pubblici, si fondasse l'identità francese, mentre oggi si assisteva a lotte politiche tra memorie contrapposte e tra soggetti diversi. «Quando le ho dato tutto il suo peso in rapporto alla storia, ... la parola corrispondeva a una riappropriazione della loro storia da parte dei contadini, degli operai, delle donne, degli ebrei, ecc. Era la storia di coloro che non avevano avuto diritto alla grande storia. Di tutte queste memorie, quella dei decolonizzati è stata l'ultima ad emergere. Si trattava, all'epoca, di memorie “modeste” che necessitavano solo di essere iscritte nel registro della grande storia nazionale. Oggi abbiamo a che fare con memorie immodeste ridotte a gruppi che intendono imporre la loro versione della storia. Oggi stiamo sperimentando una tirannia della memoria»<sup>38</sup> che è anche facilmente ascrivibile all'uso politico strumentale del passato<sup>39</sup>.

La cultura storica, affermano Antonis Liakos e Mitsos Bilalis, è fatta di diversi strati di memoria e di storia, uno spaventoso parco tematico con il quale gli storici si confrontano con «ricordi o fatti dimenticati [che] acquistano improvvisamente nuovo significato e vitalità, entrano nella sfera pubblica, diventano parte del discorso politico e creano forti emozioni»<sup>40</sup>. Il senso comune della storia (pubblica) è costituito da un *Jurassic Park* di memorie che infestano il presente, una metafora che sottolinea quanto vecchi ricordi e narrazioni possono facilmente resuscitare e plasmare -soprattutto in rete- la discussione pubblica sulla memoria attraverso un uso politico strumentale del passato. Perciò, è importante fare in modo che le memorie siano iscritte nella storia anche attraverso il lavoro degli storici su di essa, come hanno caldeggiato diversi storici

---

<sup>36</sup> R. Petri, *Nostalgia e Heimat. Emozione, tempo e spazio nelle costruzioni dell'identità*, in Ivi, (a cura di), *Nostalgia. Memoria e passaggi tra le sponde dell'Adriatico*, Roma, 2010, p. 15 ss.

<sup>37</sup> V. Davoliūtė – T. Cauvin – D. Budrytė (eds.), *Memory Activism between Values and Interests: Monuments, Museums and Institutions*, in *Politologija*, 2023, 4, p. 12-15.

<sup>38</sup> P. Nora, *Une étrange obstination*, Paris, 2022.

<sup>39</sup> Sul mutamento del senso pubblico della memoria tra culturale e politica e sulle nuove politiche della memoria, v. M. Ridolfi, *Tra Pierre Nora e Mario Isnenghi. Luoghi di memoria e ego-histoire, storia del «politico» e storia culturale*, in *Memoria e Ricerca*, 2023, p. 189 ss, p. 208-209.

<sup>40</sup> A. Liakos – M. Bilalis, *The Jurassic Park of Historical Culture*, in M. Carretero - S. Berger – M. Grever (eds.) *Palgrave Handbook of Research in Historical Culture and Education*. London, 2017, p. 207 ss.

italiani spaventati dagli abusi di commemorazioni e di memorie di parte<sup>41</sup>. Invece, la memoria storica è, o può diventare, – anche attraverso il lavoro dei PHist – una forma attivamente positiva di memoria sociale e culturale collettiva per il presente.

Si potrebbe affermare, sempre con Nora, che, ovviamente, gli storici «operano sotto l'impero della memoria» nel presente come segno distintivo del loro tempo e hanno il compito di riportare la memoria storicizzata in vita, un compito che è stato colto fuori dai confini della storia nazionale francese con l'enorme successo del concetto dei *luoghi di memoria*, non fundamentalmente diverso del concetto di comunità di eredità intimamente legata alla nozione di patrimonio presente nella Convenzione di Faro. «L'effetto dell'opera degli storici sulla memoria francese», scrive Nora in un altro saggio autobiografico, «è ... di ridarle vita, e perfino di strapparla alla morte. Naturalmente, come in ogni approccio storico, non siamo noi a scegliere l'oggetto della memoria: ci viene dettato dal momento in cui ci troviamo. Lo storico stesso opera sotto questo impero della memoria, che è il segno dell'epoca, in Francia e anche altrove. Ma spetta a lui esprimere ciò che il passato permette e ciò che non consente. Se esisteva, per la Francia degli anni Ottanta, un problema di memoria che ha fatto la fortuna della nozione di patrimonio, dell'espressione stessa dei "luoghi della memoria", dei musei, delle commemorazioni, è bene perché un cambiamento profondo era in corso per i francesi con il loro passato. ... La funzione dello storico in questo contesto è quella di mettere in discussione questa trasformazione, di chiarirne le fonti storiche e, se osiamo dirlo, di rifabbricare per le persone di oggi una memoria abitabile e sostenibile, una misura del futuro che devono disegnare»<sup>42</sup>. Disegnare un futuro vivibile era quello che aveva già suggerito Arlette Farge diversi anni prima senza menzionare il ruolo dell'*histoire publique*, quando insisteva sulla necessità di condividere pubblicamente il passato (e la memoria) per collegare le generazioni nel presente: «dobbiamo essere sicuri che chi ci ascolta venga intimamente e collettivamente coinvolto nel passato di chi ha vissuto prima di lui»<sup>43</sup>.

#### 4. Public History e memoria collettiva?

Due diversi volumi della rivista *Ricerche Storiche* hanno approfondito quanto scritto ora sull'uso pubblico della storia e la gestione della memoria, per capire quanto il rapporto tra politiche contingenti e ruolo delle commemorazioni siano

---

<sup>41</sup> S. Pivato, *Vuoti di Memoria*, Bologna, 2011; G. De Luna, *La Repubblica del dolore*, Milano, 2017; M. Flores, *Cattiva Memoria*, Laterza, 2020.

<sup>42</sup> P. Nora, *Historien Public*, Paris, 2011, p. 446-447.

<sup>43</sup> A. Farge, *Quels bruits ferons-nous?* Paris, 2005, p. 28-29.

intrinsecamente legati ad un uso politico della memoria e, dunque, assai distanti dalle pratiche della PH nel presente<sup>44</sup>.

Un primo numero monografico della rivista ha studiato l'identità nazionale italiana e il rapporto con il passato rispetto al 150° Anniversario dell'Unità e alle mutevoli percezioni pubbliche dell'idea stessa di nazione, analizzando altresì come la storiografia e la politica avessero celebrato il 150° anniversario da due prospettive diverse. Ogni parte politica ha interpretato la storia unitaria con memorie divise che hanno rilanciato addirittura alcune forme di revisionismo storico sui momenti più controversi della storia nazionale come il Risorgimento e il fascismo. Il fascicolo ripercorre le vie diverse e complementari degli studi sull'identità nazionale che hanno scavato nelle mutazioni del sentimento nazionale, osservando anche come le celebrazioni patriottiche siano mutate nel tempo. Ciò che il volume di *Ricerche Storiche* intendeva sottolineare era l'importanza di studiare come la memoria collettiva cambiasse nel tempo e incidesse sulle politiche del presente e sulle percezioni che le comunità nazionali avessero del loro passato, studiando i pubblici come protagonisti di una certa visione dell'identità nazionale o anche solo come "audience" capace di recepire le politiche di memoria. Il filo rosso dei saggi è dato dalla "divisione" che emerge nello studiare le commemorazioni del 150° dell'Unità tra il lavoro scientifico degli storici, la loro comunicazione pubblica e, d'altra parte l'attività separata e strumentale della politica, che ha usato la memoria per fini immediati.

I curatori asseriscono che le celebrazioni del 2011 si sono distinte rispetto alle precedenti per un'ampia partecipazione popolare a fronte di un impegno inferiore dello Stato. Tra gli aspetti da segnalare c'era il successo di pubblico di molte manifestazioni patriottiche, e «la sorprendente mobilitazione spontanea di associazioni, enti locali, scuole. [...] L'identità nazionale è un progetto politico in cerca di legittimazione storica, per cui si oscilla tra la diffusa esigenza di riaffermare in positivo un senso di appartenenza e di coesione sociale e l'espressione di un'identità precostituita che seleziona gerarchie e appartenenze»<sup>45</sup>. L'auspicio dei curatori era di "aprire" il lavoro degli storici al pubblico, per non sottostare alle identità precostituite su memorie di parte sottoposte alle necessità della politica. Per fare ciò, era necessario non limitarsi a forme di narrazione tradizionali e dunque di «rinnovare strumenti e modalità di rapporto con un vasto pubblico non specializzato e condizionato dalla narrazione dei media», un auspicio che entra decisamente a fare parte dagli intenti specifici della PH e dello studio delle memorie collettive a diversi momenti e per diversi eventi della storia del paese<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> S. Noiret, *Ricerche Storiche agli albori della Public History in Italia*, in *Ricerche Storiche*, 2021, 3 p. 63 ss.

<sup>45</sup> F. Catastini - F. Mineccia - C. Spagnolo, "Celebrare il 150° d'Italia", *Centocinquanta: una storia d'Italia à la carte*, in *Ricerche Storiche*, 2012, p. 184-185.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 185.

È stata approvata a grande maggioranza il 19 settembre 2019 dal Parlamento europeo, una risoluzione politica controversa sull'«importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa»<sup>47</sup>. La risoluzione impegnava il Parlamento in modo diretto nella definizione di una memoria comune. In realtà, pochi storici accettano che la politica metta le mani sulla storia e la memoria<sup>48</sup>. In Europa, esistono memorie collettive e identità nazionali contrastanti con il processo d'integrazione ed è perciò necessario indagare il rapporto tra politica e memorie divise d'Europa dal 1945 a oggi<sup>49</sup>. Interrogandosi sulle ragioni del blocco del processo d'integrazione europea dopo la crisi del 2008, Carlo Spagnolo scrive che «le assenze di solidarietà vanno ricercate a monte della crisi finanziaria, e ricondotte anche a culture politiche separate e all'assenza di una memoria storica europea a cui attingere nelle fasi di crisi». Lo studioso barese si chiedeva inoltre se esistesse «un nesso tra le politiche della memoria e la crisi politica dell'integrazione?»<sup>50</sup>. Si trattava di capire quando, nel dopoguerra, era venuta meno o, meglio, era entrato in crisi, l'impianto memoriale antifascista e liberaldemocratico. La memoria collettiva europea si dipana secondo geometrie variabili, in funzione delle diverse nazioni componenti l'Unione, delle loro comunità, classi sociali e orientamenti religiosi. Sono soprattutto le memorie collettive divise sul conflitto mondiale tra paesi dell'Europa occidentale e paesi dell'Est europeo occupati dall'Unione sovietica fino al 1989 e al crollo del muro di Berlino<sup>51</sup>, che hanno o meno determinato il successo e l'eventuale continuità di un processo d'integrazione democratico dal basso<sup>52</sup>.

Le istituzioni europee non sono state a guardare e hanno promosso non solo un elenco di temi storici capaci di essere da tutti condivisi, ma hanno anche sviluppato delle politiche e dei programmi per i cittadini europei. Il programma *Europe for Citizens*

---

<sup>47</sup> *Importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_IT.html).

<sup>48</sup> In Francia, un'associazione di storici nacque nel 2005 per denunciare l'utilizzo della memoria in funzione delle necessità della politica, e l'invasione dei politici nella riscrittura della storia, le CVUH, le *Comité de Vigilance face aux Usages publics de l'Histoire*, <http://cvuh.blogspot.com/>.

<sup>49</sup> C. Spagnolo, *Le memorie divise d'Europa dal 1945. Note a margine della crisi dell'integrazione europea*, in L. Masella - C. Spagnolo (curr.), *Le memorie divise d'Europa dal 1945 a oggi* in *Ricerche Storiche*, 2017, 2, p. 7 ss.

<sup>50</sup> C. Spagnolo, *Le memorie divise d'Europa dal 1945. Note a margine della crisi dell'integrazione europea*, cit., p. 9.

<sup>51</sup> Le controversie attorno alla mostra permanente della *House of European History* (HEH) di Bruxelles da parte di un gruppo di storici dell'Est Europeo (Paesi di Visegrad) sono state molto vivaci. Ne rendono conto C. Kesteloot, *The House of European History, Food for Thought and Reflection*, in *International Public History*, 2020, 1, <https://doi.org/10.1515/iph-2020-2003> e una tavola rotonda con I. Zündorf et al., *Narratives of Memory and Myth in the House of European History*, ibid. Un saggio recente analizza i motivi che spinsero ad utilizzare una storia aperta a tutti per rinforzare l'identità europea, al momento della creazione del museo: J. Ostojski, *The House of European History: Pöttering's Elite-Level Impact in shaping European Identity*, in *Politologija*, 2023, 4, p. 75 ss.

<sup>52</sup> C. Spagnolo, *Le memorie divise d'Europa dal 1945*, cit., p.9 nota 6.

(2014-2020)<sup>53</sup> intendeva rafforzare la memoria storica comune e potenziare la partecipazione civica per contribuire alla comprensione dell'UE, alla conoscenza della sua storia e delle sue diversità da parte dei cittadini. Il programma ha promosso una cittadinanza europea, volendo migliorare le condizioni della partecipazione civica e democratica nell'UE ma anche, e questo ci interessa come storici “public”, per sensibilizzare alla memoria, alla storia e ai valori comuni, invitando le comunità ed i cittadini a cooperare direttamente per ricostruire le memorie dell'UE. Nel 2019, il programma prevedeva di favorire la conoscenza dei seguenti eventi da parte della cittadinanza europea: i 40 anni del primo Parlamento europeo eletto direttamente nel 1979; le rivoluzioni democratiche nell'Europa centrale e orientale e la caduta del muro di Berlino nel 1989 e la commemorazione dei 15 anni passati dopo l'allargamento dell'UE verso l'Europa centrale, balcanica e orientale nel 2004. Le politiche legate alla storia del programma *Europe for Citizens* sono state promosse dal Consiglio Europeo e dal Parlamento, perché esisteva e tuttora esiste uno iato tra una memoria collettiva europea unificata e professata dalle stesse istituzioni della UE con queste politiche della storia<sup>54</sup>, e invece, quelle memorie nazionali antitetiche e avverse a quella visione unificata del dopoguerra con le quali si doveva trovare un terreno d'incontro e si deve fare i conti ancora oggi<sup>55</sup>.

Importante era capire quando queste memorie duali e spesso antitetiche e basate su percezioni ed esperienze storiche diverse, erano entrate in conflitto nel dopoguerra, dopo la sconfitta delle forze dell'Asse, favorendo anche forme di revisionismo e di nostalgia nei confronti dei passati dittatoriali. Un uso strumentale della memoria aveva permesso soprattutto dopo l'89, di forgiare identità nazionali nuovamente contrapposte e di ridefinire le politiche europee sulla memoria come quelle approvate dal parlamento europeo e dal Consiglio, fino alla controversa risoluzione del 2019. Come scrive ancora Spagnolo, «una vera e propria cesura si manifesta nel 1989-1991, quando alla fine della divisione dei due blocchi e all'avvio della Unione Europea si accompagna la definizione di un nuovo canone memoriale, basato sull'Olocausto, sulle vittime e sul totalitarismo, che marginalizza il tema della guerra mondiale e rimuove il conflitto politico tra paesi e tra ideologie che aveva attraversato la guerra fredda»<sup>56</sup>. Gli storici devono favorire la conoscenza di una memoria polisemantica e aggiornata alle

---

<sup>53</sup> Regolamento (UE) n. 390/2014 del Consiglio del 14 aprile 2014 che istituisce il programma «L'Europa per i cittadini» per il periodo 2014-2020.

<sup>54</sup> M. Verga, *Dal Consiglio d'Europa all'Unione: storia e cittadinanza europea*, cit.

<sup>55</sup> Markus J. Prutsch ha contribuito alla definizione di una memoria politica e culturale dell'Unione e del Parlamento europeo: Id., *European Historical Memory: Policies, Challenges and Perspectives*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department B: Structural and Cohesion Policies, in *Culture and Education*, IP/B/CULT/NT/2013-002, settembre 2013 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/513977/IPOLCULT\\_NT\(2013\)5\\_13977\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/513977/IPOLCULT_NT(2013)5_13977_EN.pdf).

<sup>56</sup> C. Spagnolo: *Le memorie divise d'Europa dal 1945*, cit., p.16.

necessità dell'oggi, perché vi è «l'esigenza impellente di riaprire il dibattito sulla costruzione di una memoria pubblica europea che abbandoni le retoriche dei vincitori e assuma il linguaggio meditato della tragedia della Seconda guerra mondiale e delle sue più lontane origini». Un tale lavoro della storiografia deve impegnare gli storici contro la retorica delle memorie nazionali, solo così si potrebbe favorire «una costruzione democratica che faccia perno su una civiltà europea, intesa come civiltà storica plurale e latrice di conflitti, richiede una corrispettiva politica della memoria, che irrompa nel circuito autoreferenziale delle memorie divise d'Europa»<sup>57</sup>.

Scrivendo Theodore W. Adorno «che lo scopo ultimo delle politiche della memoria sia quello di una memoria storica europea consapevole e autocritica, che possa abbracciare le memorie N-S ed E-O» e che debba partire da «l'impegno attivo da parte di ogni singolo paese europeo a “fare i conti con il proprio passato”, o piuttosto “lavorare attraverso il passato”, una nozione che potrebbe «rivelarsi efficace nel descrivere un processo aperto di lavoro sociale e politico piuttosto che una padronanza finale del passato»<sup>58</sup>. Adorno assumeva il fatto che non vi erano dei passati omogenei in Europa, né un solo passato transnazionale o un'unica memoria collettiva<sup>59</sup> in quello spazio geografico che Sharon McDonald ha chiamato con grande intuizione *memoryland*<sup>60</sup>, ma che si dovesse arrivare ad accettare gli approcci critici degli storici nei confronti di tutti i singoli passati nazionali. Quest'idea proviene dal saggio, scritto da Adorno nel 1959, *The Meaning of Working through the Past* nel quale egli suggeriva agli storici di lavorare criticamente sul passato e di fare i conti con esso<sup>61</sup>. E infatti, i conti con le memorie divisive e nazionali, li fanno, talvolta in modi non accettabili dagli storici, le istituzioni e la politica, quando invece dovrebbe qui intervenire la PH a favorire memorie collettive accettabili e condivisibili in tutta l'Europa.

Interpretare le memorie alla luce della storia della resistenza al nazi-fascismo durante la Seconda Guerra mondiale è quello che ha fatto Filippo Focardi in un saggio dedicato ai lavori della commissione storica italo-tedesca sulla guerra e le stragi nazi-fasciste del 1943-44. Il lavoro effettuato da storici tedeschi e italiani riconosce le colpe del nazi-fascismo e anche le forme di indennizzi delle vittime che potrebbero ravvicinare due delle memorie divise d'Europa<sup>62</sup>. Come scrive anche lo storico tedesco Christoph Cornelissen, le memorie nazionali hanno vissuto uno sviluppo storico diverso in ogni paese dal dopoguerra in poi<sup>63</sup>. Perciò, il compito degli storici rimane

<sup>57</sup> C. Spagnolo, *Le memorie divise d'Europa dal 1945*, cit., p. 23.

<sup>58</sup> T.W. Adorno, *Critical Models: Interventions and Catchwords*, New York, 1998, pp. 89 ss.

<sup>59</sup> A. Sierp, *History, memory, and trans-European identity: unifying divisions*, New York, 2014.

<sup>60</sup> S. Macdonald, *Memorylands: heritage and identity in Europe today*, London, 2014.

<sup>61</sup> T. W. Adorno, *Critical Models: Interventions and Catchwords*, New York, 2005, p. 31.

<sup>62</sup> F. Focardi, *La commissione storica italo-tedesca e la costruzione di una “comune cultura della memoria”: fra dimensione nazionale, rapporti bilaterali e quadro europeo*, cit., pp.172-173.

<sup>63</sup> C. Cornelissen, *Memorie controverse della seconda guerra mondiale nell'Europa continentale: un confronto sistematico fra Germania, Austria e Italia*, in *Ricerche Storiche*, 2017, p. 47 ss.

ancorato allo storicizzare le memorie come unico modo rimasto per arrestare contrapposizioni divisive sul passato.

La memoria viene anche usata per favorire disegni politici nazionalistici e antitetici al processo di integrazione europea e il ruolo degli storici *public* è quello di denunciare, usando anche diversi media per farlo, questi usi strumentali che hanno la conseguenza di ridurre l'armonia tra i popoli europei e di favorire memorie antitetiche e divisive tra i popoli e le nazioni, insieme a nuove politiche sovraniste<sup>64</sup>.

### 5. *Spazio pubblico e Public History*

Un esempio di come la memoria storica possa cozzare con alcune memorie collettive è dato certamente dai fatti del 6 gennaio 2021, durante l'insurrezione contro il potere democratico al Campidoglio a Washington. Un *Jurassic Park* di memorie divisive e a-storiche sono qui in conflitto con la storia per le elezioni presidenziali del 2020 negli USA. Per mantenere viva la memoria storica, lo *Smithsonian National Museum of American History* ha raccolto il materiale dell'insurrezione del 6 gennaio 2021 per conservare le tracce dell'evento subito considerato come storia, ma soprattutto memoria capace di condizionare il presente<sup>65</sup>. Raccogliendo le fonti si vuole anche ricostruire la memoria collettiva dell'evento per permettere di fare la storia dell'insurrezione.

La presenza del passato nello spazio pubblico e nella cultura immateriale tra memoria e storia è ubiqua, pervasiva oggi e anche se viene manipolata o distorta, come abbiamo visto più sopra, è essenziale per pensare il futuro a partire del presente. La presenza di diverse memorie antagoniste sostituisce oggi la grande narrativa nazionale dei luoghi di memoria, ponendo le autorità pubbliche e lo stato nella posizione di arbitro tra aspirazioni frammentate e rivali. In quello spazio commemorativo che presuppone un *dovere di memoria*, la sociologa Sarah Gensburger ha approfondito come, una pluralità di imprenditori di memoria dei quali anche gli storici "public", partecipano oggi alle lotte di memoria nello spazio pubblico<sup>66</sup>.

In tutte le epoche, la memoria dei personaggi e degli eventi nello spazio pubblico, ma anche il nome delle strade e delle piazze (odonomastica) sono stati oggetto di commemorazioni, o, al contrario, di dibattiti sulla loro opportunità e sul ruolo storico di eventi e personalità da ricordare e da incensare o stigmatizzare. I monumenti sono

---

<sup>64</sup> S. Noiret, *La Public History, medicina necessaria nell'Unione Europea oggi*, in *La Nostra Città Futura*, Milano, 2017.

<sup>65</sup> L. Gherson, *Archiving the January 6 Insurrection for History. On the first anniversary of the attack on the Capitol, the National Museum of American History continues to collect related artifacts*, 6 January 2022, <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/archiving-the-january-6-insurrection-for-history-180979327/>.

<sup>66</sup> S. Gensburger – S. Lefranc, *À quoi servent les politiques de mémoire*, Paris, 2017.

stati di recente messi al centro delle lotte tra diverse politiche di commemorazione e di cancellazione della cultura. Statue e monumenti non parlano da soli e abbisognano di spiegazioni per chi si fermasse a guardarli. È dunque fondamentale trovare un equilibrio tra la storia e le memorie da contestualizzare. Questo ruolo è anche quello delle pratiche della PH sul terreno dove i PHist diventano mediatori, interpreti, curatori di memorie, il che implica costruire un rapporto con le comunità che ne sono depositarie. Basta girarsi attorno, il passato è onnipresente nei monumenti e nelle statue, nelle targhe commemorative, nella toponomastica e onomastica, nei cimiteri e nei memoriali, che richiamano l'attenzione su memorie private e collettive, importanti nel loro presente diventato passato oggi.

Molta memoria – anche divisiva – e senza la storia, pervade il senso comune e la conoscenza del passato. Per esempio, memorie che riguardano un'apologia degli uomini e del passato fascista hanno guadagnato terreno nello spazio pubblico. Nel 2012, il comune di Affile, vicino a Roma, ha inaugurato un mausoleo in onore di Rodolfo Graziani (1885-1955), comandante in capo dell'armata della RSI, criminale di guerra condannato dalle Nazioni Unite, massacratore delle popolazioni etiopiche durante le guerre coloniali del fascismo (1936-1938). Il mausoleo è stato contestato da diverse organizzazioni antifasciste e da membri della comunità etiopiche in Italia. Nel 2013, il Consiglio di Stato ha ordinato al comune di Affile di rimuovere il mausoleo, ma il comune ha fatto appello della decisione e ha vinto. Il dibattito sul mausoleo di Graziani ad Affile è un esempio della complessità del rapporto dell'Italia con la memoria pubblica del suo passato fascista e coloniale avendo una storia ormai trentennale di revisionismo storico e di tentativo di riabilitare le figure del fascismo. Il mausoleo di Graziani è un simbolo di questo tentativo, e il dibattito sul suo destino testimonia della lotta anche nei tribunali, di come viene considerata la memoria pubblica del passato fascista, soprattutto se i segni del passato non sono contemporanei del regime, ma riguardano un memoriale costruito addirittura nel XXI secolo.

Da trent'anni almeno, un uso politico della storia attraverso le istituzioni e il governo creano «leggi di memoria», «luoghi di memoria», monumenti, e memoriali assecondando un paradigma vittimario nel costruire un dovere collettivo di memoria in Italia come in altri paesi europei<sup>67</sup>. Il dovere di memoria postula l'obbligo morale di ricordare un evento storico tragico e le sue vittime, al fine di garantire che un evento simile non si ripeta. Dall'istituzione di un *Giorno della Memoria* (2000 in Italia) per ricordare la Shoah, il dovere di memoria è stato oggi esteso a tante altre vittime. La memoria pubblica delle vittime è fatta di mancanze o di torti da riparare e di giorni predisposti dal legislatore nel calendario civile o di monumenti e targhe commemorative inaugurati per permettere alle comunità colpite di ricordare. La

---

<sup>67</sup> Y. Bauer, *Devoir de mémoire: les lois mémorielles et l'histoire*, Paris, 2014; S. Ledoux, *Le devoir de mémoire: une formule et son histoire*, Paris, 2016; J. Michel, *Le devoir de mémoire*, Paris, 2018.

memoria parla alle emozioni attraverso il linguaggio dei media e non deriva dal lavoro critico della storiografia. Chi sono le vittime da ricordare e da compensare? Guerre, catastrofi ambientali, terrorismo, mafia, foibe, stragi nazi-fasciste, ma anche mezzogiorno neoborbonico, il Sud come vittima della storia, o le vittime del lavoro come quelli della catastrofe di Marcinelle dell'8 agosto 1956, una tragedia dell'emigrazione italiana. Ha scritto Marcello Ravveduto che «la memoria è il campo d'azione privilegiato della Public History. ...Il ricordo delle vittime delle mafie, del terrorismo, della Shoa, delle foibe, delle catastrofi naturali, del lavoro e del dovere ha dato vita a una “geografia della memoria” fondata su rinnovate “infrastrutture identitarie”: parchi storici, organizzazioni museali, calendari festivi, rituali civili, cerimonie istituzionali, toponomastica ecc...»<sup>68</sup>.

La PH si occupa appunto di pensare lo spazio pubblico con uno sguardo critico, in sintonia con il mutevole senso comune storico e con la memoria viva delle comunità che li vivono. La messa in discussione dei monumenti testimonia quanto la memoria pubblica sia costantemente riattualizzata nel presente in funzione del sentire popolare. Una statua ha un ruolo pubblico nel luogo in cui è stata collocata e questo ruolo cambia con il tempo e con le nuove stagioni politiche, che riconsiderano la storia ai fini attuali. Dallo shock globale causato dalle manifestazioni popolari in seguito all'assassinio di George Floyd nel 2020 nella città di Minneapolis, in Minnesota, alla nascita del movimento #blacklivesmatter, furono dapprima i monumenti dedicati negli USA ai generali sudisti ad essere contestati ed abbattuti<sup>69</sup>. Il movimento si è esteso globalmente contestando la cultura coloniale occidentale (#cancelculture) con, in varie parti del mondo, manifestazioni iconoclaste contro le statue che ricordano il passato coloniale, fino anche a contestare le statue di Cristoforo Colombo<sup>70</sup>.

Consultando le comunità e le istituzioni locali, i PHist, che pensano i monumenti come i simboli e le fonti del loro tempo, riflettono sulle soluzioni migliori da adottare nei territori, per evitare distruzioni sistematiche di quel patrimonio. Cosa scegliere tra iconoclastia, rimozione, revisionismo culturale o migliore contestualizzazione storica?<sup>71</sup> In funzione dei casi, si proporrà uno spostamento, una rimozione o una migliore contestualizzazione dei simboli del passato.

L'attacco ai monumenti nelle comunità locali avviene per lo più senza la possibilità di riflettere alla loro storia e risponde soprattutto a sentimenti violenti e alla mutata situazione politica. In Estonia, nel 2023, a Narva come in altre parti del paese,

---

<sup>68</sup> M. Ravveduto, *Una Italian Public History per la seconda Repubblica*, in *Officina della Storia*, 2013, 10, <https://www.officinadellastoria.eu/it/2013/12/27/una-italian-public-history-per-la-seconda-repubblica/>.

<sup>69</sup> A. Testi, *I fastidi della storia. Quale America raccontano i monumenti*, Bologna, 2023 e A. Lorini, *Le statue bugiarde. Immaginari razziali e coloniali nell'America contemporanea.*, Roma, 2023.

<sup>70</sup> V. Ciriaci, *Stonebreakers*, New York, 2022, <https://awenfilms.net/Stonebreakers>.

<sup>71</sup> S. Gensburger – J. Wuestenberg, *Dé-commémoration. Quand le monde déboulonne des statues et renomme des rues.*, Paris, 2023.

un memoriale con un carrarmato in onore dell'Armata Rossa è stato rimosso. Tuttavia, a Narva, che ha un'importante minoranza russofona, il giorno dopo l'abbattimento del carro armato sovietico, nello spazio che era stato dedicato al monumento la comunità filorusa ha decorato il sito con fiori e candele a forma di cuore e l'Estonia ha subito attacchi informatici dalla Russia<sup>72</sup>. La Russia ha addirittura emesso un mandato d'arresto per la Primo Ministro Kaja Kallas proprio perché sono stati rimossi questi simboli sovietici nel paese<sup>73</sup>.

#### 6. *Gli archivi del presente, memoria attiva delle comunità*

Secondo Aleida Assmann, la memoria culturale può essere definita come il modo in cui una società ricorda, interpreta e tratta collettivamente il proprio passato<sup>74</sup>. La memoria ufficiale è quella istituzionalizzata attraverso documenti ufficiali, i monumenti e le narrazioni stabilite da governi e poteri politici. La memoria popolare, quella delle comunità, emerge dalla base, attraverso racconti, tradizioni orali, pratiche quotidiane. E qui la PH recita un ruolo essenziale con la costruzione di archivi digitali partecipati che fanno uscire la memoria popolare e delle comunità dall'oblio, rendendole attuali socialmente e culturalmente e validate storicamente.

Il regista teatrale Marco Paolini, una figura emblematica del modo con la quale la PH è professata da non storici in Italia, ha narrato, per RAI2, l'esperienza personale e della sua famiglia della catastrofe del Vajont dell'ottobre 1963 (l'ha rifatto per il 60° anniversario nel 2023). È una "diretta sulla memoria", dice, una forma di PH come intrattenimento pubblico pervaso di passione civile, durante la quale l'attore diventa "passatore" della memoria della sua famiglia<sup>75</sup>. La sociologa della comunicazione José van Dijk sottolinea l'importanza dei diari personali («scrivere sé stessi») trovati nei blog di Internet. Essi sono nuove forme di scrittura utilizzate per comunicare la memoria intima e individuale attraverso il digitale e le fotografie come i selfies e le fotografie di famiglia<sup>76</sup>. Le foto di famiglia sono d'altronde una memoria identitaria individuale essenziale al centro dell'attenzione oggi. Nel film *Blade Runner* di Ridley Scott (1982), le fotografie di famiglia della replicante Rachel suggeriscono ricordi

---

<sup>72</sup> V. Jack, *Tanks for the memories: War upends ethnic relations in Estonia*, in *Il Politico*, 23 Agosto 2023, <https://www.politico.eu/article/eu-russia-estonia-narva-ethnic-relation-integration/>. V. A. Kuczyńska-Zonik, *Silent Protesters or Acceptors? The Reaction of the Russian-speakers to the Removal of the Soviet Monuments in Latvia and Estonia after Russia's Full-scale Invasion of Ukraine*, in *Politologija*, 2023, 4, p. 16 ss.

<sup>73</sup> P. E. Ngendakumana, *Russia puts Estonian PM Kaja Kallas on the wanted list*, in *Il Politico*, 13 Febbraio 2024, <https://www.politico.eu/article/russia-declares-estonian-pm-wanted/>.

<sup>74</sup> A. Assmann, *Cultural Memory and Western Civilization: Functions, Media, Archives*, New York, 2011.

<sup>75</sup> Marco Paolini, *La «diretta con la Memoria»* (Min.2.00'-2.30') nel Teatro del Vajont. (*Racconto del Vajont*, 9 ottobre 1963 in *Youtube*, <https://youtu.be/wimrOOQN2rI>).

<sup>76</sup> José Van Dijk, *Mediated Memories in the Digital Age*, Stanford, 2007, pp. 53-76.

necessari per pensarsi umana ed evadere dal suo personaggio robotico gestito dall'Intelligenza Artificiale.

I film di famiglia sono rassicuranti. Essi ripetono comportamenti rituali seriali che pervadono tutte le nostre memorie individuali, che sono definiti da pratiche familiari ripetute e da sentimenti simili in tutte le famiglie e tutti i contesti socio-temporali. L'*Archivio Nazionale del Film di Famiglia* è nato oltre dieci anni fa a Bologna con l'obiettivo di salvare e trasmettere il cinema amatoriale e familiare, un patrimonio audiovisivo nascosto e inaccessibile ed è gestito da *Home Movies*<sup>77</sup>, un gruppo di ricerca diventato associazione e formatasi all'inizio degli anni duemila con l'intento di promuovere e organizzare lo studio, l'archiviazione e la valorizzazione del cinema amatoriale e familiare.

Le memorie di famiglia erano decisive per costituire le raccolte di testimonianze per il progetto concomitante del centenario della guerra mondiale, *Europeana 14-18*. Raccogliendo storie ancora inedite della Prima Guerra Mondiale, la biblioteca-portale digitale *Europeana 1914-1918* ha permesso di «scoprire memorie familiari da una prospettiva nuova e diversa, e da entrambi i lati delle trincee»<sup>78</sup>. Il Centenario è stato uno straordinario laboratorio di PH che ha visto, fra l'altro, la partecipazione diretta delle comunità alla costruzione della loro storia con i racconti, le memorie e i documenti di famiglia sulla guerra nell'intera Europa. Non è quindi solo una “storia fatta dagli storici”. Per tramandare la storia del XX secolo europeo, il Parlamento ha anche creato la *Casa della storia europea* a Bruxelles (2017), con un'esposizione permanente che dedica uno spazio importante agli orrori e alle devastazioni che il primo conflitto mondiale impose a tutti i popoli dei paesi belligeranti. Anche la *Casa della Storia Europea* ha favorito questa partecipazione dei cittadini nel progetto *La mia casa della storia europea*, che raccoglie online le storie e le memorie di ognuno, spesso basate su eventi personali che completano la “grande storia” raccolta dai curatori nella collezione permanente. In questo modo, i cittadini di ogni paese si potevano sentire partecipi di una memoria collettiva della guerra. Costruire un muro di memorie digitali è lo scopo del portale<sup>79</sup>.

Gli *Archives de la Ville de Paris* hanno lanciato una campagna per salvaguardare i tributi dedicati alle vittime del 15 novembre, depositati dai cittadini parigini nei luoghi degli attentati<sup>80</sup>, 7.700 documenti da mettere a disposizione di tutti i cittadini, oltre che della comunità scientifica. Raccolti, i documenti sono stati asciugati, disinfettati, puliti, classificati e inventariati prima di essere digitalizzati. Gli archivi di Parigi continuano a raccogliere documenti da fonti pubbliche o private, prodotti in risposta agli attacchi

---

<sup>77</sup> <https://homemovies.it/>.

<sup>78</sup> A. Pollé, *Gallipoli from a different perspective*, in *Blog di Europeana*, Marzo 2015, <http://blog.europeana.eu/2015/04/gallipoli-from-a-different-perspective/>.

<sup>79</sup> <https://my-european-history.ep.eu/myhouse/nearMe>.

<sup>80</sup> S. Gensburger – G. Truc (dir.), *Les mémoriaux du 13 novembre*, Paris, 2020.

del 2015<sup>81</sup>. Gli attentati del 13 novembre 2015 e gli eventi del 18 novembre a Saint-Denis sono stati traumatici per le vittime, i loro parenti, ma anche per l'intera società francese. Lo storico Denis Peschanski insieme al neuropsicologo Francis Eustache hanno lanciato un programma di ricerca transdisciplinare di dodici anni con una dimensione patrimoniale chiamato *13/11: Mémoire du 13 Novembre* e mobilitato una comunità di ricerca in un progetto che ha come scopo di verificare come la memoria degli attentati diventi, con il tempo, memoria collettiva, sfumando le differenze individuali, ed in particolare l'articolazione tra memoria individuale e memoria collettiva<sup>82</sup>. Profondamente transdisciplinare, lo studio è stato progettato per favorire il dialogo tra diverse categorie di testimoni e di familiari. Il progetto 13/11, si svolge sul lungo periodo e ha già prodotto un imponente bibliografia di ricerca, che include anche studi di diritto attorno al risarcimento delle vittime<sup>83</sup>.

Esiste anche una storia-memoria non sempre mediata da parte dei PHist professionisti: è la storia privata in pubblico. Come scrive Tammy Gordon, «piccole comunità, musei, aree di sosta per camion, ristoranti, bar, barbieri, scuole e chiese, le persone creano altari per raccontare le storie che contano per loro. Gran parte di questa storia è personale: la storia familiare, la storia della comunità, la storia di un mestiere, o la storia di qualcosa che è considerato non raffinato. Spesso è storia basata sulla fonte storica, ma anche solo su sentimenti, credenze e memorie. È storia trascurata. La storia privata in pubblico... serve a spiegare le comunità, famiglie e individui agli estranei e a legare gli addetti ai lavori insieme attraverso una narrativa condivisa di esperienza storica»<sup>84</sup>. Passeggiando per Brooklyn, scopri il memoriale privato di chi avesse assistito, insieme alla comunità locale, al crollo delle Torri Gemelle nel settembre 2001 e che recitava «on this day... on this corner our community witnessed the fall of the towers. In memory whose lives were lost...»<sup>85</sup>.

La raccolta di memorie individuali per costruire una memoria collettiva è stata riproposta in numerose occasioni traumatiche dopo il primo importante progetto americano del *9/11 digital archive*<sup>86</sup>. Nel 2005, il *Roy Rosenzweig Center for History and New Media* (RRCHNM) presso la George Mason University<sup>87</sup> ha creato, con l'Università di New Orleans, l'archivio partecipativo e popolare *Hurricane Digital Memory Bank*

---

<sup>81</sup> *Hommages aux victimes des attentats de 2015*, <https://archives.paris.fr/r/137/hommages-aux-victimes-des-attentats-de-2015/>.

<sup>82</sup> <https://www.memoire13novembre.fr/> e, su Youtube, <https://youtu.be/Eu3DnHCTxLk>. V. F. Eustache et al. *La Mémoire Entre sciences et société*, Paris, 2019; L. Nattiez, D. Peschanski, C. Hochard, *13 novembre. Des témoignages. Un récit.*, Paris, 2020.

<sup>83</sup> <https://www.memoire13novembre.fr/content/publications-scientifiques>.

<sup>84</sup> T. Stone-Gordon: *Private History in Public: Exhibition and the Settings of Everyday Life*, Lanham, 2010.

<sup>85</sup> *Brooklyn, Conselya Street 911 community Memorial*.

<sup>86</sup> *September 11 Digital Archive*, <https://911digitalarchive.org>.

<sup>87</sup> Roy Rosenzweig Center for History and New Media (RRCHNM), <http://chnm.gmu.edu/>.

(HDMB) in collaborazione con le comunità locali dell'area della costa del Golfo del Mexico, con le famiglie e anche singoli individui che fornivano testimonianze e fonti. È diventato il più grande archivio pubblico gratuito di Katrina e Rita con oltre 25.000 fonti nella collezione ed è stato seguito da tanti altri progetti simili che creano archivi sulle catastrofi nel mondo<sup>88</sup>.

Forse, la memoria meglio documentata da questa forma di patrimonializzazione globale delle fonti personali, è la memoria del Covid-19, su cui si può “apporre” l'etichetta partecipativa “*you are the primary sources*”, che mette bene in evidenza l'importanza delle memorie individuali per studiare e commemorare la pandemia.<sup>89</sup> Innumerevoli progetti che testimoniano della necessità di ricordare (dovere di memoria), tutti basati su testimonianze dirette, archivi di persone e di famiglia sono stati parzialmente censiti nella mappa mondiale *Covid community collective initiatives global* che elenca i progetti nei cinque continenti a cura della Federazione Internazionale di PH (IFPH-FIHP) insieme all'associazione *Made by Us*<sup>90</sup>.

Nel mondo intero, le memorie collettive traumatiche delle comunità sono raccontate e rivisitate attraverso l'esperienza personale e il racconto familiare, come abbiamo visto all'inizio di questo paragrafo rievocando il racconto di Marco Paolini della catastrofe del Vajont. Moltissimi esempi potrebbero essere menzionati, ma ci limitiamo, per concludere, a ricordare il progetto *Herstories* in Sri Lanka, un progetto di memorie familiari comunicate attraverso il digitale per mantenere vive le memorie al femminile di una guerra civile durata oltre trent'anni. Questo progetto di archivio digitale della memoria (2013) si concentra sulle madri del sud e del nord dello Sri Lanka. Sottolinea la loro forza di fronte alle avversità e le loro speranze per il futuro dei loro figli e del paese. Le madri sono custodi della loro storia familiare. Sono i pilastri della forza su cui è costruita una famiglia. In quanto tale, questo progetto sceglie di archiviare le loro storie orali registrando così la storia di un'intera comunità<sup>91</sup>.

\*\*\*

---

<sup>88</sup> <https://hurricanearchive.org/>.

<sup>89</sup> S. Noiret, *La memoria del Covid-19: gli archivi nati durante la pandemia*, in *Digital & Public History*, Aprile 2023, <https://dph.hypotheses.org/2079>; T. Zumthurn, *Crowdsourced COVID-19 Collections: A Brief Overview*, in *International Public History* 2021, p.77 ss.; T. Logge et al., *Documenting COVID-19 for Future Historians?*, in C.A. Lerg – J. Östling – J. Weiß (eds.), *History of Intellectual Culture*, Berlin, 2022, p. 225 ss.

<sup>90</sup> <https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=1FMGFrGeIoxVNCxESEVkiI9sPP5ZIC3Pb&ll=30.358531815135695,-26.14886241321404&z=3>. Sulla memorializzazione del Covid-19, v. O. Fridman – S. Gensburger (eds.), *The COVID-19 Pandemic and Memory. Remembrance, commemoration, and archiving in crisis*, Cham, 2024.

<sup>91</sup> .

**Abstract:** The paper first discusses the hermeneutics of Public History (PH) as a discipline that responds to the needs of the present, describing its participatory methods and interaction with society and its various communities. It then considers the relationship of PH to memory and the creation of collective identities, as opposed to the political use of history and memory. It also examines examples of participatory PH projects, some of which are linked to the complex construction of collective memory in Italy on the 150th anniversary of unification and in Europe after 1989. Finally, it will be shown how international PH favors the creation of new memorial archives that respond to the immediate needs of communities (rapid response archives) after traumatic events.

**Keywords:** Public history – memory - collective identities - memorial archives - rapid response archives

\*\*\*

**Serge Noiret** – European University Institute, Firenze  
([serge.noiret@alumni.eui.eu](mailto:serge.noiret@alumni.eui.eu))

**Culture wars e potere giudiziario.  
Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte  
europea dei diritti dell'uomo nel  
geo-diritto occidentale\***

*Pasquale Annicchino*

*«Je pense à la tradition anglo-saxonne qui a une autre histoire et qui n'est pas la nôtre.  
Et quand je vois aujourd'hui certaines théories en sciences sociales totalement importées des  
États-Unis d'Amérique avec leurs problèmes, que je respecte et qui existent, mais qui viennent  
s'ajouter aux nôtres»*

*E. Macron, Discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les  
séparatismes, 2/10/2020<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Osservazioni di metodo su diritto positivo e diritto comparato. – 3. Giusgenerazione e criticità del pluralismo giuridico. – 4. Pluralismo giuridico e *culture wars*. – 5. La Corte Suprema degli Stati Uniti come dispositivo di egemonia costituzionale. – 6. La Corte europea dei diritti dell'uomo nelle *culture wars* globali. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La *montée en puissance* del potere giudiziario nella risoluzione di importanti controversie politiche e sociali su temi che impattano sulla definizione delle identità pubbliche è stata ampiamente analizzata dalla dottrina<sup>2</sup>. Il diritto comparato aiuta ad illuminare questa dinamica e ne mostra le ulteriori prospettive contribuendo a far comprendere quanto oggi le Corti siano ormai diventate un foro pubblico in cui dimensione giuridica, politica e comunicativa si intrecciano sempre più

---

\* Il contributo è parte degli Atti del IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati “Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria”, tenutosi presso il Campus Einaudi dell'Università di Torino e il Polo del '900, il 2 e il 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> Il testo integrale del discorso è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes>.

<sup>2</sup> A tal proposito questo contributo costituisce un approfondimento fondato sul precedente lavoro P. Annicchino, *La religione in giudizio. Tra Corte suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Bologna, 2018. Si veda la bibliografia contenuta nel volume.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

pericolosamente. Le decisioni delle Corti possono così creare un vero e proprio circolo mediatico-giudiziario in cui l'obiettivo dei ricorsi non è più solo quello della risoluzione delle controversie giuridiche ma anche, e soprattutto, quello della conquista di consenso sociale per agende politiche contrapposte che caratterizzano sempre di più le democrazie occidentali<sup>3</sup>. Il ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo in questo contesto appare decisivo in quanto contribuisce ad articolare una narrazione giuridica che fa da perno allo spiegarsi di *transnational culture wars*<sup>4</sup> (divenute ormai vere e proprie *global culture wars*) che interrogano lo sviluppo della "tradizione giuridica occidentale"<sup>5</sup> soprattutto in rapporto al ruolo del potere giudiziario nella gestione del pluralismo normativo e sociale. Il presente contributo, dopo alcune notazioni metodologiche iniziali, sulla base dell'approccio teorico suggerito da Robert Cover, si soffermerà sul ruolo delle due Corti e sulla loro giurisprudenza nello sviluppo di un geo-diritto occidentale. Ne emerge un quadro in cui alcuni sviluppi giuridici non possono che condurci ad interrogarci sulle difficoltà del pluralismo normativo e sociale e sul ruolo del diritto in tale contesto.

## 2. Osservazioni di metodo su diritto positivo e diritto comparato

Un approccio al fenomeno giuridico che si volesse strettamente aderente ai criteri del positivismo giuridico incontrerebbe difficoltà nel comprendere e spiegare alcuni fenomeni che risultano essere di particolare interesse per lo studioso di diritto comparato come quello del dialogo fra i giudici o quello della circolazione degli argomenti giuridici<sup>6</sup>. Come ha fatto notare Giuseppe de Vergottini, oltre al termine tecnico che si sceglie di utilizzare per descrivere il fenomeno, esso non rappresenta una novità<sup>7</sup>. Quello che appare opportuno evidenziare è che spesso il metodo del

---

<sup>3</sup> Sui rapporti tra Corti e comunicazione si veda A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, Oxford, 2023.

<sup>4</sup> C. McCrudden, *Transnational culture wars*, *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2, 2015, p. 434 ss., dello stesso autore si veda anche C. McCrudden, *Litigating Religions. An Essay on Human Rights, Courts and Beliefs*, Oxford, 2018.

<sup>5</sup> Uso questa espressione nel suo significato sviluppato da H. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983.

<sup>6</sup> Per un inquadramento della tematica che possa contribuire ad inquadrare in maniera più ampia anche gli argomenti che saranno sviluppati in questo contributo sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *Geo-diritto e religione nella crisi del liberalismo*, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1, 2021, p. 85 ss.

<sup>7</sup> Secondo de Vergottini: «[...] è agevole ammettere che si assiste all'accelerazione di un *processo di diffusione*, che in realtà anche se con varia intensità è sempre esistito nei rapporti fra ordinamenti, consistente nel disseminarsi di principi e regole che si presentano oggettivamente come *modelli* da tenersi presenti e da imitarsi», *ofr.* G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 20

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.*

*Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

positivismo giuridico non appare in grado di spiegare, restando all'interno della sola logica e argomentazione puramente giuridica, il diffondersi di alcuni argomenti e dottrine giuridiche oltre i confini di un determinato ordinamento e la loro adozione nel contesto di ordinamenti diversi. In tal senso la diffusione della giuridicità oltrepassa le logiche puramente giuridiche e la centralità della dimensione dello Stato<sup>8</sup>. Nemmeno le sempre più reiterate critiche al positivismo giuridico, che rimane comunque egemone, sembrano aver creato una credibile alternativa epistemologica che spinga i giuristi ad uno sforzo innovativo nella comprensione dei formanti e delle realtà giuridiche. Come ha evidenziato Michele Graziadei: «[...] sebbene l'immagine ufficiale del sistema giuridico, tramandato dalle dottrine di stampo positivista, sia stata vigorosamente contestata in varie sedi, rimane però forte l'affermazione della superiore legittimazione vantata dal diritto dello Stato in ogni ambito sociale, quale espressione di ordine democratico, garante dei diritti sotto il segno dell'eguaglianza»<sup>9</sup>. Spesso l'analisi delle sole norme giuridiche vigenti non è in grado di restituire all'interprete il quadro esatto della situazione materiale dello stato della tutela dei diritti. Occorre invece tener presente che spesso

«[...] le corti costituzionali e le corti supreme tengono conto di quello che è il *clima culturale* che deriva dalla vigenza delle convenzioni internazionali sui diritti e dalla giurisprudenza delle corti internazionali [...] Parlare di clima culturale significa mettere l'accento su quella *comunione di valori* di riferimento fondanti il nucleo essenziale delle costituzioni, che caratterizza da qualche tempo lo stato dei rapporti che coinvolgono una parte cospicua della comunità internazionale, o sull'universalizzazione del diritto costituzionale, da intendersi sia come una riscoperta di una sorta di diritto naturale vigente a prescindere dal riconoscimento assicurato dagli ordinamenti positivi, sia come estensione delle carte internazionali dei diritti, delle costituzioni e dell'introduzione di sistemi di controllo di costituzionalità affidati ad appositi giudici»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>Come ha sottolineato Michele Graziadei: «[...] molti ordinamenti giuridici contemporanei riconoscono allo Stato una funzione primaria nella formazione del diritto. Nel mondo occidentale, a livello nazionale, il diritto dello Stato sembra aver prosciugato ogni altra forma di alternativa di giuridicità», *cfr.* M. Graziadei, *Il diritto oltre lo Stato: le molteplici e rischiose vite di una formula seducente*, in V. Barsotti, M. Graziadei, *Il diritto oltre lo Stato. Atti del VI Convegno nazionale SIRD, Firenze, 25-27 ottobre 2018*, Torino, 2021, p. 122-123.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>10</sup> G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, *op. cit.* p. 30-31.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

Tale rilevanza del fattore culturale emerge in tutta evidenza in particolare nelle controversie sociali (che poi diventano giuridiche) e che spesso riguardano la dimensione identitaria e/o religiosa. In tale contesto la produzione di significati giuridici non può non tenere conto anche della dimensione sociale, politica e geopolitica delle pronunce delle Corti. Come vedremo, tale operazione intellettuale consente di comprendere il diritto non solo come mezzo di composizione e risoluzione delle controversie, ma anche come formante sociale e culturale<sup>11</sup>. In tale contesto, le controversie, sulla religione o su temi a forte carattere identitario, che vengono decise dalle diverse Corti nel mondo ci consentono di cogliere il tema dell'uso delle strategie di *litigation* da parte di attori religiosi e non e il loro impatto sulla crisi odierna del liberalismo.

### 3. *Giusgenerazione e criticità del pluralismo giuridico*

Secondo Robert Cover: «Noi abitiamo un *nomos*, ovvero un universo normativo»<sup>12</sup>. Questo universo normativo contribuisce a definire le diverse tradizioni giuridiche che i *nomoi* rendono vitali e sostengono<sup>13</sup>. La riflessione di Cover può essere utile ad inquadrare tutto quell'articolato mondo del pluralismo sociale e normativo che caratterizza le società complesse tipiche di diversi Paesi. Costruita la base di un possibile pluralismo giuridico, che non vede nello Stato e nelle sue istituzioni l'unico produttore di giuridicità, per Cover alle istituzioni pubbliche è demandata una fondamentale funzione di moderazione del traffico giuridico e del confronto fra i

---

<sup>11</sup> Per un primo tentativo secondo tale approccio sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *The Geopolitics of Transnational Law and Religion. Wars of Conscience and the Framing Effects of Law as a Social Institution*, in S. Mancini, M. Rosenfeld (a cura di), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, 2018, p. 258 ss.

<sup>12</sup> R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008, p. 17, a cura di Marco Goldoni.

<sup>13</sup> Con il termine *nomos* Cover fa riferimento: «[...] ad un intero universo nel quale la legge e i racconti che la collocano all'interno di un mondo culturale specifico sono parte integrante della vita quotidiana di una comunità alla pari dell'universo fisico», cfr. M. Goldoni, *Costituzionalismo e pluralismo normativo. La teoria della giusgenesi di Robert Cover*, p. 162. Per Cover affinché un determinato gruppo sociale risulti dotato di un *nomos*: «[...] deve essere costituito da: 1. una comunità con un'identità già formata; 2. l'autoconsapevolezza di un'identità collettiva (un insieme di persone deve pensarsi come gruppo); 3. la percezione di condividere una serie di testi o una tradizione d'autorità; 4. una o più proiezioni normative sul futuro», cfr. M. Goldoni, *Interpretazione e autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover*, *Ars Interpretandi*, 1, 2009, p. 165.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

diversi *nomoi* che consiste nel rendere l'ordinamento sostenibile: «Le virtù universaliste che noi siamo giunti ad identificare con il liberalismo moderno, i grandi principi del nostro diritto, sono forze essenzialmente 'deboli' di mantenimento del sistema. Esse sono virtù che si giustificano in base al bisogno di assicurare la *coesistenza* di mondi contraddistinti da forti significati normativi»<sup>14</sup>. La "forza debole" dell'ordinamento dello Stato è chiamata così a svolgere un ruolo di moderazione nel traffico giuridico dei *nomoi* e a renderne possibile la coesistenza<sup>15</sup>. Per Cover aderire a questa impostazione vuol dire riconoscere che: «[...] ogni 'comunità interpretativa che ha prodotto del 'diritto' possiede un *nomos* proprio - delle narrazioni, delle esperienze e delle visioni per le quali la norma articolata rappresenta la risposta corretta alla questione»<sup>16</sup>. Se appare innegabile che le diverse comunità protagoniste del pluralismo sociale contribuiscano allo sforzo giusgenerativo, in forma narrativa e giuridica<sup>17</sup>, non è tuttavia chiaro come risolvere il tema del conflitto fra la narrazione e la portata giuridica dei diversi *nomoi* e, soprattutto, il loro rapporto con l'ordinamento costituzionale. Come sottolinea Marco Goldoni: «[...] senza l'esercizio di una mediazione all'interno del pluralismo dei significati giuridici, le forze della giusgenesi produrrebbero semplicemente caos e anarchia e lo stesso pluralismo non sarebbe più possibile. Lasciato a sé, infatti, il principio di giusgenesi dà luogo al pluralismo anarchico e al disordine»<sup>18</sup>. Tale prospettiva appare essere ancora più problematica in un contesto caratterizzato da polarizzazione sociale in cui i diversi *nomoi* sono mobilitati strategicamente nella lotta per l'egemonia costituzionale e l'influenza internazionale. In tale contesto la soluzione del monopolio dell'ermeneutica privilegiata dello Stato, che

---

<sup>14</sup> R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, op. cit., p. 29.

<sup>15</sup> Per un approfondimento di tale prospettiva rispetto ai diritti religiosi cfr. S. Ferrari, *Tra geo-diritti e teo-diritti, Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica, 1, 2007, p. 3 ss.

<sup>16</sup> R. Cover, *ibid.*, p. 61.

<sup>17</sup> Per un tentativo di applicazione dell'approccio suggerito da Cover al tema della dignità umana nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *Friends of the Court: Christian Conservative Arguments on Human Dignity Before the U.S. Supreme Court and the European Court of Human Rights*, *BYU Law Review*, 46, 5, 2021, p. 1155 ss. Il ruolo delle comunità giusgenerative nella teoria di Cover è così descritto da Goldoni: «Le forze giusgenerative creano geneticamente (ovvero, tale capacità è inscritta nella loro forma costitutiva) nuovi *nomoi* e fanno proliferare in tal modo i significati giuridici. In altri termini, il processo di giusgenesi, attraverso la moltiplicazione dei mondi normativi - Cover utilizza il termine 'mitosi' - si pone a fondamento del pluralismo e, secondo un effetto di retroazione, il pluralismo normativo si rivela essere la condizione essenziale per la giusgenesi», M. Goldoni, *Costituzionalismo e pluralismo normativo. La teoria della giusgenesi di Robert Cover*, op. cit., p. 167.

<sup>18</sup> M. Goldoni, *ibid.*, p. 168.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

pure sembra accennata da Cover, appare essere messa in crisi<sup>19</sup>. Il ruolo delle Corti è comunque al centro della soluzione offerta da Cover, il potere giudiziario è proposto quindi come “virtù imperiale” che non detiene significati giuridici assiologicamente superiori a quelli dei diversi *nomoi*, ma la cui funzione appare essere un’altra: «Il ruolo speciale delle Corti, e la giustificazione della loro giurisdizione, non nasce, quindi, dalla necessità di dare un significato alla legge; fondare la giurisdizione sulla necessità di ‘fare chiarezza’ sul diritto, e, quindi, porre il problema *del* significato della legge come scopo dell’attività giudiziaria, significa sostenere che l’interpretazione giudiziaria è metodologicamente superiore a quelle delle comunità che offrono le proprie versioni della norma. La giurisdizione, invece, è un’istituzione nata dalla necessità di scegliere fra diversi *claims* normativi aventi tutti ugual valore»<sup>20</sup>. La lotta per l’egemonia sulla giurisdizione è allora una competizione per il controllo della produzione dei significati normativi mediante il monopolio della coercizione ermeneutica in quanto: «La decisione del giudice, infatti, pone fine alla costruzione di significati, poichè sceglie un valore (o un significato) fra tanti altri (i quali vengono pertanto esclusi)»<sup>21</sup>. Non sorprende allora lo scontro che ha caratterizzato la nomina di alcuni giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti e che ha condizionato le elezioni che hanno portato alla vittoria di Donald Trump nel 2016<sup>22</sup> in quanto la Corte Suprema, forse più di altre, è una Corte profondamente “politica”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Per Cover: «Le pretese dello Stato sul significato giuridico sono, in fin dei conti, profondamente legate all'imperfetto monopolio che esso detiene nel campo della violenza, tanto che la richiesta di una comunità di godere di un autonomo significato giuridico deve essere legata alla volontà dello stesso gruppo di vivere secondo questo significato in sfida allo Stato», R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, op. cit., p. 73-74.

<sup>20</sup> M. Goldoni, *Costituzionalismo e pluralismo normativo. La teoria della giusgenesi di Robert Cover*, cit., p. 168.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 169. Goldoni sottolinea inoltre le condizioni che devono essere presenti per Cover affinché le Corti possano svolgere pienamente la loro funzione: «1. quando i tribunali sono istituiti da uno Stato e quindi possono sostenere le loro sentenze con un apparato burocratico-amministrativo in grado di eseguirle; 2. quando essi si trovano a dover operare in un contesto caratterizzato dalla presenza di gruppi profondamente impegnati nella realizzazione dei propri progetti normativi», M. Goldoni, *Interpretazione e autorità. Considerazioni sui limiti e le prospettive del pluralismo normativo di Robert Cover*, op. cit., p. 172-173.

<sup>22</sup> Cfr. P. Annicchino, *Diritto e religione nell'era Trump. La destra religiosa statunitense tra populismo e Corte Suprema*, Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica, 2, 2018, p. 391 ss.

<sup>23</sup> Secondo Richard Posner: «[...] the Supreme Court is not an ordinary court but a political court, or more precisely a politicized court, which is to say a court strongly influenced in making its decisions by the political beliefs of the judged», R.A Posner, *The Supreme Court is a political court. Republicans' actions are proof*, The Washington Post, 9/3/2016, disponibile su:

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

#### 4. *Pluralismo giuridico e culture wars*

Brett Scharffs ha sottolineato come, probabilmente, le prime parole del saggio di Robert Cover “*Violence and the Word*”<sup>24</sup> abbiano contribuito a decretare l’insuccesso del movimento “*Law as Literature*”<sup>25</sup>. Nel suo articolo Scharffs ricorda come Cover renda evidente, nella sua analisi, la differenza che passa tra l’interpretazione di un testo giuridico, in particolare da parte dei giudici, e l’interpretazione di altre tipologie di testi<sup>26</sup>. L’interpretazione giuridica differisce dall’interpretazione di altre tipologie di testi prima di tutto per le conseguenze concrete che genera la sua finalizzazione e per il ruolo che gioca in essa la dimensione coercitiva<sup>27</sup>. Questa intima connessione tra attività interpretativa e coercizione che caratterizza le fonti giuridiche ha dunque un riscontro immediato nelle conseguenze materiali e dirette dell’attività ermeneutica<sup>28</sup>. Il ruolo del potere giudiziario diviene allora ancora più decisivo per moderare e contenere l’effetto giusgenerativo delle diverse comunità che contribuiscono al pluralismo sociale e culturale di un determinato ordinamento. Questo genera un cambio di prospettiva decisivo perché il significato giuridico non è necessariamente prodotto dall’alto e dall’autorità dello Stato, ma è il risultato di una circolazione di argomenti giuridici dal basso che poi vengono mediati o re-interpretati dal potere giudiziario. Come ha messo

---

[https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-court-is-a-political-court-republicans-actions-are-proof/2016/03/09/4c851860-e142-11e5-8d98-4b3d9215ade1\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-court-is-a-political-court-republicans-actions-are-proof/2016/03/09/4c851860-e142-11e5-8d98-4b3d9215ade1_story.html).

<sup>24</sup> R. Cover, *Violence and the World*, Yale Law Journal, 95, 1986, p. 1601 ss.

<sup>25</sup> B. Scharffs, *How the First Paragraph of Violence and the World Killed the Law as Literature Movement*, *Touro Law Review*, 37, 4, 2022, p. 1935 ss.

<sup>26</sup> Come sottolinea Scharffs le sue considerazioni possono applicarsi in generale all’interpretazione dei testi giuridici: «Not only is interpretation by judges categorically different than other forms of interpretation (since legal interpretations call forth the coercive power of the state), the interpretation of legal texts by all of us (including law students and law professors) is categorically different because our interpretations (implicitly or explicitly) advocate for uses of state power that are coercive, or to use another term coined by Cover ‘jurispathic’», *ibid.*, p. 1937.

<sup>27</sup> Come evidenzia Cover: “Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another”, R. Cover, *Violence and the World*, *op. cit.*, p. 1601.

<sup>28</sup> Per Scharffs: «[...] Cover reminds us that we simply cannot engage in legal interpretation without grappling with the real-word implication-the violence- that inherently and invariably attends legal interpretation», B. Scharffs, *How the First Paragraph of Violence and the World Killed the Law as Literature Movement*, *op. cit.*, p. 1939.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

in evidenza Marco Goldoni, il significato giuridico nella ricostruzione di Cover: «[...] proviene dal 'basso', ossia dall'impegno dei movimenti sociali, culturali o religiosi»<sup>29</sup>. In una società plurale e, forse, paradossalmente, allo stesso tempo polarizzata, è possibile che la produzione di argomenti giuridici non sia, solo e necessariamente, finalizzata alla protezione dei diritti ma diventi anche uno strumento utile a perseguire finalità politiche secondo il modello ben descritto da Clifford Bob dell'utilizzo dei diritti «*as weapons*»<sup>30</sup>. I diritti diventano allora delle armi da utilizzare nel contesto del dispiegamento delle strategie di *litigation* in cui l'arena giudiziaria diventa solo l'ampliamento dell'arena politica utile a perseguire obiettivi eminentemente politici con mezzi giuridici. Il diritto può essere quindi usato come un'arma nelle lotte politiche interne o in quelle internazionali mediante un impiego guidato dalla necessità di raggiungimento di determinati obiettivi politici a breve, medio o lungo termine con la ormai ben nota tecnica denominata *lawfare*<sup>31</sup>. Da questo punto di vista, è bene sottolineare che gli Stati Uniti offrono un osservatorio privilegiato in quanto le tecniche di *strategic litigation* si sono profondamente sviluppate e hanno portato a cambiamenti importanti negli orientamenti della Corte Suprema<sup>32</sup>. Si sono avuti anche interessanti casi di *cross-fertilization* nelle strategie giuridiche impiegate da movimenti con obiettivi apparentemente inconciliabili<sup>33</sup>.

Gli sviluppi statunitensi hanno profondamente influenzato anche le tecniche di *strategic litigation* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>34</sup>. Quello che ha caratterizzato il contesto statunitense è stato l'incrocio fra le tecniche di *strategic litigation* e uno sviluppo culturale sempre più polarizzato e caratterizzato dalla presenza di *culture*

---

<sup>29</sup> M. Goldoni, *Introduzione. Il diritto fra autorità e interpretazione*, in R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, op. cit., p. 5.

<sup>30</sup> C. Bob, *Rights as weapons: instruments of conflict, tools of power*, Princeton-Oxford, 2019.

<sup>31</sup> Per un approfondimento cfr. O. Kittrie, *Lawfare: Law as Weapon of War*, Oxford, 2016 e inoltre M. Galeotti, *The weaponisation of everything. A field guide to the new way of war*, New Haven-Londra, 2022.

<sup>32</sup> Per comprendere questa traiettoria e lo sviluppo recente della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti si può fare riferimento al classico S. Teles, *The rise of the Conservative Legal Movement: the battle for control of the law*, Princeton-Oxford, 2008.

<sup>33</sup> T. Fetner, *How the religious right shaped lesbian and gay activism*, Minneapolis, 2008.

<sup>34</sup> Si veda E. Fokas, *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of the European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, Oxford Journal of Law and Religion, 4, 1, 2015, p. 54 ss., e inoltre E. Fokas, *Comparative Susceptibility and Differential Effects on the Two European Courts: A Study of Grassroots Mobilizations Around Religion*, Oxford Journal of Law and Religion, 5, 3, 2016, p. 541 ss. Come argomenta Fokas in quest'ultimo contributo: «[...] the predominance of the United States in this field of study is not surprising: American society is historically actively litigious [...] the US provides one of the best developed examples of NGO and civil society engagement in religious litigation and of litigation specifically by religious groups», *ibid.*, p. 547.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

*wars* su temi centrali nella definizione dell'identità pubblica<sup>35</sup>. Circa trenta anni fa James Davison Hunter aveva intuito quanto il dibattito pubblico statunitense si stesse polarizzando secondo modelli di *culture wars* su argomenti centrali per la definizione dell'identità pubblica del Paese<sup>36</sup>. Nella ricostruzione di Hunter il pluralismo culturale, sociale e religioso statunitense tende verso la produzione di due macro-modelli: uno "progressista" e uno "ortodosso" che si confrontano nell'arena pubblica in uno scontro che riguarda, soprattutto, il rapporto della moralità (e della politica) rispetto alla modernità. Nell'interpretazione "progressista", l'avanzata della modernità impone di aggiornare, alla luce dei nuovi orientamenti culturali, moralità pubblica e privata e, di conseguenza, le leggi vigenti, soprattutto in materie eticamente o culturalmente sensibili. D'altro canto, chi si oppone a tale approccio, mediante una ricostruzione "ortodossa" dei rapporti sociali nella modernità, non ritiene che la fonte dei nuovi orientamenti sociali vada trovata necessariamente nella massimizzazione dell'autonomia individuale del singolo e si sforza di trovare riferimenti in autorità tradizionali, spesso religiose<sup>37</sup>. Tali approcci contribuiscono a condizionare anche l'utilizzazione degli strumenti giuridici che possono venire mobilizzati e utilizzati strategicamente a seconda dell'obiettivo politico che i differenti attori mirano a raggiungere<sup>38</sup>. Vediamo qui che le riflessioni di Hunter si collegano strettamente alla ricostruzione di Cover. Nella sua analisi sul pluralismo costituzionale Cover ci ricordava quanto la creazione di significato giuridico attribuita solo all'autorità dello Stato potesse essere debole. Ma cosa accade in un contesto di polarizzazione sociale in cui le *culture wars* divengono lo strumento per imporre il proprio *nomos* su altre comunità e utilizzare la coercizione dello Stato per renderlo egemone? Cover restava interlocutorio sul punto:

---

<sup>35</sup> Sulla rilevanza del contesto statunitense anche per il dibattito italiano in materia sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *Le guerre culturali di Giorgia Meloni*, *Le Grand Continent*, 1/6/2023, disponibile su: <https://legrandcontinent.eu/it/2023/06/01/le-guerre-culturali-di-giorgia-meloni/>.

<sup>36</sup> J.D. Hunter, *Culture Wars. The Struggle to Define America*, New York, 1991.

<sup>37</sup> Coglie questo sviluppo, da un punto di vista giuridico, anche Zachary Calo: «Law and religion debates are often framed as binary between religious and secular values. This interpretation is understandable and no doubt reflects the increasingly polarized cultural and social dynamics of the West», Z. Calo, *Constructing the Secular: Law and Religion Jurisprudence in Europe and the United States*, EUI RSCAS working paper 94/2014, p. 3.

<sup>38</sup> Appare evidente a chi scrive che l'opzione "ortodossa" appaia fortemente legata allo sviluppo di teorie dell'interpretazione del testo costituzionale che sono state definite come "traditionaliste", *cf.* M.O. DeGirolami, *Traditionalism raising*, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 24, 1, 2023, p. 9 ss., si veda anche A. Koppelman, *The Use and Abuse of Tradition: A Comment on DeGirolami's Traditionalism Raising*, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 24, 1, 2023, p. 187 ss.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

«Il blocco statale nella creazione costituzionale dovrà giungere ad un termine. È altamente improbabile che ciò avvenga per mano dei giudici della Corte Suprema, abituati come sono a scrutare prudentemente l'orizzonte, a forgiare scuse giurisdizionali per evitare di interrompere il dispiegamento ordinato del potere e dei privilegi dello Stato. È probabile, invece, che ciò avvenga in un momento di turbolenza - attraverso un indisciplinato impulso giusgenerativo, un movimento pronto a sostenere una visione particolare a dispetto dello (o in opposizione allo) Stato [...] Non è il romanticismo della ribellione che dovrebbe condurre ad interessarci al diritto creato dai movimenti sociali e dalle comunità. Al contrario, come la sfiducia verso lo Stato e il riconoscimento di questo come realtà portano a sostenere il costituzionalismo come limite al suo potere, così il riconoscimento della realtà del (ma anche della sfiducia nel) potere dei movimenti sociali dovrebbe condurre ad esaminare i mondi nomici che essi creano»<sup>39</sup>.

Non c'è una soluzione definitiva nella ricostruzione di Cover. Tuttavia, se leggiamo Cover in parallelo all'analisi politologica e sociologica di Hunter possiamo renderci conto di come lo scontro fra "progressisti" e "ortodossi" sia permanente e si risolva, se vogliamo guardare alle implicazioni giuridiche, nella lotta per l'egemonizzazione del diritto statale con il paradosso, contrario all'intuizione di Cover, che i diversi *nomoi* scelgono di esistere proprio nella dimensione che appare anche assiologicamente privilegiata del diritto dello Stato con una rinuncia al loro contributo pluralista.<sup>40</sup> I diversi *nomoi*, portatori per Cover di intrinseca giuridicità, combattono per una giuridicità superiore che possa imporsi anche gli altri *nomoi*. Il potere giudiziario ha del resto ben poche opzioni: «[...] la Corte deve o rifiutare al gruppo il potere dello Stato (fermando la crescita del suo diritto o costringendolo alla resistenza) o condividere la sua interpretazione».<sup>41</sup> È vero che Cover si sofferma in modo peculiare sulle controversie relative al ruolo pedagogico dello Stato nell'educazione pubblica, ma le decisioni dei giudici, come ha sottolineato Justice Kennedy, già giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, sono esse stesse uno strumento pedagogico perché non servono solo a risolvere delle controversie giuridiche ma anche ad "insegnare"<sup>42</sup>. Marc

<sup>39</sup> R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, op. cit., p. 91-92.

<sup>40</sup> Sui rapporti fra costituzionalismo e religioni in tale scenario cfr. S. Mancini, *Oltre Vestfalia: il costituzionalismo alla prova della religione globalizzata*, Percorsi Costituzionali, 1-3, 2020, p. 179 ss.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.83.

<sup>42</sup> Si confronti a tal proposito la riflessione di Lawrence Tribe: «Justice Kennedy's opinions have repeatedly emphasized the notion that, through the decisions it announces and the reasons it offers for those decisions, the Court does more than resolve the particular 'cases' and 'controversies' entrusted to it for resolution. He has observed: 'By our opinions, we teach' . . . [t]he idea that the populace at large will actually read the Court's opinions may seem naive. But if one reflects on how those opinions reverberate through both traditional and social media outlets, the idea's innocence may come to be

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

Galanter ha sottolineato<sup>43</sup> come parte importante del lavoro svolto dal potere giudiziario non sia necessariamente quello di risolvere le controversie giuridiche portate alla sua attenzione, ma quello di contribuire allo sviluppo di una narrazione giuridica che influenza il più ampio contesto culturale e politico e, di conseguenza, le decisioni strategiche degli attori in campo<sup>44</sup>. In questo contesto una prospettiva d'analisi di *Law and Social Movements*<sup>45</sup> integra la metodologia proposta da Cover e consente di comprendere quanto i diversi movimenti sociali facciano confluire sulle corti e nelle controversie giuridiche le loro aspettative politiche. L'interazione fra diritto e religione e le controversie giuridiche che questa interazione genera sono ormai da tempo al centro dell'analisi degli studiosi. McCrudden ha delineato quanto tali controversie abbiano assunto una dimensione transnazionale e soprattutto quanto ormai, sia la Corte Suprema degli Stati Uniti che la Corte europea dei diritti dell'uomo siano al centro di vere e proprie *transnational culture wars*<sup>46</sup>.

##### 5. La Corte Suprema degli Stati Uniti come dispositivo di egemonia costituzionale

La Corte Suprema degli Stati Uniti è oggi al centro di un complesso dibattito politico e giuridico che riguarda la sua stessa legittimazione e il ruolo del potere

---

appreciated and even admired in time», *cf.* L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, Harvard Law Review, 129, 1, 2015, p. 23-24.

<sup>43</sup> M. Galanter, *The Radiating Effects of Courts*, in K.O. Boyum, L.M. Mather (a cura di), *Empirical Theories About Courts*, New York, 1983, p. 117 ss.

<sup>44</sup> Il punto è ben sottolineato da Effie Fokas e Dia Anagnostou con riferimento alle controversie che investono principalmente il fattore religioso: «A decentred perspective of law and rights, however, moves away from a focus on a court's ruling ordering policy change, to explore how interested actors view a judicial decision, decipher, and enact its perceived messages. In this tradition of socio-legal analysis, the law is viewed as a cultural institution that forms and transforms via the meanings that people attach to it», E. Fokas, D. Anagnostou, *The "Radiating Effects" of the ECtHR on Social Mobilizations Around Religion and Education in Europe: An Analytical Frame*, Politics and Religion, 12, 2019, p. S14.

<sup>45</sup> Sul tema *cf.* M. McCann, *Law and Social Movements*, in A. Sarat (a cura di), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 506-522 e inoltre M. McCann, *Law and Social Movements: Contemporary Perspectives*, Annual Review of Law and Social Science, 2, 1, 2006, p. 17 ss.

<sup>46</sup> C. McCrudden, *Transnational culture wars*, *op. cit.* ed inoltre C. McCrudden, *Litigating Religions. An Essay on Human Rights, Courts and Beliefs*, *op. cit.* Per un approccio teorico e globale al tema che affronta la prospettiva della *global right* si veda G. de Búrca, K.G. Young, *The (mis)appropriation of human rights by the new global right: An introduction to the symposium*, International Journal of Constitutional Law, 21, 1, 2023, p. 205 ss.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

giudiziario in una democrazia complessa<sup>47</sup>. Questo dibattito è particolarmente rilevante per la Corte Suprema perché sono numerosi i Paesi nel mondo che guardano alle sue decisioni e vengono influenzati dalla sua “*persuasive authority*”<sup>48</sup>. Ad esempio, per quel che riguarda il caso italiano, già de Vergottini faceva notare come nella stessa sentenza 27/1975, relativa all’illegittimità parziale del reato di aborto, la Corte costituzionale italiana pur «[...] non citando esplicitamente *Roe c. Wade*, mostra di esserne a conoscenza e ne riecheggia evidentemente le argomentazioni»<sup>49</sup>. Rispetto ai dibattiti più recenti, basta pensare al dibattito sul riconoscimento al diritto al matrimonio dello stesso sesso sancito con la decisione *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015<sup>50</sup>. Il tema del matrimonio dello stesso sesso rappresenta uno dei nodi fondamentali nel contesto delle *culture wars* nazionali e transatlantiche<sup>51</sup>. La dinamica con cui la Corte Suprema ha deciso il caso riflette pienamente la polarizzazione sociale statunitense. La Corte, infatti, con un voto a maggioranza di cinque contro quattro, ha riscontrato una violazione del quattordicesimo emendamento costituzionale. *Obergefell* è una decisione spartiacque non solo per i suoi effetti diretti nell’ordinamento statunitense e rispetto al riconoscimento al diritto al matrimonio dello stesso sesso. Lo è, forse, soprattutto per la sua capacità di proiettare, secondo l’approccio suggerito da Cover, uno specifico *nomos* nella narrazione giuridica globale. La decisione, infatti, come gli anni successivi al 2015 hanno ampiamente dimostrato, è stata un vero e proprio spartiacque geopolitico<sup>52</sup>. Gli Stati Uniti si sono infatti posizionati, mediante la decisione del loro supremo vertice giudiziario, come i difensori della libertà di scelta e dell’autonomia individuale. La Russia di Vladimir Putin, al contrario, mediante la riscoperta del discorso politico e giuridico sui “valori tradizionali”<sup>53</sup> è riuscita a re-inventarsi una tradizione identitaria e religiosa, con importanti implicazioni giuridiche prendendo

---

<sup>47</sup> Cfr. R. D. Doerfler, S. Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, California Law Review, 109, 2021, p. 1703 ss. e inoltre J. Balkin, *Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time*, Texas Law Review, 2, 2019, p. 215 ss.

<sup>48</sup> H.P. Gleen, *Persuasive Authority*, McGill Law Journal, 32, 1987, p. 261 ss.

<sup>49</sup> G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., p. 22.

<sup>50</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Obergefell c. Hodges*, 576 U.S.644, 2015.

<sup>51</sup> Si veda sul punto D. Laycock, *Religious Liberty and the Culture Wars*, University of Illinois Law Review, 3, 2014, p. 839 ss.

<sup>52</sup> Per un primo commento in tal senso sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *Love Wins: il matrimonio tra omosessuali e la geopolitica USA*, Limes-Rivista Italiana di Geopolitica (online), 8/7/2015, disponibile su: <https://www.limesonline.com/limesplus/love-wins-il-matrimonio-tra-omosessuali-e-la-geopolitica-usa-14671698/>.

<sup>53</sup> Si veda su questo punto K. Stoeckl, *Traditional values, family, homeschooling: The role of Russia and the Russian Orthodox Church in transnational moral conservative networks and their efforts at reshaping human rights*, International Journal of Constitutional Law, 21, 1, 2023, p. 224 ss.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

anche a prestito le dinamiche delle *culture wars* tipiche degli Stati Uniti<sup>54</sup>. Sono due posizioni culturali attorno a cui le *culture wars* statunitensi si spostano nell'arena globale e contribuiscono alle *culture wars* globali con importanti ripercussioni anche sul piano dello sviluppo del diritto pubblico internazionale relativamente alla teoria dei diritti umani<sup>55</sup>. Negli Stati Uniti e nel mondo occidentale, con postura prettamente hunteriana, il diritto alla libertà di scelta e all'autonomia individuale diventano la bussola attorno alla quale costruire l'impalcatura giuridica dei diritti<sup>56</sup>. La Russia si posiziona sul versante opposto attirando a sé le attenzioni di tutti quei Paesi che non si rivedono nella tradizione culturale, politica e giuridica dell'Occidente. Lo stesso impatto, interno e globale, si è avuto con la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>57</sup> che ha portato al ribaltamento della giurisprudenza precedente in materia di aborto e ha sancito uno dei momenti più importanti dell'ascesa del *Conservative Legal Movement* statunitense<sup>58</sup>. Come abbiamo ricordato precedentemente, l'analisi degli sviluppi della giurisprudenza statunitense non può non essere al centro dell'attenzione di chi voglia comprendere lo sviluppo delle *transnational culture wars* data la capacità delle associazioni e dei movimenti

---

<sup>54</sup> Come evidenzia Kristina Stoeckl riferimenti russi ai “valori tradizionali” e alla “sicurezza spirituale” sembrano essere espedienti retorici utilizzati in maniera strumentale: «What makes them ‘Russian’ in the discourse of spiritual security is the construction of a friend-enemy scenario, according to which these values are under threat from the West and from liberal opposition». Nella sua ricostruzioni Stoeckl evidenzia che molte delle ricostruzioni russe siano in realtà modelli importati dalla destra religiosa statunitense: “[...] the influence by Western Christian groups took not only the form of conversions, it included also the teaching of conservative Christian Right ideas and spiritual-moral doctrines that had not hitherto played an important role in the Orthodox Church’s social teaching. These doctrines—chiefly abortion and traditional family values—outlasted the effect of the stop on foreign missionaries. Starting already during the Perestroika, American Christian Right groups had become active inside Russia and had promoted Christian values as a cure to decades of Marxism-Leninism», *cf.* K. Stoeckl, *Russia’s Spiritual Security Doctrine as a Challenge to European Comprehensive Security Approaches*, *The Review of Faith and International Affairs*, 20, 4, 2022, p. 40-41.

<sup>55</sup> *Cfr.* K. Stoeckl, K. Medvedeva, *Double bind at the UN: Western actors, Russia, and the traditionalist agenda*, *Global Constitutionalism*, 7, 3, 2018, p. 383 ss. e inoltre C. McCrudden, *Human rights and traditional values*, in U. Baxi, C. McCrudden, A. Paliwala, *Law’s Ethical, Global and Theoretical Contexts. Essays in honour of William Twining*, Cambridge, 2015, p. 38 ss.

<sup>56</sup> Il punto è bel conto da Olivier Roy: «En un sens, elle se situe dans le prolongement de l’idéologie des Lumières, qui fait de l’individu et de ses droits le point de départ du lien social, lequel se nouant par le contrat social entre sujets libres, et autonomes par rapport à toute transcendance», O. Roy, *L’aplatissement du monde. La crise de la culture et l’empire des normes*, Parigi, 2022, p. 23.

<sup>57</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2022.

<sup>58</sup> Si veda R. Siegel, *Memory Games: Dobb’s Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism and Some Pathways for Resistance*, *Texas Law Review*, 101, 5, 2023, p. 1127 ss., si veda inoltre J. Balkin, *Abortion, Partisan Entrenchment and the Republican Party*, 2022, disponibile su: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4215863](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4215863).

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

statunitensi di esportare le loro tecniche di *strategic litigation*. Tali sviluppi sono probabilmente da collegarsi alla ben nota pronuncia della Corte Suprema del 2003 nel caso *Lawrence c. Texas* che invalidò le leggi anti-sodomia allora vigenti in Texas dichiarando la necessità di rispettare il diritto alla vita privata delle coppie omosessuali. Nel dichiarare la legge del Texas incostituzionale, la Corte Suprema ha fatto riferimento a sviluppi giurisprudenziali europei, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, sottolineando come tale diritto fosse ormai riconosciuto da numerosi altri Paesi della medesima tradizione giuridica. La citazione della giurisprudenza di Strasburgo ha dato luogo ad un ampio dibattito rispetto all'uso dei precedenti stranieri negli Stati Uniti ma la sua influenza si è fatta probabilmente sentire fino alla pronuncia che ha portato al riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Come sottolinea Andrea Pin la sentenza *Obergefell* «[...] non sembra in alcun modo influenzata da acquisizioni estere, tuttavia essa cita per ben dodici volte proprio *Lawrence c. Texas*<sup>59</sup>, una tra le decisioni più famose in cui la giurisprudenza straniera - in particolare *Dudgeon c. Regno Unito* della Corte EDU - giocò un ruolo significativo nell'orientare la Corte americana. Il diritto al matrimonio omosessuale negli USA, inserendosi nel discorso aperto da *Lawrence*, è pertanto debitore di *Dudgeon* e della Corte EDU, proprio grazie all'uso che ne ha fatto l'estensore Kennedy in *Lawrence*<sup>60</sup>. *Lawrence* e *Obergefell* rappresentano casi in cui il pendolo della giurisprudenza statunitense si è mosso verso le istanze che Hunter avrebbe definito "progressiste". Tuttavia, la giurisprudenza recente della Corte ha ampiamente mostrato come quel pendolo abbia cambiato direzione, anche a causa del mutamento nella composizione della Corte, indirizzandosi verso le istanze più "ortodosse" o conservatrici. Credo sia possibile concordare con Jack Balkin quando definisce la decisione nel caso *Dobbs* come parte dell'inizio di una più ampia "rivoluzione conservatrice"<sup>61</sup>. Negli anni gli sviluppi costituzionali statunitensi hanno portato all'esportazione di costruzioni giuridiche di diversa natura ideologica. *Obergefell* ha influenzato lo sviluppo dell'immaginario giuridico globale sui temi dei diritti delle coppie dello stesso sesso. Allo stesso tempo, soprattutto dopo la decisione nel caso *Lawrence*, il fronte "ortodosso" guidato dalla destra religiosa ha cominciato ad intervenire davanti ad altre

<sup>59</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Lawrence c. Texas*, 539 US 558, 2003.

<sup>60</sup> A. Pin, *L'America balla da sola? I fattori di resistenza nell'ordinamento statunitense al costituzionalismo globale*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2016, p. 79.

<sup>61</sup> Secondo Balkin: «With *Dobbs*, the conservative legal movement has achieved one of its long-cherished goals, and the Court's conservative revolution is only just beginning. The next several years will probably produce multiple changes in constitutional doctrine, from affirmative action to the First Amendment», *cf.* J. Balkin, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, *op. cit.*, p. 16.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

giurisdizioni per il timore che lo sviluppo di precedenti particolarmente “progressisti” potesse influenzare lo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti come avvenuto con il caso *Lawrence*<sup>62</sup>. L’ascesa del *Conservative Legal Movement* ha contribuito a generare nuove discussioni rispetto al ruolo contro-maggioritario delle corti ma testimonia la dinamica di competizione in essere fra i vari *nomoi* per l’egemonia sulla produzione giuridica del diritto statale visto come lo strumento per «cambiare il mondo»<sup>63</sup>. Che si guardi al fronte “progressista” o a quello “ortodosso” gli Stati Uniti restano la piattaforma fondamentale per l’elaborazione e la diffusione delle idee che oggi sono al centro delle *culture wars* globali e la Corte Suprema ne costituisce il suo dispositivo più incisivo. Già diversi anni fa Giuseppe de Vergottini rilevava la centralità del mondo anglosassone in questo contesto facendo rilevare come:

«L’attenzione per il c.d. dialogo e per il ricorso alla comparazione sono in parte conseguenza dell’allargamento dello spazio assegnato ai principi del costituzionalismo occidentale dopo la caduta del muro di Berlino che ha, tuttavia, privilegiato l’impostazione seguita dagli studiosi dell’area di *common law*. La letteratura di lingua inglese, infatti, ha assunto un ruolo predominante e ciò ha contribuito largamente alla lettura degli istituti del costituzionalismo (divisione dei poteri, tutela dei diritti, controlli di costituzionalità) attraverso la lente offerta dagli studiosi anglosassoni (...). In particolare, è agevole notare come il tema del dialogo fra corti e del ruolo della comparazione è stato condizionato dall’abnorme spazio assorbito dal dibattito sull’eccezionalismo nordamericano, espressione in campo giuridico dell’espansione a livello globale di una superpotenza impegnata a esportare nel mondo il proprio modello di democrazia»<sup>64</sup>.

La circolazione degli argomenti non giuridici non è, però, un fenomeno unidirezionale e necessariamente progressista. Anni fa questo aspetto era stato già pienamente colto da de Vergottini: «Come viaggiano le idee promotrici delle garanzie così altrettanto trasmigrano *idee limitatrici*. L’esperienza dimostra senza ombra di dubbio

---

<sup>62</sup> Da questo punto di vista è sicuramente emblematica la dinamica di *litigation* del caso *Lautsi c. Italia*, cfr. P. Annicchino, *Winning the battle by losing the war: the Lautsi case and the Holy Alliance between American Conservatives Evangelicals, the Russian Orthodox Church and the Vatican to reshape European Identity*, *Religion and Human Rights: an International Journal*, 6, 3, 2011, p. 213 ss.

<sup>63</sup> J.D. Hunter, *To Change the World: The Irony, Tragedy and Possibility of Christianity in Late Modern World*, New York, 2010.

<sup>64</sup> G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., p. 10-11.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

che la convergenza fra ordinamenti può verificarsi anche con un segno contrario a quello di solito richiamato»<sup>65</sup>.

#### 6. *La Corte europea dei diritti dell'uomo nelle culture wars globali*

Abbiamo visto quanto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia avuto un ruolo importante nello sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense mediante la circolazione degli argomenti giuridici. La Corte di Strasburgo riveste un ruolo sempre più rilevante nella definizione delle controversie su temi attinenti alle identità collettive degli ordinamenti che si inseriscono nei dibattiti sulle *transnational culture wars*<sup>66</sup> e nel “geopolitical football” descritto da McCrudden. Per quel che riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo ci sono diversi casi che potrebbero essere utili ad illustrare tale “geopolitical football” ovvero uno scontro ideologico e politico globale in cui i «conflitti tra religione e diritti umani sono diventati centrali nel contesto dell'attivismo geopolitico al raggiungimento (o alla resistenza, dipende dai punti di vista) dell'egemonia ideologica»<sup>67</sup>. Ben noto agli studiosi è il caso *Lautsi c. Italia* relativo all'affissione del crocifisso nelle scuole pubbliche italiane e che è stato oggetto di approfondite riflessioni della dottrina<sup>68</sup>. Il caso *Lautsi* è particolarmente rilevante nell'economia dell'argomentazione che si sta provando a sviluppare in questa sede in quanto lascia ben percepire la lotta per l'egemonia del diritto statale da parte dei vari gruppi coinvolti, le implicazioni internazionali e geopolitiche che emergono dalla controversia<sup>69</sup> e la crisi di modelli di accomodamento del pluralismo ordinamentale. Nel caso *Lautsi* è evidente il ruolo che l'impiego strategico del diritto assume nella lotta politica. Come scrive Natalino Irti: «L'immagine della scienza giuridica come di una 'sopra-elevazione' indifferente al terreno sottostante, non appaga più: può forse consolarci, ma non ci aiuta a capire né noi stessi né le cose che accadono intorno a noi»<sup>70</sup>. La vicenda rappresenta bene la portata geopolitica delle controversie

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>66</sup> Per un inquadramento generale del tema sia consentito il rinvio a P. Annicchino, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, *op. cit.*

<sup>67</sup> C. McCrudden, *Litigating Religions. An Essay on Human Rights, Courts and Beliefs*, *op. cit.* p. 35.

<sup>68</sup> Sul caso rimando alle considerazioni in P. Annicchino, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, *op. cit.* e alla relativa bibliografia citata in quella sede.

<sup>69</sup> Per una prima riflessione sul tema *cfr.* P. Annicchino, *Winning the battle by losing the war: the Lautsi case and the Holy Alliance between American Conservatives Evangelicals, the Russian Orthodox Church and the Vatican to reshape European Identity*, *op. cit.*

<sup>70</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma, 2004, p. 12.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.*

*Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

sul diritto di libertà religiosa in particolare grazie a due documenti prodotti da rappresentanti della Chiesa ortodossa russa. Dopo la prima decisione del novembre 2009<sup>71</sup> l'arcivescovo Hilarion di Volokolamsk, direttore del dipartimento relazioni esterne della Chiesa, in una lettera all'allora Segretario di Stato vaticano Tarcisio Bertone esponeva le sue critiche rispetto all'operato della Corte di Strasburgo:

«Consideriamo l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo come un tentativo di imporre un secolarismo radicale ovunque nonostante le differenti esperienze nazionali relative ai rapporti fra Stato e chiese. La decisione menzionata precedentemente non costituisce un caso isolato nella giurisprudenza della Corte che ha, sempre più spesso, dimostrato un trend anti-cristiano. Considerando che le decisioni della Corte hanno chiaramente perso il contatto con la realtà giuridica e storica in cui vive la maggior parte degli europei, e la Corte si è trasformata in uno strumento di promozione di una ideologia ultraliberale, crediamo sia molto importante che le comunità religiose europee siano coinvolte in una discussione sul suo operato»<sup>72</sup>.

Allo stesso modo, di eguale rilevanza appare il testo di una lettera inviata dal Patriarca Cirillo I all'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi:

«L'eredità culturale dell'Italia e di molti altri Paesi europei non dovrebbe diventare una materia oggetto della giurisdizione delle istituzioni europee che si occupano di diritti umani. I simboli religiosi cristiani presenti nello spazio pubblico europeo sono parte dell'identità europea senza la quale il passato, il presente o il futuro di questo continente non sono pensabili. Il pretesto di assicurare la natura laica dello stato non dovrebbe essere utilizzato per promuovere un'ideologia anti-religiosa che apparentemente viola la pace nella comunità discriminando contro la maggioranza religiosa in Europa che è composta da cristiani»<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Corte EDU, 3 novembre 2009, ric. 30814/06, *Lautsi c. Italia*.

<sup>72</sup> Chiesa ortodossa russa-Dipartimento relazioni esterne, *Archbishop Hilarion's letter to Vatican Secretary of State concerning the European Court's decision to ban Christian symbols in Italian schools*, disponibile su: <https://mospat.ru/en/news/58115/> (nostra traduzione).

<sup>73</sup> Chiesa ortodossa russa-Dipartimento relazioni esterne, *Patriarch Kirill supports Italian Government over European Court's decision to ban Christian symbols in schools*, disponibile su: <https://mospat.ru/en/news/58128/> (nostra traduzione).

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

La Grande Camera della Corte arrivò al ribaltamento della decisione del 2009 nel marzo 2011<sup>74</sup> con una sentenza che risulterà decisiva rispetto a diversi nodi strategici dell'attività interpretativa della Corte. Basta far riferimento al ruolo della dottrina del margine di apprezzamento statale nella decisione del 2011. Come avrà modo di affermare l'allora ambasciatore italiano a Mosca Antonio Zanardi Landi: «Siamo grati alla Chiesa ortodossa russa che è stata il nostro più importante e decisivo alleato nel portare al ribaltamento della precedente decisione della Corte di Strasburgo»<sup>75</sup>. Non è possibile approfondire in questa sede il ruolo della Federazione Russa e della Chiesa ortodossa russa nello sviluppo delle *transnational culture wars*<sup>76</sup>, si deve tuttavia sottolineare che tale aspetto appare decisivo per comprendere sia la traiettoria che ha portato all'uscita della Federazione russa dal Consiglio d'Europa<sup>77</sup> ma anche i legami culturali che hanno influenzato lo sviluppo di idee giuridiche che legano gli Stati Uniti e la Russia<sup>78</sup>. Allo stesso tempo particolarmente rilevante appare la decisione della terza sezione della Corte EDU nel caso *Fedotova e altri c. Russia*<sup>79</sup> relativa al riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso. Come ha sottolineato Nausica Palazzo: «La sentenza presenta, poi, finanche una valenza geopolitica, ponendosi in tutta evidenza al centro delle *culture wars* che vedono la Russia- con altri Paesi non occidentali-opporsi a un non meglio specificato "Occidente", di cui gli Stati Uniti costituiscono sovente la personificazione»<sup>80</sup>. Del resto, la stessa Federazione Russa nel marzo 2022 ha annunciato di non voler più partecipare ai lavori del Consiglio

<sup>74</sup> Corte EDU, 18 marzo 2011, ric. 30814/06, Lautsi *c. Italia*.

<sup>75</sup> Chiesa ortodossa russa-Dipartimento relazioni esterne, *Italy's ambassador to Moscow thanks Moscow Patriarchate for support in getting the case of Lautsi reviewed*, disponibile su: <https://mospat.ru/en/news/55478/> (nostra traduzione).

<sup>76</sup> Sul tema si veda K. Stoeckl, D. Uzlaner, *The Moralists International: Russia in the Global Culture Wars*, New York, 2022.

<sup>77</sup> Cfr. P. Annicchino, *L'addio della Russia al Consiglio d'Europa era già scritto. Nella teologia*, Editoriale Domani, 11/3/2022, disponibile su: <https://www.editorialedomani.it/politica/mondo/addio-russia-consiglio-europeo-teologia-v4xvyyy0>.

<sup>78</sup> P. Annicchino, *La fonte della fede russa*, Il Foglio, 4/8/2019, disponibile su: <https://www.ilfoglio.it/home/2019/08/04/news/la-fonte-della-fede-russa-268166/>; e inoltre P. Annicchino, *Il Soros di Russia*, Il Foglio, 22/7/2019, disponibile su: <https://www.ilfoglio.it/esteri/2019/07/22/news/il-soros-di-russia-266400/>.

<sup>79</sup> Corte EDU, 17 gennaio 2023, ric. 40792/10; 30538/14; 43439/14, *Fedotova e altri c. Russia*. Come sottolinea Palazzo: «[...] this significant step forward in the legal recognition of same-sex couples will inevitably become entangled in the ongoing saga of the culture wars taking place in Europe and around the world», cfr. N. Palazzo, *Fedotova and Others v. Russia: Dawn of a new era for European LGBTQ families?* Maastricht Journal of European and Comparative Law, 30, 3, 2023, p. 227.

<sup>80</sup> N. Palazzo, *Un diritto alle unioni registrate per coppie dello stesso sesso? Analisi di una recente sentenza della Corte EDU*, DPCE online, 57, 1, 2023, p. 1557, disponibile su: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1864/1871>.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

d'Europa vedendo in tale istituzione una piattaforma sempre più utilizzata per veicolare forme di “narcisismo occidentale” influenzate dagli Stati Uniti d’America<sup>81</sup>. Nella *dissenting opinion* nel caso deciso dalla Grande Camera della Corte, il giudice Wojtyczek ha sottolineato quando profonda possa essere la questione sottoposta alla Corte e quanto questa si inserisca pienamente nel dibattito delle *transnational culture wars*: «Europeans are also very divided on fundamental anthropological and moral ideas constituting the foundation of human rights, and the divergence in this domain has tended to grow in the last few decades. In particular, there is no agreement on the question of who man is, and what his identity, his nature, and his final destiny are»<sup>82</sup>. Lo sviluppo di argomentazioni giuridiche che, nelle categorie di Hunter, potremmo definire “ortodosse” è oggi una caratteristica delle odierne *global culture wars* con impatti profondi non solo nello sviluppo degli ordinamenti interni ma anche su tutto il diritto pubblico internazionale<sup>83</sup>. L’intuizione di Clifford Bob che aveva visto l’allineamento tra dimensione globale e narrazione giuridica non necessariamente “progressista” è quindi sempre più evidente nelle *transnational culture wars* che coinvolgono gli Stati Uniti e l’Europa ma possono riproporsi anche in Sud America<sup>84</sup> o in Africa<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Il ministro degli esteri della Federazione Russa ha dichiarato che: «La Russia non prenderà parte al tentativo di Nato e Ue nel trasformare la più antica organizzazione europea in un altro luogo dove vengono esaltati i mantra della supremazia e del narcisismo dell’Occidente», *cf.* ANSA, *La Russia lascia il Consiglio d’Europa*, ANSA-Europa, 10/3/2022, disponibile su: [https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2022/03/10/la-russia-lascia-il-consiglio-deuropa\\_4a82a9e8-db7a-4007-a0bf-1caca9912aab.html](https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2022/03/10/la-russia-lascia-il-consiglio-deuropa_4a82a9e8-db7a-4007-a0bf-1caca9912aab.html).

<sup>82</sup> *Dissenting opinion* del giudice Wojtyczek in Corte europea dei diritti dell’uomo, *Fedotova e altri c. Russia*, *op. cit.*, par. 2.3.

<sup>83</sup> Sottolinea opportunamente questo aspetto Martti Koskeniemi secondo cui: «My claim is that what I will call a backlash is not about this or that institution or policy. It expresses a *status anxiety* and takes the form of a *cultural war* against the values and priorities associated with the ‘international’ or the ‘global’ that became dominant in the 1990s», *cf.* M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Fourth Annual T.M.C. Asser Lecture, The Hague, Asser Press, 2019, p. 5. Per un inquadramento storico-giuridico *cf.* P. Annicchino, *The Past is Never Dead: Christian Anti-Internationalism and Human Rights* in M. Koskeniemi, P. Amorosa and M. Garcia Salmones (a cura di), *International Law and Religion. Historical and Contemporary Perspectives*, Oxford, 2017, p. 178 ss.

<sup>84</sup> M.R. de Assis Machado, *Antiabortion legal mobilization in Brazil: Human rights as a field of contention*, *International Journal of Constitutional Law*, 21, 1, 2023, p. 308 ss.

<sup>85</sup> K. Kaoma, *The interaction of human rights and religion in Africa’s sexuality politics*, *International Journal of Constitutional Law*, 21, 1, 2023, p. 339 ss.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.*

*Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

### 7. Conclusioni

Le *transnational culture wars* illuminano i conflitti ideologici e politici che attraversano non solo i Paesi occidentali, ma che sono ormai diventati globali. La polarizzazione politica statunitense, unita alle specificità della cultura di *strategic litigation* di quel Paese, ha portato all'esportazione, non sempre intenzionale, di un modello che è arrivato ad influenzare anche sviluppi giuridici in contesti che si autodefiniscono come nemesi dell'Occidente, appare evidente su tutti il caso della Federazione Russa. La costante è la lotta per l'egemonia sul controllo del diritto statale ovvero dell'ermeneutica giuridica dotata del potere coercitivo. Il diritto dello Stato è probabilmente percepito anche come comoda alternativa rispetto ad un lavoro culturale più profondo che consenta effettivamente, nelle parole di Hunter, di «cambiare il mondo»<sup>86</sup>, ma segnala anche un significativo rapporto tra utopia e apocalisse che ha caratterizzato la riflessione di Cover. Resta la fondamentale differenza tra la sacralizzazione del diritto statale e la sua percezione come uno strumento utile per un passaggio sociale che consenta effettive trasformazioni sociali pur non cancellando le tensioni sociali generate dal pluralismo. È questa forse la funzione fondamentale che Cover assegnava allo strumento giuridico ovvero quello di un: «[...] ponte che non deve essere attraversato, non serve solo come mezzo di comunicazione, ma anche per mantenere una 'giusta distanza' fra realtà e avvenire» questo in contrasto con approcci tipici del messianesimo che Cover aveva cominciato a studiare e che si soffermano sulla «[...] credenza che il regno di Dio si possa realizzare sulla terra, comune ai movimenti apocalittici e messianici, come a un diniego del ruolo del diritto nelle lotte di trasformazione della vita umana»<sup>87</sup>. *Nomos and Narrative* di Robert Cover è un contributo sicuramente influenzato dai dibattiti e dal contesto in

---

<sup>86</sup> J.D. Hunter, *To Change the World: The Irony, Tragedy and Possibility of Christianity in Late Modern World*, *op. cit.*

<sup>87</sup> Cfr. M. Goldoni, *Costituzionalismo e pluralismo normativo. La teoria della giusgenesi di Robert Cover*, *op. cit.*, p. 179.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

cui veniva scritto<sup>88</sup>. Tuttavia, è un invito al dialogo anche sulla base del disaccordo<sup>89</sup>. Ci sarebbe da chiedersi se questo metodo sia possibile nella polarizzazione che oggi numerosi Paesi si trovano a vivere. Con i suoi limiti, il pluralismo normativo teorizzato da Cover offre un quadro intellettuale utile ad inquadrare le *transnational culture wars* che caratterizzano oggi tanti Paesi e che vedono, molto spesso, nelle pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo centri di produzione giuridica di fondamentale importanza. Le *transnational culture wars* si inquadrano allora perfettamente nell'ottica del pluralismo normativo in cui il «[...] costituzionalismo svolge una delle sue funzioni essenziali: oltre a legittimare il potere coercitivo dello stato, esso può anche, all'interno di un *framework* culturale pluralistico, legittimare i gruppi, i movimenti e le associazioni, ed essere, a sua volta, da questi legittimato, attraverso il riconoscimento reciproco, per mezzo di un effetto *feedback*»<sup>90</sup>. Le *strategic litigation*, a cui sempre più spesso assistiamo nel contesto delle *culture wars*, appaiono ambire ad un obiettivo specifico che non è necessariamente quello dell'ordinata gestione del pluralismo sociale e ordinamentale che ha spesso caratterizzato la tradizione giuridica occidentale. Ovviamente questa gestione non è avvenuta senza difficoltà: «Ciò non nega, anzi presuppone, che ciascuno di questi ordinamenti abbia cercato di sopraffare gli altri, in senso teocratico o secolare: ma c'è sempre stato nella nostra cultura, diversamente da quanto è avvenuto nelle altre civiltà sulla faccia della terra, un anticorpo sufficientemente resistente per arrestare i processi di degenerazione e ristabilire un equilibrio»<sup>91</sup>. Il pluralismo degli ordinamenti e il "dualismo tra coscienza e diritto positivo" appare nell'odierno Occidente sempre più in crisi. In particolare «[...] ciò che sta venendo meno è proprio questo pluralismo degli ordinamenti e dei fori: per la prima volta ci troviamo di fronte in Occidente alla norma

---

<sup>88</sup> Già nel 2005 Robert Post sottolineava la difficoltà dei suoi studenti di comprendere gli argomenti utilizzati da Cover: «students were virtually indifferent. They found Nomos and Narrative eloquent, but curious and antique, informed by a sensibility that seemed distant and indecipherable [...] Composed just before the Republican revival and the renaissance of Rawlsian public reason, Nomos and Narrative is strikingly uninterested in the normative possibilities of constitutional politics. My best guess is that the students in my seminar could not relate to Nomos and Narrative because they regarded these forms of civic engagement as essential to their life's work», R.C. Post, *Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence & Public Reason in Nomos and Narrative*, Yale Journal of Law & Humanities, 17, 1, 2005, p. 9-10.

<sup>89</sup> Come ha sottolineato John Valery White: «Nomos and Narrative is an article about recognizing disagreement even as right and justice must be pursued, an approach perhaps at odds with our times», J.V. White, *Nomos and Nation: On Nation in an Age of "Populism"*, Touro Law Review, 37, 4, 2022, p. 2043.

<sup>90</sup> M. Goldoni, *Costituzionalismo e pluralismo normativo. La teoria della giusgenesis di Robert Cover*, op. cit., p. 187.

<sup>91</sup> P. Prodi, *Una storia della giustizia*, Bologna, 2000, p. 455.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.**Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

‘ad una dimensione’ e quindi un solo foro, quello del diritto positivo, della norma scritta, essendo venute meno tutte le altre sedi di giudizio che hanno retto sino ai nostri tempi la quasi totalità della nostra vita quotidiana<sup>92</sup>. La norma ad una dimensione e la crisi del pluralismo degli ordinamenti, determinata anche dalla lotta per l’egemonia sul diritto dello Stato, determinano una pedagogia autoritaria che pretende di dotare la legge dello Stato di una forza assiologica monopolista a cui si unisce la rilevanza della narrazione e del dominio simbolico esercitato mediante la forza della coercizione. Se il diritto ha, come abbiamo visto con il riferimento all’opinione di *Justice Kennedy*, anche una funzione eminentemente pedagogica, la crisi del pluralismo degli ordinamenti e la lotta per l’egemonia sul diritto statale mediante la *strategic litigation* possono portare a pedagogie autoritarie<sup>93</sup>. Le *transnational culture wars* ci invitano a riflettere sui limiti del diritto nel creare società realmente inclusive e plurali quando il suo dispiegamento avviene nichilisticamente come “nomodotto”<sup>94</sup> utile solo a trasportare le istanze politiche degli attori in campo<sup>95</sup>. Se il pluralismo normativo preservava la possibilità di utopie e di ponti, secondo la nota metafora coveriana, l’approccio normativo monodimensionale segnala il passaggio dall’utopia alla mentalità apocalittica<sup>96</sup>. Sempre più spesso il mondo occidentale affronta questo passaggio che, come scrive Olivier Roy, segnala una crisi del nostro umanesimo<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> P. Prodi, *ibid.*, p. 455-456.

<sup>93</sup> Come ha sottolineato Olivier Roy tali pedagogie autoritarie possono interessare tutti gli schieramenti politici: «Mais cette pédagogie autoritaire n’est nullement l’apanage de la gauche progressiste. On la retrouve, au profit des valeurs inverses, dans la droite conservatrice», *cf.* O. Roy, *L’aplatissement du monde. La crise de la culture et l’empire des normes*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>94</sup> Su tale espressione si veda N. Irti, *Nichilismo giuridico*, *op. cit.*

<sup>95</sup> Olivier Roy evidenzia i legami tra sviluppo culturale e normazione giuridica: «La pédagogie autoritaire n’a jamais produit de la culture, tout au plus un conformisme de pratiques et une indifférence envers de valeurs devenues purement incantatoires», O. Roy, *ibid.*, p. 231.

<sup>96</sup> Rispetto agli effetti di tale approccio nel mondo della destra religiosa statunitense *cf.* P. Annicchino, *L’Anticristo e la fine del mondo. La Religious Right statunitense tra egemonia costituzionale e influenza internazionale*, *Jura Gentium-Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, XX, 2, 2023, p. 65 ss.

<sup>97</sup> Questo passaggio da utopia ad apocalisse è ben delineato da Olivier Roy: «Car on l’a vu, ce n’est pas l’utopie qui se pointe à l’horizon, c’est plutôt l’apocalypse, que l’on peut choisir dans sa playlist des mondes à venir: réchauffement climatique, guerre civile, grand remplacement, troisième (ou quatrième) guerre mondiale, retour de l’antéchrist, épidémies bien pires que celles d’avant, et tout simplement le vieillissement et la mort. L’Ehpad est désormais un thème central du débat de civilisation en Occident. Et l’écologie profonde comme l’antispécisme ne font qu’acter la disparition réelle, fantasmée, ou même souhaitée de l’humain sur une planète qui part en vadrouille et quenouille. Ce que nous vivons est bien une crise de l’humanisme», *cf.* O. Roy, *ibid.*, p. 231.

Pasquale Annicchino

*Culture wars e potere giudiziario.*

*Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*

\*\*\*

**Abstract:** Judicial decisions play a decisive role in the *transnational culture wars* that cross many countries and have now become true *global culture wars*. This contribution, after some initial methodological observations, reconstructs some central nodes of Robert Cover's theory on jurisgenesis and frames the contribution of the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights in the scenario of today's *culture wars*. A picture emerges in which some legal developments lead us to reflect on the difficulties of normative and social pluralism and the role of law in this context.

**Keywords:** US. Supreme Court; European Court of Human Rights; Culture Wars; Law and Religion; Robert Cover

\*\*\*

**Pasquale Annicchino** – Università di Foggia ([pasquale.annicchino@unifg.it](mailto:pasquale.annicchino@unifg.it))

## *La Constitution et la mémoire historique : progrès ou régression du constitutionnalisme?\**

*Stéphane Pierré-Caps*

SOMMAIRE: 1 Introduction : constitution, nation, histoire. – 2. La constitution comme roman national. – 3. La constitution comme vérité historique. – 4. Le constitutionnalisme mémoriel : malaise dans la constitution – 5. Conclusion.

### 1. *Introduction : constitution, nation, histoire*

Il importe, au préalable et même s'il s'agit là d'un lieu commun, de rappeler la raison d'être de la notion de constitution, telle qu'elle apparaît à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle : elle est une règle juridique relative au statut du pouvoir politique ; plus précisément, elle traduit un phénomène politique et juridique en vue de la limitation du pouvoir, dont la problématique a été suggérée par la philosophie politique au long des XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles.

Par la suite, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, les développements de la justice constitutionnelle feront aussi de la constitution et du droit constitutionnel l'instrument de la protection juridique du citoyen contre le pouvoir politique : à la constitution politique s'ajoutera désormais ce que le Doyen Maurice Hauriou appelait la « constitution sociale »<sup>1</sup>.

Mais la constitution n'a pas seulement pour objet de fixer le cadre juridique de l'action du pouvoir politique et de décliner les droits et libertés des citoyens. Elle est aussi « une autodescription du collectif qui se l'est donné, dimension souvent appelée symbolique en ce qu'elle permet à un collectif de se représenter »<sup>2</sup>. Ce « collectif » est habituellement désigné par le concept de nation. De fait, comme le constate encore Danny Trom, « Une constitution ne repose donc jamais strictement sur un fondement

---

\* Cet article fait partie des Actes de la neuvième conférence annuelle de la Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", qui s'est tenue au campus Einaudi de l'Université de Turin et au Polo del '900 les 2 et 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, p. 611 ss.

<sup>2</sup> D. Trom, *L'État de l'exil. Israël, les juifs, l'Europe*, Paris, 2023, p. 72.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progress ou régression du constitutionnalisme?*

du patriotisme au sens de Jürgen Habermas : elle désigne le collectif dans son état historique »<sup>3</sup>.

Cependant, ce phénomène n'apparaîtra que progressivement au cours du XX<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où « Jusqu'à la Seconde guerre mondiale, les définitions constitutionnelles de la société politique sont rares car l'identité nationale semble évidente et s'exprime dans un nom propre reçu de l'histoire et non choisi. À partir de 1945 et du fait de la décolonisation, nombreux sont les pays qui accèdent à l'existence politique autonome et qui éprouvent le besoin de se définir négativement et positivement »<sup>4</sup>. Ainsi, les constitutions des États décolonisés de la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, voire celles inspirées par le constitutionnalisme soviétique, témoignent de la pénétration de la nation dans le champ de la rationalité historique.

À partir de là, l'on peut constater que les constitutions modernes contiennent une définition juridique de la nation comme expression de l'unité de la base sociale de l'État, même si une telle définition possède, à l'évidence, un caractère idéologique marqué. En ce sens, le recours au concept juridique de nation exprime le vouloir-vivre ensemble des membres d'une société politique, car l'État ne saurait exister sans l'institution d'une assise humaine.

Or, moins la nation existe en fait, ce qui est le cas de nombre d'États d'apparition récente, plus il faut la proclamer en droit. À cet égard, ce recours au droit répond à un objectif bien précis : « Le droit, particulièrement lorsqu'il résulte d'un travail collectif approfondi du groupe lui-même pour se dire dans un langage rigoureux et culturellement signifiant, est un excellent révélateur de la réalité profonde qu'il organise et normativise »<sup>5</sup>.

Ce phénomène s'est suffisamment généralisé pour attester l'apparition d'un « droit constitutionnel démotique », c'est-à-dire un droit constitutionnel substantiel tendant à supplanter la neutralité formelle du constitutionnalisme libéral, dans la mesure, en effet, où nombre de constitutions ont recours à des facteurs objectifs, comme la langue ou la religion, aux fins de la construction du concept juridique de nation, voire de peuple. Ce qui ne va pas sans susciter « un certain malaise », dans la mesure où ce droit constitutionnel démotique « érige des données historiques, sociologiques, idéologiques en standards juridiques controversés et toujours discutables »<sup>6</sup>. Ainsi, au vouloir vivre ensemble qui, dans sa dimension subjective, sous-tendait la construction constitutionnelle de la base sociale de l'État, semble désormais succéder l'appréhension constitutionnelle d'une solidarité objective d'ordre culturel, c'est-à-dire pré-définie.

---

<sup>3</sup> D. Trom, *L'État de l'exil*, cit., p. 73, note 1.

<sup>4</sup> F. Borella, *Critique du savoir politique*, Paris, 1990, p. 175.

<sup>5</sup> F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 192.

<sup>6</sup> F. Borella, *La situation actuelle du droit constitutionnel*, Revue française de droit constitutionnel, 2012, p. 8.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

Il s'ensuit un glissement de sens de la relation du concept de nation au constitutionnalisme : à la nation politique succède la nation culturelle ; à la communauté politique la communauté de culture. La nation n'est plus seulement un corps politique unifié et homogène de citoyens désincarnés, identiques et égaux, elle est devenue aussi un marqueur d'identité, un corps social, c'est-à-dire l'ensemble des hommes situés dans la singularité de leurs appartenances concrètes.

Ce concept juridique, constitutionnel, de nation, est désormais situé dans une perspective diachronique, dont l'histoire devient alors un élément fondamental. C'est la raison pour laquelle le droit constitutionnel et l'histoire entretiennent d'étroites relations :

- au titre de la garantie du caractère scientifique de la libre recherche historique, élément de la liberté d'expression, même s'il convient de se garder de l'illusion d'un caractère anhistorique du constitutionnalisme libéral ;
- car, si la nation n'existe pas sur le plan sociologique, il faut alors la « constituer », en la situant dans un continuum historique.

L'État, en effet, repose sur une présomption d'existence de la nation, soit comme un donné, dans les États les plus anciens, soit comme un construit, dans les États les plus récents, quitte, dans ce dernier cas, à faire appel au mythe.

Le constitutionnalisme contemporain donne ainsi à voir une fonction mémorielle de la constitution, dont les auteurs entendent imposer leur propre interprétation de l'histoire. Encore faut-il préciser quels sont les auteurs de la constitution. Deux réponses et deux seulement, sont alors possibles : le peuple ou le pouvoir politique.

Dans le premier cas, il s'agit de savoir ce que le peuple dit de lui-même au moment où il s'institue en État : «C'est d'abord en réponse à la question de son identité, «et toi, que dis-tu de toi-même?» que la société se définit et se donne à voir comme singulière et immuable»<sup>7</sup>. Dans ces conditions, le pouvoir constituant originaire fabrique alors un roman national en faisant appel à la mémoire historique ;

- dans le second cas, ce sont les pouvoirs publics qui disent ce qu'est le peuple en imposant leur vision propre de la mémoire historique : le pouvoir constituant dérivé impose alors sa vérité historique.

Mais cela ne va pas sans conséquence sur la notion même de constitution et le devenir du constitutionnalisme.

## 2. *La constitution comme roman national*

L'auteur de la constitution entend ici démontrer que la nation existait de longue date, bien avant l'apparition de l'État et de la constitution. Que cela soit vrai ou faux

---

<sup>7</sup> F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 174.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

n'a aucune importance : l'État ne saurait exister sans une assise humaine pour l'instituer, sans une réalité sociologique préexistante, autrement dit sans une présomption d'existence de la nation. Il n'existe pas d'État désincarné, pure abstraction. Si cette réalité humaine est absente, il faudra alors la « constituer », puisqu'il s'agit de susciter chez les membres du groupe social un sentiment de commune appartenance. D'où le recours à l'histoire comme révélateur d'une identité nationale, tel que le Professeur Burdeau l'avait bien mis en évidence : « tout se passe comme si la nation était un facteur de formation de l'État à ce point indispensable que l'effort des dirigeants pour implanter les structures étatiques modernes devait s'accompagner de la restauration d'une nation oubliée »<sup>8</sup>. Les constitutions modernes tendent ainsi à situer la nation dans cette perspective diachronique, avec plus ou moins de prolixité selon la nécessité de construire un vécu national qui puisse s'enraciner dans l'évocation du passé.

C'est précisément ce qu'exprimait le recours aux « Chartes nationales », par des États comme l'Algérie, l'Égypte et Madagascar, dans les années soixante et soixante-dix du XX<sup>ème</sup> siècle. Véritables miroirs de sociétés politiques nationales en formation, les Chartes nationales correspondaient tout d'abord à un constat de carence du constitutionnalisme classique de type européen, en ce que celui-ci se réduisait essentiellement à l'établissement d'institutions du pouvoir politique et à la répartition des compétences entre elles, c'est-à-dire en privilégiant une conception formelle du droit constitutionnel. En mettant l'accent sur la « primauté de l'idéologique et du politique sur l'institutionnel »<sup>9</sup>, les Chartes nationales avaient pour fonction de contenir et développer un projet politique en vue de susciter l'adhésion du groupe social dans lequel il pourrait se reconnaître en contribuant activement à sa réalisation. Les sociétés décolonisées étaient des sociétés neuves, forgées dans les luttes pour l'indépendance nationale. De fait, les Chartes nationales avaient pour objet de transformer la solidarité née du combat commun pour la libération nationale en un devenir commun. C'est, en fin de compte, la question de l'identité du groupe social que la Charte nationale devait résoudre en lui fournissant le lieu et le moyen de son accomplissement. Il s'agissait de combler le vide provoqué par la réalisation de l'indépendance en donnant un sens à cette dernière et en faisant du recours au procédé de la Charte nationale l'armature idéologique de la constitution concernée. À cette fin, l'histoire occupait une place de choix, la Charte algérienne de 1976 allant jusqu'à faire de la nation algérienne une « entité historique » multiséculaire dans un récit chronologique de l'histoire de la nation depuis Massinissa, « fondateur du premier État numide » jusqu'à la lutte de libération nationale, chaque période apportant sa contribution au processus d'édification de la nation.

Plus généralement, l'histoire est donc bien utilisée en vue d'un récit national. Mais il s'agit d'une histoire mythifiée, susceptible de rattacher la nation étatique à un

---

<sup>8</sup> G. Burdeau, *Traité de Science politique*, Paris, 1980, t. 2, p. 121-122.

<sup>9</sup> T. Bensalah, *La République algérienne*, Paris, 1979, p. 139.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

très lointain passé. L'histoire ainsi revendiquée est la plupart du temps fort peu scientifique, dans la mesure où elle s'efforce de peser sur les représentations des membres du groupe national pour mieux les convaincre de la conscience d'un devenir, d'un destin commun. Bien sûr, les textes constitutionnels concernés se situent dans l'ordre du discours, mais d'un discours performatif qui transforme l'histoire en mythe, le mythe de la fondation lointaine d'une nation à nulle autre semblable. Cette démarche est typique des constitutions des États décolonisés, voire issues du démembrement des empires multinationaux. S'il y a bien altération du caractère scientifique du récit délivré par les historiens, celle-ci ne remet pas, du moins pas encore, en question l'intégrité du discours historique.

Il s'agit là d'une fonction idéologique par excellence de la Constitution : en inscrivant la nation dans la profondeur d'une histoire recomposée, les rédacteurs des textes constitutionnels poursuivent l'objectif d'imprimer dans la conscience sociale le sentiment de vivre et partager un devenir commun, ne serait-ce qu'au niveau symbolique : « Plus largement encore, on peut dire que ces États neufs revendiquent un droit à l'histoire, une histoire dont la nation serait un irremplaçable acteur »<sup>10</sup>.

Mais ils poursuivent aussi un autre objectif, celui de donner aux détenteurs du pouvoir politique la légitimité que confère la qualité de représentants de la nation historique. Il s'ensuit une rupture quant à l'utilisation de l'histoire par la constitution.

### 3. *La constitution comme vérité historique*

L'on constate ainsi que le discours juridique instrumentalise le passé et la mémoire pour façonner son propre récit historique et exprimer, par là même, une vérité officielle : il ne s'agit plus de composer une histoire nationale, mais de dicter et d'imposer une histoire fabriquée par le pouvoir politique.

C'est ce dont témoignent les lois mémorielles qui, en tant que telles, peuvent être définies comme un récit de substitution aux anciennes idéologies. Le constituant se fait alors lui-même historien : il entend promouvoir une histoire officielle, décidée par le pouvoir politique, à vocation identitaire.

À cet égard, la Constitution de la Fédération de Russie en figure l'exemple le plus éclairant.

La Constitution a été substantiellement modifiée à l'issue d'un référendum controversé qui s'est déroulé du 25 juin au 1<sup>er</sup> juillet 2020. S'il a surtout été retenu la perpétuation au pouvoir de Vladimir Poutine, la Constitution s'est vu aussi adjoindre un nouvel art. 67.1, relatif à la politique mémorielle et au rapport à l'histoire, qu'il convient de citer dans son intégralité :

« 1. La Fédération russe est le successeur légal de l'Union des républiques socialistes soviétiques sur son territoire, ainsi que le successeur légal de l'Urss en ce qui

---

<sup>10</sup> G. Burdeau, *Traité de Science politique*, cit., p. 122, note 89.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progress ou régression du constitutionnalisme?*

concerne l'appartenance à des organisations internationales, à leurs organes, la participation aux traités internationaux, ainsi qu'en ce qui concerne les obligations et les avoirs de l'Urss prévus par les traités internationaux en dehors du territoire de la Fédération russe.

2. La Fédération russe, unie par une histoire millénaire, préservant la mémoire des ancêtres, qui nous ont transmis leurs idéaux et la foi en Dieu, ainsi que la continuité dans le développement de l'État russe, reconnaît l'unité étatique historiquement établie.

3. La Fédération russe honore la mémoire des défenseurs de la Patrie, assure la défense de la vérité historique. La négation de l'importance de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie n'est pas admise.

4. Les enfants sont la priorité la plus importante de la politique de l'État russe. L'État crée les conditions propices au développement complet, spirituel, moral, intellectuel et physique des enfants, favorisant le patriotisme, la citoyenneté et le respect des aînés en eux. L'État, assurant la priorité de l'éducation familiale, assume la responsabilité des enfants laissés sans soins ».

En ce sens, la politique mémorielle de l'État russe se déduit aisément du par. 3 de l'art. 67.1, qui précise que celui-ci « assure la défense de la vérité historique ». Mais que faut-il entendre par « la vérité historique » sur le plan normatif, sinon une opération d'emprise de la réalité par le pouvoir politique et destinée à façonner le groupe social sur lequel il exerce son autorité ? Et non pas, comme cela est de règle dans le constitutionnalisme libéral, la garantie, par les pouvoirs publics, de la libre recherche historique. Au reste, la sacralisation, au même par., de la mémoire des « défenseurs de la patrie » et la prohibition de « la négation de l'importance de l'héroïsme du peuple lors de la défense de la Patrie » suffiraient à dissiper toute équivoque à ce sujet.

Ainsi la « défense de la vérité historique » permet-elle à l'État de dérouler un récit officiel du passé russe. En instrumentalisant, par là même, la mémoire et l'histoire, le pouvoir politique s'est donné les moyens de mettre en place un récit officiel qui tend à se substituer à l'histoire révélée par le travail des historiens et, par voie de conséquence, à punir les historiens eux-mêmes qui viendraient contredire le récit officiel. On en voudra pour preuve la dissolution de l'Ong Memorial, dont la raison d'être était de perpétuer la mémoire historique des victimes du stalinisme, par la Cour suprême de Russie le 28 décembre 2021<sup>11</sup>.

Cette manipulation du temps et de l'histoire est une démarche caractéristique des régimes autoritaires, voire illibéraux. Elle s'accompagne d'une pénalisation des

---

<sup>11</sup> Créée en 1989, Memorial est la plus ancienne ONG russe de défense des droits de l'homme. Elle a accompli un travail considérable dans l'exhumation, la préservation et la pérennisation de la mémoire des victimes du stalinisme en mettant à la disposition des familles concernées d'immenses ressources documentaires. V. I. Mandraud – B. Vitkine, *En Russie, la dissolution de l'ONG Memorial marque l'ampleur du recul démocratique de l'ère Poutine*, *Le Monde*, 29 décembre 2021 et la tribune de l'historien N. Werth, *La dissolution de Memorial marque une étape décisive dans la politique de contrôle de la société russe*, *Le Monde*, 2 janvier 2022.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

historiens de profession, dont le travail ne peut que démentir cette vérité historique dictée par le pouvoir politique : « (...) le passé devient une ressource temporelle exploitable à la convenance du maître (...). La réécriture de l'histoire, la continuelle remise en cause du passé, les condamnations et les réhabilitations permettent au pouvoir d'inventer des continuités, ou de masquer des ruptures »<sup>12</sup>.

#### *4. Le constitutionnalisme mémoriel : malaise dans la constitution*

Le constitutionnalisme libéral peut-être défini comme un « droit processuel (...) un droit des formes et non du fond »<sup>13</sup>, même si la constitution demeure marquée par le contexte de son origine. Or, en incorporant un récit historique officiel, la constitution participe d'un « droit substantiel » qui tend à inverser la signification même du projet constitutionnel : il ne s'agit plus de faire de celui-ci une règle objective dont la suprématie garantit la libre expression des préférences, mais un instrument idéologique au service du détenteur du pouvoir. Seule demeure alors la suprématie constitutionnelle, bien qu'elle soit elle-même détournée de sa vocation initiale de garantie du libre jeu des acteurs, comme en témoignent la fréquence et l'absence de limite matérielle au pouvoir de révision des Constitutions concernées, comme on peut le constater à l'exemple de la Hongrie. Plus largement, ce constitutionnalisme mémoriel est la caractéristique même du nationalisme illibéral observable aujourd'hui, en ce qu'il tend à faire de la Constitution le creuset de l'identité du peuple, mais d'une identité prédéterminée, dont le pouvoir politique illibéral a préalablement défini les contours afin de mieux s'identifier avec lui.

On en voudra pour preuve les conditions d'adoption et de révision quasi permanente de la Constitution hongroise de 2012, elle-même empreinte d'historicisme : plus précisément, le préambule de la Constitution, intitulé « Profession de foi nationale », établit une filiation quasi mystique avec la « Constitution historique » et la « Sainte-Couronne », c'est-à-dire la Couronne de Saint-Étienne, « qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation ». Et de reconnaître en conséquence le rôle du « christianisme » dans la préservation de l'unité de la nation hongroise.

La constitution illibérale a ainsi vocation à devenir le réceptacle du programme politique et de l'idéologie du pouvoir en place, *a fortiori* de sa vision historique, mais elle se caractérise aussi par sa précarité normative. La constitution se retrouve ainsi démunie, sans défense et sans protection face à la captation du pouvoir de révision par une majorité politique. En incorporant une mémoire et une histoire fabriquées et imposées par le pouvoir politique, la Constitution mémorielle participe davantage de ce que les Allemands appellent un « constitutionnalisme apparent »

<sup>12</sup> F. Borella, *Critique du savoir politique*, cit., p. 181.

<sup>13</sup> F. Borella, *La situation actuelle du droit constitutionnel*, cit., p. 8.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

(*Scheinkonstitutionnalismus*). Pour la doctrine juridique de langue anglaise, il s'agit là de « constitutions sans constitutionnalisme » : la constitution n'est alors qu'un mensonge, une manipulation du pouvoir politique du moment, à l'exemple de ce qu'est en train de devenir la Constitution hongroise et de ce qu'est devenue la Constitution de la Fédération de Russie, pour ne considérer que ces seuls exemples. Bien sûr, « la Constitution ne peut pas se défendre toute seule »<sup>14</sup> et elle paraît ainsi bien fragile face aux entreprises mémorielles du pouvoir politique.

Il demeure toutefois possible d'inscrire un projet mémoriel dans le cadre constitutionnel sans dénaturer le caractère libéral du constitutionnalisme : on en voudra pour preuve l'exemple espagnol. En effet, la Loi n° 20/2022 du 19 octobre, dite de « Mémoire démocratique », a entendu substituer cet intitulé à celui de « Mémoire historique » employé par la Loi n° 52/2007 du 26 décembre. Cette substitution d'intitulé n'est pas anodine et répond à un objectif bien précis, à en juger par la définition de la notion de mémoire démocratique délivrée par l'art. 1.1 de la Loi n° 20/2022 : «*la LMD toma la Constitución – particulamente, las fechas del itinerario constitucional que signió el proceso constituyente español – como referencia nuclear en el diseño de las políticas de memoria y les ortogar una innegable trascendencia jurídico constitucional atribuyéndole a la Constitución de 1978 el carácter de “lugar de memoria en España”*»<sup>15</sup>. Par conséquent, la différence avec la Loi de Mémoire historique ne se réduit pas à une question de terminologie ; elle tient au fait que cette dernière était circonscrite à la Guerre civile et à la dictature franquiste. C'est aussi la raison pour laquelle la Loi de Mémoire démocratique récuse la notion circonstanciée de Guerre civile à laquelle se tenait la Loi de Mémoire historique, comme l'indique son préambule. De fait, la Loi de Mémoire démocratique, contrairement à sa devancière, se veut l'expression même de la neutralité du constitutionnalisme libéral espagnol, c'est-à-dire de son caractère non substantiel.

### 5. Conclusion

Mais il s'agit là d'une exception à des situations qui, au fond, ne font que traduire une disjonction de la Constitution et de la démocratie. En effet, la qualification officielle du fait historique et son inscription dans le droit constitutionnel, réduit à néant la liberté d'expression et fait de l'historien un délinquant potentiel dès lors que son activité de recherche le conduit inévitablement à révéler le caractère mensonger de la soi-disant « vérité historique ».

\*\*\*

---

<sup>14</sup> Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, 2018, p. 370.

<sup>15</sup> A. Rallo Lombarte, *Memoria democrática y Constitución, Teoría y Realidad constitucional*, 2023, p. 118.

Stéphane Pierré-Caps

*Constitution et la mémoire historique:  
progrès ou régression du constitutionnalisme?*

**Abstract:** Liberal constitutionalism, traditionally defined as the status of political power, also contains a self-representation of society, expressed by the concept of nation. For a long time, the concept of nation was unthinkable in constitutional law, because the nation was self-evident or posed too many questions for it to be possible to give a legal definition. This is no longer the case today: modern constitutions establish the nation as a legal reality distinct from the State; because the less the nation exists in fact, the more it must be proclaimed in law. In this qualification of the concept of nation, history plays a fundamental role, whether to substantiate the precedence, even mythical, of the nation in relation to the State, by making the constitution the expression of a national novel; or to issue a historical truth forged by political power. This “demotic constitutional law” tends to make constitutional law a substantial right, which is not without unease, since the memorial function of the constitution is instrumentalized by illiberal political power, like Russia, even Hungary. The constitution is then nothing more than a lie and the professional historian a potential criminal.

**Keywords :** Constitution – Nation – History – Demotic constitutional law – Memory function

\*\*\*

**Stéphane Pierré-Caps** - Professeur émérite de droit public à l'Université de Lorraine (stephane.pierre-caps@univ-lorraine.fr)

**La memoria attraverso il processo.  
Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione  
degli illeciti storici \***

*Giorgio Resta*

SOMMARIO: 1. Il diritto privato e le politiche di riparazione per illeciti storici. – 2. La storia e il tempo del diritto. – 3. Punire, riparare, risarcire. – 4. Dai debiti di memoria agli obblighi di risarcimento. – 5. La responsabilità civile per gli illeciti storici e le alternative istituzionali.

*1. Il diritto privato e le politiche di riparazione per illeciti storici*

Quando ho ricevuto l'invito a partecipare a questo importante convegno si stavano svolgendo le battute conclusive della travagliata vicenda giudiziaria concernente le azioni risarcitorie promosse dagli internati militari in Germania. La Corte costituzionale, con sentenza 4 luglio 2023, n. 159 ha rigettato le censure di costituzionalità mosse contro il c.d. fondo ristori disposto dal Governo Draghi (art. 43, c. 3, decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito con legge 29 giugno 2022, n. 79)<sup>1</sup>, nella parte in cui si esclude l'esecuzione forzata basata su titoli attinenti alla liquidazione dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano<sup>2</sup>.

Mi è quindi parso non inopportuno inserire, nel quadro della riflessione sulla c.d. *cancel culture*<sup>3</sup>, un contributo sulla funzione 'memoriale' del processo civile e più in generale sull'apporto delle tecniche privatistiche al governo delle c.d. ingiustizie della storia (espressione che si userà in maniera sinonimica rispetto a quella di "illeciti

---

\* Il contributo è parte degli Atti del IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", tenutosi presso il Campus Einaudi dell'Università di Torino e il Polo del '900, il 2 e il 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> Su cui v. G. Boggero, *La reazione del Governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell'art. 43 d.l. 30 aprile 2022, n. 36*, in *SIDIBlog*, 25-5-2022, <http://www.sidiblog.org/>.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. 4 luglio 2023, n. 159, con nota di A. Jr. Golia, *Dopo la disaggregazione. La sent. n. 159/2023 come 'amministrazione diplomatica' tra argomentazione giuridica e giustizia costituzionale*, in *Nomos*, n. 3, 2023, 1.

<sup>3</sup> V. ad es. T. Yin, *'Cancel Culture' v. 'Ban the Box'*, 13 *Alabama Civ. Rights & Civil Lib. L. Rev.* 213 (2022); Aa.Vv., *Contested Histories in Public Spaces. Principles, Processes, Best Practices*, London, 2021.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

storici”)<sup>4</sup>. La vicenda italiana dei risarcimenti alle vittime di crimini di guerra, per come si è sviluppata e in particolare per la sostanziale impossibilità di soddisfarsi sul patrimonio del soccombente (anche prima dell’introduzione del d.l. 36/2022), mette in evidenza un dato importante, e cioè il diffuso ricorso alle azioni in responsabilità civile come strumento preordinato non soltanto ad ottenere un ristoro patrimoniale per un torto subito, quanto come tecnica in grado di ristabilire attraverso un accertamento imparziale la verità dei fatti, preservarne la memoria e in ultimo suggellare la garanzia giuridica del valore di persona rispetto ad illeciti che mettono in discussione le basi stesse del rispetto della dignità umana<sup>5</sup>.

Da questo punto di vista, l’esperienza dei risarcimenti agli internati militari italiani in Germania e alle vittime di crimini nazi-fascisti commessi sul nostro territorio costituisce una tessera di un più ampio mosaico che va sempre più arricchendosi su scala sovranazionale<sup>6</sup>. Esso descrive la progressiva – e non incontrovertita – traslazione della questione della “riparazione” per le c.d. ingiustizie della storia dalla politica al diritto, e poi ancora dal diritto pubblico al diritto privato<sup>7</sup>.

Sono molte le tecniche privatistiche astrattamente invocabili e concretamente utilizzate per il governo di tali conflitti: il diritto di proprietà, relativamente alla restituzione dei beni illecitamente appropriati (dalle terre ancestrali ai beni culturali)<sup>8</sup>; il diritto d’autore, rispetto al problema delle esclusive sui documenti prodotti nel quadro di eventi storici rilevanti<sup>9</sup>; i diritti della personalità, quale istituto deputato a disciplinare,

---

<sup>4</sup> Sulle due formule, che designano eventi o pratiche storiche attualmente ritenute lesive di beni e valori primari dell’ordinamento giuridico, v. ad es. J. Thompson, *Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants*, in 112 *Ethics* 114 (2001); G. Johnstone – J. Quirk, *Repairing Historical Wrongs*, 21 *Social & Legal Studies* 155 (2012).

<sup>5</sup> Sul punto, sin d’ora, M. Loth, *Is Tort Law a Remedy for Historical Injustice? On Post-Colonial Redress, Slavery Reparations, and the Legitimizations of Tort Law*, 11 *Journ. Eur. Tort L.* 181 (2020); A. Garapon, *Peut-on réparer l’histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, 2008.

<sup>6</sup> Sulla vicenda in oggetto sia consentito il rinvio a G. Resta, *La responsabilità civile e le ingiustizie della storia: il caso dei crimini nazi-fascisti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2021, 99.

<sup>7</sup> Circa le anfibologie del termine « riparazione », J. Michel, *‘Réparer l’histoire’: peut-il avoir un sens?*, in *Paideutika*, 37 (2023), 96.

<sup>8</sup> Quanto al primo profilo v. ad es. S. Keenan, *Subversive Property. Law and the production of spaces of belonging*, Abingdon, 2015, 97 ss.; C. Elliott, *Constitution: Performance Evidence in Aboriginal Land Claims*, in R. Sherwin – D. Celemajer (a cura di), *A Cultural History of Law in the Modern Age*, London, 2019, 47; P. Nadasdy, *‘Property’ and Aboriginal Land Claims in the Canadian Subarctic: Some Theoretical Considerations*, in 104 *Am. Anthropol.* 247 (2002); circa il secondo A. Mattez, *Restitution of cultural property: the rise and fall of a cosmopolitan ideal*, in 30 *Int. J. Heritage Studies* 165 (2024); T. O’ Donnell, *The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of Medusa?*, in 22 *European Journal of International Law* 49 (2011).

<sup>9</sup> Un ampio dibattito si è sviluppato circa l’opportunità di disapplicare la disciplina del *copyright* rispetto ai documenti storici legati all’Olocausto, dai diari di Goebbels alle opere prodotte dai reclusi nei campi di concentramento. Per una dettagliata disamina di problemi e soluzioni, v. G. Pessach – M. Shur-Ofry, *Copyright and the Holocaust*, 30 *Yale Journal of Law & Humanities* 121 (2018).

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

tra gli altri aspetti, la rappresentazione pubblica di eventi del passato<sup>10</sup>. In questo campo, però, l'attenzione cade soprattutto sul diritto della responsabilità civile, il quale sta assumendo una funzione sempre più centrale di strumento soddisfacente di pregiudizi materiali o immateriali, in concorso o in alternativa ad altre tecniche pur emergenti come quella indennitaria, memoriale o delle scuse riparatorie<sup>11</sup>.

Il discorso che si svolgerà è imperniato sui seguenti assunti, qui presentati in maniera assiomatica:

a) tra l'abbattimento di una statua, la memoria istituzionalizzata<sup>12</sup>, e la proposizione di azioni risarcitorie inerenti illeciti storici sussiste una sottile continuità, in quanto strumenti di valorizzazione di interessi generalmente pretermessi e che chiedono riconoscimento politico o giuridico;

b) la giuridificazione degli eventi storici operata attraverso il giudizio di responsabilità civile presenta aspetti non meno problematici di quelli coinvolti dalle varie forme di *epistemic repair*<sup>13</sup> e produce un profondo rimescolamento tra logiche ordinamentali diverse, come quelle del diritto pubblico e del diritto privato, del diritto municipale o del diritto internazionale;

c) il processo civile – fermi restando tutti i suoi limiti intrinseci – rimane uno strumento importante e quantomeno complementare rispetto ad altri strumenti di riparazione dei pregiudizi da illeciti storici, come lo strumento indennitario e le politiche memoriali.

d) sovente esso ha operato come primo miglio per il riconoscimento di pretese destinate a confluire nella ricostruzione della memo dal lato delle vittime o nella risignificazione del patrimonio culturale.

## 2. *La storia e il tempo del diritto*

Una premessa che merita di essere esplicitata è che i temi in oggetto ci portano al cuore di una questione di grande portata, che è quella del mutamento del significato del 'passato' non soltanto sul piano teoretico ma anche su quello strettamente fenomenico.

---

<sup>10</sup> In tema v. G. Resta – V. Zeno-Zencovich, *Judicial 'Truth' and Historical 'Truth': The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, in 31 *Law & History Review* 843 (2013), spec. 867 ss.; A. De Baets, *Responsible History*, New York–Oxford, 2010, 72 ss.; S. Gottwald, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell*, Berlin, 1996, 47 ss.

<sup>11</sup> Per una presentazione sistematica dei vari strumenti di riparazione degli illeciti storici, v. J. Torpey, *Introduction. Politics and the Past*, in Id., a cura di, *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Lanham-Boulder-New York-Oxford, 2003, 1, 6.

<sup>12</sup> A questo riguardo v. A. Mastromarino, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018, 63 ss.

<sup>13</sup> V. ad es. S. Song, *Denial of Japan's Military Sexual Slavery and Responsibility for Epistemic Amends*, in 35 *Social Epistemology* 160 (2021).

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

Il rapporto tra presente e passato nel prisma della dimensione giuridica non è fisso, ma sta mutando in maniera profonda e molto rapida.

Se si consente il parallelo un po' inconsueto, il fenomeno in atto è paragonabile, per rilevanza e intensità, a quanto avvenuto nella pratica e nella cultura musicale europea tra 1700 e 1800<sup>14</sup>. Sino alla fine del '700 la musica colta era connotata dal paradigma estetico della contemporaneità del gusto, scolpito nell'affermazione di Johannes Tinctoris secondo cui "non esiste una composizione musicale vecchia più di quarant'anni che sia ritenuta degna di esecuzione da parte degli eruditi"<sup>15</sup>. Per via di una serie di fattori concorrenti, riconducibili in gran parte all'estetica romantica, agli inizi del 1800 il paradigma si incrina. Anche la musica più risalente inizia ad essere eseguita con più frequenza, anzi la riscoperta di musica antica viene incoraggiata come strumento di comprensione e consolidamento di una tradizione nazionale. L'evento paradigmatico, da questo punto di vista, è l'esecuzione dell'11 marzo 1829 a Berlino, sotto la direzione di Moses Mendelssohn, della Passione secondo Matteo di J.S. Bach, un'opera che era stata eseguita soltanto 4 volte e non più rappresentata dopo la morte di Bach<sup>16</sup>. È in quel momento che si delinea l'idea di 'repertorio' e si scava nella musica del passato per esplicitare un'idea di identità nazionale in musica, da rappresentare nei programmi dei teatri d'opera e delle sale da concerto. La disarticolazione del rapporto tradizionale tra presente e passato produce una serie di conseguenze a cascata, centrali per la comprensione della teoria e della pratica musicale, tra i quali la dissociazione tra autore e interprete dell'opera musicale, il problema del vincolo alla discrezionalità esecutiva dell'interprete; l'esigenza di perfezionamento della scrittura musicale e delle indicazioni esecutive; il problema della natura offensiva delle opere musicali in contesti spazio-temporali radicalmente mutati<sup>17</sup>.

Ebbene, i nostri ordinamenti giuridici stanno vivendo una stagione analoga a quella conosciuta dalla musica colta tra diciottesimo e diciannovesimo secolo. Non diversamente dalla musica, anche il diritto ha tradizionalmente limitato la propria attenzione ai soli eventi (spazialmente prossimi e) temporalmente collocabili nella contemporaneità o nell'immediato passato.

Il raggio di incidenza delle norme giuridiche risultava infatti rigorosamente circoscritto, oltre che sul piano spaziale, anche su quello temporale. Dal primo punto di vista, la territorialità fungeva da norma cardine del diritto internazionale<sup>18</sup>, almeno qualora fossero in questione i rapporti tra entità statali pari-ordinate (quando invece la

---

<sup>14</sup> Per quanto segue v. G. Resta, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema "diritto e musica"*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2011, 435.

<sup>15</sup> J. Tinctoris, *Liber de arte contrapuncti*, 1477, come citato da P. Vendrix, *Concezioni diverse della storia musicale*, in *Enciclopedia della musica*, X, *Il sapere musicale*, Torino, 2022, 592.

<sup>16</sup> A. Planchart, *L'interpretazione della musica antica*, in *Enciclopedia della musica*, X, *Il sapere musicale*, cit., 1012.

<sup>17</sup> G. Resta, *Il giudice e il direttore d'orchestra*, cit., 444-447.

<sup>18</sup> C. Ryngaert, *International Jurisdiction Law* in A. Parrish – C. Ryngaert (eds.), *Research Handbook on Extraterritoriality in International Law*, Cheltenham, 2023, 14.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

proiezione del diritto interno andava a danno di sistemi soggiogati o percepiti come subordinati, come nel caso sino-giapponese del XIX secolo, la rigidità del dogma era pacificamente pretermessa)<sup>19</sup>. Dal secondo punto di vista, l'assioma dell'irretroattività della legge, assieme a una serie articolata di dottrine e istituti come quelli dell'insindacabilità degli atti di natura politica e della prescrizione, operavano come barriere atte ad escludere che eventi già conclusi e lontani nel tempo rientrassero nella sfera di incidenza del diritto, e quindi anche nella competenza della giurisdizione. Questo era certamente vero per quanto concerne le ingiustizie della storia, ossia quegli eventi singoli o cumulativi, come la schiavitù, la colonizzazione, l'internamento in scuole residenziali, la segregazione razziale, rispetto ai quali non si esiterebbe oggi ad esprimere un giudizio di illiceità, ma che all'epoca del loro compimento non erano qualificati come tali, o che comunque risultano così distanti dal tempo presente da far ritenere i relativi effetti ormai irrimediabilmente conclusi e non più apprezzabili *sub specie iuris*. Il governo sociale di tali ingiustizie, o in chiave moderna illeciti storici, era quindi rimesso ad altri sistemi sociali, come la politica o la religione<sup>20</sup>.

Detto altrimenti, la storia non rientrava nel *tempo del diritto*<sup>21</sup>, mentre era diffusa la convinzione che soltanto il decorso del tempo avrebbe potuto curare le ferite della storia.

I mutamenti ai quali stiamo assistendo oggi su scala globale disarticolano in profondità ciascuna delle due coordinate di riferimento:

a) quella spaziale, perché da un lato la digitalizzazione e dall'altro le crisi planetarie, hanno innescato un processo di dilatazione dell'ambito geografico di applicazione delle norme, che sta fortemente minando la centralità del territorio quale principale criterio di imputazione della giurisdizione<sup>22</sup>;

b) quella temporale, perché nell'epoca post-coloniale (e dopo Auschwitz) ci troviamo immersi in una rete di doveri morali che tende a rendere ciascuno di noi contemporaneo rispetto ai torti subiti o arrecati nel passato<sup>23</sup>. Questi doveri travalicano sempre più la sfera della morale e lo spazio della politica per acquisire una vera e propria valenza giuridica, nella forma di obblighi di memoria o di più specifici – e se possibile ancor più controversi – obblighi di riparazione. In tal modo “l’histoire, fût-

---

<sup>19</sup> P.K. Cassel, *Grounds of Judgement: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford, 2012.

<sup>20</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, 69 *Univ. Toronto L. J.* 421 (2019).

<sup>21</sup> In generale v. Y. Thomas, *La vérité, le temps, le juge, et l'historien*, in «Le Débat», n. 102, 1998, 17 ss.

<sup>22</sup> C. Ryngaert – A. Parrish, *Introduction to the Research Handbook on Extraterritoriality in International Law*, in A. Parrish – C. Ryngaert (eds.), *Research Handbook on Extraterritoriality in International Law*, 5.

<sup>23</sup> Sulla nuova dimensione temporale del diritto L. Israël, *Le armi del diritto*, trad. it., Milano, 2012, 89 ss.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

elle la plus ancienne”, è ricondotta “à portée de droit”<sup>24</sup>, sì che ad “ancient wrongs”, come si è ben scritto, vengono ormai a corrispondere “modern rights”<sup>25</sup>.

Fra l’abbattimento di una statua, l’introduzione di una legge memoriale e la riparazione di un torto subito corre un filo di sottile continuità. Parliamo in ciascun caso di pretese che traggono origine da uno o più eventi ‘storici’ oggi percepiti da singoli gruppi o dall’intera comunità come ingiusti. Ciò che muta sono le forme soddisfattive richieste, nei primi due casi operanti sul piano del c.d. spazio pubblico memoriale<sup>26</sup>, nell’ultimo su quello prettamente giuridico della creazione di un obbligo risarcitorio volto alla traslazione dei costi dell’illecito dalla sfera del danneggiato a quella del danneggiante.

Entrambe queste tipologie di obblighi sono divenute di stringente attualità, come indicano le formule icastiche del “*memory-boom*”<sup>27</sup>, da un lato, e della “giurisdizionalizzazione della storia”, dall’altro<sup>28</sup>.

Nel prosieguo mi soffermerò soltanto sulla seconda categoria, per mostrare come sia oggi riscontrabile un itinerario volto, per un verso, alla dilatazione del raggio temporale di incidenza degli obblighi di riparazione e, per altro verso, alla valorizzazione della responsabilità civile non soltanto come tecnica “finale” di amministrazione degli illeciti storici, ma anche come strumento propulsivo volto a proiettare sullo spazio pubblico pretese minoritarie e tradizionalmente pretermesse.

### 3. Punire, riparare, risarcire

All’indomani della I guerra mondiale, la questione delle riparazioni per i danni della guerra scatenata dagli imperi centrali viene ancora percepita come tema rilevante essenzialmente sul piano della politica e dei rapporti tra Stati, da risolvere – come poi avverrà con il Trattato di Versailles – nel chiuso di una conferenza diplomatica.

La situazione, com’è noto, inizia a mutare radicalmente dopo la II guerra mondiale, e in particolare con i processi di Norimberga e di Tokyo, quando non già un singolo evento, bensì un lasso temporale di più di 10 anni, visto nel suo insieme, nelle sue cause, nel suo svolgersi, nei suoi effetti, viene per la prima volta sottoposto all’attenzione di un Tribunale internazionale e giudicato nel rispetto di tutte le garanzie

<sup>24</sup> J. Michel, *‘Réparer l’histoire’: peut-il avoir un sens?*, in *Paidotika*, 37 (2023), 96, 99.

<sup>25</sup> G. Sher, *Ancient Wrongs and Modern Rights*, in *10 Philosophy & Public Affairs* 3 (1981).

<sup>26</sup> In tema v. C.M. Bianca, *La memoria storica collettiva come bene giuridico*, in M. Bianca, a cura di, *Memoria versus oblio*, Torino, 2019, 23.

<sup>27</sup> Peter J. Verovšek, *Collective Memory, Politics, and the Influence of the Past: The Politics of Memory as a Research Paradigm*, 4 *Politics, Groups, & Identities* 529 (2016).

<sup>28</sup> A. Melloni, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in O. Marquard – A. Melloni, a cura di, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008, 30.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

tipiche dell'attività giurisdizionale<sup>29</sup>. È in questo momento che la storia fa il suo ingresso sul palcoscenico della giurisprudenza, chiamando il giudice e lo storico a recitare diverse parti del medesimo copione<sup>30</sup>.

La "tribunalizzazione della storia" è in questa fase essenzialmente circoscritta al diritto penale. È lo Stato (o la comunità internazionale) che, esercitando l'azione penale, si fa garante dell'apprezzamento *sub specie iuris* dei comportamenti passati, squarciando se necessario il velo, sino allora impenetrabile, costituito dai paradigmi dell'irretroattività della legge penale e della naturale prescrizione dei reati.

Con il processo Eichmann (1961), il ruolo delle vittime inizia ad assumere maggiore visibilità e rilevanza, sia pure sempre all'interno di una cornice prettamente penalistica<sup>31</sup>. Nel dar pubblica voce alle drammatiche testimonianze di tante donne e tanti uomini (circa 120 testimoni) privati della loro umana dignità dal regime nazista, tale processo costituì una pietra miliare nel percorso di riscrittura della storia dal lato delle vittime.

Un punto di svolta ancora più incisivo si ebbe con l'avvento del paradigma della *transitional justice*, che accompagnò sul finire del XX secolo il passaggio alla democrazia di regimi dittatoriali o fondati sulla sistematica violazione dei diritti umani. La posizione delle vittime ebbe in questo modello un rilievo centrale anche al di fuori dello schema repressivo del diritto penale<sup>32</sup>. Nei procedimenti promossi di fronte alle *Truth Commissions* istituite nei vari teatri di guerra civile o di violenza genocidaria (dal Sudafrica, al Ruanda, al CONADEP argentino), il racconto dei sopravvissuti o delle famiglie delle vittime acquisì uno spazio inusitato, consentendo l'emersione di pretese sino allora pretermesse e l'attivazione di nuove forme rimediale, come quelle incentrate sulla chirurgia dello spazio pubblico e sulle scuse riparatorie.

Le istanze volte al riconoscimento di un debito di memoria (o di un debito di riparazione) si allargarono ben presto oltre i contesti di transizione, per investire anche le democrazie stabili.

Alcune di queste sembravano aver chiuso i conti con gli aspetti più oscuri del proprio passato, macchiato dai totalitarismi (Italia, Germania, Giappone), dal colonialismo (Francia, Inghilterra, Germania, Belgio, Olanda, Italia), dalla schiavitù e dalla segregazione razziale (*ex plurimis* Stati Uniti). Piani interni o interstatali di indennizzazione, leggi di amnistia, politiche memoriali, erano soltanto alcuni degli strumenti utilizzati. Essi sembravano in grado di comporre, almeno sul piano delle relazioni internazionali, i residui conflitti e sopire le pregresse rivendicazioni. Il tempo ha dimostrato, tuttavia, che la pacificazione che si immaginava raggiunta era soltanto

<sup>29</sup> A. Wieviorka, *Justice, Histoire et Mémoire. De Nuremberg à Jérusalem*, in *Droit et société*, 1998, 59.

<sup>30</sup> M. Stolleis, *Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker*, in N. Frei– D. Van Laak – M. Stolleis, a cura di, *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München, 2000, 173.

<sup>31</sup> D. Salas, *Guérir des blessures de l'histoire : illusion ou défi pour la justice ?*, in 33 *Histoire de la justice* 9 (2022), spec. 10.

<sup>32</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, 426.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

illusoria e parziale, non tenendo pienamente conto della prospettiva e delle esigenze delle vittime in quanto persone.

Sollecitati anche dal successo arriso agli schemi di *transitional justice*, tanti soccombenti della storia, in prima persona o in qualità di discendenti, iniziarono ad avanzare domande volte al riconoscimento giuridico dei torti direttamente o indirettamente subiti, individuando generalmente nelle strutture statali i continuatori più prossimi degli originari responsabili di singoli atti illeciti o di assetti sistemici di dominio e assoggettamento<sup>33</sup>.

#### 4. *Dai debiti di memoria agli obblighi di risarcimento*

Disgiunte dalla pressione sociale che, nel caso di forti discontinuità nel regime politico, aveva favorito l'emersione e la tutela delle istanze variamente volte alla ricostruzione della verità, all'istituzionalizzazione della memoria, o al ristoro dei pregiudizi, le domande proposte in contesti di democrazia stabile faticano, soprattutto in una prima fase, a trovare seguito.

Una serie di barriere, tanto di natura politica (si pensi soltanto all'annoso tema della punizione per i crimini compiuti dal regime nazista, rispetto all'esigenze di non intaccare l'equilibrio euro-atlantico)<sup>34</sup>, quanto culturale (come la perdurante presenza del pregiudizio eurocentrico)<sup>35</sup>, quanto giuridica (dalle leggi di amnistia, al principio dell'immunità giurisdizionale degli stati, all'istituto della prescrizione), hanno ostacolato e ritardato il processo di confronto con il passato schiavista, razzista, e coloniale di molte società occidentali. Il tema della violazione dei diritti umani, e di riflesso della loro riparazione, era spesso visto come tema centrale, ma ormai affrontato e superato dalle società occidentali con il *fresh start* rappresentato dal costituzionalismo postbellico; era, in altri termini, una questione operativamente rilevante *altrove*.

Le prime crepe in questo muro di studiata inconsapevolezza hanno però iniziato a manifestarsi sul versante privatistico. Più flessibile e meno esposto all'influenza della ragion di stato, il diritto privato ha offerto in diversi casi una prima ed importante camera di compensazione delle tensioni innescate dagli illeciti storici e destinate a riemergere in forme e con tempistiche diverse nelle varie aggregazioni sociali. D'altronde, come ebbe a notare Dante Livio Bianco all'indomani della guerra di liberazione, le tecniche più sottili ed efficaci di 'riscrittura' degli eventi del passato non sono necessariamente quelle che si avvalgono delle fanfare del processo penale, ma sovente sono le più banali e discrete azioni civili, quelle condotte "nell'ambiente grigio

<sup>33</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, 425.

<sup>34</sup> F. Focardi, *Criminali di Guerra in libertà. Un accordo segreto tra Italia e Germania federale, 1949–1955*, Roma, 2008, 35.

<sup>35</sup> C. Stahn, *Confronting Colonial Amnesia. Towards New Relational Engagement with Colonial Injustice and Cultural Colonial Objects*, 18 *Journal Int'l Crim. Justice* 793 (2020); C. Hall, *Doing reparatory history: bringing 'race' and slavery home*, 60 *Race & Class* 3 (2018).

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

e smorto delle cause civili, senza risonanza di pubblicità, nel chiuso di sbiadite trattazioni curialesche, alla spicciolata, un colpo qui e un colpo là”<sup>36</sup>.

Un primo, importante, esempio su scala sovranazionale è offerto dalla *Holocaust litigation* statunitense, inaugurata alla metà degli anni ‘90 da tre *class actions*, promosse da sopravvissuti o da familiari delle vittime della *Shoah* nei confronti di alcune banche svizzere e incardinate sulla base dell’*Alien Tort Claims Act*<sup>37</sup>. Concluso da una serie di transazioni che nel complesso hanno portato al pagamento di otto miliardi di dollari da parte di banche, assicurazioni e imprese che avevano lucrato dal genocidio ebraico, questo primo contenzioso ha fatto emergere un dato importante, che si ripresenterà anche in seguito e che è essenziale per comprendere la fortuna arrisa all’istituto della responsabilità civile sul terreno della riparazione dei torti della storia. Le domande proposte nei confronti dei soggetti privati soltanto indirettamente coinvolti nella violazione dei diritti umani hanno operato nel contesto statunitense come primo anello di una più ampia catena, dove l’azione politica, l’associazionismo e i *mass media* hanno tutti assunto una posizione di rilievo, facendo sì che la sola minaccia del processo divenisse una sanzione reputazionale tanto efficace da spingere le parti a una composizione stragiudiziale<sup>38</sup>. Come ho già osservato altrove, “l’effetto principale delle azioni in oggetto, probabilmente, è stato quello di proiettare il tema delle riparazioni per i pregiudizi sofferti dalle vittime all’interno del circuito dell’opinione pubblica, innescando un dibattito sulla sottile connivenza di parte del sistema industriale, bancario e assicurativo europeo con i crimini contro l’umanità compiuti dai regimi dittatoriali degli anni ‘30 e ‘40”<sup>39</sup>.

Questa stessa dinamica si è riproposta, forse con un grado di incidenza ancora maggiore, in altri casi di violazioni massive di diritti umani, come quello delle schiave sessuali sudcoreane all’epoca dell’occupazione militare giapponese<sup>40</sup> e, soprattutto, quello delle *residential schools* canadesi<sup>41</sup>. Qui, in particolare, le più di 12.000 azioni risarcitorie promosse nei confronti del governo canadese e degli istituti ecclesiastici cattolici per gli abusi sessuali e il genocidio culturale subiti tra Ottocento e Novecento da più di 150.000 persone appartenenti alle *First Nations*, *Métis* e *Inuit*, internati negli istituti residenziali per finalità “educative”, hanno innescato un aperto processo di confronto con il passato che ha coinvolto profondamente la società canadese. Le scuse riparatorie offerte prima dal Governo, e poi nel 2022 da Papa Francesco, assieme

<sup>36</sup> D. Livio Bianco, *Partigiani e C.L.N. davanti ai tribunali civili*, in «Il ponte», 1947, p. 1034.

<sup>37</sup> M. Bazylar, *Holocaust, Genocide, and the Law*, Oxford, 2016, p. 153; N. Vardi, *Privatizzazione dei contenziosi e risarcimento per illeciti storici. Il caso della Holocaust litigation*, in G. Resta – V. Zeno-Zencovich, a cura di, *Riparare risarcire ricordare*, cit., 156 ss.

<sup>38</sup> M. Bazylar, *Holocaust, Genocide, and the Law*, 162 ss.

<sup>39</sup> G. Resta, *La responsabilità civile e le ingiustizie della storia: il caso dei crimini nazi-fascisti*, 107.

<sup>40</sup> T. Webster, *South Korea Shatters the Paradigm: Corporate Liability, Historical Accountability, and the Second World War*, 26 *UCLA J. Int’l L. & For. Aff.* 123 (2022); P. Gap Min – T.R. Chung – S. Sage Yim, *The Transnational Redress Movement for the Victims of Japanese Military Sexual Slavery*, Berlin, 2020.

<sup>41</sup> G. Resta, *Il giudizio e la costruzione della verità storica. Note a margine dell’esperienza canadese*, in *Soc. dir.*, 2013, 87, 101-106.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

all'istituzione di un piano di indennizzazione predisposto da una commissione presieduta dal giudice Frank Iacobucci<sup>42</sup>, possono intendersi come l'atto finale di una complessa vicenda, che ha avuto nei giudizi di responsabilità civile un tassello primario, tanto dal punto di vista temporale, quanto da quello dell'efficacia propulsiva.

L'impiego dell'azione civile in funzione 'strategica', come strumento di proiezione sul piano del dibattito pubblico di temi pretermessi dalla coscienza politica di un paese, è tanto più rilevante quando gli ostacoli di natura tecnico-giuridica rendono *ex ante* inverosimile il successo delle domande risarcitorie.

Una serie di barriere si frappongono infatti all'utilizzo dello strumento risarcitorio per fini di riparazione degli illeciti storici. Tra gli assunti che hanno tradizionalmente fatto da argine, nelle varie tradizioni giuridiche, all'estensione in chiave 'retrospettiva' del giudizio di responsabilità, meritano di essere schematicamente ricordati i seguenti<sup>43</sup>.

- a) L'assunto dell'immunità degli Stati per gli atti compiuti nei confronti di soggetti privati (principio del *King can do no wrong*, al quale corrisponde sul piano internazionalistico l'assunto dell'immunità giurisdizionale per atti compiuti *iure imperii*);
- b) Il principio *tempus regit actum* (rispetto ad eventi e comportamenti qualificati giuridicamente leciti – o persino obbligatori – al momento del loro compimento);
- c) Il problema della prescrizione (rispetto ad illeciti risalenti nel tempo);
- d) Il problema della legittimazione ad agire da parte dei discendenti delle vittime primarie (si pensi tipicamente alle azioni risarcitorie per la tratta in schiavitù);
- e) Il problema del nesso eziologico insito nel giudizio prognostico retrospettivo (specie in presenza di un alto numero di concause astrattamente individuabili nell'ampio lasso temporale tra fatto e danno di cui si chiede il risarcimento);
- f) Le difficoltà insite nella prova dei fatti, specie là dove l'illecito sia avvenuto in società illetterate o in modalità tali da non lasciare tracce documentali (si pensi al caso dei *desaparecidos*, all'internamento in un campo di sterminio nazista, o all'assenza di registri anagrafici per gli schiavi);
- g) I limiti posti all'utilizzo della *vicarious liability* rispetto agli illeciti intenzionali del dipendente.

##### 5. La responsabilità civile per gli illeciti storici e le alternative istituzionali

<sup>42</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, cit., 440.

<sup>43</sup> In tema M. Loth, *Is Tort Law a Remedy for Historical Injustice? On Post-Colonial Redress, Slavery Reparations, and the Legitimations of Tort Law*, cit., 202; M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, cit., 428 ss.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

Trent'anni di confronto giurisprudenziale con il tema della riparazione degli illeciti storici insegnano che molti degli ostacoli di natura tecnica sono suscettibili di essere aggirati o superati attraverso una lettura evolutiva e *human-rights compliant* del diritto della responsabilità civile.

Se si assumono come laboratorio di indagine le controversie originate dai crimini nazi-fascisti in Italia<sup>44</sup>, dall'occupazione giapponese della Corea del Sud<sup>45</sup>, dal genocidio culturale delle popolazioni aborigene in Canada<sup>46</sup>, dalle repressioni violente da parte dell'Inghilterra della rivolta dei Mau-Mau in Kenya<sup>47</sup> o dell'Olanda rispetto ai movimenti indipendentisti in Indonesia<sup>48</sup>, dal genocidio degli Herero e dei Nama commesso dalla Germania<sup>49</sup>, sarà possibile estrapolare alcune tendenze, che possiamo ritenere emblematiche della capacità di adattamento del diritto privato – e del diritto della responsabilità civile in particolare – alle istanze di '*retrospective accountability*'.

L'impiego sinergico di principi e argomenti mutuati da altri settori dell'ordinamento, *in primis* il diritto internazionale e il diritto costituzionale, ha indotto i giudici a scardinare sul piano dogmatico o a smussare su quello pratico l'effetto preclusivo di alcuni degli assiomi precedentemente elencati. Di seguito ne proponiamo un'elencazione esemplificativa.

La regola della prescrizione dell'azione risarcitoria è stata quasi unanimemente disapplicata: gli illeciti di violazione dei diritti umani – si è deciso in Italia, in Olanda, in Inghilterra – seguono il regime internazionalistico dell'imprescrittibilità e non quello codicistico dell'illecito civile<sup>50</sup>.

L'istituto della responsabilità vicaria è stato reso sensibilmente più flessibile attraverso una lettura elastica della nozione di *employment* e la riduzione teleologica dell'eccezione relativa agli atti intenzionali del dipendente<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> G. Resta, *La responsabilità civile e le ingiustizie della storia: il caso dei crimini nazi-fascisti*, cit., spec. 116-120.

<sup>45</sup> M. Seong-Hak Kim, *History Is Not Destiny: Colonial Compensation Litigation and South Korea-Japan Relations*, in *Journ. Asian Studies*, 2022, 1; T. Webster, *The Price of Settlement: World War II Reparations in China, Japan, and Korea*, 51 *Int'l L. & Politics* 301 (2019).

<sup>46</sup> M. Moran, *The role of reparative justice in responding to the legacy of Indian Residential Schools*, 64 *U. Toronto L. J.* 529 (2014).

<sup>47</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, cit., 428-438.

<sup>48</sup> E. de Volder – A.M. de Brouwer, *The Impacts of Litigation in Relation to Systematic and Large-Scale Atrocities committed by the Dutch Military Forces in the 'Dutch East Indies' between 1945-1949*, Amsterdam, 2019.

<sup>49</sup> H. Melber, *Germany and Namibia: Negotiating Genocide*, in 22 *Journal of Genocide Research* 502 (2020).

<sup>50</sup> Per la giurisprudenza italiana, v. le pronunzie richiamate in G. Resta, *La responsabilità civile e le ingiustizie della storia: il caso dei crimini nazi-fascisti*, cit., 120; tra i casi olandesi District Court Hague, 22-11-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13556 (*South Sulawesi children case*); più restrittiva, sia pur con qualche apertura in ordine alle modalità di calcolo del decorso del tempo, la giurisprudenza francese in materia di risarcimento per la riduzione in schiavitù all'epoca coloniale: Cass. Civ., 23-3-2023, n. 21-16.474, su cui J. Knetsch, *La réparation de l'esclavage devant la Cour de cassation: manque d'audace ou orthodoxie bienvenue?*, in *Sem. Jur.*, éd. gén., 2023, n. 40, 2023, 1738.

<sup>51</sup> V. in particolare *Mutua v Foreign & Commonwealth Office*, [2012] EWHC (QB) 2678; *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58 [2005].

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

La prova del fatto è stata ammessa entro margini notevolmente più ampi, tramite il ricorso alle prove orali, al fatto notorio, alle risultanze storiografiche<sup>52</sup>.

L'immunità degli Stati è stata notevolmente erosa sia sul piano interno (si pensi all'esperienza inglese) sia su quello internazionale (con l'ordinamento italiano che ha assunto da questo punto di vista il ruolo di apripista, poi sfruttato ad esempio dalle corti sudcoreane nel contenzioso relativo agli abusi sessuali perpetrati dall'esercito giapponese)<sup>53</sup>.

Si è valorizzato il principio dell'irrinunciabilità del diritto al risarcimento rispetto all'efficacia preclusiva degli accordi interstatali o delle leggi di amnistia<sup>54</sup>.

Si è, infine, relativizzata la portata del principio *tempus regit actum* rispetto ad atti o fatti contrastanti con i valori apicali dell'ordinamento giuridico, operandosi una vera e propria riallocazione del "rischio da sviluppo morale" dalla sfera delle vittime a quella del danneggiante.

Ovviamente non tutte le questioni possono dirsi risolte e permangono oscillazioni in sede interpretativa che inducono a guardare al settore in oggetto – specialmente in un'ottica comparativa – più come un cantiere aperto che non come un edificio compiutamente realizzato. Di tali oscillazioni, peraltro, la stessa vicenda italiana del risarcimento per i crimini nazi-fascisti ricordata in apertura offre un riscontro palese al più alto livello giurisprudenziale: da un lato, ad esito di un percorso già fortemente accidentato, si è usata l'arma dei controlimiti per mettere fuori gioco il principio dell'immunità giurisdizionale di uno stato estero per atti compiuti *iure imperii*<sup>55</sup>; dall'altro si è tenuta ferma la regola consuetudinaria dell'immunità statale rispetto agli atti esecutivi, vanificando la portata operativa del coraggioso (o forse incauto?) precedente<sup>56</sup>.

Sta di fatto, comunque, che lo scenario che emerge ad una disamina comparativa condotta a compasso allargato è univocamente connotato dall'estensione del raggio di incidenza delle tecniche privatistiche, e in particolare della responsabilità civile, come strumento di governo degli illeciti storici. Qualora non ci si fermi ad una descrizione del fenomeno, ma si intenda valutarne alcune implicazioni di ordine sia operativo sia giuspolitico, si dovrà necessariamente affrontare l'ovvio – ma non meno difficile – interrogativo dei limiti di un siffatto processo di 'privatizzazione' del governo del passato<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> District Court Hague, 27-7-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8635 (*South Sulawesi*), § 2.51, 2.71; in G. Resta, *La responsabilità civile e le ingiustizie della storia: il caso dei crimini nazi-fascisti*, cit., 119.

<sup>53</sup> V. in tema A. Fazzini, *The Evolution of the State Immunity Law In the Light of the Case Germany v. Italy: Where Do We Stand?*, in *Rass. Dir. Pubb. Eur. Online*, n. 1 (2023), 460.

<sup>54</sup> Cass., sez. un., 29-5-2008, n. 14201, in *Foro it.* 2009, I, c. 1568, con nota di F. Gandini.

<sup>55</sup> Corte cost., 22-10-2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1152 con nota di A. Sandulli, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*.

<sup>56</sup> Corte cost., sent. 4 luglio 2023, n. 159, par. 3.2.

<sup>57</sup> S. Levmore, *Privatizing Reparations*, in 84 *Boston University Law Review*, 1291 (2004).

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

Esso può essere riformulato in due diversi modi. Da un lato evocando il classico problema dello *slippery slope*: fin dove è legittimo andare a ritroso nella ricerca di un responsabile (e, parallelamente, in avanti nella demarcazione dei danni risarcibili) senza snaturare il significato stesso del giudizio di responsabilità e, in particolare, la logica di giustizia correttiva che ne innerva la struttura fondante? Dall'altro lato, in un'ottica di *legal process* e segnatamente nei termini delle alternative istituzionali disponibili: fino a che punto è opportuno affidarsi alle tecniche di diritto privato per l'amministrazione giuridica di illeciti storici a carattere seriale?

Dal primo punto di vista, si può richiamare, in quanto paradigmatica, l'esperienza delle azioni di responsabilità promosse negli Stati Uniti<sup>58</sup> o in Francia<sup>59</sup> dai discendenti di schiavi o ex-schiavi impiegati nei latifondi americani o nelle colonie francesi. Qui è emerso un vero e proprio punto di rottura, oltre il quale la naturale flessibilità del giudizio di responsabilità non regge più e non appare in grado di assorbire le pressioni esterne senza entrare in contraddizione con sé stesso. La linea di displuvio è costituita non tanto dal principio *tempus regit actum*, il quale come si è visto è suscettibile di aggiramento rispetto a illeciti che interrogano nel profondo la *nuova* coscienza morale delle società, quanto dall'impossibilità di ricostruire, sia pure *ex post*, un nesso di relazionalità sufficientemente circostanziato tra l'offensore e il preteso danneggiato<sup>60</sup>. Allorché il torto lamentato non colpisca direttamente la sfera dell'attore in giudizio, bensì quella dei suoi lontani ascendenti, individuati più come gruppo di riferimento che non come singole persone fisiche, risulta difficile invocare in maniera persuasiva i principi della giustizia correttiva, che sono al cuore dello strumento risarcitorio. Questo rischierebbe invece di essere trasformato in una tecnica con valenza eminentemente redistributiva, con una implicita neutralizzazione di uno dei cardini strutturali del giudizio di responsabilità, ossia il nesso di causalità (per quanto riformulata come causalità adeguata, o probabilistica) tra fatto e danno. Non a caso, mentre le azioni promosse dai sopravvissuti o dai prossimi congiunti (individualmente identificabili) delle vittime di un illecito storico hanno prevalentemente trovato udienza presso giudici di varie corti, gli illeciti temporalmente risalenti e privi del carattere 'relazionale' – quali quelli incentrati sugli effetti sistemici della schiavitù o della colonizzazione – non sembrano sino a questo momento aver conseguito generale riconoscimento e sanzione all'interno dei giudizi di responsabilità.

---

<sup>58</sup> E.A. Posner – A. Vermeule, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, in 103 *Columbia Law Review* 689 (2003); *In Re African-American Slave Descendants Litig.*, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. III. 2005); *In Re African-American Slave Descendants Litig.*, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006).

<sup>59</sup> M. Bessone, *Les réparations au titre de l'esclavage colonial : l'impossible paradigme judiciaire*, 102 *Droit et société* 357 (2019) ; K. Picard, *La réparation de l'esclavage colonial et de la traite*, in F. Marchadier, a cura di, *La prohibition de l'esclavage et de la traite des êtres humains*, Paris, 2022 ; Cass. Civ., 23-3-2023, n. 21-16.474 ; Cass. Civ., 17-4-2019, n. 18-13.894 ; App. Fort-de-France, 18-1-2022 - n° 22/20.

<sup>60</sup> M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, cit., 452 ss.; D. Satz, *Countering the Wrongs of the Past: The Role of Compensation*, in *Nomos*, 51, 2012, 129, 139.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

Dal secondo punto di vista, è opportuno domandarsi se in presenza di illeciti seriali, che abbiano coinvolto un gruppo esteso e tendenzialmente omogeneo di vittime, lo strumento risarcitorio sia quello meglio posizionato per assicurare un governo adeguato del conflitto e una appropriata composizione degli interessi coinvolti. Sono infatti disponibili alternative istituzionali che potrebbero essere messe in campo per assicurare meccanismi di riparazione liberi dai vincoli e dai condizionamenti intrinseci del processo civile (quale che sia l'ordinamento di riferimento), tra i quali la possibile discordanza degli esiti rispetto a categorie omogenee di vittime (*forensic lottery*), la difficoltà di assicurare corti effettivamente indipendenti in un contesto di *regime change*, l'elevato costo amministrativo di gestione dell'intero contenzioso, il carattere antagonista (e non orientato alla riconciliazione) dell'accertamento giudiziale dei fatti e dell'applicazione delle sanzioni<sup>61</sup>.

In particolare, l'alternativa più immediata e fruibile è costituita dai piani amministrativi di indennizzazione, deputati ad assicurare una determinata quota a titolo soddisfacente a favore di tutti i coloro i quali appartengano a una determinata categoria e offrano la prova di rientrare nei requisiti di fatto e di diritto prescritti in sede di definizione del piano. Questa tecnica è stata numerose volte utilizzata non soltanto per la gestione dei *mass torts* contemporanei (si pensi al caso dei danni subiti dalle vittime dell'attacco terroristico dell'11 settembre)<sup>62</sup> ma anche per l'amministrazione di specifici illeciti storici. L'ultimo esempio sul piano temporale è offerto dallo schema adottato dal governo Draghi per porre un argine al profluvio di azioni giudiziarie promosse nei confronti della Germania e assicurare un sia pure parziale risarcimento per gli illeciti subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano<sup>63</sup>. Invece un modello più noto su scala comparatistica e più elaborato sotto il profilo organizzativo è costituito dal già menzionato piano elaborato dalla Commissione Iacobucci per gestire in maniera coerente il problema – di grandissimo rilievo per la società canadese – della riparazione dei torti subiti dalle popolazioni aborigene in connessione con il denunciato regime delle *residential schools*<sup>64</sup>.

Ovviamente non esiste un'unica morfologia dei piani di indennizzo e le modalità operative possono variare notevolmente da caso a caso<sup>65</sup>. Ciononostante, prescindendo dalle singole variabili costruttive, è opportuno segnalare che, a fronte degli immediati benefici derivanti dalla riduzione dei costi sociali di amministrazione dell'illecito e dell'eliminazione dell'imprevedibilità degli esiti giudiziali, tale modello di

---

<sup>61</sup> Su questi aspetti v. J. Malamud-Goti – L.S. Grosman, *Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies*, in P. de Greiff, *The Handbook of Reparations*, Oxford, 2006, 539 ss.

<sup>62</sup> S. Issacharoff – A.M. Mansfield, *Compensation for the Victims of September 11*, in P. de Greiff, *The Handbook of Reparations*, cit., 284.

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, nota 1.

<sup>64</sup> Sul punto v. M. Moran, *The Problem of the Past: How Historic Wrongs Became Legal Problems*, cit., 440

<sup>65</sup> J. Malamud-Goti – L.S. Grosman, *Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies*, cit.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.**Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

governo presenta esso stesso degli svantaggi intrinseci rispetto al sistema contenzioso di gestione degli illeciti. Esso, infatti, a differenza del processo civile, non porta a un accertamento oggettivo e imparziale dei fatti (cosa che invece costituisce spesso una delle ragioni fondamentali per cui le vittime agiscono in giudizio); opera un appiattimento di tutte le vittime e non contribuisce al riconoscimento della particolarità di ciascuna vicenda lesiva<sup>66</sup>; trasla il costo del danno sulla collettività e lascia indenni gli offensori; attribuisce a ciascuna vittima un ammontare significativamente minore di quello potenzialmente ottenibile attraverso il giudizio di responsabilità civile.

Per queste ragioni alcuni degli schemi di indennizzazione più avanzati non sono costruiti come radicalmente alternativi rispetto ai giudizi di responsabilità, bensì come strumenti concorrenti, essendo lasciata alle vittime stesse la scelta se avvalersi del piano di indennizzo o del processo civile<sup>67</sup>. Quale che sia l'opzione concretamente adottata o astrattamente desiderabile in ragione delle specifiche circostanze di contesto, preme osservare che alcuni dei più importanti schemi di indennizzo adottati in questo settore non sono emersi a seguito di un autonomo percorso di riflessione condotto nello spazio politico, bensì sono stati favoriti, se non sostanzialmente imposti, dalla *litigation explosion*. Soltanto a seguito delle iniziative giudiziarie, sovente condotte in ottica strategica, il tema della riparazione per i torti subiti è riuscito a imporsi all'attenzione dell'opinione pubblica e a penetrare l'agenda del decisore istituzionale, analogamente a quanto spesso accaduto anche in relazione all'adozione di leggi e pratiche memoriali. Ancora una volta, quindi, giova ribadire l'intrinseca virtù delle tecniche privatistiche, che se usate congiuntamente agli strumenti pubblicistici, oltre che alle iniziative di natura politica e culturale, possono apportare un contributo non disprezzabile al governo delle ingiustizie della storia, sotto il profilo dell'accertamento dei fatti, della conservazione della memoria collettiva e della riparazione dei pregiudizi.

\*\*\*

**Abstract:** Civil liability is assuming an increasingly central role as a tool of compensating for material or immaterial damage, in conjunction with or as an alternative to other emerging techniques such as compensation, memorialisation or restorative apology. There is a subtle continuity between the demolition of a statue, institutionalised memory and the proposition of reparation actions inherent to historical torts, as instruments for the valorisation of interests that are generally prioritised and require political or legal recognition. The juridification of historical

<sup>66</sup> A differenza del diritto della responsabilità civile: v. R. Perry, *Empowerment and Tort Law*, 76 *Tennessee L. Rev.* 959 (2009).

<sup>67</sup> J. Malamud-Goti – L.S. Grosman, *Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies*, cit., 547 ss.

Giorgio Resta

*La memoria attraverso il processo.*

*Tecniche risarcitorie e politiche di riparazione degli illeciti storici*

events, carried out through private law instruments such as civil liability, presents aspects that are no less problematic than those of the various forms of epistemic repair, and produces a profound reshuffling between different ordinamental logics, such as those of public and private law, of municipal law or of international law. The civil action, despite all its intrinsic limitations, remains an important and at least complementary instrument with respect to other instruments for the reparation of damages resulting from historical wrongs, such as the various compensation plans and memorial policies. It frequently worked as a first step for the recognition of claims that are destined to flow into the reconstruction of victims' memories or the re-signification of cultural heritage.

**Keywords:** Civil liability – Memorialisation – Historical wrongs – Compensation schemes

\*\*\*

**Giorgio Resta** – Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza ([giorgio.resta@uniroma3.it](mailto:giorgio.resta@uniroma3.it))

## Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español\*

*Eduardo Barreto Martín*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Por qué el cine? – 3. El caso español, historia, memoria y medio. – 4. ¿Qué vamos a entender cómo cine de la memoria? – 5. Conclusiones.

### 1. Introducción

En su exilio londinense, el cantautor brasileño Caetano Veloso compuso los siguientes versos: «*I'm alive / and nine out of ten movie stars make me cry*»<sup>1</sup>. Las palabras de Veloso sintetizan muy bien el cine como arte, como medio, una creación audiovisual con una capacidad de generar emociones a la par que sostiene un discurso narrativo. Esa conexión emocional se visualiza, por ejemplo, en los duelos colectivos que, a través de las redes sociales, unifican el sentimiento íntimo de pérdida de miles de personas que percibían a alguien que no conocían como una figura cercana e incluso amiga. La reciente muerte de Mathew Perry, carismático protagonista de *Friends*, es uno de los últimos ejemplos<sup>2</sup>.

Esta capacidad del cine de generar vínculo e influencia en los espectadores no pasa desapercibida por las empresas, con un reciente ejemplo publicitario de McDonald's<sup>3</sup>, ni por la política, donde el cine tiene la capacidad de constituirse en un medio discursivo que es usado tanto por los creadores para expresar determinada postura, como también instrumentalizado desde los espacios de poder con el mismo objetivo. Podemos pensar en ejemplos que van desde el cine propagandista nazi de Leni Riefenstahl o el del soviético Serguéi Eisenstein a la reciente *The Sound of Freedom*<sup>4</sup>,

---

\* El artículo forma parte de las Actas de la Novena Conferencia Anual de la Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", celebrada en el Campus Einaudi de la Universidad de Turín y en el Polo del '900 los días 2 y 3 de noviembre de 2023.

<sup>1</sup> C. Veloso, *Nine out of ten*, in *Transa* (album), London, 1972.

<sup>2</sup> Vogue, *Friends and Fans Mourn the Death of Actor Matthew Perry*, October 30, 2023, <https://www.vogue.com/article/matthew-perry-death-social-media-tributes>.

<sup>3</sup> T. West, *McDonald's highlights unparalleled pop culture impact in cinematic campaign film in marketing-beat*, august 15, 2023, <https://www.marketing-beat.co.uk/2023/08/15/mcdonalds-as-featured-in/>.

<sup>4</sup> A. Gómez Monteverde, 2023.

película cercana a las teorías de QAnon y que las principales figuras republicanas como Trump o Ted Cruz no han tardado en promocionar<sup>5</sup>.

El cine es joven en comparación con otras artes, y como nacido en el siglo XX creció entre las convulsiones propias de su tiempo a las que por supuesto nunca pudo ser ajeno. En este contexto queremos acercar el foco al caso español, donde el cine también tenía un papel para congregarse al público y representar diversas voces, lo que, sumado a las producciones llegadas desde fuera del país, ha generado discurso y debate político a través de los distintos momentos de la convulsa historia española del siglo XX hasta hoy. La Guerra Civil, el franquismo, la vuelta a la democracia y el actual contexto de polarización política y de lucha por el relato tienen su reproducción y peso en el cine que se hace y ve en España. Nuestro objetivo a través del presente texto es tratar de entender y observar cómo la memoria democrática ha estado representada en el cine, dentro del enorme potencial que tiene el medio para la generación de una memoria colectiva y la creación de un relato sobre la Guerra Civil y la dictadura, que son temas que a día de hoy en España siguen siendo objeto de disputa y falta de consenso.

Plantaremos primero una contextualización y justificación del rol que puede tener el cine a la hora de determinar las actitudes políticas de sus espectadores y en la representación de la memoria como temática. También comentaremos los elementos contextuales que consideramos pueden mediar en el desarrollo de los proyectos cinematográficos. Teniendo esa base, haremos un repaso por los aspectos que definen el cine español poniendo en contexto a la industria cinematográfica desde la Guerra Civil hasta nuestros días, terminando por señalar el espacio que el cine tiene y ha tenido en el debate público de la memoria histórica y la interpretación del pasado reciente.

Para acotar el cine al que nos vamos a referir, planteamos una tipología que permita definir las distintas categorías de películas en base a su intención y contenido. En el presente trabajo nos centraremos en las que de forma expresa tienen una intencionalidad o vocación clara de abordar el pasado desde una perspectiva afín a los planteamientos de la memoria democrática, los valores de la justicia transicional y la relectura crítica de la Guerra Civil y el franquismo.

Trataremos de exponer resaltando títulos y autores como Jaime Camino y Carlos Saura cómo el cine, aún durante la dictadura, empezó a plantear un nuevo discurso sobre lo que fue la Guerra Civil y sus consecuencias que se alejaban de la postura oficial. Valoraremos el impacto de la producción y las tendencias en la materia y, por último, plantearemos cómo el cine de la memoria tiene peso en la actualidad del cine español, dentro de un contexto en el que la memoria democrática es relevante en el debate público, pese a que existe la voluntad de sectores políticos por el olvido, e incluso por la imposición de las posturas de la historiografía franquista.

---

<sup>5</sup> A. Huynh, *Trump Promotes 'Sound of Freedom,' a Conservative Hit About Child Predators* in The New York Times, July 19, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/07/19/us/politics/trump-sound-of-freedom.html>.

En la España de 2023, en la que hay jóvenes que se manifiestan mostrando simbología franquista, en la que sigue vigente y activa una fundación que honra a la figura del dictador y donde se siguen cuestionando las políticas de memoria, se precisa contemplar cómo los espacios culturales se relacionan con la memoria democrática, pero también con la propia desmemoria que permite que los debates sigan abiertos y vigentes pese a la incuestionable naturaleza represiva del régimen<sup>6</sup>.

## 2. ¿Por qué el cine?

Una de las premisas a tener en cuenta cuando planteamos el uso del cine en este tipo de análisis, es su capacidad de influir en la visión que pueden tener los individuos desde un plano emocional y cultural, pero también desde una perspectiva política. Ateniéndonos a trabajos como *Moving pictures? Experimental evidence of cinematic influence on political attitudes*<sup>7</sup>, podemos afirmar que el cine tiene la capacidad de modelar las actitudes políticas de los individuos, incluso siendo capaces de sostener los efectos a largo plazo sin intermediación de variables como el conocimiento político o la vinculación partidista. Teniendo en cuenta la conclusión adicional a la que llegan los autores de que las películas que son más expresas tratando un tema (en el caso de estudio las políticas sanitarias) tienen más efectos.

En *Projecting Politics: Political Messages in American Films*<sup>8</sup> sostienen de igual manera que el cine es determinante en los procesos de socialización política. Además, tiene capacidad informativa sobre cuestiones en las que el espectador puede no estar formado o parcialmente formado, lo que puede contribuir de forma sustancial a que el público se forme una opinión en base a lo que ve. Otro punto que señala el análisis de Christensen y Haas es la perspectiva mediática, ya que el cine tiene capacidad de influencia en la opinión pública y actúa como un factor de mediatización de los temas de interés, a través de lo cual puede llegar a ejercer influencia en las élites políticas.

En términos más propios de la estética y la construcción narrativa cinematográfica, el medio audiovisual es habitualmente tratado como medio de representación y construcción de memorias, ya sea desde la perspectiva individual de los autores o desde la representación de distintas memorias culturales o colectivas.

Autores como Russel J. Kilbourn han analizado en ensayos como *Cinema, Memory, Modernity: The Representations of Memory from the Art Film to Transnational Cinema*<sup>9</sup> la forma en la que el medio cinematográfico repercute en el ámbito identitario y

<sup>6</sup> P. Preston, *El holocausto español*, Barcelona, 2011.

<sup>7</sup> T. Adkins – J.J. Castle, *Moving pictures? Experimental evidence of cinematic influence on political attitudes*, in *Social Science Quarterly*, 2013, p. 1230 ss.

<sup>8</sup> T. Christensen – P.J. Haas, *Projecting Politics: Political Messages in American Films*, New York, 2015, p. 19 ss.

<sup>9</sup> R. J. A. Kilbourn, *Cinema, Memory, Modernity. The Representation of Memory from the Art of Film to Transnational Cinema*, 2010, New York.

memorístico de los individuos. En su ensayo monográfico se citan distintos medios de representación de la memoria, desde el uso de determinado lenguaje cinematográfico (flashback)<sup>10</sup>, el uso del lenguaje intertextual como medio de apropiación y reconstrucción del pasado, mediante el cual determinados medios interaccionan con las memorias individuales, a modo de magdalena de Proust, lo que termina por crear una memoria involuntaria.

De la misma manera, existe también un mecanismo intertextual en el que la memoria es incorporada como parte del relato narrativo, habitualmente usando el recurso de la representación de los recuerdos, utilizado, por ejemplo, como medio de canalización del trauma bélico europeo con una pretendida vocación de generar memoria colectiva de lo sucedido<sup>11</sup>. En nuestro estudio veremos cómo podríamos identificar a algunos realizadores españoles que representaron su trauma personal y generacional usando estos mecanismos, como puede ser el caso de Carlos Saura.

Kilbourn<sup>12</sup> también sostiene que la memoria se puede incorporar a través del propio uso estético en el cine, de la representación de la propia imagen como medio, ya sea su uso con formato “video VHS” en distintas películas o el recurso de la fotografía. En esa línea, podríamos pensar en una película como *No*<sup>13</sup> de Pablo Larraín, que está rodada íntegramente en un formato que emula la estética de la televisión chilena durante los años finales de la dictadura de Pinochet.

Por último, también se destaca que el cine vinculado con la memoria puede tener un carácter transnacional<sup>14</sup>, en base a que el lenguaje cinematográfico y el uso de componentes intertextuales lo capacitan como un medio de comunicación global. Se cita en su trabajo como ejemplo la película *Ciudad de Dios*<sup>15</sup>, un film de éxito internacional, que relata la violencia en la Cidade de Deus entre los 70’s-80’s a través de los recuerdos de Buscapé, un adolescente de la Favela que se convertirá en fotoperiodista. La película que abordaba un problema concreto de Brasil, con una composición cultural de ascendencia brasileña, se traduce a otros contextos y culturas por la propia naturaleza global del medio. Veremos algunos casos de producciones extranjeras que han adoptado como temática la represión franquista o la Guerra Civil, al igual que casos de películas españolas que tratando temáticas similares han tenido reconocimiento internacional.

Otro elemento que dota de una utilidad particular al cine como medio de estudio del tratamiento de la memoria democrática es su aspecto estrictamente material. Frente a otras manifestaciones culturales como la música o la literatura, que pueden presentar un carácter individual en su concepción y que generalmente puede nacer en contextos

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 115 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 105 ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. p. 141 ss.

<sup>13</sup> P. Larraín, 2011.

<sup>14</sup> R. J. A. Kilbourn., op cit., p. 204 ss.

<sup>15</sup> F. Meirelles, 2002.

de recursos limitados, el cine precisa de una significativa movilización material y se concibe desde una perspectiva de creación colectiva. Más allá del *genio creativo* que pueda existir en la dirección, la realización de una película precisa de equipos técnicos, actores, actrices y figuración, así como necesita de un equipo artístico con fotografía, vestuario, musicalización, guionistas y diseño de producción.

Con lo anteriormente expuesto, queremos poner en valor que el cine moviliza recursos económicos y se imbrica directamente en determinadas estructuras de poder. Hablamos de los sistemas de productoras (estudios), sistemas de distribución y exhibición. Si valoramos esta idea en contextos dictatoriales y post dictatoriales podemos entender que el cine tendrá más capacidad de ejemplificar hasta qué punto es fuerte la hegemonía cultural dentro de determinado régimen, o hasta donde se pueden abordar determinadas cuestiones vinculadas a la memoria en el espacio público. Por sintetizarlo, frente a otras producciones culturales que pueden ver la luz desde la propia autoría con escasos mediadores o intermediarios, por muy *underground* o alternativo que suponga el resultado, en el cine sí se darán esas mediaciones y esas intervenciones de terceros, relaciones que nos pueden decir cosas importantes sobre el entorno social, político y económico en el que nace la obra a tratar.

Dicho de otra manera y por concluir, si bien, por ejemplo, puede existir una literatura que de forma individual, autónoma y clandestina aborde de manera crítica aspectos relacionados con la memoria en el seno del propio régimen, o en un momento en el que la sensibilidad social sea opuesta a esos procesos, es muy difícil concebir que el cine pueda hacer algo similar. En el cine el *querer hacer* y el *poder hacer* precisan recorrer de un camino más largo para llegar al resultado final que otras manifestaciones culturales. Ese camino tiene por tanto bastante que decir, y es relevante tenerlo en cuenta en nuestro enfoque. Todo esto, sin defecto de que, como apunta Mark Cousins en su *Historia del cine*<sup>16</sup>, los nuevos medios tecnológicos propios del siglo XXI llevan a este arte a un proceso de democratización, lo que supondrá progresivamente una revolución en este sentido.

### *3. El caso español, historia, memoria y medio*

#### *3.1. Guerra y primeras decisiones*

La Guerra Civil supondrá una división también en el ámbito cinematográfico, en este caso sería el bando del gobierno legítimo de la República quién saliera beneficiado, pues las dos industrias nacionales del cine que estaban desarrolladas quedaron en Barcelona y Madrid, bajo control gubernamental. Contando solo los

---

<sup>16</sup> M. Cousins, *Historia del cine*, Barcelona, 2020.

nacionales con dos equipos de producción que en el verano de 1936 se encontraban rodando en Córdoba y Cádiz<sup>17</sup>.

Las producciones de carácter documental-informativo del conflicto serán la tónica en los años de contienda. Ambos bandos utilizarán el medio audiovisual con objetivos propagandísticos, comenzando la labor de implementar un primer relato que tratase los abusos del enemigo frente a la heroicidad propia, sostener la moral de las tropas y movilizar a la ciudadanía en la defensa de la república, o por el contrario en apoyo de la llamada cruzada nacional. Esta situación llevará a sendas autoridades gubernamentales y militares a tomar decisiones políticas para regularizar estas producciones. Esas películas documentales también serán internacionales, rodadas por parte de los enviados especiales de todas las potencias. Podemos destacar por ejemplo *The Spanish Earth*<sup>18</sup>, con la participación directa de Ernst Hemingway y John Dos Passos como guionistas<sup>19</sup>.

El bando nacional, como apuntábamos por la falta de recursos, tardará en poder dar un paso adelante definitivo en esta línea, pero lo hará con la creación del Departamento Nacional de Cinematografía en enero de 1938, el organismo será directamente dependiente de la Dirección General de Propaganda dentro del Ministerio del Interior. En noviembre de 1938 por orden ministerial será instaurada de manera oficial la censura, con el pretexto que expone su preámbulo: *siendo innegable la influencia que el cinematógrafo tiene en el pensamiento y educación de las masas es indispensable que el Estado lo vigile en todos los órdenes en los que se puede desviar de su misión*<sup>20</sup>. La censura cinematográfica instaurada por medio de esta orden ministerial estará vigente, con distintos cambios jurídicos, hasta el 1 de diciembre de 1977 con la publicación del Real Decreto 3071/1977<sup>21</sup>.

### 3.2. Primera posguerra, reactivación, proteccionismo y relato

Una de las principales características reconocibles de la España de los años 40 es la adopción de políticas proteccionistas que aspiraban a que el país se gestionase de forma autárquica, como consecuencia primero de las limitaciones comerciales de la Segunda Guerra Mundial y después del aislacionismo al que fue sometida España por sus vínculos con las potencias fascistas del eje.

La industria cinematográfica de ese período no sería una excepción a este tipo de políticas económicas, y se desarrollaron medidas como la imposición de la obligatoriedad del doblaje, un nuevo sistema de censura, los premios sindicales que se

---

<sup>17</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra Civil española, imágenes para la memoria*, Madrid, 2006, p. 26 ss.

<sup>18</sup> J. Ivens, 1937.

<sup>19</sup> M. Crusells, op cit., p. 105 ss.

<sup>20</sup> Orden ministerial, 5 de noviembre de 1938, BOE núm. 128, p. 2222.

<sup>21</sup> Real Decreto 3071/1977, 1 de diciembre de 1977, BOE núm. 287, p. 26420 ss.

vincularán a la concesión de licencias de importación y medidas de carácter estrictamente económico. Los incentivos del régimen serán también suficientes para que cualquier producción que se haga desde el ámbito privado se esfuerce en agradar al gobierno<sup>22</sup>. Este control gubernamental es un ejemplo de la importancia que se le daba al medio cinematográfico, buscando las autoridades franquistas dos objetivos, tener de nuevo una industria competitiva en España y la propia instrumentalización del medio por parte del régimen, con la voluntad expresa del Departamento Nacional de Cinematografía de utilizar el cine como un arma política que legitimara la guerra e impusiera una primera memoria del conflicto<sup>23</sup>.

En 1943 aparecerá el NO-DO (Noticiarios y documentales) y se convertirá en uno de los elementos centrales de la propaganda del régimen, haciéndose obligatoria su emisión antes de cualquier sesión cinematográfica. Hasta la llegada de la televisión en los sesenta, el NO-DO será el único medio informativo audiovisual al que pueda acceder la sociedad española. Vicente J. Benet<sup>24</sup> defiende que la estrategia original del régimen con este nuevo noticiario aspiraba a legitimar al gobierno mediante la victoria militar en la guerra. En el prólogo del primer noticiario se muestran imágenes del Alcázar de Toledo y del desfile del día de la victoria, que a partir de entonces será un tema recurrente. Paloma Aguilar, en la misma línea y enfocándose en el noticiario a partir de los 60, sostiene que el NO-DO se empleará para asentar la idea de la guerra fratricida que nunca debe repetirse, de la que salieron unos legítimos ganadores frente a unos vencidos<sup>25</sup>.

Al control del medio y al NO-DO el régimen incorporará una tercera y relevante estrategia cinematográfica con el cine patriótico, que buscará imponer su versión heroica del conflicto con películas que mitifican al ejército nacional y demonizan al bando republicano. Una de las más destacadas es *Sin novedad en el Alcázar*<sup>26</sup>, una coproducción hispano-italiana que además le reportará el León de Venecia a su director, Augusto Genina. La película está en consonancia con las producciones propagandísticas de corte marcial que el propio Genina ya había dirigido en Italia como *Lo squadrone bianco*<sup>27</sup>, adaptando el siempre mitificado por el régimen asedio al Alcázar de Toledo.

Más lejos llegará en este sentido *Raza*<sup>28</sup>, que fijará la posición oficial del régimen no ya solo con respecto a la Guerra Civil sino también con un planteamiento general de los valores del nacional catolicismo y la historia reciente de España, señalando a los distintos *enemigos de España* que serán finalmente vencidos en la *cruzada nacional*. La

---

<sup>22</sup> J. M. Caparrós Lera, *El cine español bajo el régimen de Franco (1936-1975)*, Barcelona, 1983, p. 30.

<sup>23</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, cit., p. 157 ss.

<sup>24</sup> V. J. Benet, *El cine español: una historia cultural*, Barcelona, 2012, p. 163 ss.

<sup>25</sup> Aguilar Fernández, *Políticas de la memoria y Memorias de la Política. El caso español en perspectiva comparada*, 2008, Madrid, p. 128 ss.

<sup>26</sup> A. Genina, 1940.

<sup>27</sup> A. Genina, 1936.

<sup>28</sup> Saéz de Heredia, 1942.

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

película no podía representar de una manera más expresa los valores del dictador, pues fue el mismo Franco quien escribió el guion con el seudónimo de Jaime de Andrade además de supervisar personalmente la elección del realizador. Las diferencias entre el texto y el resultado final rodado por Saéz de Heredia son puntuales y no cambian el sentido del film, por el que el dictador supervisará todo el proceso y terminará satisfecho con el resultado, felicitando personalmente al director<sup>29</sup>.

La película constituía hasta tal punto la visión del régimen del conflicto y de sus valores que será utilizada como un herramienta de la propaganda exterior, proyectándose en los países del eje, Argentina e incluso el Vaticano<sup>30</sup>. Pero el propio trabajo se volvería un problema desde el punto de vista internacional cuando el régimen trató de distanciarse del fascismo una vez acabada la Segunda Guerra Mundial. Lo que llevó a destruir la primera versión del film, que no se recuperaría hasta finales del siglo 20 gracias a una copia olvidada en la UFA alemana, y realizar un redoblaje y cortes para ajustarla al momento político imperante<sup>31</sup>. Al franquismo le tocaba rectificar su propio relato.

Los niveles de auto exigencia en la promoción de determinados valores e ideales del conflicto llevaron a la censura de películas auspiciadas desde el seno del propio régimen. Este es el caso de *El Crucero Baleares*<sup>32</sup>, directamente censurada y destruida antes de su estreno por intervención directa del Ministerio de Marina, siendo sus motivos arbitrarios. Hay teorías que van desde la mala calidad de la película a la falta de adecuación al arquetipo cinematográfico que el régimen buscaba en las producciones de exaltación patriótica<sup>33</sup>.

Otras como *Rojo y Negro*<sup>34</sup> se convertirían por su desarrollo narrativo y por su valor estilístico en una obra destacada de su década, sin embargo pese a mostrar una imagen completamente adherida a la voluntad del régimen, en el que se representaba la violencia del bando republicano y se elevaba a la categoría de heroína a la falangista interpretada por Conchita Montenegro<sup>35</sup>, la película fue retirada del cartel a las tres semanas de su estreno y permanecería desaparecida durante décadas. Sin haber quedado claro el motivo de esa decisión, algunas teorías apuntan a la crisis interna que se vivía en el régimen en relación con el rol de falange (y por tanto no interesaba políticamente la visión dada del partido en la película), otros señalan a incomodidad con el personaje del comunista interpretado por Ismael Merlo, si bien es cierto que no

---

<sup>29</sup> M. Crusells, *Franco, un dictador de película: nuevas aportaciones a Raza*, 2011, p. 124 ss.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> F. Alberich, *Raza. cine y propaganda en la inmediata posguerra* in *Archivos De La Filmoteca*, 1997, p. 50 ss.

<sup>32</sup> E. Del Campo, 1941.

<sup>33</sup> J. A. Martínez Bretón, "El crucero Baleares", un caso atípico de la censura franquista, in *De Dali a Hitchcock, los caminos en el cine*, 1995, p. 137 ss.

<sup>34</sup> C. Arévalo, 1942.

<sup>35</sup> V. Sánchez Biosca, *Cine y guerra civil española: del mito a la memoria*, Madrid, 2006.

existen pruebas específicas de esto, por lo que se puede contemplar que fuese simplemente un estreno de *vida corta*<sup>36</sup>.

El cine español de posguerra se desarrolla bajo el firme control del gobierno, que incluso censura alguno de sus propios títulos propagandísticos. Serán duras las instituciones también con las películas extranjeras que no podrán hacer ninguna mención afín a la Guerra o a la causa republicana, temática algo popular en el cine estadounidense de los años cuarenta<sup>37</sup>. El objetivo buscado es el de imponer el relato legitimador a través del cine propagandístico y el NO-DO. Los títulos de esta clase serán más comunes en los años cuarenta, pero las películas directamente herederas de las expuestas se seguirán viendo puntualmente hasta finales de los 60.

### *3.3. Años cincuenta, las conversaciones de Salamanca y la victoria interna de la oposición cinematográfica*

En los años cincuenta España era paulatinamente readmitida en las instituciones internacionales de la mano de Estados Unidos, que consideraba al país un socio clave en el marco de la Guerra Fría. El régimen se recomponía cambiando los equilibrios de poder de las familias de régimen para adaptarse a los nuevos tiempos y las exigencias de sus nuevos socios internacionales. Los ministros de Acción Católica sustituían a muchos de Falange y poco a poco a finales de la década se incorporarán las figuras cercanas al Opus Dei, tecnócratas.

Los cambios llegan también al ámbito cinematográfico, y por primera vez una figura que será importante en la concepción del cine nacional durante el franquismo, José María García Escudero, llega a la Dirección General de Cinematografía. Su mandato será corto, y todo se debe a la protección que este le dio a *Surcos*<sup>38</sup>. Esta película inaugura lo que podemos llamar como cine social, género que abarcará la década y que bebe directamente del neorrealismo italiano. La polémica suscitada por la película que García Escudero calificó como de interés nacional le costó el puesto<sup>39</sup>. Pero si atendemos a la narrativa del film podremos ver una crítica medida al régimen, en concreto a las condiciones económicas de la España de posguerra<sup>40</sup>. La película cuenta la historia profundamente pesimista de una familia que emigra del campo a la ciudad donde vivirá aún situaciones de mayor penuria y será incapaz de integrarse. En *Surcos* se muestra por primera vez una crítica a las condiciones sociales de la posguerra bajo el régimen de Franco, pero la cinta también será afín a las posturas defendidas por

<sup>36</sup> A. Elena, *¿Quién prohibió Blanco y Negro?* In *Secuencias*, 1997, p. 61 ss.

<sup>37</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, cit., p. 157 ss.

<sup>38</sup> J. A. Nives Conde, 1951.

<sup>39</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit. p. 34 ss.

<sup>40</sup> J. Silvestre Rodríguez – E. Serrano Asenjo, *La representación en el cine de la integración de los inmigrantes rurales en las ciudades: el pesimismo de Surcos (1951)*, in *Journal of Depopulation and Rural Development Studies*, 2012, p. 91 ss.

Falange, que idealizaba la vida en el campo frente a la vida en la ciudad, y veían en la inmigración masiva a las ciudades y el abandono del campo un problema<sup>41</sup>.

Los cambios que se auguraban en *Surcos* serán un avance de lo que vendrá y que tendrá como punto de inflexión las Conversaciones de Salamanca, que auspiciadas por la Universidad de Salamanca serán la vertiente cinematográfica de una comunidad universitaria cada vez más crítica frente al régimen. El contexto de estas conversaciones precisa de destacar a la primera generación de cineastas salidos de la Escuela Oficial de Cinematografía (EOC), fundada por el régimen en 1947, sumado al precario estado económico de la industria, que dependía de un sistema de ayudas hecho a la medida de los intereses del régimen, aún después de la reforma de 1952 que cambiaba las políticas de importación pero que seguía vinculando las ayudas económicas al nivel de interés nacional que las autoridades quisieran darle<sup>42</sup>.

Es por tanto, bajo este marco, cuando el salmantino Basilio Martín Patino convoca como director del Cine-club de la Universidad de Salamanca, bajo la estructura del SEU<sup>43</sup>, las reuniones para tratar la crisis persistente del cine español. Se presenta como el mayor valor del encuentro el carácter plural de los intervinientes que contarán con figuras cercanas al régimen como Saéz de Heredia o García Escudero, pero también dará voz a nuevas figuras como los jóvenes directores salidos del EOC Luis García Berlanga y Juan Antonio Bardem, que afiliado clandestinamente al partido comunista será uno de los principales promotores del evento, y sus planteamientos serán asumidos en las conclusiones del congreso, quedando ya a la posteridad su famosa sentencia: *el cine español es políticamente ineficaz, socialmente falso, intelectualmente ínfimo, estéticamente nulo e industrialmente raquítico*<sup>44</sup>.

Las conclusiones y el espíritu de las Conversaciones de Salamanca remarcarán un paso adelante del cine nacional que se modernizará. Destacando la proliferación de un cine social con un marcado carácter y peso intelectual, en parte como medio de transmitir cierta crítica política y social sin darse de frente con la acción censora<sup>45</sup>. Bardem, Berlanga o Fernando Fernán Gómez serán los nombres claves de este proceso, a los que luego se les unirá Carlos Saura o Rafael Azcona como guionista, que hará a finales de los cincuenta su dupla *El Pisito*<sup>46</sup> y *El Cochecito*<sup>47</sup> de la mano del italiano Marco Ferreri, de nuevo destacando la presencia de la influencia neorrealista en este evolucionado cine español, que como señaló años después Pedro Almodóvar era un neorrealismo menos sentimental y más feroz y divertido<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 102 ss.

<sup>42</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit. p. 35 ss.

<sup>43</sup> Sindicato Estudiantil Universitario, dentro de la estructura de Falange.

<sup>44</sup> V. J. Benet, op cit., p. 163 ss.

<sup>45</sup> C. Aragüez Rubio, *Intelectuales y cine en el segundo franquismo de las Conversaciones de Salamanca al nuevo cine español*, in *Historia del presente*, 2005, p. 121 ss.

<sup>46</sup> M. Ferreri – I. M. Ferry, 1958.

<sup>47</sup> M. Ferreri, 1960

<sup>48</sup> J. Hopewall, *El cine español después de Franco, 1973-1988*, Madrid, 1989, p. 445.

Tenemos por tanto una década en la que el cine español se consigue renovar y se despoja del control total del régimen que lo instrumentalizó en la primera posguerra. Eso sí, la censura y la represión cultural seguían perfectamente vigentes y aunque se tolerara este cine, que tendrá estas evocaciones críticas de carácter eminentemente social, no podrá aún representar de forma expresa los aspectos represivos del régimen, y mucho menos cualquier reinterpretación de la Guerra Civil que se aleje de la imagen impuesta por el gobierno e impulsada por la cinematografía afín con títulos como *Balarrasa*<sup>49</sup> o *El Frente Infinito*<sup>50</sup> y *La Fiel Infantería*<sup>51</sup>, todas de Pedro Lazaga.

### 3.4. *Los años sesenta y el aperturismo regulado*

En los años sesenta el régimen intentará presentar una imagen de mayor apertura frente al mundo, motivado entre otras cosas por la oposición externa al régimen que tenía cada vez mayor capacidad de organización fuera y dentro de las fronteras nacionales, y siendo remarcable además el rechazo internacional de nuevo hacia España, con la negación a entrar en la Comunidad Económica Europea tras un primer intento en 1962. Las reformas del gobierno, de marcado carácter tecnócrata en aquel momento, le darán la responsabilidad del Ministerio de Información y Turismo a Manuel Fraga, que será el encargado de proyectar esta nueva imagen hacia el exterior y que utilizará el cine dentro de esa estrategia.

En 1961 había estallado el escándalo de *Viridiana*<sup>52</sup>, después de que tras largas negociaciones el gobierno invitase a Luis Buñuel a rodar de nuevo en España como parte de este intento de mostrar cierto aperturismo hacia el exterior. La película sería un éxito y ganaría la Palma de Oro del Festival de Cannes de 1961, pero sería criticada gravemente desde el Vaticano que la tacha de anticlerical. Este hecho supone una crisis en el estamento cinematográfico estatal y deja la imagen censora de España aún en peor lugar y al ministro responsable, Arias Salgado, en la cuerda floja<sup>53</sup>.

En 1962 con la llegada del citado Fraga Iribarne se realiza una nueva apuesta por una modernización del cine español, para ello se recurrirá a reincorporar a José María Escudero como Director General de Cinematografía, lo que fue recibido con optimismo por la industria, puesto siempre se había destacado como un gran estudioso del séptimo arte y fue participante activo de las Conversaciones de Salamanca. Desde distintos espectros del sector cinematográfico español se pusieron grandes expectativas en el mandato de Escudero<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> J. A. Nives Conde, 1950.

<sup>50</sup> P. Lazaga, 1956.

<sup>51</sup> P. Lazaga, 1959.

<sup>52</sup> L. Buñuel, 1960.

<sup>53</sup> C. Aranguez Rubio, *La política cinematográfica española en los años sesenta la propaganda del régimen a través del nuevo cine español* in *Sociedad y utopía: Revista de ciencias sociales*, 2006, p.77 ss.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 82 ss.

La estrategia de Escudero pasará por intentar el desarrollo cualitativo del cine que se hacía en España. Para ello<sup>55</sup>, reformará las normas de financiación terminando con el criterio subjetivo del interés nacional, para empezar a tener como referencia la recaudación en taquilla como criterio principal de las subvenciones, desarrollando la primera Ley de control taquillas a tal efecto. Otro punto diferencial será la apuesta por la formación de los directores reformando y actualizando la Escuela Oficial de Cine, con la aspiración de que las películas españolas pudieran asimilarse a las nuevas corrientes del momento<sup>56</sup>.

De todas las medidas la de mayor aspiración aperturista fue la creación de la Ley de Censura de 1963, que por primera vez establecía una normativa a la que las juntas censoras debían atenerse, terminando con los años de arbitrariedad por parte de los censores hasta entonces<sup>57</sup>. La norma, eso sí, seguirá siendo estricta con la censura a cualquier tipo de referencia política crítica al régimen o a cuestiones que se consideraban como inmorales, desde una perspectiva de la moral católica<sup>58</sup>.

La consideración general de este período y de las medidas tomadas por García Escudero es que fueron insuficientes, siendo una idea aceptada que respondía más a una vocación de mostrarse aperturistas frente al exterior que a un verdadero movimiento liberalizador, si bien es cierto, que el trabajo de Escudero siempre se vio limitado por el contexto impuesto por el régimen, más allá de la propia voluntad o deseo de este último, que saldrá de su cargo a finales de 1968<sup>59</sup>.

Este intento aperturista dará lo que se conocerá como el nuevo cine español<sup>60</sup>, que respondía a la tendencia originaria de la propia Escuela Oficial de Cine y a la de un grupo de cineastas catalanes, dentro de lo que se conocerá como la Escuela de Barcelona<sup>61</sup>. El problema último<sup>62</sup> será, que si bien se conseguirá la repercusión internacional de algunos títulos la mayoría de estas películas no llegarán al público general, lo que supondrá una importante crisis de la industria a finales de los sesenta y principios de los setenta, incapaces de competir con el cine extranjero. Lo que lleva al gobierno a potenciar nuevas medidas de carácter proteccionista con la industria española<sup>63</sup>.

Dentro de este aperturismo encontraremos cine que aunque se realizará en una pugna constante con la censura, será capaz de mostrar un mayor espíritu crítico hacia el régimen, y por primera vez encontraremos títulos que abordarán la memoria de la

---

<sup>55</sup> J.M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit., p. 41 ss.

<sup>56</sup> C. Arangüez Rubio, *Intelectuales y cine en el segundo franquismo de las Conversaciones de Salamanca al nuevo cine español* in *Historia del presente*, 2005, p. 127.

<sup>57</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit., p. 42.

<sup>58</sup> C. Arangüez Rubio, *Intelectuales y cine*, cit. p. 127.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> C. Arangüez Rubio, *La política cinematográfica española*, cit., p. 82 ss.

<sup>61</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit. p. 44 ss.

<sup>62</sup> C. Arangüez Rubio, *op cit.* p. 88 ss.

<sup>63</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, cit. p. 53 ss.

Guerra Civil, en los que profundizaremos más adelante. Por otra parte, es innegable que, aunque regularizada la censura seguirá mediando de manera inevitable en la creación de los cineastas del momento, que como respuesta dotarán de un carácter estético y simbólico a sus trabajos, que si bien tendrán el beneplácito de la crítica se encontrarán con la incompreensión del público.

### *3.5. Años setenta en adelante, el reto de empezar a hablar en pasado*

Los últimos años del franquismo todavía verán una nueva Ley de Censura a principios de 1975, que sobre la base de 1963 abordará algunas actualizaciones de carácter aperturista, aunque en un sentido más moral que político. La norma tolera, por ejemplo, los primeros desnudos si se hacen de forma justificada y comedida o una mayor aceptación de temáticas hasta entonces consideradas contrarias a los valores morales correctos, como la infidelidad o las relaciones fuera del matrimonio<sup>64</sup>.

Después de la muerte del dictador la institución de la censura seguirá vigente hasta 1978, estrenándose en estos primeros años muchas películas tradicionalmente censuradas en el país y alcanzándose una mayor libertad creativa en el sentido político, social y moral. Pero el cambio de mentalidad no será necesariamente inmediato, tendremos un último caso de acción censora por parte de instituciones estatales con la película *el Crimen de Cuencá*<sup>65</sup>, que contenía la representación de torturas por parte de la Guardia Civil durante la investigación de los crímenes homónimos en la España rural de los años veinte. La película verá retrasado su estreno en dos años y Pilar Miró será sometida a un Consejo de Guerra que, si bien no concluirá en nada, será una última muestra de la acción censora institucional<sup>66</sup>.

Veremos cómo a partir de este momento, ya de los ochenta en adelante, se produce la normalización definitiva del sector, pero eso sí se encontrará con la labor de tratar con una sociedad que había estado siempre sometida a la producción dirigida en mayor o menor medida por el régimen, y que se había preocupado de imponer su propia versión de la Guerra Civil y del propio franquismo. Teniendo el cine que recuperar paulatinamente la memoria olvidada de los vencidos y hacer una relectura del conflicto, en un contexto de olvido institucional que se extenderá hasta el siglo XXI.

A partir del siglo XXI, veremos cómo la cuestión de la memoria histórica llega también al ámbito institucional y el cine podrá tener un rol activo y reactivo a este nuevo contexto. Pero antes de profundizar sobre estas cuestiones, tendremos que acotar que podemos pensar cómo cine de la memoria dentro del caso español que hemos expuesto.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 59 ss

<sup>65</sup> P. Miró, 1979.

<sup>66</sup> J. Hopewell, op. cit., p. 142 ss.

#### 4. *¿Qué vamos a entender cómo cine de la memoria?*

Definir y acotar una categoría vinculada con la memoria democrática o memoria histórica es una labor que hay que abordar antes de profundizar en los propios títulos y sus tendencias. Con ese objetivo, se ha tomado como referencia el modelo analítico planteado en el libro *Projecting Politics: Political Messages in American Films*<sup>67</sup> (Christensen & Haas, 2005) en el que se aborda la cuestión del cine político desde una perspectiva general, planteando una tipología de cuatro categorías que se desarrolla sobre el eje intención y contenido.

Siguiendo, por tanto, el citado ejemplo planteamos como punto de partida un esquema tipológico que tenga en cuenta la intención y el contenido memorístico de las películas a tratar. Aunque, es lógico aclarar primero a qué nos referiremos con ese concepto de memorístico. En este caso, acotaremos una definición a cerca de la memoria histórica concretando la tradición más ampliamente estudiada del cine como memoria que hemos expuesto previamente.

Por ello, atenderemos aquellas obras en las que en su contenido se representen formas de represión o a víctimas de represión política (individuales o colectivas) en los contextos dictatoriales abordados, así como aspectos de naturaleza directamente política (actores políticos, eventos políticos, instituciones políticas) adscritos a los citados períodos históricos.

También se valorará la intención de los autores en una línea similar a la expuesta, es decir, no apreciar la mera representación de actividades represivas o temas del ámbito político, sino también la voluntad directa de los autores de hacer referencias voluntarias y conscientes a las mismas. Además, se precisa que dicha intencionalidad tenga una vocación crítica o reivindicativa hacia las víctimas, o que se presenten los acontecimientos histórico-políticos desde un punto de vista historicista, o al menos revisionista de la visión hegemónica del régimen autocrático, pues en este caso, entendemos la memoria con base a los valores de la justicia transicional de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición

Para superar la subjetividad de la valoración de las intencionalidades de los autores (entendiendo en este caso como autores a directores y en casos justificados a guionistas) se recurrirá como fuente primaria a las declaraciones en primera persona de los realizadores, como fuente secundaria a personalidades relacionadas al proyecto audiovisual en cuestión o a la figura del autor y como fuente terciaria a expertos, estudiosos y críticos de las producciones a tratar o de las carreras de los autores citados. Sin olvidar la necesidad de contextualizar tanto el momento histórico de la realización como sus condiciones circundantes, así como las de su autor.

---

<sup>67</sup> T. Christensen – P. J. Haas, *Projecting Politics: Political Messages in American Films*, New York, 2005.

Planteadas estas distintas clarificaciones podemos concretar a que nos vamos a referir con la tipología citada en el ámbito cinematográfico.

CONTENIDO MEMORÍSTICO ALTO

INTENCIÓN MEMORÍSTICA BAJA	CINE MEMORÍSTICAMENTE REPRESENTATIVO	CINE MEMORÍSTICAMENTE PURO	INTENCIÓN MEMORÍSTICA ALTA
	CINE MEMORÍSTICAMENTE RESIGNIFICABLE	CINE DE VOLUNTAD MEMORÍSTICA	

CONTENIDO MEMORÍSTICO BAJO

El cine *memorísticamente puro* será en el que se represente cualquier forma de represión, así como a las víctimas de la misma o actores, eventos e instituciones adscritas al período dictatorial, siendo además la intención consciente del autor abordar y referir los citados elementos desde un punto de vista que se puedan suscribir en los valores propios de la justicia transicional. Este tipo de películas, por tanto, deberían ser a priori las más evidentes en su sentido memorístico pues aunarán contenido e intención, es decir constituirán por sí mismas significado y significante.

El cine *de voluntad memorística* se centrará en aquellas producciones en las que el autor tenga la intención crítica y consciente de referirse a la represión, sus víctimas, así como actores, eventos e instituciones políticas adscritas a la dictadura, pero que, por otra parte, estos elementos no se vean representados de forma expresa en la película. En este apartado esperaríamos encontrar películas que aborden el pasado a tratar en contextos de represión cultural en los que haya que recurrir al uso del simbolismo u otros medios narrativos o técnicos equivalentes para opacar el mensaje crítico, sin perjuicio de aquellos autores que usen estos mismos medios por vocación artística y no por una necesidad coyuntural. También se tendrán en cuenta en este campo aquellos autores que representado alguno de los elementos ya citados en pantalla lo hagan desde una vocación satírica, pues en este caso la primacía de la intencionalidad sobre el contenido en la dotación de significado es también evidente.

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

El cine *memorísticamente representativo* será aquel en el que se representen tanto aspectos de la represión como de sus víctimas y/o actores, eventos o instituciones políticas, pero en los que no exista una intención memorística expresa o consciente por parte del autor, o incluso que esta no se adscriba a la promoción y reivindicación de los principios de la justicia transicional. Entenderemos aquí desde material informativo contemporáneo al momento histórico reseñable que ha adquirido ese valor memorístico con el tiempo pero no en su concepción original o aquellos producciones que tengan alguno de los elementos señalados como trasfondo y contextualización pero no sean expresamente abordados, así como incluso las películas de carácter propagandístico de los propios regímenes dictatoriales, que podrán representar tantos aspectos políticos como incluso represivos sin evidentemente una intencionalidad crítica.

El cine *memorísticamente resignificable* será aquel que, sin tener ni en su contenido ni en la intencionalidad de los autores un vínculo particular con aspectos represivos o políticos propios del régimen, haya adquirido valor memorístico por su realidad contextual, es decir, que adquieran su importancia en el plano de la memoria por cuestiones ajenas a lo que muestran o quieren mostrar. En este apartado, encajarían aquellas películas víctimas de la censura o de la represión cultural hacia sus autores, productores (incluidas personas jurídicas), actores, actrices, guionistas y en general el personal asociado a la cinta, sin perjuicio de valorar casos en los que a raíz de su trabajo hayan sufrido consecuencias represivas en su fuero personal (exilio, cárcel, asesinatos, multas, expropiaciones...). Este apartado, puede tener una concepción de carácter más amplio y menos cerrado que los anteriores, pudiendo llegarse a tener en cuenta aquellos trabajos desarrollados en el ámbito dictatorial y que en su contenido e intención sean ajenos al contexto político en el que se realizan, pero que sean representativos de su tiempo.

Definidas las categorías, debemos señalar que nos centraremos en aquellos trabajos con un componente intencional, es decir el cine memorísticamente puro y el cine de voluntad memorística, ya que para el objeto de análisis planteado nos permite abordar mejor la relación de la producción cinematográfica con la vocación del ejercicio de la memoria democrática en el caso español. Estas dos categorías son las que muestran vocaciones claras y expresas de abordar la cuestión, por lo que ayudan a definir mejor el rol que puede tener la cultura, y en concreto el cine, en los procesos de construcción de la memoria democrática de las sociedades y su posicionamiento en el debate dentro del espacio público.

#### 4.1. *La intención es lo que cuenta, la memoria detrás de la censura y el camino simbólico, más allá de la herramienta artística*

La imposibilidad de manifestar expresamente cualquier tipo de postura política que no encajase con los planteamientos del régimen, llevó a que los primeros intentos de abordar una visión disidente del conflicto en producciones españolas estuviesen cargados de componentes simbólicos y estéticos, más allá de la búsqueda de representaciones expresas de lo que se quería mostrar. Este tipo de usos del medio audiovisual aspiran a proyectar determinada idea artística, pero también a ser un salvoconducto para incorporar determinados conceptos e ideas por debajo del radar censor, eso sí, con el riesgo de limitar la capacidad de llegar al público general.

En *El cine español* de Vicente J. Benet, que aborda el grueso de tendencias y movimientos a lo largo de toda la historia del cine español, se hace referencia a este tipo de cine como la *la estética de la represión*<sup>68</sup> en el que referencia la figura de Carlos Saura junto a Víctor Erice y el nombre común a ambos en la producción de Elías Querejeta. Ellos adoptarán una *fórmula estilística* que les permite desarrollar una lectura metafórica de la realidad del régimen, recurriendo a *relaciones familiares opresivas, (...) muchas veces, detrás de figuras paternas poderosas, controladoras o anquilosadas en el pasado, ubicadas en casas asiladas silenciosas o pobladas de objetos que adquirirían un valor simbólico (...)*<sup>69</sup>. Estas estructuras familiares y que son una clara representación del régimen formaron un mecanismo que permitió representar la realidad y el pasado reciente de la España franquista, sin que la censura fuese capaz de reaccionar. Apoyados, además, en el pacto tácito y evidente que existía con los festivales internacionales que daban especial protección a estas películas que podían sucumbir en España ante la censura<sup>70</sup>.

Carlos Saura es el director referencial en lo que a este tipo de cine se refiere, además en muchos de los trabajos que citaremos colaboró con figuras que fuera del ámbito de la dirección fueron determinantes en este cine simbólico, como son el guionista Rafael Azcona y el productor Elías Querejeta. Este último, es el que según el propio Saura terminaba enfrentándose de forma valiente frente a la censura, a la vez que “jugaba” con ellos cambiando continuamente los guiones que presentaba a la junta y los que se usaban en rodaje<sup>71</sup>.

La primera película a tener en cuenta en este sentido, que afronta de manera particular una visión del trauma persistente de la Guerra Civil y del olvido con vencedores y vencidos es *La Caza*<sup>72</sup>. La película narra la cacería de un grupo de amigos, antiguos compañeros de armas en la guerra, que se va tornando en un cruce de

<sup>68</sup> V. J. Benet, op cit., p. 293.

<sup>69</sup> V. J. Benet, op cit., p. 298.

<sup>70</sup> J. M. Caparrós Lera – R. de España Arnedo, *Historia del cine español*, Madrid, 2018.

<sup>71</sup> C. Saura, *Los inicios de Carlos Saura. Dos conversaciones*, in *Interview with M. Santemeses*, 2005, Madrid, p. 53.

<sup>72</sup> C. Saura, 1966.

reproches, envidias y rencillas entre ellos. Los personajes representan los distintos arquetipos de la sociedad de aquel momento, destacando la presencia del joven sobrino de uno de ellos, que representará a la nueva generación. En los trabajadores de la finca veremos a la clase humilde propia del campo, sufridora y vilipendiada. En *The Films of Carlos Saura: The practice of seeing*<sup>73</sup> se hace una interesante deconstrucción del valor simbólico de la película en relación a la memoria de la Guerra Civil, se destaca la incorporación del personaje de Enrique (Emilio Gutiérrez Caba) un joven, que ya ha nacido después de la Guerra Civil, será quién desde cierto grado de inocencia haga numerosas preguntas sobre el pasado de los otros personajes. Enrique va acompañado siempre de una cámara fotográfica, reincorporando de nuevo la idea de la fotografía como medio simbólico de representación de la memoria, en un personaje que en su vínculo con la cámara nos puede recordar al Buscapé de *Ciudad de Dios* al que ya hemos hecho referencia<sup>74</sup>.

La elección de casting es un mensaje claro, pero velado. La pareja de José (Ismael Merlo) y Paco (Alfredo Mayo) es interpretada por actores de referencia de dos de las películas más significativas de la propaganda del régimen de los años cuarenta. Ismael Merlo protagonizó *Rojo y Negro*, de la que hemos abordado su particular y corta trayectoria. El otro es Alfredo Mayo, actor del régimen por excelencia y encarnación del heroico español en *Raza*. La elección no es solo significativa por el inconsciente vínculo del público con estos rostros como representantes de los ganadores de la guerra, sino que incluso ayudaban a generar un clima de confianza de cara a conseguir financiación y tratar con la censura dentro de la ambigüedad política del proyecto<sup>75</sup>.

La cantidad de los mensajes que alberga la película llega a suponer casi un juego de observación, y las posibilidades de interpretación son muchas. Desde el uso de la pistola *Mausser* alemana, igual que las usadas durante la guerra, que adquiere cierto peso en la narración o el propio paraje donde se rueda la película que había sido campo de batalla en el conflicto<sup>76</sup>. Incluso nos podríamos atrever a vincular la última frase dicha por Paco en la película<sup>77</sup>, mientras se mira la cara quemada en un espejo, como una referencia velada al *Cara al Sol*, himno de Falange.

Pero sin duda, de entre todos los medios que Saura utiliza para representar la memoria y desmemoria de la Guerra Civil la más evidente es la del esqueleto de un excombatiente que está en una de las cuevas del coto de caza. José lo mantiene como un “secreto a voces”, una referencia que incluso podríamos vincular con el presente y los años de olvido en la exhumación de las fosas comunes<sup>78</sup>. La línea de diálogo en la que el joven Enrique pregunta de qué guerra es el muerto del que hablan y Luis (José

<sup>73</sup> M. D'Lugo, *The Films of Carlos Saura: The Practice of Seeing*, New Jersey, 1991, p. 58 ss.

<sup>74</sup> R. J. A. Kilbourn, op cit., p. 220.

<sup>75</sup> C. Saura, op. cit., p. 49.

<sup>76</sup> M. D'Lugo, op cit., p. 60 ss.

<sup>77</sup> Paco dice: *he tomado demasiado sol*. *La Caza*, Carlos Saura. 1h 20'.

<sup>78</sup> M. Parra, 'La Caza', la película de Carlos Saura que esquivó la censura y emocionó en Berlín in *eldiario.es*, 2016. [https://www.eldiario.es/cultura/cine/caza-aniversario-saura-censura\\_1\\_3757325.htm](https://www.eldiario.es/cultura/cine/caza-aniversario-saura-censura_1_3757325.htm).

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

María Parada) le responde *de cualquiera, que más te da*<sup>79</sup> sintetiza la idea del olvido o el desconocimiento del pasado por parte de la juventud. Es curioso cómo Saura vuelve a esta idea en *Deprisa, deprisa*<sup>80</sup>, su aproximación al cine quinqu<sup>81</sup>. Incluso en esta película de corte social más alejado de un planteamiento político más reflexivo, Saura incluye esta referencia a la memoria y al olvido entre las nuevas generaciones.

Vinculando la memoria con esa estética de la represión encontraremos dos títulos más de Saura previos a la muerte de Franco. En *El Jardín de las Delicias*<sup>82</sup> de nuevo vemos la estructura familiar con un padre represivo como representación del régimen. En la película el padre de familia, que es rico, sufre un accidente y pierde la memoria. Con el objetivo de recuperar los números de las cuentas bancarias la familia representa los momentos esenciales de su vida para ayudarlo a recordar, entre ellos, como destaca Vicente Benet<sup>83</sup>, su vuelta del frente, donde se imita la indumentaria y gesticulación de *Rojo y Negro* que de nuevo vuelve a hacer utilizada como referencia por Saura, igual que en *La Caza* está representada en la figura de Ismael Merlo.

Pero desde nuestro punto de vista, dentro de la filmografía de este período de Saura, la cinta en la que encontramos con más claridad esa apelación a la memoria y el trauma generacional de la Guerra Civil es *La Prima Angélica*<sup>84</sup>. La película juega con la elipsis temporal y con el rol de los actores para contar paralelamente el presente y los recuerdos de Luis (José Luis López Vázquez), que regresa al pueblo segoviano de su madre para enterrarla, allí aún vive una de sus tías y su prima Angélica que está casada y tiene una hija.

La escena clave de la película que introducirá el juego temporal es la vuelta de López Vázquez por la carretera, cuando se cruza con la propia imagen de sus padres y él viajando hacia el pueblo en el verano de 1936. A partir de este momento en la película se alternarán el presente del tardofranquismo y la Guerra Civil, donde los personajes principales cambian o de actor, o son los propios actores los que cambian de rol. Salvo José Luis López Vázquez que se interpreta como adulto en 1973 y como niño en 1936. El marido de su prima Angélica es interpretado por Luis Delgado, pero también será este actor quién interprete al falangista y violento padre de la Angélica de 1936, la hija

---

<sup>79</sup> Saura, Carlos, *La Caza*, min. 51.

<sup>80</sup> Durante una visita al Monumento al Sagrado Corazón en el Cerro de los Ángeles, aún dañado por la Guerra Civil, los protagonistas preguntan a unas señoras por los daños de la escultura, a lo que estas contestan que está así porque *la fusilaron los rojos durante la guerra* a lo que uno de los jóvenes responde *pues algo habrá hecho* y el otro les pregunta de vuelta *¿pero de qué guerra habla esta tía?*. C. Saura, *Deprisa deprisa*, 1981, min. 33.

<sup>81</sup> Género cinematográfico enmarcado en el período de la Transición y años ochenta centrado en la delincuencia juvenil de los barrios marginales, las películas se caracterizaban por recurrir a muchas veces a jóvenes delincuentes que se interpretaban a sí mismos. Seguramente los directores más destacados de este género sean Eloy de la Iglesia y José Antonio de la Loma.

<sup>82</sup> C. Saura, 1970.

<sup>83</sup> V. J. Benet, op cit., p. 289 ss.

<sup>84</sup> C. Saura, 1974.

de Angélica en el presente es María Clara Fernández Loyasa, que será también la propia Angélica durante la guerra.

Este uso de los actores permite a Saura plantear un juego de roles entre distintos personajes en el contexto de la Guerra Civil y su “traducción” a la España de principios de los setenta. En este sentido el personaje en el que recae la crítica es en el de Luis Delgado, que durante la Guerra Civil es el padre de familia y tío político de Luis (López Vázquez), al que vemos representado como un falangista lleno de patetismo, muy violento y represivo, incluso amenazando veladamente al personaje de López Vázquez niño por la afiliación republicana de su padre. En 1973, el mismo actor interpreta al marido de Angélica, un empresario inmoral e inculto. Encontramos de nuevo un Saura que representa al bando vencedor como hombres carentes de moral, crueles y corruptos.

El propio *Macguffin* que justifica el viaje de López Vázquez, tiene una profunda lectura simbólica, ya que el hecho de exhumar a su madre en Barcelona para llevarla a su pueblo natal supone una muestra de una voluntad por desenterrar el pasado y cerrar heridas abiertas de la Guerra Civil<sup>85</sup>. Además, en la película se plasma la distancia que existe con respecto a la madre de Luis por haberse casado con un hombre afín a la causa republicana (padre de Luis) con el que vive en Madrid. La ruptura de las familias y la represión por encima de cualquier vínculo previo están presentes en la película y vemos como se ejerce desde el bando ganador.

Esta idea se sintetiza muy bien en una de las escenas más significativas de la película<sup>86</sup>, cuando se produce el Golpe de Estado. Mientras se oyen tiros en la calle, las ventanas están cerradas y no hay luz, la familia permanece rezando unida, Luisito no reza, permanece al otro lado de la sala. Llamen a la puerta, el rezo se corta, tardan en abrir por miedo, pero insisten y una de las tías va a abrir. Es el vecino afín a la causa nacional, de repente vuelve la luz y cesan los tiros. El padre de familia enciende la radio sintoniza el parte que anuncia la victoria del bando nacional, grita *¡son los nuestros!* Estalla la euforia, en todos menos en Luisito que sigue mirando al su alrededor con cierta incompreensión infantil (brillantemente interpretado por José Luis López Vázquez). El padre ordena que se abran las ventanas y se traiga el coñac, la tía toca el *Cara al Sol* en el piano de la sala. Entonces, después de brindar, el personaje de Luis Delgado mira a su sobrino y dice: *Luisito, ahora van a saber lo que es bueno tu padre y los de su realeza*. Zoom al calcetín de Luis Delgado como padre de familia en 1936, corte-elipsis, vemos de nuevo a López Vázquez en 1973 tiene la mirada fija en algo, corte, plano de los idénticos calcetines de Anselmo, el marido de Angélica, también interpretado por Luis Delgado.

La película de Saura contiene mensajes contra la represión moral y educativa ejercida por la iglesia y también representa los traumas infantiles de la guerra, así como

---

<sup>85</sup> J. A. Tarancón de Francisco, *Fantasmas del pasado: El cine de Carlos Saura en el contexto del franquismo* en M. d. Rodríguez Fuentes, *Desmontando a Saura*, Madrid, 2013, p. 217 ss.

<sup>86</sup> C. Saura, *La Prima Angélica*, 1973, min 22.

la propia condición de los niños como víctimas del conflicto (el bombardeo con el que comienza la película). Es difícil entender como una película así supero los trámites censores, la solución podría ser mirar a la labor de Elías Querejeta y a la propia experiencia de Saura lidiando con la censura, junto su propia genialidad a la hora de saber recurrir a elementos que permitiesen poner en su película los mensajes expuestos.

La película será un éxito en el Festival de Cannes de 1974 donde se llevará el Gran Premio del Jurado. En España obtuvo una taquilla de más de 80 millones de pesetas, siendo una de las más altas de la historia del cine español en aquel momento<sup>87</sup>. Parte de la motivación de este éxito sería la polémica que suscitó porque, aunque la película fuese lo suficientemente sutil para superar determinados cortes censores no fue igual para el público, en especial con la escena de Luis Delgado vestido de falangista y con el brazo en alto en un cabestrillo haciendo un permanente saludo romano después de que le hayan herido en el frente. La indignación de la extrema derecha se tradujo en un atentado con bomba en los cines Balmes de Barcelona (sin daños personales)<sup>88</sup>.

Encontramos este cine de voluntad memorística dentro del cine español y personificado en el trabajo de Carlos Saura. Es un ejemplo de cómo desde antes de la muerte de Franco se empezó a plantear en el cine una revisión de la propia historia nacional, más allá de la versión oficial. El recurso simbólico, la astucia y el buen hacer de cineastas, guionistas y productores abrieron este interesante espacio, donde la intencionalidad crítica tenía la capacidad de dejar en fuera de juego a una censura incapaz de entender lo que veía.

Nos hemos centrado en Saura, al ser el más representativo, pero merece la pena nombrar, aunque sea brevemente, el trabajo de Víctor Erice con *El Espíritu de la Colmena*<sup>89</sup>. Ambientada en un pueblo castellano de primera posguerra, Erice utiliza muchos recursos que de nuevo podemos enmarcar en la estética de la represión<sup>90</sup>.

También el salmantino Basilio Martín Patino comenzó a introducir la memoria como temática de su cine a principios de los setenta. En *Canciones para después de una Guerra*<sup>91</sup> recurre al collage combinando imágenes de archivo de la posguerra con los éxitos musicales de esos mismos años, jugando a veces con la contraposición de las imágenes y la música que suena. Por ejemplo, imágenes de la cola del racionamiento mientras suena *La vaca lechera*. Patino explica que su intención era evocar la posguerra y la dureza de la misma queriendo generar un efecto de magdalena de Proust a los

---

<sup>87</sup> RTVE, *Los Archivos del NO-DO, episodio 1974*, 14 de agosto 2014, min. 47. <https://www.rtve.es/play/videos/los-anos-del-no-do/anos-del-no-do-1974-ocaso-regimen/3249890/>.

<sup>88</sup> J.A. Tarancón de Francisco, *op. cit.*

<sup>89</sup> V. Erice, 1973.

<sup>90</sup> V. J. Benet, p. 290 ss.

<sup>91</sup> B. Martín Patino, 1971.

espectadores<sup>92</sup>. La película se haría en la clandestinidad, y en este caso sería prohibida directamente por la censura, estrenándose públicamente en 1976.

#### *4.2. Representar en pasado y denunciar en presente*

El carácter directo y expreso de este tipo de películas, hace lógico pensar que este tipo de cine no era común durante el desarrollo de la propia dictadura sobre la que debía reflexionar. Hacer una película que contuviese de forma expresa una relectura que huyese de la *verdad oficial* era un riesgo que llevaba al ejercicio de la autocensura, por un lado, y por el otro, la propia acción del régimen ejerciendo la represión cultural que era capaz de interferir desde la preproducción, limitando las posibilidades de financiación, denegando permisos y censurando guiones hasta poder prohibir en última instancia la película terminada y lista para su estreno.

Veremos cómo pese a las limitaciones y trabas del régimen algunos autores comenzaron a desafiar las prohibiciones aún vigentes, tomando como referencia el trabajo de Jaime Camino como autor más representativo del que podemos llamar el cine de memoria. Es interesante observar como a lo largo del tiempo, una vez llegada la dictadura a su fin, ha ido variando el interés por abordar estos aspectos y se han generado nuevos enfoques. Esto nos lleva a terminar por aproximarnos al estado actual de la cuestión, valorando una nueva corriente cinematográfica que aborda no ya solo la representación del pasado con un sentido crítico sino también los propios procesos de recuperación de memoria.

#### *4.4. La vía internacional: Morir en Madrid*

La única oportunidad de acceder a títulos que reflejasen una visión alternativa al conflicto en España era la vía internacional, y la cinta de referencia en este sentido es *Mourir À Madrid*<sup>93</sup>. El director francés Frédéric Rossif realiza una película documental con la intención expresa de reivindicar al bando republicano, denunciando de forma concreta la participación alemana y en particular de la Legión Condor en el conflicto, así como el carácter fascista de Franco, incluyendo imágenes de los encuentros del dictador con Hitler<sup>94</sup>. También denunciará el papel de la iglesia católica en el conflicto e incluye fragmentos de una entrevista con Franco, en el que justifica que con el fin de pacificar el país está dispuesto a matar a la mitad del país si fuese necesario<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> B. Martín Patino, *Así se hizo canciones para después de una guerra* in <https://www.youtube.com/watch?v=ddcf3Mv7Edk>.

<sup>93</sup> F. Rossif, 1963.

<sup>94</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, cit., p. 214.

<sup>95</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, cit., p. 216.

Rossif, una vez había indagado en las profundidades de los distintos archivos audiovisuales europeos, consideró que sería necesario poder acceder a material español y a grabar algunas secuencias nuevas, lo consiguió solicitando permiso a la Dirección General de Cinematografía con la excusa de hacer una película promocional del país. En el momento del estreno internacional, las autoridades supieron del objetivo real de la película y el gobierno franquista puso en marcha toda su maquinaria para poder controlar el relato del conflicto también en el exterior, presionando a Francia y consiguiendo que se hiciesen algunos cortes, pero el sentido de la película quedó inalterado y se convirtió en un título importante para establecer por primera vez una imagen alternativa de la memoria de la Guerra Civil. Aunque, por supuesto, solo era una opción para los españoles que o vivían fuera o podía permitirse cruzar la frontera para acudir a los cines franceses, ya que la película no se pudo ver en España hasta 1978<sup>96</sup>.

#### 4.5. Cine de la memoria y la figura pionera de Jaime Camino

Jaime Camino es un referente en el cine y la memoria histórica en España y no es baladí que El Periódico de Cataluña le definiese en su óbito como *el director de la memoria histórica*<sup>97</sup>. Quizás, su mayor hito fue el de incorporar la memoria histórica de los derrotados aún con Franco en el poder, gracias a su película *España, otra vez*<sup>98</sup>, siendo un ejemplo de como el cine tuvo la capacidad de incorporar al espacio público esta otra memoria que estaba oficialmente silenciada. El director catalán acude a una historia real, la del guionista Alvah Bessie que participará directamente como actor y en el guión de la película. La historia narra el regreso a España de un brigada internacional 30 años después de la Guerra Civil, donde fue médico enrolado en la Brigada Lincoln. Durante su vuelta a Barcelona se irá reencontrando con viejas amistades, mientras busca a la que fue su novia durante el conflicto, una enfermera llamada María. A ella no la encuentra, pero sí a su hija, con la que recorre alguno de los lugares donde sirvió en la Guerra. La película contiene ejemplos del lenguaje memorístico al que hacíamos referencia al principio, clarificando el contenido y la intencionalidad del autor, mediante los *flashbacks* del Dr. Foster con un gran peso narrativo y también en el plano más estético recurriendo a imágenes de la filmoteca intercaladas, así como a una fotografía que será el detonante de la aparición del personaje de María en la trama.

---

<sup>96</sup> H. Liogier, *El escándalo de morir à Madrid, una "película ofensiva para España"*, in *Archivos de La Filmoteca*, 2005, p. 110 ss.

<sup>97</sup> Q. Casas, *Jaime Camino, el cineasta de la memoria histórica*, in *El Periódico*, 6 de diciembre 2015, <https://www.elperiodico.com/es/ocio-y-cultura/20151206/fallece-jaime-camino-director-memoria-historica-4730520>.

<sup>98</sup> J. Camino, 1968.

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

En última instancia, la película fue innovadora por representar a un luchador de la brigada Lincoln y afrontar ese pasado y esa memoria por primera vez desde la perspectiva no ganadora en una producción española. El régimen franquista había censurado durante años cualquier mención explícita a las brigadas internacionales, como por ejemplo sucedía en *Casablanca*<sup>99</sup> donde se alteraba un diálogo en el que Rick Blane (Bogart) hablaba de su pasado como brigada internacional<sup>100</sup>. En el documental *Hollywood contra Franco*<sup>101</sup> se analiza la relación entre esta voluntad del régimen de expandir su voluntad censora fuera de las fronteras españolas. También se trata como *España, otra vez* constituye un hito, en el que se permite incorporar entre sus guionistas la figura de Alvah Bessie, que había sido repudiado por la industria cinematográfica de su país durante la caza de brujas del Comité de Actividades Antiamericanas.

Es necesario, antes de abordar posteriores trabajos de Camino, poner en valor esta película. Como señala Román Gubern, en ella aparece por primera vez un luchador del bando “perdedor” que no termina convertido a la causa<sup>102</sup>. Y no debemos pensar que se hace en un contexto especialmente permisivo o favorable, recordando que si bien se suele relacionar el período de los sesenta con un cierto aperturismo, está claro que la censura seguía funcionando a la orden del día, con un mayor marco regulativo pero con firmeza y más si cabe con las películas de producción española que se enfrentaban a tres tiempos de censura, en guion, producción y exhibición<sup>103</sup>. De hecho, pese al éxito de lograr llegar a las salas, la película no se privó de la acción de la censura recortando algunos diálogos, así como de obtener una calificación para mayores de 18 años, aun así, fue bien valorada desde los estamentos internos del régimen, que la llegaron a enviar como candidata a los Oscars<sup>104</sup>. En general será un éxito de crítica, nominada a la Palma de Oro en Cannes y llevará a 2.650.033 de espectadores a las salas<sup>105</sup>.

Los siguientes trabajos del director se realizarán tras la muerte de Franco, como es el caso de *Las largas vacaciones del 36*<sup>106</sup> que se estrenará meses después de la muerte del dictador, aún con la censura vigente en el momento del estreno y durante las fases previas de producción. El cine de Camino se desarrollará siempre con temáticas cercanas a la historia y la memoria. En un artículo de Ángel Luis Hueso Montón<sup>107</sup> se

---

<sup>99</sup> M. Curtiz, 1942.

<sup>100</sup> RTVE, *La manipulación de “Casablanca”*, 12 de febrero, <https://www.rtve.es/play/videos/imagenes-prohibidas/imagenes-prohibidas-manipulacion-casablanca/1153117/>.

<sup>101</sup> O. Porta, 2008.

<sup>102</sup> R. Gubern, in *Hollywood Contra Franco*, Porta, C. 1h. min. 20.

<sup>103</sup> M. C. Gutiérrez Lanza, *Traducción y censura de textos cinematográficos en la España de Franco: doblaje y subtítulo inglés-español (1951-1975)*, León, 1999.

<sup>104</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, op. cit. p. 230.

<sup>105</sup> J. M. Caparrós Lera, *Cine español bajo régimen de Franco*, op. cit., p. 236.

<sup>106</sup> J. Camino, 1976.

<sup>107</sup> A. L. Montón, *La revisión de la Historia en el cine de Jaime Camino*, in *Hispanística XX*, 1999, p. 113 ss.

plantea una diferenciación entre sus películas en ficcionales, reconstructivas y las que recurren a crear la historia por imágenes en las que encuadra la película-documental *La Vieja Memoria*<sup>108</sup> y en las que nosotros podemos añadir *Los niños de Rusia*<sup>109</sup>, que se estrenó con posterioridad a la publicación del artículo.

Con *Las largas vacaciones del 36* y la posterior secuela *El largo invierno*<sup>110</sup>, Camino aborda la memoria del conflicto desde una perspectiva familiar, tomando el punto de vista de la sociedad burguesa y en particular incorporando la perspectiva infantil<sup>111</sup>, lo que recuerda a directores de su generación como Saura y Erice. El propio Camino comentaba en una entrevista a RTVE, con motivo de un especial dedicado a *Las largas vacaciones del 36*<sup>112</sup>, como desde un primer momento entendieron que estaban haciendo una película arriesgada, en la que se representaba una visión de la propia memoria familiar del autor, pero también una relectura de la Guerra Civil en la que por primera vez cabía el bando derrotado, de hecho, a modo de anécdota cuenta Camino como en el estreno en Barcelona la película terminó con vivas a la república por parte de algunos espectadores.

La prensa de la época nos permite ver la polémica levantada por la película, en especial por la acción de la censura en contra de la cinta como recoge el crítico de *El País*, Antonio Lara, que denuncia como se realizan cortes en todo aquello que no encajase con la historia oficial del régimen: *Es una lástima que esta nueva e inesperada mutación de la censura no se haya aplicado al género cinematográfico de la guerra civil española (...) con carácter retrospectivo, ya que, desde Raza hasta el último engendro pseudooficial sobre el tema, la verdad histórica no ha podido estar más adulterada y escarnecida*<sup>113</sup>. Es paradigmático como el debate que parecía abrirse sobre la representación de la *verdad oficial* en la cultura quedará simplemente suspendido en el tiempo.

El director catalán haría una cinta de referencia ya en los años ochenta como es *Dragon Rapide*<sup>114</sup>, que encaja con la idea del reconstructivismo<sup>115</sup>. En la película se muestra la preparación del Golpe de Estado de 1936 por parte de los militares sublevados, prestando atención especial a la figura de Franco interpretado por Juan Diego. La importancia de este trabajo es que replantea de cara al público la visión oficial de un Franco heroico y determinado que había vendido durante décadas el régimen, para mostrarnos a la figura desmitificada y dubitativa, reinterpretando la preparación del golpe como un hecho premeditado y poco glamuroso que estuvo al

---

<sup>108</sup> J. Camino, 1977.

<sup>109</sup> J. Camino, 2001.

<sup>110</sup> J. Camino, 1991.

<sup>111</sup> A. L. Montón, op cit., p. 115 ss.

<sup>112</sup> J. Camino, entrevistado en *Versión española*, RTVE, 16 de diciembre 2014, [www.rtve.es/play/videos/version-espanola/version-espanola-largas-vacaciones-del-36/2912262/](http://www.rtve.es/play/videos/version-espanola/version-espanola-largas-vacaciones-del-36/2912262/).

<sup>113</sup> A. Lara, *Unas largas escenas titubeantes*, in *El País*, 12 de noviembre 1976, [https://elpais.com/diario/1976/11/12/cultura/216601207\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1976/11/12/cultura/216601207_850215.html).

<sup>114</sup> J. Camino, 1986.

<sup>115</sup> A. L. Montón, op cit., p. 117 ss.

borde de fracaso (de hecho, en cierto sentido lo fue) en muchos momentos. Como señala Morán, la película supuso un debate sobre el rol de la figura de Franco vinculado con el propio debate a acerca de la representación del personaje en el film<sup>116</sup>. Fomentar el debate y la reflexión sobre la figura del dictador en el ámbito público, después de casi cuarenta años de idolatría, es otro de los aportes que podemos atribuir a la filmografía de Camino.

En el plano del cine documental el catalán tiene dos títulos de referencias y gran valor histórico como son la *Vieja memoria* y *Los niños de Rusia*. En el primero plantea por primera vez en el ámbito audiovisual un debate sobre la Guerra Civil y sus consecuencias, incorporando a figuras dentro de un amplio espectro político, desde la Pasionaria hasta el líder de la derecha durante el período republicano Gil Robles.

En *Los niños de Rusia*, ya en 2001, llevó al cine la historia de los miles de niños del bando republicano que fueron enviados a Rusia y que nunca volvieron. Camino justifica el documental en la necesidad de reivindicar la historia de aquellos niños que fueron a Rusia con la suposición de que regresarían al terminar la guerra, lo que no sucedió<sup>117</sup>. Las consecuencias para la vida de estos niños, que con los años crecieron y envejecieron en Rusia, van desde la índole psicológica y humana hasta el plano material y jurídico, que es donde las autoridades podían actuar, pero tardaron en hacerlo. Existían dificultades para que sus descendientes pudieran acceder a la nacionalidad y aún a principios del siglo XXI el colectivo de los niños de la guerra reclamaba que se les concediese una pensión<sup>118</sup>, lo que no se lograría hasta el año 2005<sup>119</sup>. Es difícil imaginar que el documental de Camino, nominado a un Goya en 2001 y emitido en la Televisión Pública<sup>120</sup>, no aportase al menos, la presencia y reivindicación de la cuestión en el debate público.

#### 4.6. *La Transición Española, pacto del olvido y resistencia cultural*

Paloma Aguilar habla de que tras la muerte de Franco en España se constituirá un pacto del olvido<sup>121</sup>, que se explica dentro de una voluntad política y de gran parte de la sociedad de superar la división de la dictadura, así como el miedo a generar un

<sup>116</sup> M. Crusells, *Cine y Guerra*, cit., p. 276.

<sup>117</sup> J. Camino, *Los 'niños de Rusia' son absolutamente españoles'*, entrevistado por de España, Ramón, *El País*, 2 de abril 2001, [https://elpais.com/diario/2001/04/02/catalunya/986173658\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2001/04/02/catalunya/986173658_850215.html).

<sup>118</sup> C. González Martínez, *El Retorno a España de los Niños de la Guerra Civil*, in *Anales de Historia Contemporánea*, 2003, p. 75 ss.

<sup>119</sup> El País, *El Gobierno concede una pensión anual de 6.090 euros a 603 'niños de la guerra'*, 22 de ene 2005, [https://elpais.com/diario/2005/01/22/espana/1106348412\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/01/22/espana/1106348412_850215.html).

<sup>120</sup> VerTele, *"Documentos TV" estrena en televisión "Los niños de Rusia" de Jaime Camino*, 2004, [https://www.eldiario.es/vertele/videos/actualidad/documentos-tv-rusia-jaime-camino\\_1\\_7788926.html](https://www.eldiario.es/vertele/videos/actualidad/documentos-tv-rusia-jaime-camino_1_7788926.html).

<sup>121</sup> P. Aguilar Fernández, – L. A. Payne, *El resurgir del pasado en España*, Barcelona, 2018, p. 97 ss.

ambiente divisivo que reavivase un sentimiento belicista. La apuesta por una reconciliación se presentaba como incompatible con la revisión del pasado, que se limita a un forzado reparto de culpas que compra así parte importante del discurso franquista. Aguilar apuntará que ante este movimiento serán las familias de las víctimas junto a sectores de la academia y la cultura los que se opongan a este deseo de olvidar<sup>122</sup>.

El cine será uno de los principales medios de oposición dentro de la cultura, contando en ese período con el trabajo de directores que durante el período franquista ya habían mostrado su vocación crítica hacia el régimen como el propio Jaime Camino, cuyos trabajos hemos abordado, pero también Carlos Saura, Fernando Fernán Gómez, Mario Camus o incluso Luis García Berlanga que abordará por primera vez su visión de la Guerra Civil con la tragicómica *La Vaquilla*<sup>123</sup>, encontrándose como casi siempre con críticas desde ambos lados del espectro político ante la versión desmitificada, humana y no partidista mostrada por el director valenciano<sup>124</sup>.

También una nueva generación de directores empezarán a realizarse desde distintas perspectivas una lectura de la Guerra Civil y los primeros años de posguerra, como hará Jaime Chávarri en *Las Bicicletas son para el verano*<sup>125</sup>, Fernando Trueba en *El año de las luces*<sup>126</sup> o Imanol Uribe<sup>127</sup> que aborda parte del conflicto entre las autoridades del tardofranquismo y una incipiente banda terrorista ETA. Pero entre algunos de los nuevos realizadores la vocación de contar la historia reciente de España no tendrá el peso que tuvo en los directores de la generación previa. Por ejemplo, sería un tema expresamente rechazado por directores como Pedro Almodóvar que evitaba expresamente tratar cualquier tema relacionado con el franquismo, en parte por considerar que era una temática que se estaba tratando en exceso en el cine español<sup>128</sup> e incluso por una voluntad de querer dejar atrás ese período oscuro de la historia del país y hacer como *que nunca había existido*<sup>129</sup>. Marca la evolución del tratamiento de la memoria en la sociedad española, el hecho de que en 2021 el manchego tratara expresamente la cuestión de la memoria histórica en *Madres paralelas*<sup>130</sup>, película a la que volveremos más adelante.

Progresivamente la tendencia a representar el pasado reciente y la Guerra Civil va disgregándose en el tiempo, aunque no desaparece, y se producirán algunos títulos

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>123</sup> L. García Berlanga, 1985.

<sup>124</sup> M.A. Vilena, *Berlanga. Vida y cine de un creador irreverente*, Barcelona, 2021, p. 209 ss.

<sup>125</sup> J. Chávarri, 1984.

<sup>126</sup> F. Trueba, 1986.

<sup>127</sup> *El proceso de Burgos* y *La Fuga de Segovia*, 1978 y 1981.

<sup>128</sup> P. Martínez-Vasseur, *La España de los 80 en el cine de Pedro Almodóvar*, in R. Ruzafa Ortega (cord.), *La historia a través del cine: transición y consolidación democrática en España*, 2004, p. 173.

<sup>129</sup> P. Almodóvar, *Pedro Almodóvar: "Me hubiera gustado meterme en más charcos"* in interview at *Academia del Cine*, 2021, <https://www.academiadecine.com/2021/09/02/pedro-almodovar-me-hubiera-gustado-meterme-en-mas-charcos/>.

<sup>130</sup> P. Almodóvar, 2021.

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

de peso que representarán distintas temáticas muchas veces no tratadas previamente. Por ejemplo, *Ay Carmela!*<sup>131</sup> donde de nuevo Carlos Saura recoge la represión sufrida por los artistas en la Guerra Civil; en *La Lengua de las Mariposas*<sup>132</sup> de José Luis Cuerda se representa la represión al profesorado; o en *Libertarias*<sup>133</sup> donde Vicente Aranda ahondará en el papel de las mujeres en la resistencia republicana, también Fernando Colomo tratará el trabajo esclavo impuesto por el régimen en *Los años bárbaros*<sup>134</sup>. En los noventa, otro de los títulos más importantes de la década supondrá la vuelta al ámbito internacional de la representación de la guerra, con la siempre políticamente comprometida visión de Ken Loach en *Tierra y Libertad*<sup>135</sup>.

#### 4.7. La presencia de la memoria de la dictadura en el cine contemporáneo (siglo XXI)

El siglo XXI traerá un mayor compromiso con la memoria histórica. Progresivamente y exponencialmente, a partir de la victoria de José Luis Rodríguez Zapatero, el debate público y político sobre la Guerra Civil y el franquismo irá superando el olvido aceptado en la Transición y llevará al país a la aprobación de la primera Ley de Memoria Histórica en el año 2007. El aumento del debate público tiene un espacio de reacción en la cinematografía, que encontrará de nuevo en la temática de la Guerra Civil y la posguerra española una narrativa inspiradora y necesaria. Entre los hitos, podemos destacar *El Laberinto del Fauno*<sup>136</sup> de Guillermo del Toro, una producción de carácter internacional y de enorme éxito de público y crítica, con 6 nominaciones a los Oscars, ganado 3, en el que la imaginería fantástica del director mexicano se localiza en un pueblo español de posguerra en el que los *maquis* tratan de resistir. Se puede destacar la representación que se hace de las tropas franquistas en la figura del cruel Capitán Vidal, la película se considera en algunos análisis la como una alegoría de la caída de la República, la dictadura y la vuelta de la esperanza democrática<sup>137</sup>.

En el plano estrictamente nacional, podemos enmarcar en este primer momento de auge en relación con el debate público suscitado por la Ley de Memoria Histórica títulos como *Los Girasoles Ciegos*<sup>138</sup> de José Luis Cuerda, que aborda la cuestión de *los topos*; *Las 13 Rosas*<sup>139</sup> película recreacional de la ejecución de 13 jóvenes mujeres

---

<sup>131</sup> C. Saura, 1990.

<sup>132</sup> J. L. Cuerda, 1999.

<sup>133</sup> V. Aranda, 1996.

<sup>134</sup> F. Colomo, 1998.

<sup>135</sup> K. Loach, 1995.

<sup>136</sup> G. Del Toro, 2006.

<sup>137</sup> W. O. Deaver Jr., *El Laberinto del Fauno. Una alegoría de la España democrática* in *Romance Notes*, 2009, p.155 ss.

<sup>138</sup> J. L. Cuerda, 2008.

<sup>139</sup> E. Martínez-Lázaro, 2007.

socialistas en agosto de de 1936; *Salvador (Puig Antich)*<sup>140</sup> sobre la figura del anarquista Salvador Puig Antich ejecutado por el régimen franquista en 1974 o *Pa negre (Pan negro)*<sup>141</sup> que retrata la posguerra rural catalana.

La salida del PSOE del gobierno en 2011 supuso una regresión en las políticas públicas en relación con la memoria histórica. Pero fuera del plano estrictamente institucional se hacía palpable que no había vuelta atrás, aunque la voluntad del gobierno fuera expresa a la hora de dotar con un presupuesto de 0 euros cualquier partida vinculada a la memoria histórica<sup>142</sup>. Esta decisión del gobierno del PP lleva a que los procesos de exhumación no cuenten con ningún tipo de respaldo público, lo que lleva de facto a la privatización total de las exhumaciones. Ante esto muchas comunidades autónomas empiezan a hacer sus propias leyes que serán casi siempre más ambiciosas que el texto nacional del 2007<sup>143</sup>. Por otra parte, se activa con más fuerza la vía internacional que recogerá las reivindicaciones de las víctimas a través de la llamada *causa argentina*<sup>144</sup>, después del fallido intento<sup>145</sup> del juez Baltasar Garzón por abordar la vía judicial en España. Además, la ONU con el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzosas o Involuntarias se implica a través de sus recomendaciones presentadas en 2013, sumado a las llamadas de atención por parte de la institución por los incumplimientos de las mismas<sup>146</sup>.

Con el regreso del PSOE al gobierno a través de la figura de Pedro Sánchez, llegamos al panorama actual, en el que encontramos como el cine de la memoria democrática está presente con enorme repercusión mediática y de público, valorando dos fenómenos actuales que no habíamos visto en el pasado. Por un lado, la introducción de la temática de la recuperación de la memoria histórica en el cine, es decir, no ya solo la utilización del cine como medio capaz de representar determinado período histórico o hecho de la dictadura con una intención crítica, sino que se aborda la propia cuestión de la recuperación de la memoria como elemento narrativo, sumando una intencionalidad expresamente crítica con las políticas del Partido Popular contrarias a la memoria. Por otra parte, en la actualidad nos encontramos con que la temática de la memoria democrática se ha instalado como un subgénero de peso dentro de la cinematografía española, aportando los principales directores nacionales su visión

<sup>140</sup> M. Huerga, 2006.

<sup>141</sup> A. Villalonga, 2011.

<sup>142</sup> N. Junquera, *La promesa que sí cumplió Rajoy* in *El País* 5 de octubre de 2013. [https://elpais.com/politica/2013/10/05/actualidad/1380997260\\_542677.html](https://elpais.com/politica/2013/10/05/actualidad/1380997260_542677.html).

<sup>143</sup> R. Escudero Alday, *La vía autonómica para la recuperación de la memoria histórica en España: leyes, derechos y políticas públicas*, in *Revista catalana de dret públic*, 2021, p.167 ss.

<sup>144</sup> S. Sánchez Legido – L. Hinojosa Martínez, *Los juicios argentinos sobre los crímenes del franquismo* in *Revista española de derecho internacional*, 2015, p. 298 ss.

<sup>145</sup> M. Altozano, *La Audiencia cierra el paso a la causa contra la rebelión franquista*, *El País*, 29 de noviembre 2008, [https://elpais.com/diario/2008/11/29/espana/1227913202\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/11/29/espana/1227913202_850215.html).

<sup>146</sup> Junquera, Natalia, *La ONU insta a España a cumplir “su obligación” y buscar a los desaparecidos*, *El País*, 15 de noviembre 2013, [https://elpais.com/politica/2013/11/15/actualidad/1384521012\\_539699.html](https://elpais.com/politica/2013/11/15/actualidad/1384521012_539699.html).

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

del tema y llegando en el año 2020 a tener *La Trinchera Infinita*<sup>147</sup> y *Mientras dure la Guerra*<sup>148</sup> como nominadas a mejor película en los Premios Goya.

Ambas tendencias se han aunado en la película de Pedro Almodóvar, *Madres Paralelas*, un trabajo que podemos enmarcar como la primera película de ficción en tratar directamente los procesos de recuperación y exhumación de fosas de la Guerra Civil. El director manchego llevaba trabajando en la trama de la película 11 años<sup>149</sup> y decidió incorporar a su idea original la trama de las exhumaciones, como parte de una denuncia expresa a las decisiones del presidente Rajoy de no dotar de presupuesto las partidas a tal efecto. Se incluye incluso una mención expresa a la cuestión al principio de la película, denunciando Almodóvar lo que consideró como (...) *el colmo de la torpeza y un insulto superlativo (...) el cine nos sobrevive a todos y al menos así estará siempre Rajoy vinculado a esta infamia*<sup>150</sup>.

Pedro Almodóvar recurre a incluir como uno de los protagonistas de la película a un antropólogo forense (Israel Elejalde) de evidente y reconocida inspiración en Francisco Etxebarria, figura de referencia en la materia. Incluyendo en la escena final la imagen de todos los arqueólogos acostados dentro de la fosa, lo que forma parte de los protocolos de las excavaciones dirigidas por el antropólogo vasco para fotografiar la posición de los cuerpos retirados<sup>151</sup>.

Pero las intenciones confesas de Pedro Almodóvar no se restringen a la mera denuncia de las limitaciones materiales existentes en los procesos de exhumación, sino que suponen un planteamiento general de la cuestión de la memoria y la vocación de la derecha en imponer su relato, heredado del franquismo, como señala el director manchego en varias de las entrevistas concedidas durante la promoción de la película:

«Me pareció que era más necesario que nunca recordar de dónde venimos y contrarrestar el revisionismo de la extrema derecha. Sus voces no son mayoritarias, pero hacen mucho ruido y contaminan la vida política española»<sup>152</sup>.

«Es importante que las nuevas generaciones puedan volver su mirada al pasado, para entender ciertos problemas cuyo origen se remonta a cuarenta años atrás. Pero también para negar al revisionista. Estamos viendo ejemplos de revisionismo como lo de Camuñas diciendo claramente que la única culpable de la Guerra Civil fue la

<sup>147</sup> Garaño – Arregi – Goneaga, 2019.

<sup>148</sup> A. Amenábar, 2019.

<sup>149</sup> P. Almodóvar, *Pedro Almodóvar. El primer y penúltimo invitado de Late Motiv*, en *Late Motiv* de Buenafuente, Andreu, 2021, <https://youtu.be/aiyYoBwQdmA?si=OVu07B4rJbLP9krL>.

<sup>150</sup> L. Martínez, *Pedro Almodóvar: "Lo que dijo Rajoy sobre la memoria histórica fue el colmo de la torpeza y un insulto superlativo"*, en *El Mundo*, 1 de septiembre 2021, <https://www.elmundo.es/cultura/cine/2021/09/01/612f7ce8fc6c83a4178b45a4.html>.

<sup>151</sup> Almodóvar, Pedro, *Pedro Almodóvar: La gran película sobre la Guerra Civil aún no se ha hecho* en *eldiario.es*, Miró, Pedro (entrevistador), 3 de octubre 2021, [https://www.eldiario.es/cultura/cine/pedro-almodovar-gran-pelicula-guerra-civil-no-hecho\\_128\\_8351352.html](https://www.eldiario.es/cultura/cine/pedro-almodovar-gran-pelicula-guerra-civil-no-hecho_128_8351352.html)

<sup>152</sup> P. Almodóvar, *Pedro Almodóvar: La gran película sobre la Guerra Civil aún no se ha hecho*, cit.

República, con el líder de la oposición delante que no le dice nada... es delicado. Porque ese hombre está mintiendo: no hay equidistancia entre la República y el alzamiento de Franco. No: fue un golpe militar. Yo veo en ciertas cosas que la derecha trata de reescribir nuestra historia. Y contra eso aconsejo a la gente que se la lea: que lea libros de historia sobre la Guerra Civil»<sup>153</sup>.

La película y las posturas defendidas por el propio director en distintas entrevistas son prueba del compromiso expreso desde sectores relevantes de la cultura. El ámbito cinematográfico se posiciona como una de las principales voces discursivas frente a la voluntad política de parte de partidos como el PP y VOX de reimponer, no ya un olvido, sino incluso una reinterpretación de la historia de nuevo ajustada a los preceptos de la historiografía franquista.

El trabajo de Almodóvar es particularmente importante por la propia relevancia de la película, nominada a 8 goyas, 2 nominaciones a los Oscars (Penélope Cruz como actriz principal y banda sonora), Globos de Oro (nom. Habla no inglesa y banda sonora), BAFTA (nom. Habla no inglesa), Festival de Venecia (Copa Volti para Penélope Cruz) o Premios César (nom. Película extranjera). También en el ámbito de la taquilla, que sin poder valorar la repercusión en streaming, solo a nivel nacional llevo a 426.582 espectadores a las salas en 2021<sup>154</sup>, siendo la 6ª película española más vista de ese año. La denuncia pública de Almodóvar tuvo gran alcance nacional e internacional, difícilmente alcanzable por otros medios.

Además, el propio proceso de promoción de la película a nivel nacional e internacional ejerce una forma de particular *agenda setting*, que se traduce en diversidad de entrevistas y apariciones en medios que reavivan el debate público sobre la cuestión de la memoria en España.

Pero además de Almodóvar, otra de las principales figuras del cine español con proyección internacional, como es Alejandro Amenábar, planteaba en *Mientras dure la guerra* una profundización en los inicios del conflicto a través de la figura de Miguel de Unamuno. Desarrolla una perspectiva histórica y recreacionista del inicio de la guerra desde la figura de Franco o generales relevantes del movimiento como Millán-Astray, recogiendo parte del testigo de lo planteado por Jaime Camino en *Dragon Rapide*. Además, la película de Amenábar tiene una vocación presentista como reconoce el director en algunas de las entrevistas promocionales<sup>155</sup>. A partir de esa reflexión, desarrolla la película entorno a la posición de Unamuno frente al golpe de estado, con su paulatino desencanto que tiene como punto de referencia en la película la

---

<sup>153</sup> A. Vicente, *Pedro Almodóvar: "Presentía que mi película no gustaría por hablar de la memoria histórica"*, in *El País*, 30 de noviembre 20021, <https://elpais.com/cultura/2021-11-30/pedro-almodovar-presentia-que-mi-pelicula-no-gustaria-por-hablar-de-la-memoria-historica.html>.

<sup>154</sup> Ministerio de Cultura, *Recaudación y espectadores Cine Español año 2021*, <https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:165bdd39-998f-496c-8a6d-a17c73e3a773/acumulado2021-2-enero-2022.pdf>.

<sup>155</sup> A. Amenábar, *Mientras dure la guerra - La película de Unamuno | Movistar+ en Youtube*, 2020, min. 8'20", <https://www.youtube.com/watch?v=LvIAt3RH5S8>.

conversación que tiene con su amigo y profesor Salvador Villa<sup>156</sup> (Carlos Serrano-Clarck). Villa es un personaje real al igual que Atilano Coco<sup>157</sup> (Luis Zahera), los dos que serán represaliados por los franquistas como se recoge en la película y a día de hoy siguen desaparecidos.

Más allá de la trama que corresponde a la figura de Unamuno, la película presta atención a la figura de Franco y Millán-Astray, y se convierte narrativamente en una continuación involuntaria de la ya citada *Dragon Rapide* que se centra en el período histórico preparatorio al golpe del 18 de julio y termina con el viaje de Franco desde Canarias hasta tomar control de las tropas en África. En la película de Amenábar el golpe ya ha fracasado y nos encontramos en los primeros meses de Guerra en los que se está constituyendo lo que será la España nacional. La película recoge entre otros momentos los debates y la asunción de Franco como generalísimo, y muestra a un Franco bastante representativo en acciones e ideas de lo que podemos inducir de la historiografía, en el que ya existe un plan preconcebido de una guerra larga que le permita represaliar a todo aquel que considere *enemigo de España*<sup>158</sup>.

El personaje de Millán-Astray también es representativo, no ya solo por el rol antagonista que Amenábar le da en la película, sino por usarlo como medio hiperbólico de la representación de los valores y planteamientos del bando nacional, mostrando a un hombre intransigente, violento, intimidatorio e irracional. El propio Amenábar recibió amenazas desde grupos de extrema derecha vinculados a la Legión cuando se supo que el militar era un personaje de peso en la película, también durante un pase en Valencia al que había acudido el propio Amenábar miembros de la ultraderechista España 2000 irrumpieron en la película con vivas a Franco y una pancarta, causando la interrupción de la película<sup>159</sup>. El propio Amenábar considera que la polémica suscitada y los intentos de boicot han ayudado al éxito de público de la película<sup>160</sup>. Estrenada en el último trimestre de 2019 y coincidiendo además con la retirada de los restos de Franco del Valle de Cuelgamuros (antes Valle de los Caídos), se convertirá en la cuarta cinta española más taquillera del año con 1.907.356 espectadores solo en salas españolas<sup>161</sup>.

Los incidentes relacionados con la película nos sirven también para recordar el riesgo inherente que existe cuando se abordan estas temáticas, pero no solo ya por la

---

<sup>156</sup> P. Preston, *El holocausto español: Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona, 2011, p. 249 ss.

<sup>157</sup> L. P. Martín, *La otra cara de la Guerra Civil: La represión de la masonería salmantina* in *Revista Estudios*, 1997, p. 431 ss.

<sup>158</sup> P. Preston, *La Guerra Civil española*, Barcelona, 2016, p.116 ss.

<sup>159</sup> B. Ferrán, *Amenábar: "Han intentado boicotear la película pero están consiguiendo lo contrario, que venga más gente"*, en *El País*, 9 de octubre 2019, [https://elpais.com/cultura/2019/10/08/actualidad/1570554899\\_544061.html](https://elpais.com/cultura/2019/10/08/actualidad/1570554899_544061.html).

<sup>160</sup> B. Ferrán, op. cit.

<sup>161</sup> Ministerio de Cultura, *Recaudación y espectadores Cine Español año 2019*, <https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:cb30543-9003-4722-a7fa-4534dfc708c5/acumulado-2019-icaa.pdf>.

acción de extremistas, sino por las dificultades que incluso cineastas consagrados pueden tener ante el riesgo de boicots y polémicas. Un gran ejemplo del riesgo que determinadas productoras rehúsan asumir es el del director Rodrigo Sorogoyen, cuyo proyecto de una serie sobre la Guerra Civil se topó con la cancelación del proyecto por parte de Movistar Plus cuando estaba en preproducción<sup>162</sup>. Yeso que, por contextualizar, el propio Sorogoyen acababa de estrenar en la misma plataforma *Antidisturbios*, uno de los títulos de mayor éxito de crítica y público dentro de la plataforma, así como ha contado con Movistar Plus como coproductora de *As Bestas* ganadora de 9 premios goya en 2023, incluyendo mejor película y dirección. Pese a este *backgorund* el proyecto no salió adelante por la temática que se quería tratar, el director busca financiación por otros medios<sup>163</sup>.

Pese a estas dificultades, el cine comprometido con la memoria democrática sigue siendo un medio eficaz como muestra el caso del *Maestro que prometió el mar*<sup>164</sup>, película que en la línea de *Madres Paralelas* incorpora a la narrativa los procesos de recuperación de memoria histórica y las exhumaciones. Esta vez, la película sí incorporará la representación expresa del pasado, desarrollándose en dos momentos temporales. En el presente, donde una nieta (Laia Costa) del hijo de un represaliado que sufre alzhéimer se implica en la búsqueda de los restos de su bisabuelo, y termina encontrando la historia del que fue el profesor de su abuelo en Briviesca (Burgos). En el pasado, la trama del profesor Antoni Benaiges (Enrique Auquer), un maestro catalán que es enviado por las autoridades republicanas a un pequeño pueblo burgalés donde aplica la pedagogía Freinet, en su estancia se irá ganando el aprecio de sus alumnos, incluido Carlos (Gael Aparicio) el conflictivo hijo de un preso que quedará a cargo del profesor. A la par, Benaiges se irá labrando enemigos en el pueblo, en el estamento político y religioso, lo que desembocará en su asesinato por parte de los falangistas al empezar la guerra.

La dualidad temporal de la cinta permite abordar temáticas variadas. Por un lado, la urgencia de la búsqueda, las dificultades para conseguir las exhumaciones, su valor simbólico y reparador e incluso el salto generacional en la iniciativa a la hora de buscar los restos y las tensiones intrafamiliares que esto provoca en ocasiones. Por otra parte, vuelve a poner sobre la mesa el fenómeno de la represión al profesorado por parte del franquismo, el poder de la iglesia en el ámbito educativo, las lógicas represivas de los entornos rurales y lo más relevante, la memoria individual del propio Antoni Benaiges. Si bien ya existía un movimiento previo que reivindicaba su figura, en el marco de la

---

<sup>162</sup> J. Zurro, *Rodrigo Sorogoyen: "En Movistar han decidido que no se hable de la Guerra Civil"*, en *eldiario.es*, 26 de mayo 2022, [https://www.eldiario.es/cultura/cine/rodrigo-sorogoyen-movistar-han-decidido-no-hable-guerra-civil\\_1\\_9026554.html](https://www.eldiario.es/cultura/cine/rodrigo-sorogoyen-movistar-han-decidido-no-hable-guerra-civil_1_9026554.html).

<sup>163</sup> Fotogramas, *Rodrigo Sorogoyen busca financiación para su nueva serie, 'La Guerra', en el mercado internacional*, 27 de septiembre 2022, <https://www.fotogramas.es/series-tv-noticias/a41402432/rodrigo-sorogoyen-serie-la-guerra-mercado-internacional/>.

<sup>164</sup> P. Font, 2023.

Asociación Escuela Benaiges<sup>165</sup>, que ha dado lugar a distintas publicaciones escritas o documentales, no es comparable con el alcance conseguido por *El maestro que prometió el mar*. El siguiente gráfico, obtenido de *google trend*, muestra como en el último trimestre de 2023 se dispara el interés en *Antoni Benaiges*, coincidiendo con el estreno de la película.

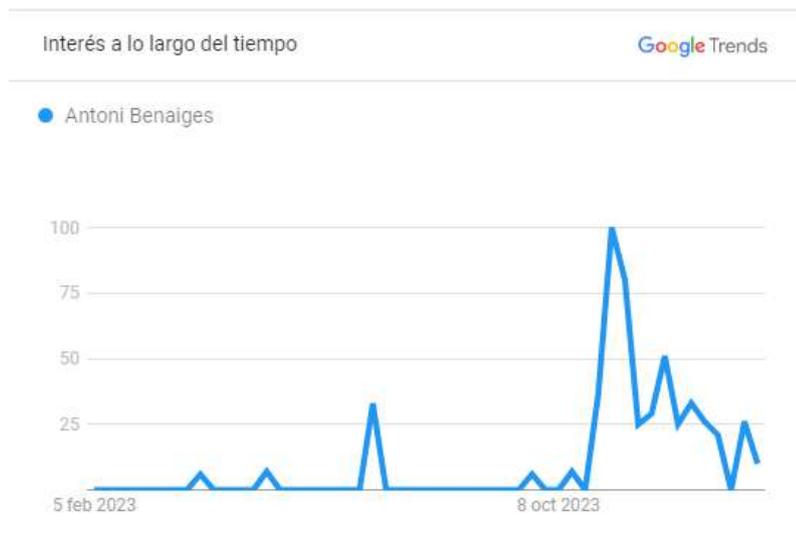


Figura 1. Interés en Antonio Benaiges.  
Gráfico de elaboración propia a través de Google Trends

### 5. Conclusiones

Hemos abordado aquellos títulos que se concibieron de manera expresa como un medio de denuncia o relectura del pasado, películas que enfrentaron el relato construido durante los cuarenta años del régimen de Franco. La política del gobierno dictatorial aspiraba por una parte a construir una memoria del pasado que les legitimase, utilizando también el cine propagandístico a tal efecto, por otra parte, ejercían un control férreo, que incluso a veces excedía las fronteras nacionales, para evitar que el medio cinematográfico deslegitimase o pusiera en dudas la historia oficial.

Hemos partido de la premisa de que el cine tiene capacidad de influir en las propias actitudes políticas de la ciudadanía, siendo además un medio especialmente capacitado para abordar desde distintas fórmulas narrativas y visuales la memoria, lo que le dota de capacidad de crear memorias colectivas. Además, entendemos que la

<sup>165</sup> Más información: <https://escuelabenaiges.com/>.

propia producción de películas dentro de un contexto represivo ayuda a desgranar la capacidad estructural de controlar la disidencia cultural.

Podemos hacer una diferenciación entre el primer cine que abordó la memoria histórica, particularmente la Guerra Civil, dentro aún del régimen dictatorial y el que vendría después de la Transición política. En el primer grupo podemos enmarcar el trabajo de Carlos Saura como figura más destacada con títulos como *La Caza*, *La Prima Angélica* o *El Jardín de las Delicias*. En estos títulos prima el uso del simbolismo por encima de la representación directa como medio de superar los límites impuestos por la censura para poder plantear narrativas que desmitificasen la Guerra Civil, expresasen el trauma generacional del conflicto y dignificaran a los vencidos. Otros directores que hemos citado como relevantes en esta tendencia son Basilio Martín Patino y Víctor Erice.

A partir de la muerte del dictador y empezado el proceso transicional, se pudo empezar a abordar cuestiones relacionadas con la memoria histórica de manera abierta y expresa. Es una excepción localizar títulos en esta línea anterior a 1975, algunos trabajos producidos desde el exterior de España, destacando *Morir en Madrid* como uno de los trabajos que más incómodo para el régimen. En este cine de la memoria la figura más destacable será la de Jaime Camino que será el primer director español en contar historias de los vencidos, destacando *España, otra vez* rodada en 1968 y a la que podemos considerar pionera en su género. También rodará el *Largo Verano del 36* aún durante la dictadura, estrenándola poco después de la muerte del dictador y será el primero en representar una visión alternativa del origen del régimen y de la figura del propio Franco en *Dragon Rapide*. Los títulos citados se enmarcan en un momento de cambio político, en el que la cultura se constituyó como uno de los principales impulsores de la memoria frente al espíritu general de la Transición, que apostaba por un olvido del pasado como requisito para la continuidad pacífica de la convivencia.

Paulatinamente en los años ochenta y noventa se producirán distintos títulos que abordarán particularmente la Guerra Civil y la primera posguerra, incorporando temáticas como el rol de las mujeres o la represión educativa. Pero es en el siglo XXI donde el cine de la memoria cobra más peso y se convierte en una temática común y habitual dentro de la cinematografía española, a la par que el debate público sobre la memoria histórica en la sociedad gana peso. En el momento actual las principales figuras del cine español han trabajado o trabajan en películas que abordan distintos aspectos vinculados a la memoria democrática, presentando como principal novedad la incorporación de la temática de la recuperación de la memoria histórica como respuesta a las trabas planteadas por el gobierno de Rajoy, con títulos como *Madres Paralelas* o *El Maestro que prometió el mar*.

Dentro del cine español, como hemos visto, podemos definir un tipo de películas que muestran un compromiso expreso en contrarrestar el relato impuesto por la historiografía franquista, que aún hoy es defendido por ciertos sectores de la cultura y sociedad. Entendiendo por tanto que el cine es valor activo en la promoción de la

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

memoria democrática como un medio para mantener vivo el debate en el espacio público y fomentar un autoconocimiento como sociedad que nos permita alcanzar mejores niveles de salud democrática, con el fin último de la no repetición. No podemos olvidar, que en determinados espacios de la sociedad y con alarmante incidencia entre la juventud aún se legitima a la dictadura y a la figura de Franco, y que aún en la actualidad pretender hacer este cine históricamente reflexivo respecto a nuestro pasado no está exento de riesgo ni de trabas, lo que lo hace aún si cabe más necesario.

A través de lo expuesto, podemos señalar como el cine español ha reflexionado y a veces incomodado sobre el pasado reciente de la historia del país, en distintos momentos y con distintos formatos. El cine ha contribuido a reescribir el pasado impuesto por la dictadura y que aún a día de hoy parte de la sociedad asume y otra incluso defiende. El cine reivindica la memoria, y hoy además lo hace con asiduidad y compromiso, la cinematografía española representada en sus figuras de relevancia nacional e internacional ha producido en los últimos años títulos que tienen en su contenido y voluntad un mensaje en pro de la defensa de la recuperación de la memoria histórica, con una vocación didáctica pero también reflexiva, potenciando la idea de la no repetición. Es importante que desde el poder público se incentive este trabajo que tiene tanto alcance y capacidad de generar debate en la opinión pública. De cara al futuro próximo, Juan Antonio Bayona está trabajando en la adaptación de la novela *A sangre y fuego* de Manuel Chaves Nogales<sup>166</sup>.

\*\*\*

**Abstract:** Democratic memory is an issue that continues to be very present in public debate in Spain. Even today, there are still sectors of society that legitimise the figure of Franco, while the main right-wing parties question the need for political institutions to address the issue of memory. In this context, film, from civil society, has played an important role in constructing a collective memory through a narrative that is critically opposed to the official truth put forward by Franco's regime and currently defended by revisionism.

The aim of this article is to examine this role played by cinema in the Spanish context, starting from the defence that the audiovisual medium is appropriate and capable of influencing individuals and is especially gifted for the representation of memory. We will also propose a contextualisation of the Spanish case, paying particular attention to the use of the audiovisual medium during the dictatorship, and how the

---

<sup>166</sup> M. Jueas, *De 'La sociedad de la nieve' a la guerra civil española, así es la próxima película de J. A. Bayona: "Los más jóvenes tienen muy poca idea de lo que pasó"* in Fotogramas, 05 de enero 2024. <https://www.fotogramas.es/noticias-cine/a46283102/juan-antonio-bayona-proxima-pelicula-sangre-fuego-guerra-civil-espanola/>.

Eduardo Barreto Martín

*Memoria y cultura: un análisis del caso audiovisual español*

regime made use of it in the construction of a favourable narrative, while at the same time limiting the possibilities of opposition from the cinematographic medium.

We will delimit the type of cinema we are going to deal with, focusing on those productions that have an intentionally memorial character in relation to the Civil War and Franco's dictatorship. We will assess how, even during the dictatorship, the first critical approaches to the Civil War and the post-war period were made by some filmmakers, within a complex relationship with censorship. We will analyse how, since the end of the dictatorship, the subject has been dealt with expressly, particularly assessing the role that this type of film currently plays in the current public debate on democratic memory.

**Keywords:** Memory – Cinema – Francoist Dictatorship – Spanish Civil War – Mass Media

\*\*\*

**Eduardo Barreto Martín** - PhD Candidate, University of Salamanca  
([eduardobarretomartin@usal.es](mailto:eduardobarretomartin@usal.es))

## La storia, la memoria e il diritto\*

*Michele Graziadei*

I contributi raccolti nelle pagine precedenti offrono al lettore una magnifica occasione per ripensare diversi temi al centro dell'attualità. Non c'è dubbio, infatti, che l'epoca attuale manifesti un'"esplosione della memoria"<sup>1</sup>. L'identità culturale dei gruppi più vari sembra essere quotidianamente affermata e fatta valere in dibattiti e contese di natura culturale, politica, giuridica.

Sul piano culturale, Claude-Lévi-Strauss, uno dei maestri dell'antropologia del ventesimo secolo, aveva colto le tracce dell'incipiente fenomeno nel secondo dopoguerra, commentando un episodio che oggi può soltanto suscitare il sorriso<sup>2</sup>. Il 23 dicembre del 1951 sulla piazza antistante la cattedrale di Digione, alla presenza di circa 250 bambini, rappresentanti di tutte le comunità parrocchiali avevano acceso un rogo per bruciare il fantoccio di Babbo Natale. La pira avrebbe dovuto reagire alla cristianizzazione della festa della natività, di cui la medesima figura sarebbe stata il simbolo. L'episodio aveva diviso in due la città, e così il giorno dopo Babbo Natale era stato resuscitato dalla Municipalità, per rivolgersi ai bambini dal tetto dell'edificio comunale. Pur evitando con la consueta finezza di addebitare l'accaduto unicamente all'influenza degli Stati Uniti nella Francia del dopoguerra, Lévi- Strauss annotava: "Tutte queste usanze che, solo pochi anni fa, sembravano puerili e barocche al francese in visita negli Stati Uniti, e che venivano intese come uno dei segni più evidenti dell'incompatibilità fondamentale tra le due mentalità, si sono affermate e acclimate in Francia con una facilità e una generalità che fanno riflettere lo storico delle civiltà."<sup>3</sup>.

Il mutamento culturale avviene in tempi ben più contenuti ed è ben più rapido dell'evoluzione biologica. Tratti culturali che fino a ieri erano sostenibili, oggi vengono rigettati come insostenibili, repellenti, odiosi.

Molta acqua è passata sotto i ponti da quando Lévi- Strauss si interrogava al riguardo, ma le passioni e le rivendicazioni al centro dei dibattiti odierni - su questioni

---

\* Il contributo è parte degli Atti del IX Convegno annuale della Rivista di Diritti Comparati "Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria", tenutosi presso il Campus Einaudi dell'Università di Torino e il Polo del '900, il 2 e il 3 novembre 2023.

<sup>1</sup> Come rileva C. di Pasquale, *Antropologia della memoria: Il ricordo come fatto culturale*, Bologna, 2019.

<sup>2</sup> C. Lévi-Strauss, *Le Père Noël supplicié*, Les Temps Modernes, 77, 1952, p. 1572 ss.

<sup>3</sup> Ibid. p. 7 (la traduzione è mia).

ben meno leggere - sembrano essere assai più forti e pervasive. L'attacco a simboli ritenuti pericolosi, quando non odiosi o oppressivi, fa parte a pieno titolo della strategia di movimenti presenti visibilmente sulla scena pubblica, talvolta sulla scena mondiale. Attacchi di questo genere sviluppano nuove strategie della memoria, perché i simboli condannati appartengono a precedenti strategie della memoria. La statua abbattuta su una certa piazza, la targa finalmente rimossa, erano state poste lì per dar corpo ad esse. In tutti questi episodi il vocabolario della memoria è dunque al centro del discorso. Come ben si sa, l'identità culturale si lega alla memoria e ne è espressione, per lo meno se per 'cultura' s'intende il patrimonio intellettuale e materiale destinato ad essere trasmesso da una generazione all'altra.

Quanto avviene oggi, è però sempre avvenuto, e talvolta è avvenuto su più larga scala, con ancor maggiore intemperanza, per lo meno se pensiamo ai gesti che colpiscono i monumenti o le testimonianze materiali di una politica della memoria. Nell'antichità si distruggevano i simboli di personaggi pubblici per cancellarne il ricordo. A Roma l'*abolitio nominis* era una vera e propria pena, comminata ai nemici dello Stato, talvolta in vita, ma retrospettivamente a coloro che in vita si erano macchiati di simili crimini<sup>4</sup>. La sanzione in tal modo irrogata conduceva a cancellare tutti i ricordi tangibili della persona, e mirava a farne scomparire il nome. Testimonianze di pratiche o di norme analoghe si trovano per molte civiltà dell'antichità, e quindi non mi soffermerò oltre sul punto. Venendo a tempi un poco più vicini, va ricordato come nella Francia dell'epoca rivoluzionaria la volontà di abbattere la monarchia si rivolgesse anche contro i suoi simboli, i beni in cui si manifestava l'ideale monarchico. Ci volle tutta la sagacia dell'Abbé Gregoire per spiegare ai propri connazionali la necessità di evitare lo scempio: quelli che un tempo erano beni della monarchia ora appartenevano alla nazione, e quindi potevano essere risparmiati, anzi dovevano essere conservati come patrimonio nazionale<sup>5</sup>. Si trattava di un'abile operazione di risemantizzazione *ante litteram* dei simboli contro cui si sarebbe altrimenti abbattuta la violenza rivoluzionaria. Nel nome della difesa della nazione il fascio di cose che altrimenti sarebbe stato distrutto prendeva nuova vita. È un processo ovvero un'operazione necessaria, come sottolinea Anna Mastromarino nel proprio contributo. Infatti la distruzione totale di testimonianze del passato, eventualmente legate a fatti odiosi, porta con sé molti rischi, e tra tutti i rischio dell'oblio. Per questo il lager di Auschwitz non è stato distrutto. Nella storia delle varie civiltà, questo processo trasformativo s'è realizzato più e più volte. Molte nostre chiese sono state costruite sulle fondamenta di tempi pagani, con materiali tratti da quei templi, e tutti sanno che alcune figure di santi si ricollegano a culti anteriori. L'ortodossia può eccepire, ma la forza dei fatti è innegabile. Credenze che storicamente infondate, sono accettate come testimonianze di fede. In breve,

<sup>4</sup> L'espressione *damnatio memoriae* che ci è del tutto familiare non è dell'antichità romana, bensì di epoca posteriore.

<sup>5</sup> J.L. Sax, *Heritage Preservation as a Public Duty: The Abbé Gregoire and the Origins of an Idea*, 88 Michigan L. Rev. 1142 (1990).

Michele Graziadei  
*La storia, la memoria e il diritto*

l'identità, spesso mobilitata in battaglie che si dicono 'culturali' è composita, ibrida, multiforme, pensata attraverso intenzioni non necessariamente coerenti, situata alla confluenza di esperienze eterogenee. Lo è nei grandi imperi della storia, ma lo è anche su scala minore, nazionale<sup>6</sup>. e si potrebbe andar oltre, se si vuol riflettere sulla vicenda umana fin dagli albori dell'umanità, così come è stata ricostruita dai genetisti, dagli archeologi, dai linguisti, dagli antropologi. Certo, come ricorda Sandel, nella visione comunitarista l'identità è una questione di autorealizzazione più che di scelta. Si tratterebbe di un elemento primario, originario, rispetto alla comunità politica e quindi fondativo di essa<sup>7</sup>. L'organizzazione sociale può allora essere considerata come un mezzo per dar voce a ciò che gli individui hanno, per così dire, scoperto circa loro stessi e il mondo (e affinché persuadano gli altri del valore di quanto hanno scoperto)<sup>8</sup>. Per quanto seducente, tale visione non presenta un'inconfutabile verità. Non soltanto perché ogni cultura vive tensioni ineludibili – d'altra parte vivere in una comunità di individui dominati dalle stesse convinzioni sarebbe un incubo – ma perché l'identità è costruita dalle nostre scelte, dai nostri impegni, con cui ci appropriamo in modo selettivo degli elementi culturali di contesto<sup>9</sup>.

Ritornando al tema sviluppato nel contributo di Anna Mastromarino, la trasformazione del significato dei simboli, in vista di una memoria possibilmente condivisa, non si traduce in una ricetta unica, da applicare ovunque. La diversità dei luoghi, degli artefatti e dei contesti ove si pone il problema della memoria induce a pensare a scelte differenziate. L'Istituto Nazionale Ferruccio Parri ha individuato in Italia circa 1.400 luoghi e monumenti legati alla memoria del fascismo; il percorso rivolto a sviluppare nuovi significati per essi è necessariamente molteplice<sup>10</sup>.

La memoria come risorsa collettiva condivisa, non è mero prodotto culturale, può anche essere mobilitata a fini politici. A fronte di questo rilievo, praticamente tutti i contributi raccolti nel volume scandiscono la distinzione tra la storia e la memoria, e per ottime ragioni. Il pensiero critico sviluppatosi nel corso del tempo mira a stabilire la storiografia come mezzo per giungere ad avere una rappresentazione del passato il più possibile corrispondente ai fatti. La storiografia è animata dallo stesso desiderio di conoscenza e dalla stessa curiosità che anima ogni altra forma di sapere radicata in indagini sul mondo. È un pensiero già presente nell'antica Grecia, all'epoca di Tucidide<sup>11</sup>, e poi quando si posero i fondamenti della

---

<sup>6</sup> Per un bell'esempio di una simile analisi: D. Di Micco, *Gender and Comparative Forms of Government: A Possible Crypto-Type?*, Italian Law Journal, 2023, 2, p. 451 ss.

<sup>7</sup> M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2a ed., Cambridge, 1998, p. 150.

<sup>8</sup> B. Crowley, *The Self, the Individual, and the Community*, Oxford, 1987, p. 295.

<sup>9</sup> A. Sen, *La ragione prima della identità*, in A. Sen, *La ricchezza della ragione*, trad. it., Bologna, 2000, p. 3 ss., spec. 14 ss.

<sup>10</sup> Vedi la ricerca di G. Albanese e L. Ceci, *I luoghi del fascismo. Memoria, politica e rimozione*, Roma, 2022.

<sup>11</sup> Per la discussione critica: M. Kurpios, *The Reception of Thucydides in the Theory and Practice of Hellenistic Historiography*, Wien, 2021, p. 92 ss.

storiografia come scienza, nel rinascimento<sup>12</sup>, ma si tratta di un pensiero ben presente anche in altri contesti e in altre civiltà. È facile considerare una simile visione della storia come viziata da una certa venatura positivista, e la nozione di fatto storico è certamente tra le più discusse. Ma non ci sono forti ragioni per accantonarla. Infatti, mentre ciascuno può discettare sul significato di determinati fatti storici, l'accertamento dei medesimi presuppone l'impiego di precise conoscenze, che non tutti possiedono, ovvero l'acquisizione di prove con determinati procedimenti (eventualmente, con l'impiego di scienze 'dure'). L'esame autoptico un cadavere richiede certi mezzi e certe conoscenze specialistiche. Stabilire se un artefatto come il papiro di Artemidoro sia vero o falso dipende da particolari competenze, in possesso di pochi specialisti (tanto è vero che una nota fondazione ha acquistato il falso in questione per più di due milioni di euro). Se l'indagine sul fatto soddisfa i debiti requisiti, la conoscenza storica attesta quanto si ritiene sia avvenuto. Beninteso, gli storici di professione – al pari di altri – possono sperimentare condizionamenti culturali, e commettere veri e propri errori. Ma quanti scienziati hanno commesso errori, anche grossolani, o sono stati vittime di pregiudizi, o di preconcetti? Nonostante ciò la conoscenza è progredita. *Anything goes* non è dunque vero in questo campo, come in altri campi del sapere. Peraltro, un certo fatto storico è passibile di letture molto diverse, anche opposte, talvolta fantasiose, perché l'opinione ha proprio questa caratteristica, vale a dire la possibilità di posizionarsi su tutto lo spettro del pensabile (e talvolta dell'impensabile).

L'importanza della storia pubblica, di cui ci parla il bel saggio di Serge Noiret, sta proprio nel raccogliere, nel censire e nell'aiutare ad elaborare le manifestazioni collettive a fronte dei fatti più diversi con (e attraverso) le comunità partecipi e protagoniste di essi. Il ricco saggio di Eduardo Barreto Martín, dedicato alla Spagna, spazza via l'idea secondo cui a tale compito attendono esclusivamente gli storici. Un mezzo come il cinema può aiutare a scandagliare il passato, ripercorrendo aspetti della vita legati ad una determinata epoca<sup>13</sup>. Il regime franchista era ossessionato dal controllo del mezzo espressivo. Dopo la scomparsa del dittatore (ma talvolta anche prima, dovendo però misurarsi con la censura), il cinema spagnolo si è impegnato nel mostrare quello che il franchismo è stato, contro la sua immagine promossa dalla dittatura, per difendere i valori democratici e per consentire alla società di conoscere se stessa. Nel ventesimo secolo il cinema è stato al centro dell'immaginario collettivo. Questa centralità è leggibile anche nella vicenda relativa al cinema spagnolo nel periodo immediatamente successivo alla caduta del franchismo. In quegli anni, infatti, il cinema spagnolo ha sottoscritto in larga misura il tacito patto del silenzio riguardante i temi del franchismo e della guerra civile, ritenuti troppo divisivi in una

---

<sup>12</sup> N. J. Stephens, *The Italian Renaissance: the Origins of Intellectual and Artistic Change before the Reformation*, London, 1990, p. 176 ss.

<sup>13</sup> Più in generale, come nota G. Siniscalchi, *Cinema e risemantizzazione del diritto: Dispositivi, spettatori, montaggi*, Milano 2023, il cinema è uno dei più potenti metalinguaggi per raccontare l'universo della normatività, e per immaginare nuovi modelli di costruzione dell'ordine sociale.

società alla ricerca della riconciliazione. Solo dopo l'elezione del socialista Zapatero il dibattito pubblico e politico sulla guerra civile e sul regime di Franco supererà l'oblio accettato durante la transizione, e ulteriori (alterni) impulsi politici porteranno il cinema spagnolo a trattare più ampiamente i temi legati alla guerra civile spagnola e al franchismo in tempi più recenti.

Quando l'angolo di osservazione del diritto è messo in causa si aprono nuovi versanti del discorso. Il saggio di Stéphane Pierré-Caps offre in proposito alcune considerazioni inoppugnabili. In tutti gli Stati democratici la storia deve avere libero corso. Così, la libertà dell'arte e della scienza sancita dall'art. 33 della nostra Costituzione garantisce anche la libertà di ricerca storica. Per contro, negli Stati illiberali la ricerca storica è soggetta a censure, impedimenti e vincoli di vario genere. Quando la costituzione si trasforma nel ricettacolo di un'ideologia politica illiberale, come sottolinea Pierré-Caps, questi vincoli divengono palesi. Le costituzioni liberali del XIX secolo raramente mettevano in esergo la memoria della nazione, o qualche suo tratto culturale. All'epoca la nazione era pensata come elemento politico, costruito sulla base di assunti che potevano attingere alla cultura, ma che non dovevano essere necessariamente esplicitati, o consegnati a testi di carattere costituzionale. Nel corso del ventesimo secolo si moltiplicano le costituzioni che tendono invece a proclamare l'identità della nazione, e così si passa dalla nazione come entità politica alla nazione come entità culturale, anche sul piano del diritto. Non è detto che simili proclamazioni (non infrequenti nelle costituzioni post coloniali), abbiano carattere illiberale, ma tanto meno è certo che le verità proclamate in costituzione corrispondano ad eventi storici ben stabiliti. Non di rado possono intendersi come rivendicazioni fondative della storia nazionale, intesa come collante del nuovo Stato, là dove invece il paesaggio storico non è lineare, o è davvero di altro segno<sup>14</sup>. Pierré-Caps pertanto segnala il memorialismo costituzionale quale malattia (attuale) della Costituzione. Tuttavia, la distinzione essenziale nel suo scritto è tra costituzionalismo democratico e costituzionalismo illiberale. Il primo si affida ad una concezione procedurale della costituzione. Può prendere posizione sulla memoria, ma dovrebbe farlo come è avvenuto in Spagna, per ribadire tale concezione procedurale, per ripristinare quell'approccio costituzionale. Il costituzionalismo illiberale tende invece ad imporre una verità, la quale non può essere contestata dalla libera ricerca storica, ed è pertanto di altra natura, di stampo ideologico. Gli esempi pertinenti attualmente provengono dalla Russia e dall'Ungheria. Qui la Costituzione reprime ogni ricostruzione del passato non allineata alla visione del potere, ed è ostaggio di tale potere, di cui rappresenta la manifestazione evidente. Simili tendenze non albergano esclusivamente da quelle parti, perché non sono patrimonio esclusivo di un Paese o di un'epoca.

---

<sup>14</sup> Per opportune considerazioni di carattere più generale: L. Nuzzo, *Memoria, identità e uso pubblico della storia: l'invenzione del derecho indiano*, in *Forum historiae iuris*, 15 aprile 2013, <https://forhistiur.net2013-04-nuzzo>.

Michele Graziadei  
*La storia, la memoria e il diritto*

La nozione di costituzione come set di norme di carattere procedurale emerge anche dalle pagine di Robert Cover, studioso americano prematuramente scomparso, richiamate in apertura del denso saggio di Pasquale Annicchino. Il filo del ragionamento si dipana da una premessa comune allo scritto di Pierré-Caps. Al pari di quest'ultimo, per Cover il dispositivo costituzionale interagisce e governa quanto è collocato al di là della nozione formale di costituzione, vale a dire il *nomos* di ciascuna comunità. La visione si allarga nella direzione del pluralismo. Al tempo stesso, per via di questo riferimento, la creazione di significato giuridico attribuita esclusivamente all'autorità dello Stato si presenta debole. La concezione della giurisdizione quale sede dell'interpretazione circa il significato della norma posta dallo Stato viene parimenti avvertita come insufficiente. Nei fatti, secondo Cover, le Corti, anziché interpretare, si trovano piuttosto a scegliere tra pretese normative alternative avanzate dalle parti. D'altra parte, gli scienziati della politica non hanno soverchi problemi nel concepire le corti come istituzioni politiche, sia pure non legate al circuito della rappresentanza parlamentare. Qui l'analisi del rapporto tra storia, memoria, e realtà istituzionale si fa complesso. L'indipendenza del giudiziario consente di portare all'attenzione del giudice episodi storici, anche là dove il processo politico non è pronto sul momento a fare i conti con essi, né a confrontarsi con gli effetti nefasti di tali eventi per le loro vittime. Come nota Giorgio Resta, oltre al giudice penale, viene talvolta interpellato al riguardo il giudice civile. Attraverso il prisma del diritto di proprietà, del diritto dei contratti o della responsabilità civile vengono così portate a conoscenza dei tribunali vicende legate a torti storici, come è avvenuto per alcune liti legate all'olocausto, ai crimini di guerra, alle spogliazioni o alle violenze commesse in epoca coloniale. Sono pagine importanti: la domanda di giustizia deve trovare risposta da parte degli organi dello Stato, e la stessa legittimità dello Stato dipende dalla capacità di rendere giustizia su questi temi<sup>15</sup>.

Nello scandagliare il difficile rapporto tra Stato e pluralismo normativo il contributo di Pasquale Annicchino si interroga su due aspetti critici. Da un lato, Annicchino sottolinea l'esito paradossale - contrario al pensiero di Cover - per cui i gruppi portatori di diversi *nomoi* scelgono di vivere nella dimensione del diritto dello Stato. In tal modo, tentano di garantire la propria egemonia sugli altri gruppi in competizione, con conseguente abbattimento del pluralismo. D'altro canto, egli segnala il rischio connesso all'affermarsi di un diritto ad una dimensione, frutto di una polarizzazione ormai definita in termini di *'culture wars'*, proiettate a loro volta su scala mondiale. L'etichetta sotto quale viaggiano queste controversie dovrebbe però sollevare qualche interrogativo, almeno se si ha riguardo al mondo del diritto. La giustizia può riguardare la ripartizione di risorse materiali, ma investe anche qualcosa di più delicato: ci definisce come soggetti. Cittadini o stranieri, adulti, minori, capaci, incapaci, maschi, femmine, o portatori di soggettività di altro genere.... La giustizia

---

<sup>15</sup> Si veda al riguardo la ricerca condotta da: G. Resta, V. Zeno-Zencovic (cur.), *Riparare, risarcire, ricordare: un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012.

distribuisce risorse materiali, ma al tempo stesso opera con forza immensa come sistema di riconoscimento. La giustizia come sistema di riconoscimento è non meno importante della giustizia come strumento di distribuzione. Molta parte del novecento si è concentrata sulla giustizia nel suo aspetto redistributivo. La giustizia sociale al centro di tante battaglie del novecento era intesa essenzialmente sotto questo aspetto. Mentre lo Stato ha visto declinare la sua capacità redistributiva di risorse materiali – un tema su cui non mi soffermerò qui – è aumentata la tensione sul versante della giustizia come riconoscimento<sup>16</sup>. Nuove pretese di riconoscimento sono sorte un po' ovunque, sia come reazione a autentici torti passati, sia indipendentemente da essi. E parimenti si è spezzata l'idea secondo cui lo status di cittadino risolve ogni questione di riconoscimento, di inclusione, anche morale, nella comunità<sup>17</sup>. L'emergere dei diritti umani quale sistema di tutela a livello mondiale è in parte risposta alla crisi della cittadinanza quale veicolo di diritti. Simili questioni hanno però ben poco a che fare con la 'cultura', salvo riconoscere la circolazione di alcuni elementi culturali come codici culturali decontestualizzati (come non pensare alla zucca di halloween nella vetrina del tabaccaio dietro l'angolo di casa?). Esse hanno invece molto più a che fare con la nostra concezione dello spazio pubblico in cui si svolgono le più varie pretese, nonché con quella particolare componente del giudizio nota sotto la voce 'morale'. Poiché nelle società democratiche lo spazio pubblico si è allargato per dar corso alle pretese più varie, in mancanza di morale condivisa, si pretende ora dai Tribunali la risposta agli interrogativi più difficili: quali torti e quali ragioni riconoscere?

Qualche secolo fa, si è sostenuto che, sul piano morale, la legge funziona come una briscola: "Così come gli uomini nel giocare scoprono la carta di briscola e tutta la loro moralità non consiste in altro che nel non rifiutarsi di riconoscere quella carta, così nella nostra conversazione civile, la nostra moralità è tutta compresa nel non disobbedire alle leggi"<sup>18</sup>. Si tratta della soluzione più agevole; non a caso ha guadagnato la più ampia adesione da parte dello Stato.

Il potere giudiziario può così dichiarare 'disonorevole' la condotta dello Stato, qualora violi gli impegni presi con strumenti giuridici vincolanti. È avvenuto in Canada nel 2024 con la sentenza resa dalla Corte Suprema in *Shot Both Sides c. Canada*<sup>19</sup>, la quale ha accertato la violazione da parte della Corona del trattato a suo

---

<sup>16</sup> È il tema elaborato nell'opera di Nancy Fraser, su cui si veda: A. Cavaliere, *Una giustizia a due dimensioni. Redistribuzione e riconoscimento nell'opera di Nancy Fraser*, Torino, 2023.

<sup>17</sup> Per un'analisi critica della cittadinanza, frutto di studi storici magistrali: P. Costa, *La cittadinanza*, Roma, Bari, 2005.

<sup>18</sup> T. Hobbes, *The Questions concerning Liberty, Necessity and Chance*, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth*, London, 1841, p. 194: "In the same manner as men in playing turn up trump, and as in playing their game their morality consisteth in not renouncing, so in our civil conversation our morality is all contained in not disobeying of the laws." Peraltro, lo stesso Hobbes aveva una visione più complessa delle cose: S. Holmes, *Passioni e vincoli: I fondamenti della democrazia liberale*, tr. it., Bologna 1995, p. 100 ss.

<sup>19</sup> 2024 SCC 12.

tempo concluso con la Blood tribe appartenente alla Confederazione dei Piedi Neri in relazione a certi diritti fondiari. Pur ritenendo prescritta l'azione per la restituzione di alcuni territori già appartenenti alla tribù, la Corte ha dichiarato 'disonorevole' la condotta della Corona verso quest'ultima, in vista della durata e dell'importanza della violazione compiuta a suo danno. Secondo la Corte, la sentenza dichiarativa così pronunciata chiarisce i diritti fondiari della tribù, identifica la condotta disonorevole della Corona, e potrà quindi facilitare la riconciliazione e a ripristinare l'onore della Corona.

Se si è arrivati fin qui, dopo molti secoli, è perché non abbiamo saputo (o voluto) trovare migliori alternative, benché il costituzionalismo contemporaneo abbia provato ad indicarle, e il discorso intorno ai diritti umani sia teso a riscattare la legalità dalla visione troppo angusta del diritto propria del positivismo classico.

Il metro di giudizio delle vicende umane, come scopriamo interrogandoci intorno alla storia e alla memoria, non è però mai unicamente il diritto, anche perché le idee intorno a quanto il diritto consegue in termini di esiti morali sono varie<sup>20</sup>. Certamente non è soltanto il diritto di oggi (o, peggio, di ieri) ad offrirci il metro cui guardare; inoltre, raramente tale metro è ben accetto da chi ha sperimentato il diritto dello Stato come pura soggezione, e di questo serba memoria<sup>21</sup>. Senza rinunciare a quello che il diritto offre, poiché non è poco, ogni tanto conviene ricordare tale verità elementare, per evitare di affidare a questo unico ed imperfetto mezzo ogni problema di giustizia.

\*\*\*

**Abstract:** The present paper deals with the intersections between History, Memory and the Law. The emergence of human rights as a global system of protection is in part a response to the crisis of citizenship as a vehicle for rights. In the absence of a universally shared moral framework, the need to anchor legal and ethical principles in the historical context becomes pronounced. The intersection of History, Memory, and the Law thus underscores the importance of contextualizing legal and ethical frameworks within their historical and cultural milieu. Only by acknowledging the complexities of human experience and the enduring legacy of past

---

<sup>20</sup> Per un saggio esemplare al riguardo: S. Slyomovics, *How to Accept German Reparations*, Philadelphia, 2014.

<sup>21</sup> La reazione degli Indiani alla sentenza citata sopra si appunta, non a torto, su questo aspetto. Si veda il comunicato stampa *AMC Discouraged by the Supreme Court's Decision in Shot Both Sides v. Canada* consultabile sul sito seguente: <[https://manitobachiefs.com/press\\_releases/amc-discouraged-by-the-supreme-courts-decision-in-shot-both-sides-v-canada/](https://manitobachiefs.com/press_releases/amc-discouraged-by-the-supreme-courts-decision-in-shot-both-sides-v-canada/)>. V. più in generale: J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, 1995.

Michele Graziadei  
*La storia, la memoria e il diritto*

injustices can societies hope to cultivate a more inclusive and equitable system of rights and justice.

**Keywords:** Law – History – Memory function – Human rights – Culture

\*\*\*

**Michele Graziadei** – Professore ordinario di diritto privato comparato,  
Università di Torino ([michele.graziadei@unito.it](mailto:michele.graziadei@unito.it))

***Law and obesity: analisi comparatistica del fenomeno obesità tra strumenti di hard law e misure di soft law\****

*Fiore Fontanarosa*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La lotta all'obesità tra disciplina normativa ed autoregolamentazione. - 3.1. La tassazione dei cibi spazzatura e delle bevande zuccherate. - 3.2. segue: la *sugar tax* italiana. - 3.3. segue: l'efficacia dell'imposizione fiscale. - 4.1. Gli interventi a livello scolastico: l'alimentazione e l'attività fisica. - 4.2. segue: l'efficacia dei provvedimenti in materia di alimentazione scolastica. - 5. Il *marketing* alimentare. - 6. L'etichettatura nutrizionale degli alimenti. - 7. Gli incentivi. - 8. Il ruolo della legge nella lotta all'obesità. - 9. Aspetti comparatistici delle misure anti-obesità prese a livello statale. - 10.1 Considerazioni conclusive: riflessioni critiche. - 10.2. segue: alcuni spunti propositivi.

1. *Premessa*

Il fenomeno dell'obesità è stato tradizionalmente considerato come un “fatto individuale”, legato cioè al rapporto che ogni individuo ha con il cibo (e con il proprio corpo) ed è stato analizzato e studiato prevalentemente sotto il profilo sociale. Solo negli ultimi decenni, la questione dell'obesità è stata riguardata sotto il profilo medico e considerata alla stregua di una vera e propria patologia, nonché sotto quello economico, in quanto produttiva di risvolti negativi per i sistemi sanitari nazionali.

La diffusione dell'obesità a livello mondiale comincia ad essere sempre più considerata anche sotto il versante giuridico. Essa non rappresenta più esclusivamente una questione di salute pubblica, ma anche un importante problema di natura sociale, politica, economica e giuridica che affligge la maggior parte degli Stati del mondo, specialmente quelli che hanno intrapreso la c.d. transizione nutrizionale<sup>1</sup>.

Il sovrappeso e l'obesità derivano da una complessa interazione di fattori biologici ed ambientali, i quali attengono all'alimentazione infantile, all'ambiente nel quale una persona vive, alla storia familiare, al regime alimentare, al *marketing* dei cibi; tutti fattori che hanno contribuito a creare un sistema il quale ha favorito, particolarmente negli ultimi anni, scelte alimentari poco salutari<sup>2</sup>.

---

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

<sup>1</sup> A.K. Arbex et Al., *Obesity Epidemic in Brazil and Argentina: A Public Health Concern*, in 32 *J. Health Popul. Nutr.* 2, p. 332 (2014).

<sup>2</sup> K. Richards et Al., *The Childhood Obesity Prevention Task Force (ACT 269): Recommendations for Obesity Prevention in Hawaii*, in 72 *Hawaii J. Med. Public Health* 3, p. 103 ss. (2013); F. Sassi, *Informazione*,

Il problema dell'obesità riguarda soprattutto quella infantile, la quale è stata presa in considerazione da parte di numerosi Stati che hanno deciso di mettere in campo politiche e strategie di prevenzione di questo fenomeno. L'obesità infantile rappresenta una vera e propria epidemia<sup>3</sup> che produce significative implicazioni sanitarie, sociali<sup>4</sup> ed economiche (anche per le generazioni future), come ad esempio l'aumento delle malattie croniche e la crescita dei costi sanitari<sup>5</sup>.

Non soltanto negli Stati Uniti d'America, bensì pure nel Vecchio Continente la crescente incidenza del sovrappeso e dell'obesità rappresenta una seria minaccia per la salute della popolazione. Infatti, la prevalenza dell'obesità è più che triplicata in molti Paesi europei a partire dagli anni '80 del secolo scorso e il numero di persone interessate continua a crescere, in particolare tra i bambini<sup>6</sup>.

Cosicché, sotto il profilo giuridico, si è arrivati ad interrogarsi circa l'approccio da seguire per fermare l'aumento dell'obesità, precipuamente quella infantile e si è cercato di capire se la legge possa effettivamente rappresentare uno strumento grazie al quale raggiungere, più facilmente, il citato obiettivo. Questo perché gli interventi di natura preventiva ed educativa, quali i consigli nutrizionali e l'esortazione a svolgere attività fisica, non possono considerarsi, da soli, sufficienti a combattere il problema in discorso. Risulta dunque necessaria, *prima facie*, un'integrazione tra le misure non dotate di natura giuridica e quelle aventi carattere normativo<sup>7</sup>.

Il ricorso all'approccio legislativo nella lotta all'obesità sembra dunque necessario. Invero, mentre il modello medico attribuisce la responsabilità dell'aumento del sovrappeso ai comportamenti individuali delle persone, il modello normativo si

---

*incentivi e scelta: un approccio realistico alla prevenzione dell'obesità*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità e tasse. Perché serve l'educazione, non il fisco*, Milano, 2013, p. 167.

<sup>3</sup> Vi sono alcune evidenze che l'obesità è "socialmente contagiosa", nel senso che il rischio, cioè la probabilità di diventare obesi aumenta se questa patologia è presente all'interno della cerchia familiare o degli amici di una persona. Sul punto v. F. Sassi, *op. cit.*, p. 170.

<sup>4</sup> Per un'analisi delle implicazioni sociali legate all'obesità v. R. Dameno, *Il corpo è lo specchio dell'anima? La stigmatizzazione e la criminalizzazione delle persone "grasse" sulla base del loro aspetto fisico è anche una questione di genere?*, in *GenIUS*, 2, 2020, p. 108 ss.

<sup>5</sup> X. Ramos Salas, *A critical analysis of obesity prevention policies and strategies*, in 108 *Can. J. Public Health* 5-6, p. 602 (2017); R. Dobbs et Al., *Overcoming obesity: An initial economic analysis*, McKinsey Global Institute, Discussion paper, consultabile al sito [https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/business%20functions/economic%20studies%20temp/our%20insights/how%20the%20world%20could%20better%20fight%20obesity/mgi\\_overcoming\\_obesity\\_full\\_report.ashx](https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/business%20functions/economic%20studies%20temp/our%20insights/how%20the%20world%20could%20better%20fight%20obesity/mgi_overcoming_obesity_full_report.ashx), 2014, p. 19 ss.; K.D. Brownell - T.R. Frieden, *Ounces of Prevention - The Public Policy Case for Taxes on Sugared Beverages*, in 360 *N. Engl. J. Med.* 18, p. 1806 (2009).

<sup>6</sup> J. Jewell et Al., *Law and obesity prevention: addressing some key questions for the public health community*, WCRF International, consultabile al sito <https://www.wcrf.org/wp-content/uploads/2021/01/WCRF-International-Law-and-Obesity-Prevention.pdf>, 2013, p. 6.

<sup>7</sup> J. Fletcher - K. Patrick, *A political prescription is needed to treat obesity*, in 186 *Can. Med. Assoc. J.* 17, p. 1275 (2014).

concentra piuttosto sui fattori ambientali che la favoriscono e sui quali il legislatore è in grado di incidere<sup>8</sup>.

Nel corso della trattazione si passeranno in rassegna alcune strategie, *lato sensu* giuridiche, impiegate per contrastare il descritto fenomeno, tentando al contempo di operare una comparazione tra gli approcci seguiti dagli Stati in *subiecta materia*. Pertanto, si utilizzerà un approccio funzionale, così da vedere in quale maniera i diversi ordinamenti hanno affrontato, sotto il profilo normativo, il problema in esame.

Pare opportuno precisare che la scelta dei sistemi giuridici da analizzare è stata fatta in base allo studio delle più eterogenee iniziative, soprattutto quelle che si sono rivelate maggiormente incisive, prese a livello statale in tema di lotta all'obesità. Proprio la classificazione degli interventi posti in essere negli ordinamenti, in base alla loro natura vincolante o meno (dunque di *hard law* o di *soft law*), ha permesso di individuare le convergenze e le divergenze che, sul punto, si registrano tra i diversi Paesi.

In tal senso, sicuramente gli Stati Uniti d'America rappresentano l'ordinamento giuridico dal quale partire per svolgere un'indagine di questo tipo, non soltanto a motivo dei noti problemi di obesità che, ormai da decenni, affliggono una buona parte della popolazione, primariamente quella adolescenziale, ma anche perché molti Stati e città americane hanno emanato provvedimenti normativi in questa materia.

In realtà, anche altri Stati, ad esempio quelli del Sud America, nonché quelli europei, sono intervenuti, talvolta in maniera energica, a livello legislativo mettendo in campo i più disparati provvedimenti giuridici di contrasto all'obesità.

L'obiettivo dell'elaborato è quello di individuare l'esistenza di analogie tra le misure normative poste in essere nei vari Paesi (pur nell'ovvia diversità dei sistemi giuridici presi in considerazione), ove si consideri che il fenomeno *de quo* interessa quasi tutti gli Stati. Pertanto, quest'ultimi vengono sempre più frequentemente chiamati a rispondere, sotto il versante legislativo, alle sollecitazioni provenienti dal mondo scientifico, particolarmente a seguito della presa di coscienza dell'insufficienza del solo approccio medico nel controllo del problema.

In primo luogo, si analizzeranno i provvedimenti normativi di natura fiscale, vale a dire quelli finalizzati a tassare i cibi spazzatura e le bevande zuccherate.

In secondo luogo, lo studio si concentrerà sulle misure finalizzate a modificare le abitudini alimentari tenute dai bambini e dagli adolescenti, sia nel contesto scolastico che tra le mura domestiche.

Successivamente, si passeranno in rassegna i sistemi di etichettatura nutrizionale degli alimenti introdotti nei principali Paesi europei, ma pure negli Stati Uniti d'America e in alcuni Paesi sudamericani.

Oltre ai provvedimenti normativi, ci si occuperà anche delle misure incentivanti che sono state adottate in materia, spesso con esito positivo, nel Vecchio Continente e Oltreoceano.

---

<sup>8</sup> M.J. Eisenberg et Al., *Legislative approaches to tackling the obesity epidemic*, in 183 *Can. Med. Assoc. J.* 13, p. 1497 (2011).

Tale analisi risulterà funzionale ad indagare qual è il ruolo che attualmente la legge e i provvedimenti di *soft law* possono rivestire nella lotta all'obesità, nonché ad operare una comparazione tra le diverse misure prese a livello statale.

In tale sede, non ci si occuperà degli aspetti giudiziari legati al tema dell'obesità, dunque del contenzioso attinente ai rapporti tra i consumatori e i produttori o venditori (ad esempio i *fast food*) di alimenti obesogeni, perché lo scopo dell'indagine è quello di verificare la capacità, cioè l'idoneità del diritto a gestire, precipuamente in una fase preventiva, il problema in esame.

## 2. La lotta all'obesità tra disciplina normativa ed autoregolamentazione

Una volta affermata l'importanza del diritto nel controllo del problema dell'obesità, risulta necessario verificare, in primo luogo, quale sia il meccanismo di disciplina da utilizzare, in via preferenziale, nel contrasto al fenomeno in questione: un approccio legislativo (*hard law*) oppure un sistema di misure non vincolanti (*soft law*).

Per quanto concerne il primo approccio, quello di *hard law*, storicamente la legge ha svolto una funzione importante nella promozione e nella protezione della salute pubblica<sup>9</sup>. Tuttavia, solo recentemente si è chiamato in causa il ruolo ricoperto dal legislatore in ordine allo specifico tema della prevenzione e del controllo dell'obesità<sup>10</sup>.

Indubbiamente, la legge rappresenta un importante mezzo per migliorare il livello della salute pubblica<sup>11</sup>, incoraggiando dei cambiamenti nello stile di vita delle persone, sia a livello alimentare che di attività fisica<sup>12</sup>. Lo strumento normativo può così svolgere un compito fondamentale nel contrastare (*rectius* disciplinare) i fattori che contribuiscono all'obesità<sup>13</sup>.

In ogni caso, la legge rappresenta soltanto una delle possibili strade percorribili per combattere il dilagare dell'obesità. Altri possibili sistemi utilizzabili a tal fine sono i meccanismi di *soft law* (come ad esempio le linee guida elaborate in materia di alimentazione<sup>14</sup>); si tratta di strumenti non vincolanti, nel senso che la loro osservanza avviene su base volontaria.

---

<sup>9</sup> J.L. Pomeranz et Al., *Innovative Legal Approaches to Address Obesity*, in 87 *The Milbank Quarterly* 1, p. 186 (2009).

<sup>10</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. loc. cit.* In tema cfr. S. Vandevijvere - B. Swinburn, *Pilot test of the Healthy Food Environment Policy Index (Food-EPI) to increase government actions for creating healthy food environments*, in 5 *BMJ Open*, p. 1 (2015).

<sup>11</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 206.

<sup>12</sup> G. Consiglieri et Al., *Policy Challenges in the Fight against Childhood Obesity: Low Adherence in San Diego Area Schools to the California Education Code Regulating Physical Education*, in 5 *J. Obes.* 483017, p. 1 (2013); A.A. Eyler et Al., *Patterns and Predictors of Enactment of State Childhood Obesity Legislation in the United States: 2006–2009*, in 102 *Am. J. Public Health* 12, p. 2301 (2012); J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 207.

<sup>13</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 206.

<sup>14</sup> J. Jewell et Al., *op. cit.*, p. 8, secondo i quali sono utilizzabili, all'uopo, pure sistemi di "coregolamentazione", cioè forme di autoregolamentazione sostenute da uno strumento legislativo.

Ora, la scelta di ricorrere al meccanismo legislativo, in luogo degli strumenti il cui rispetto avviene in maniera volontaria, si fonda sul presupposto che, in teoria, l'uso della legge è maggiormente in grado di raggiungere gli obiettivi di riduzione della pandemia da obesità<sup>15</sup>.

Pare opportuno, allora, concentrarsi soprattutto sugli approcci di *hard law* impiegati in molti Paesi, come ad esempio la tassazione dei “cibi spazzatura”, la regolamentazione del *marketing* alimentare, il divieto di vendita delle bevande zuccherate nelle scuole e l'etichettatura degli alimenti, primariamente di quelli serviti nei ristoranti. Occorre, in particolare, verificare se le misure normative già sperimentate con successo in altri settori (si pensi, ad esempio, al controllo del tabacco) possano del pari risultare utili nella prevenzione e nella gestione dell'obesità, ormai considerata una vera e propria pandemia<sup>16</sup>, tanto che ormai si parla sempre più frequentemente di “*obesity crisis*”<sup>17</sup>.

### 3.1. La tassazione dei cibi spazzatura e delle bevande zuccherate

Uno degli strumenti di *hard law* utilizzabili nel contrasto alla pandemia da obesità è costituito dalla tassazione del *junk food*, in linea con quanto già avvenuto rispetto alla vendita di alcol e dei prodotti del tabacco<sup>18</sup>.

Così, nell'ultimo decennio si sono moltiplicate le iniziative statali che hanno agito sotto il profilo fiscale, tramite l'imposizione delle tasse sui cibi considerati poco salutari, ma soprattutto sulle bevande zuccherate, il cui eccessivo consumo favorisce pure svariate altre patologie<sup>19</sup>.

Alcuni interventi legislativi, posti in essere particolarmente negli Stati Uniti d'America, hanno riguardato la vendita di alimenti e ingredienti obesogeni<sup>20</sup>, ma le attenzioni maggiori si sono concentrate sulle bevande zuccherate. Molti Stati americani hanno deciso di tassare la vendita delle bibite zuccherate e degli alimenti dotati di poco valore nutrizionale, sebbene ricorrendo spesso ad aliquote impositive relativamente basse<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Sul punto v. J. Jewell et Al., *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> J.M. Street, *Community perspectives on the use of regulation and law for obesity prevention in children: A citizens' jury*, in 121 *Health Policy*, p. 566 (2017). In tema cfr. R. Dameno, *op. cit.*, p. 114 ss.

<sup>17</sup> R. Dobbs et Al., *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>18</sup> J. Fletcher - K. Patrick, *op. loc. cit.*; M.J. Eisenberg et Al., *op. loc. cit.*

<sup>19</sup> Sul punto v. Scientific Advisory Committee on Nutrition, *Feeding young children aged 1 to 5 years*, 4 luglio 2023, consultabile al sito [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1167077/SACN-Feeding-young-children-aged-1-to-5-full-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1167077/SACN-Feeding-young-children-aged-1-to-5-full-report.pdf).

<sup>20</sup> M.J. Eisenberg et Al., *op. cit.*, p. 1498.

<sup>21</sup> Secondo L.M. Powell, *Assessing the Potential Effectiveness of Food and Beverage Taxes and Subsidies for Improving Public Health: A Systematic Review of Prices, Demand and Body Weight Outcomes*, in 14 *Obes. Rev.* 2, p.

Negli Stati Uniti d'America, Berkeley è stata la prima città, nel 2015, ad approvare una tassa sul consumo delle c.d. *Sugar-sweetened beverages* (SSB), il che ha prodotto una diminuzione del loro consumo, unitamente ad un aumento del consumo di acqua<sup>22</sup>. Iniziative simili sono state prese a San Francisco, anche se in tal caso la proposta non è andata a buon fine<sup>23</sup> e nello Stato di Washington<sup>24</sup>.

Non solo gli Stati Uniti d'America, bensì pure diversi Paesi del Sud America (come ad esempio il Cile e la Colombia), hanno implementato politiche fiscali di tal genere.

In particolare, il Cile ha un'alta prevalenza di obesità e recentemente è diventato il Paese con il maggior consumo pro capite di bevande SSB al mondo<sup>25</sup>. Così, nel 2014, il governo ha varato una riforma fiscale che prevedeva un aumento dell'aliquota sulla vendita delle bibite zuccherate, al fine di determinare una riduzione nell'acquisto di quest'ultime<sup>26</sup>.

Più recentemente, il governo colombiano ha posto in essere una riforma fiscale, entrata in vigore il 1° novembre 2023, che prevede una tassa sugli alimenti ultra-processati e sulle bevande zuccherate<sup>27</sup>.

Anche in Europa diversi Stati, quali Danimarca, Francia, Ungheria e Italia, hanno deciso di introdurre una tassazione sulla vendita di bevande e cibi ritenuti obesogeni

---

110 ss. (2013), l'imposizione fiscale non aveva lo scopo primario di influenzare il comportamento dei consumatori, orientandolo in senso "salutista", quanto piuttosto il fine di aumentare il gettito fiscale.

<sup>22</sup> J. Falbe et Al., *Implementation of the First US Sugar-Sweetened Beverage Tax in Berkeley, CA, 2015-2019*, in 110 *Am. J. Public Health* 9, p. 1429 ss. (2020); O. Tamir et Al., *Taxation of sugar sweetened beverages and unhealthy foods: a qualitative study of key opinion leaders' views*, in 7 *Isr. J. Health Policy Res.* 43, p. 7 (2018).

<sup>23</sup> H. Knight, *Why Berkeley passed a soda tax and S.F. didn't*, in *San Francisco Chronicle*, consultabile al sito <http://www.sfgate.com/bayarea/article/Why-Berkeley-passed-a-soda-tax-and-S-F-didn-t-5879757.php>, 7 novembre 2014.

<sup>24</sup> D.M. Studdert et Al., *Searching for Public Health Law's Sweet Spot: The Regulation of Sugar-Sweetened Beverages*, in 12 *PLoS Med* 7, p. 2 (2015); J. Jou et Al., *Strategic messaging to promote taxation of sugarsweetened beverages: lessons from recent political campaigns*, in 104 *Am. J. Pub. Health*, p. 847 ss. (2014); Washington Post Editors, *Council all but kills soda tax*, consultabile al sito [http://voices.washingtonpost.com/dc/2010/05/council\\_all\\_but\\_kills\\_soda\\_tax.html](http://voices.washingtonpost.com/dc/2010/05/council_all_but_kills_soda_tax.html), 20 maggio 2010.

<sup>25</sup> F. Mediano Stoltze et Al., *Prevalence of Child-Directed Marketing on Breakfast Cereal Packages before and after Chile's Food Marketing Law: A Pre- and Post-Quantitative Content Analysis*, in 16 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 4501, p. 10 (2019).

<sup>26</sup> J.C. Caro et Al., *Chile's 2014 sugar-sweetened beverage tax and changes in prices and purchases of sugar-sweetened beverages: An observational study in an urban environment*, in 15 *PLoS Med* 7, p. 3 ss. (2018).

<sup>27</sup> Art. 54 Ley 2277 de 2022 (Dicembre 13) "Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria para la igualdad y la justicia social y se dictan otras disposiciones" (Reforma tributaria), consultabile al sito <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=199883#:~:text=PAR%C3%81GRAFO%201.%20Se%20encuentran%20exentas%20del%20impuesto%20las%20siguientes%20bebidas%20azucaradas>.

(cioè ad alto contenuto di grassi, zucchero, sale o caffeina), così da contrastare l'aumento dei costi sanitari indotti dal consumo di questi prodotti alimentari<sup>28</sup>.

Nel 2011, la Danimarca ha introdotto una "tassa sui grassi" al fine di ridurre le malattie cardiovascolari<sup>29</sup>; tuttavia, l'anno successivo il governo danese ha abrogato questa misura fiscale, sia a causa degli elevati costi amministrativi necessari a stabilire l'esatta incidenza del prelievo fiscale, sia in considerazione del fatto che i cittadini avevano trovato il modo di eludere la controversa tassa acquistando i prodotti tassati oltre confine, ad esempio in Germania o in Svezia<sup>30</sup>.

Anche la Francia ha introdotto una tassa sulle bevande zuccherate nel 2011, come parte di un programma volto a ridurre il deficit della sanità pubblica ed a combattere l'obesità<sup>31</sup>, il che ha prodotto un calo della domanda di queste bibite<sup>32</sup>.

Sempre nel 2011, l'Ungheria ha emanato la c.d. "tassa sulle patatine", un'imposizione che in realtà riguardava tutti i prodotti confezionati ricchi di grassi, sale, zucchero o caffeina, con l'obiettivo di aiutare a coprire i costi del sistema sanitario nazionale<sup>33</sup>.

### 3.2. segue: la sugar tax italiana

L'Italia ha deciso, nel 2019, di introdurre un'imposta sul consumo delle bevande edulcorate, la cui data di entrata in vigore è stata fissata al 1° luglio 2024<sup>34</sup>. Tuttavia, una nota azienda del settore (Sibeg Coca-Cola) e l'Associazione nazionale di categoria che rappresenta le imprese che producono e vendono bevande analcoliche (Assobibe) hanno fatto valere, innanzi al Tar del Lazio, l'illegittimità costituzionale del provvedimento normativo.

Nel 2022, i giudici amministrativi di primo grado hanno ritenuto la questione rilevante e non manifestamente infondata, con particolare riguardo alla disparità di trattamento che la *sugar tax* determinerebbe tra le bevande edulcorate e gli alimenti che

---

<sup>28</sup> T. Villanueva, *European nations launch tax attack on unhealthy foods*, in 183 *Can. Med. Assoc. J.* 17, p. e1229 (2011).

<sup>29</sup> A. Alemanno - I. Carreño, *Imposte sui grassi nell'UE: tra austerità fiscale e lotta all'obesità*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità*, cit., p. 228 ss.

<sup>30</sup> C. Franck et Al., *Taxing Junk Food to Counter Obesity*, in 103 *Am. J. Public Health* 11, p. 1949 (2013); M. Trovato, *Introduzione*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità*, cit., p. 12; ID, *Obesità e tasse*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, II, p. 416.

<sup>31</sup> C. Franck et Al., *op. loc. cit.*

<sup>32</sup> O. Tamir et Al., *op. loc. cit.*

<sup>33</sup> C. Franck et Al., *op. loc. cit.*

<sup>34</sup> Art. 1, co. 661-676, l. 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022). Per un commento della misura fiscale v. G. Salanitro, *"Sugar tax" e "plastic tax". Quando il tributo litiga con la capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, I, p. 339 ss.; G. Chironi, *Fiscalità nutrizionale: prime esperienze e prospettive di riforma*, in *Dir. agroalim.*, 2021, p. 225 ss.; A.F. Uricchio, *Fiscalità alimentare e circolare: problemi e opportunità a seguito dell'introduzione di "sugar tax" e "plastic tax"*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 185 ss.

hanno i medesimi edulcoranti (di quelli contenuti in quest'ultime), in violazione del principio di eguaglianza tributaria sancito dagli articoli 3 e 53 della nostra Costituzione<sup>35</sup>. Pertanto, il Tar ha rimesso la questione di legittimità costituzionale delle norme "incriminate" (art. 1, co. 661-676 della l. n. 160/2019) all'esame della Consulta.

Occorre evidenziare, ai fini del discorso che si sta svolgendo, che i giudici amministrativi, pur avendo ritenuto fondate le censure espresse dai ricorrenti in ordine alla disparità, ai fini fiscali, prodotta dal provvedimento normativo in oggetto, non hanno tuttavia ravvisato una violazione del principio di proporzionalità. Infatti, il Tar ha giudicato la misura fiscale idonea, ben potendo il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, emanare provvedimenti volti a ridurre il consumo delle bevande edulcorate, al fine di tutelare la salute pubblica. Tra l'altro, anche sotto il profilo dell'efficienza impositiva, l'ordinanza emanata dal Tar ha sottolineato l'idoneità della *sugar tax* nel disincentivare il consumo delle bibite zuccherate, così contribuendo alla riduzione delle patologie associate all'utilizzo (eccessivo) di tali bevande<sup>36</sup>.

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione il 26 marzo 2024, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che hanno introdotto nel nostro ordinamento l'imposta sul consumo delle bevande analcoliche edulcorate, così confermando la validità delle asserzioni espresse dai giudici amministrativi riguardo al corretto esercizio, da parte del legislatore, della discrezionalità politica in materia di salute pubblica<sup>37</sup>.

Invero, la sentenza della Corte ha affermato la legittimità costituzionale della scelta presa dal legislatore italiano, valorizzando l'impostazione assunta in materia dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), la quale, già nel 2015, aveva invitato i Paesi ad introdurre una specifica tassazione delle bevande analcoliche prodotte con l'aggiunta di sostanze dolcificanti di origine naturale o sintetica<sup>38</sup>.

Pertanto, sempre ad avviso dei giudici, questa presa di posizione dell'OMS veniva giustificata anche in virtù dei risultati positivi (attestati dalla medesima organizzazione e da studi scientifici realizzati in numerosi Paesi) prodotti dall'introduzione

---

<sup>35</sup> TAR Lazio, sez. II, ord. 14 novembre 2022, n. 14918, consultabile al sito [https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=tar\\_rm&nrg=202107766&nomeFile=202214918\\_08.html&subDir=Provvedimenti](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=202107766&nomeFile=202214918_08.html&subDir=Provvedimenti). Per un'esegesi dell'ordinanza, v. A. Ievolella, *Dubbi sulla cosiddetta Sugar tax: palla alla Corte Costituzionale*, in *Dir. e giustizia*, 203, 2022, p. 6.

<sup>36</sup> TAR Lazio, sez. II, ord. 14 novembre 2022, n. 14918, cit.

<sup>37</sup> Cost., 26 marzo 2024, n. 49, consultabile al sito [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2024:49](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:49).

<sup>38</sup> WHO, *Fiscal policies for Diet and Prevention of Noncommunicable Diseases*, Technical Meeting Report, 5-6 maggio 2015, Ginevra, consultabile al sito [https://www.who.int/docs/default-source/obesity/fiscal-policies-for-diet-and-the-prevention-of-noncommunicable-diseases-0.pdf?sfvrsn=84ee20c\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/obesity/fiscal-policies-for-diet-and-the-prevention-of-noncommunicable-diseases-0.pdf?sfvrsn=84ee20c_2).

della *sugar tax* in ordine alla riduzione del consumo delle bevande analcoliche edulcorate<sup>39</sup>.

Inoltre, la Consulta ha confermato la ragionevolezza della scelta discrezionalmente adottata dal legislatore in materia tributaria, in quanto la *sugar tax* mira a colpire la produzione e il consumo di certi prodotti ritenuti non salutari, il cui eccessivo utilizzo può determinare un aumento della spesa pubblica, quale conseguenza della necessità di garantire, tramite il servizio sanitario nazionale (SSN), appropriate cure alle persone affette da obesità (e dalle patologie ad essa correlate)<sup>40</sup>.

Infine, la sentenza ha ritenuto che l'introduzione della misura tributaria *de qua* non risulta irragionevole, né arbitraria o ingiustificata quanto alla sua limitazione alle sole bevande edulcorate rispetto ai prodotti alimentari di altro tipo (che pure contengono edulcoranti). La Corte costituzionale ha escluso che le norme giuridiche in esame abbiano violato il principio di eguaglianza tributaria, mettendo in risalto, ancora una volta, l'attitudine delle bevande analcoliche edulcorate a causare il diabete, l'obesità ed altre patologie non trasmissibili. Infatti, precisano i giudici, la nuova imposta non grava sulle sostanze edulcoranti in sé considerate, bensì sulle bevande edulcorate e in funzione della quantità di edulcoranti aggiunti<sup>41</sup>.

### 3.3. segue: l'efficacia dell'imposizione fiscale

Nonostante molti Paesi siano intervenuti in materia ricorrendo alla leva tributaria, il punto fondamentale della questione è capire se queste misure fiscali abbiano realmente inciso, in senso favorevole, sulla domanda di *junk food* e delle bevande "incriminate".

La politica fiscale è potenzialmente in grado di influenzare i modelli di consumo, orientandoli verso opzioni alimentari più sane ed aumentare le entrate del governo per fini di miglioramento del benessere della collettività<sup>42</sup>. In effetti, secondo alcuni studi, una tassa sulle bevande zuccherate incoraggerebbe le persone a passare al consumo di bevande più salutari<sup>43</sup>. Questo effetto positivo, sebbene talvolta in misura minima, si è verificato in diversi Paesi europei, come in Spagna, precisamente nella Catalogna<sup>44</sup>, in

<sup>39</sup> WHO, *Sugar-sweetened beverage taxes in the WHO European Region: success through lessons learned and challenges faced*, 13 febbraio 2022, consultabile al sito <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/351781/WHO-EURO-2022-4781-44544-63081-eng.pdf?sequence=1>.

<sup>40</sup> Cost., 26 marzo 2024, n. 49, cit.

<sup>41</sup> Cost., 26 marzo 2024, n. 49, cit.

<sup>42</sup> A.M. Teng et Al., *Impact of sugar-sweetened beverage taxes on purchases and dietary intake: Systematic review and meta-analysis*, in 20 *Obes. Rev.* 9, p. 1201 (2019); R. Nakamura et Al., *Evaluating the 2014 sugar-sweetened beverage tax in Chile: An observational study in urban areas*, in 15 *PLoS Med* 7, p. 2 (2018).

<sup>43</sup> Per una disamina di tali studi, v. K.D. Brownell - T.R. Frieden, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> M.Á. Royo-Bordonada et Al., *Impact of an excise tax on the consumption of sugar-sweetened beverages in young people living in poorer neighbourhoods of Catalonia, Spain: a difference in differences study*, in 19 *BMC Public*

Ungheria<sup>45</sup> e nel Regno Unito<sup>46</sup>, ma anche in alcuni Paesi del Sud America, ad esempio in Messico<sup>47</sup> e in Cile<sup>48</sup>.

Tuttavia, in generale gli effetti dell'imposizione delle tasse sulla commercializzazione delle bibite zuccherate (e di quelle gassate) non sono chiari<sup>49</sup>, anche perché l'efficacia dell'imposizione fiscale nel raggiungere il risultato desiderato dipende da almeno un paio di fattori.

La prima questione non riguarda la tassazione in sé, bensì la scelta dell'aliquota impositiva, dunque, in ultima analisi, l'afflittività o meno della misura fiscale. Invero, diverse ricerche condotte negli Stati Uniti d'America suggeriscono che l'imposizione di una tassa minima sulla vendita dei cibi spazzatura e delle SSB non produce grossi cambiamenti nel consumo di questi prodotti alimentari, né incide significativamente sull'obesità infantile<sup>50</sup>; secondo altri studi, soltanto le tasse elevate possono portare a riduzioni misurabili dell'obesità a livello di popolazione<sup>51</sup>.

---

*Health* 1553, p. 7 ss. (2019). In Spagna, la Catalogna ha introdotto una tassa sulla vendita delle SSB, il che ha comportato una diminuzione del consumo di quest'ultime, nonché dei consumatori abituali delle bevande tassate, a causa dell'aumento del prezzo di tali bibite, ma anche di una maggiore consapevolezza degli effetti nocivi da esse prodotte sulla salute.

<sup>45</sup> M.Á. Royo-Bordonada et Al., *op. cit.*, p. 8; E. Sainsbury et Al., *Public support for government regulatory interventions for overweight and obesity in Australia*, in 18 *BMC Public Health* 513, p. 2 (2018). In Ungheria, la prevalenza di consumatori abituali di cibi altamente trasformati e di bevande analcoliche è diminuita (del 20%), mentre si è registrato un aumento del consumo dei cibi non trasformati a seguito dell'introduzione, nel 2011, della tassa su questi prodotti alimentari.

<sup>46</sup> O. Tamir et Al., *op. cit.*, p. 8. Nel Regno Unito, l'introduzione di una tassa sulle SSB in una catena di ristoranti ha determinato un calo delle vendite di queste bevande.

<sup>47</sup> E. Sainsbury et Al., *op. loc. cit.*; O. Tamir et Al., *op. cit.*, p. 7; F. Sassi, *Taxing sugar. An old idea with a new place in the fight against obesity?*, in 352 *BMJ* h6904, p. 1 (2016); S.M. Kansagra et Al., *Reducing Sugary Drink Consumption: New York City's Approach*, in 105 *Am. J. Public Health* 4, p. e63 (2015). In Messico, la tassa sulle SSB ha comportato un calo negli acquisti delle bevande colpite dalla tassazione. Gli acquisti di bevande tassate nelle aree urbane del Paese sono diminuiti più del previsto, mentre è aumentata la vendita di acqua e delle bevande non tassate. La riduzione nell'acquisto di bevande zuccherate è stata maggiore tra i consumatori meno abbienti.

<sup>48</sup> J.C. Caro et Al., *op. cit.*, p. 3. In Cile, le variazioni negli acquisti di questo tipo di bevande, dopo l'introduzione della tassa, sono state minime.

<sup>49</sup> La maggior parte delle prove concernenti gli effetti positivi degli interventi fiscali sulle scelte alimentari prese dai consumatori si basa su esperimenti condotti su piccola scala o su simulazioni ipotetiche; vi sono ancora poche evidenze a supporto del fatto che gli interventi fiscali in materia di commercializzazione di alimenti non salutari possano essere efficaci nel migliorare la dieta e la salute della popolazione. In argomento v. J.C. Caro et Al., *op. loc. cit.*; R. Nakamura et Al., *op. loc. cit.*; R. Kersh, *Childhood Obesity: A Framework for Policy Approaches and Ethical Considerations*, in 8 *Prev. Chronic Dis.* 5, p. 3 (2011); L.M. Powell et Al., *Associations between state-level soda taxes and adolescent body mass index*, in 45 *J. Adolesc. Health Suppl.* 3, p. s57 ss. (2009).

<sup>50</sup> J.C. Caro et Al., *op. cit.*, p. 4; R. Sturm et Al., *Soda Taxes, Soft Drink Consumption, And Children's Body Mass Index*, in 29 *Health Aff. (Millwood)* 5, p. 5 ss. (2010).

<sup>51</sup> C. Franck et Al., *op. cit.*, p. 1952; A.M. Thow et Al., *The effect of fiscal policy on diet, obesity and chronic disease: a systematic review*, in 88 *Bull World Health Organ*, p. 612 (2010).

La seconda questione concerne il momento dell'imposizione fiscale, *rectius* la fase in cui essa viene "percepita" dal consumatore. Si pensi che in Cile l'aumento minimo (nella misura del 5%) dell'aliquota fiscale sulle bevande zuccherate ha causato piccole diminuzioni degli acquisti di quest'ultime, soprattutto tra le famiglie con reddito più basso<sup>52</sup>. Però, i risultati avuti in Cile sono comunque migliori rispetto a quelli registratisi negli Stati Uniti d'America. Questo perché nell'ordinamento statunitense le tasse sulle vendite vengono applicate "alla cassa", quindi la loro imposizione potrebbe non influire sulle decisioni di acquisto dei consumatori, mentre la tassa introdotta dal governo cileno è inclusa nel prezzo visibile allo scaffale delle bevande, il che, probabilmente, produce una modifica tangibile del comportamento delle persone<sup>53</sup>.

Occorre poi considerare le criticità, soprattutto le conseguenze negative di ordine economico derivanti dall'attuazione di questo tipo di intervento legislativo. Infatti, la descritta politica fiscale, mirante a colpire le bevande obesogene e i cibi spazzatura, pur scoraggiando i consumi (come già avvenuto, similmente, per la vendita delle sigarette), costituirebbe una misura regressiva e discriminatoria, danneggiando particolarmente le persone a basso reddito, le quali saranno presumibilmente indotte a orientare i propri acquisti verso alimenti di qualità ancora peggiore<sup>54</sup>.

Peraltro, si è sottolineato che le tasse sugli alimenti non sono paragonabili a quelle che riguardano il tabacco o l'alcool, sia perché le persone devono comunque nutrirsi per sopravvivere, sia perché le scelte in campo alimentare sono alquanto complesse<sup>55</sup>; di conseguenza, sarebbe ingiusto prendere di mira un singolo *junk food*<sup>56</sup>, anche perché la causa principale dell'obesità non sarebbe il consumo smodato delle bevande zuccherate, bensì l'eccessivo introito calorico<sup>57</sup>.

Il consumo delle bevande analcoliche rappresenterebbe, infatti, solamente una parte relativamente piccola delle diete dei soggetti in sovrappeso<sup>58</sup>. In particolare, gli studi trasversali, prospettici e sperimentali hanno rilevato un'associazione tra obesità e consumo di bibite zuccherate, ma non sempre gli studi sperimentali hanno affermato l'esistenza di tale legame in termini evidenti<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> J.C. Caro et Al., *op. cit.*, p. 16.

<sup>53</sup> J.C. Caro et Al., *op. cit.*, p. 4; R. Nakamura et Al., *op. cit.*, p. 3.

<sup>54</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 4; W.K. Mariner - G.J. Annas, *Limiting "Sugary Drinks" to Reduce Obesity - Who Decides?*, in 368 *N. Engl. J. Med.* 19, p. 1764 ss. (2013); E. Jorio, *Un'accisa destinata alla prevenzione dell'obesità: qualcosa di più di un dubbio*, in *Sanità pubbl.*, 2013, p. 9 ss.; R. Williams - K. Christ, *Tassare i vizi: le accise sono efficienti?*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità*, cit., p. 188 ss.; L. Quaglino, *Tassare il "cibo spazzatura"? Una rassegna della letteratura*, *ivi*, p. 240, p. 250.

<sup>55</sup> A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 227.

<sup>56</sup> K.D. Brownell - T.R. Frieden, *op. loc. cit.*; T. Philipson - R. Posner, *Is the Obesity Epidemic a Public Health Problem? A Decade of Research on the Economics of Obesity*, NBER Working Paper No. 14010, consultabile al sito [https://www.nber.org/system/files/working\\_papers/w14010/w14010.pdf](https://www.nber.org/system/files/working_papers/w14010/w14010.pdf), 2008, p. 8 ss.

<sup>57</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 5.

<sup>58</sup> R. Williams - K. Christ, *op. cit.*, p. 194.

<sup>59</sup> In tal senso A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 226. Gli studi compiuti in materia non hanno trovato una correlazione forte tra il consumo di cibo spazzatura e l'obesità, il che indebolisce la tesi

L'apparente incoerenza dell'imposizione fiscale relativa alle *Sugar-sweetened beverages* deriverebbe dal fatto che la maggior parte di queste misure è stata progettata per aumentare le entrate, non tanto per ridurre i consumi o promuovere la salute pubblica<sup>60</sup>.

Si è poi evidenziato che l'aumento dei prezzi delle SSB non porta necessariamente i consumatori a sostituire tali bevande con altre più salutari e ciò per due motivi<sup>61</sup>. In primo luogo, in quanto i soggetti obesi sono meno "sensibili" degli individui normopeso ai cambiamenti di prezzo del cibo<sup>62</sup>. In secondo luogo, perché l'introduzione di un'accisa sulle bevande zuccherate e gassate non determina necessariamente un effetto di "sostituzione alla pari", nel senso che, come avvenuto in Danimarca<sup>63</sup>, potrebbe aversi un maggior consumo, soprattutto da parte dei bambini e degli adolescenti, di altre bevande (in luogo di quelle tassate), aventi uguale o addirittura superiore apporto calorico<sup>64</sup>.

Occorre poi tener conto che l'imposizione delle tasse sui cibi spazzatura (al pari di quella su uno o più ingredienti alimentari che li compongono) comporta, talvolta, che i consumatori comincino ad acquistare tali prodotti in altri Paesi, come accaduto proprio nel "caso danese"<sup>65</sup>.

Infine, si è sostenuto che questo tipo di intervento normativo, sebbene non limiti in via diretta la libertà delle persone, possa essere percepito come sintomatico di un certo "paternalismo statale", pertanto come un'indebita ingerenza delle istituzioni statali (il c.d. "Stato-mamma")<sup>66</sup> nella sfera di autodeterminazione delle persone in campo alimentare<sup>67</sup>.

---

secondo cui una tassa sul *junk food* possa rappresentare una valida soluzione nel generare una riduzione del girovita delle persone in sovrappeso. Pure la ricerca medica non ha ancora confermato l'ipotesi secondo cui il consumo di bevande zuccherate e cibo spazzatura rappresenti la causa principale dell'obesità. Piuttosto, coloro che sono già in sovrappeso e consumano bibite zuccherate in abbondanza possono trarre benefici, questo sì, da una riduzione del consumo di tali prodotti alimentari. In tema v. L. Quaglino, *op. cit.*, p. 239 ss.

<sup>60</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 2.

<sup>61</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 5.

<sup>62</sup> Secondo A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 226 ss., un'imposta sul cibo spazzatura potrebbe svolgere una funzione di prevenzione dell'obesità, ma non determinare cambiamenti sostanziali nel comportamento degli individui in sovrappeso.

<sup>63</sup> M.Á. Royo-Bordonada et Al., *op. loc. cit.*; S. Akowuah et Al., *An Economic Analysis of Obesity, Health Claims and Regulations*, Conference Paper, consultabile al sito [https://www.researchgate.net/publication/301650374\\_An\\_Economic\\_Analysis\\_of\\_Obesity\\_Health\\_Claims\\_and\\_Regulations](https://www.researchgate.net/publication/301650374_An_Economic_Analysis_of_Obesity_Health_Claims_and_Regulations), 2015, p. 31. In Danimarca, in seguito all'introduzione di una tassa sui prodotti ad alto contenuto di grassi, molti clienti dei supermercati più costosi hanno cominciato a fare la spesa nei *discount*.

<sup>64</sup> R. Williams - K. Christ, *op. cit.*, p. 191; S. Drenkard, *Strafare nella lotta all'obesità*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità*, cit., p. 220; A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 226.

<sup>65</sup> E. Black, *Obesity: The 'Market' May Hold the Solution*, in 87 *UMKC L. Rev.* 2, p. 280 ss. (2019).

<sup>66</sup> F. Sassi, *Informazione*, cit., p. 182 ss.

<sup>67</sup> D.M. Studdert et Al., *op. loc. cit.*; A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 236. In merito alla distinzione tra paternalismo "forte" e "debole", con particolare riferimento alla legislazione anti-obesità,

Il paternalismo è una concezione in virtù della quale i governanti dovrebbero provvedere alla felicità dei governati, essendo quest'ultimi incapaci di raggiungere tale obiettivo, similmente all'atteggiamento di benevolenza del padre verso i figli minori<sup>68</sup>. Pertanto, il paternalismo si pone in evidente contrasto con il liberalismo, il quale costituisce la più importante matrice del costituzionalismo moderno<sup>69</sup>.

In generale, lo Stato paternalista è quello che limita la libertà delle persone al fine di tutelarle da scelte individuali considerate contrarie al loro bene<sup>70</sup>. Il paternalismo fa quindi riferimento ad un potere di intervento su un soggetto (capace di intendere e di volere) per il suo bene, ma senza il suo consenso (o addirittura con il suo dissenso)<sup>71</sup>.

Si pone allora la questione di capire se effettivamente le descritte misure fiscali possano considerarsi alla stregua di provvedimenti paternalisti, violando la libertà di autodeterminazione delle persone in campo alimentare.

Resta il fatto che l'imposizione fiscale sul cibo spazzatura produce delle conseguenze sulle persone, talvolta anche in capo a coloro che consumano prodotti alimentari non salutari in misura minima, poiché essi dovranno pur sempre sopportare l'aumento del costo degli alimenti colpiti dalla tassazione<sup>72</sup>.

Si è finora discusso di tasse sui prodotti alimentari, ma si è anche proposto, in dottrina, un'imposizione sulle persone fisiche<sup>73</sup>. In proposito, secondo l'analisi economica, la misura fiscale più efficace consisterebbe in un'imposizione non lineare, cioè in una tassa sul consumo eccessivo di alimenti, piuttosto che in una tassa fissa su tutte le vendite di cibo<sup>74</sup>. Tuttavia, l'introduzione di una tassa del genere è stata fortemente criticata, sia perché sarebbe estremamente difficile da applicare, sia perché equivarrebbe a tassare, in modo soggettivo, le persone obese<sup>75</sup>.

---

v. L.E. Perriello, *La responsabilità del produttore alimentare per danni da obesità*, Napoli, 2021, p. 156 ss.; M. Trovato, *Introduzione*, cit., p. 9 ss.; ID, *Obesità*, cit., p. 414 ss. In tema v. anche E. Diciotti, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 101, il quale richiama la distinzione, elaborata dalla dottrina anglosassone, fra paternalismo puro e paternalismo impuro.

<sup>68</sup> N. Matteucci, *Paternalismo* (voce), in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio - N. Matteucci - G. Pasquino, Torino, 1990, p. 777.

<sup>69</sup> G. Gemma, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *Ann. Fac. Diritto Univ. Coruña*, 12, 2008, p. 522.

<sup>70</sup> C. Vallauri, *Paternalismo* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1965, p. 556 ss.

<sup>71</sup> Cfr. G. Gemma, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, p. 8.

<sup>72</sup> F. Sassi, *op. loc. ult. cit.*; S. Drenkard, *op. cit.*, p. 218 ss.

<sup>73</sup> Secondo S. Drenkard, *op. cit.*, p. 211, le imposte sulle bibite e i dolci non affrontano il problema in esame poiché esse, invece di tassare direttamente l'obesità, come prescritto dalla teoria economica, tassano solo alcune potenziali cause di questa malattia, segnatamente il consumo di bibite, dolci, ecc.

<sup>74</sup> In pratica, la c.d. "fat tax" implica che tutti i cittadini in sovrappeso vengano tassati e i relativi proventi destinati a coprire le spese mediche connesse all'obesità.

<sup>75</sup> T. Philipson - R. Posner, *op. cit.*, p. 7. Questa tassazione sarebbe punitiva nei riguardi degli individui obesi, i quali verrebbero sanzionati per non avere le risorse economiche necessarie ad acquistare cibo più salutare. Inoltre, la fat tax non sarebbe in grado di determinare una riduzione del consumo di prodotti venduti nei fast food, ma semplicemente li renderebbe più costosi. In tema v. F.L.

Al di là di quanto fin qui detto, il ricorso alla leva fiscale non ha prodotto finora i risultati sperati, vale a dire un cambiamento tangibile nel comportamento dei consumatori, condensandosi piuttosto in uno strumento volto a generare gettito fiscale<sup>76</sup>. Certo, la politica fiscale può far parte di una strategia di salute pubblica<sup>77</sup>, ma non è in grado, da sola, di risolvere il problema dell'obesità, se non è accompagnata dall'implementazione di politiche complementari<sup>78</sup>.

#### 4.1. *Gli interventi a livello scolastico: l'alimentazione e l'attività fisica*

Si è detto, in premessa, che il problema dell'obesità è particolarmente evidente a livello infantile e adolescenziale, il che ha portato molti Stati ad intervenire sul regime alimentare esistente nelle scuole. In effetti, alcuni Paesi hanno deciso di emanare delle leggi che regolano il contenuto nutrizionale dei pasti offerti agli studenti, ad esempio richiedendo un numero specifico di porzioni di frutta e verdura, una riduzione dei grassi trans contenuti negli alimenti, una percentuale minima di cereali integrali, ecc.<sup>79</sup>.

Ancora una volta, l'indagine non può che partire dagli Stati Uniti d'America. In particolare, già nel 2003 l'Arkansas ha tentato di affrontare il problema dell'obesità attraverso un approccio poliedrico, focalizzandosi principalmente sulle scuole<sup>80</sup>. La legge n. 1220 agiva su più livelli, prevedendo la misurazione annuale dell'indice di massa corporea (IMC) per tutti i bambini delle scuole pubbliche<sup>81</sup>, nonché una limitazione dell'accesso degli studenti ai distributori automatici situati nelle scuole elementari<sup>82</sup>. L'attuazione della citata legge sembra aver prodotto degli effetti positivi riguardo al cambiamento del comportamento alimentare all'interno della comunità scolastica, soprattutto per quanto concerne l'alimentazione, in misura minore rispetto allo svolgimento di attività fisica<sup>83</sup>.

---

Andrews, *Small Bites: Obesity Lawsuits Prepare to Take on the Fast Food Industry*, in 15 *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, p. 173 (2004); AA.VV., *The Elephant in the Room: Evolution, Behavioralism, and Counteradvertising in the Coming War Against Obesity*, in 116 *Harr. Law Rev.* 4, p. 1179 (2003).

<sup>76</sup> M. Trovato, *Introduzione*, cit., p. 28 ss.; S. Drenkard, *op. cit.*, p. 212 ss.; A. Alemanno - I. Carreño, *op. loc. cit.*; M. Trovato, *Obesità*, cit., p. 426 ss.

<sup>77</sup> A.M. Thow et Al., *op. loc. cit.*

<sup>78</sup> O. Tamir et Al., *op. loc. cit.*; F. Sassi, *Taxing*, cit., p. 1 ss. In argomento cfr. T. Philipson - R. Posner, *op. cit.*, p. 8.

<sup>79</sup> D.R. Taber et Al., *Association Between State Laws Governing School Meal Nutrition Content and Student Weight Status: Implications for New USDA School Meal Standards*, in 167 *JAMA Pediatr.* 6, p. 517 (2013).

<sup>80</sup> State of Arkansas, Act 1220 of 2003, consultabile al sito <https://www.healthy.arkansas.gov/images/uploads/pdf/Act1220.pdf>.

<sup>81</sup> L'indice di massa corporea doveva poi essere comunicato ai genitori, unitamente alle avvertenze circa i correlativi rischi per la salute associati ad un elevato IMC.

<sup>82</sup> In tema v. R.L. Craig et Al., *Public Health Professionals as Policy Entrepreneurs: Arkansas's Childhood Obesity Policy Experience*, in 100 *Am. J. Public Health* 11, p. 2047 (2010); M.M. Phillips et Al., *Changes in School Environments With Implementation of Arkansas Act 1220 of 2003*, in 18 *Obesity Suppl.* 1, p. s55 (2010); W.H. Dietz et Al., *Public Health Law and the Prevention and Control of Obesity*, in 87 *The Milbank Quarterly* 1, p. 222 (2009).

<sup>83</sup> M.M. Phillips et Al., *op. cit.*, p. s58.

In realtà, diversi Stati americani e distretti scolastici hanno cercato di regolamentare gli standard nutrizionali applicabili ai cibi e alle bevande venduti nelle scuole. Si pensi, in proposito, al National School Lunch Program<sup>84</sup>, allo School Breakfast Program<sup>85</sup> o, a livello federale, all'Healthy Hunger-Free Kids Act<sup>86</sup>. Questi provvedimenti, che si applicano agli alimenti commercializzati nei *campus* scolastici, vietano la vendita di tutte le bevande analcoliche ed energetiche nelle scuole elementari e medie, ma consentono il consumo di alcune bevande ipocaloriche agli studenti delle scuole superiori<sup>87</sup>.

Molti programmi di tal genere, tra i quali l'Healthy Hunger-Free Kids Act (HHFKA) e il National School Lunch Program, hanno tentato di rendere maggiormente disponibile l'acqua potabile nelle scuole, così da incentivarne il consumo da parte degli studenti, in sostituzione delle bevande zuccherate o gassate<sup>88</sup>, mentre diversi Stati americani, ad esempio la California, hanno promulgato leggi volte a migliorare l'accesso all'acqua nelle strutture per l'infanzia<sup>89</sup>.

Peraltro, le scuole pubbliche californiane hanno vietato la vendita di bibite e altre bevande zuccherate, a partire dal 2003 nelle scuole elementari e dal 2005 nelle scuole superiori<sup>90</sup>, mentre la legislazione emanata nello Stato del Kentucky ha limitato le bevande disponibili nelle scuole esclusivamente all'acqua, alle bibite contenenti il 100%

---

<sup>84</sup> National School Lunch Program, consultabile al sito <https://fns-prod.azureedge.us/sites/default/files/resource-files/NSLPPFactSheet.pdf>.

<sup>85</sup> School Breakfast Program, consultabile al sito <https://fns-prod.azureedge.us/sites/default/files/resource-files/SBPfactsheet.pdf>.

<sup>86</sup> Healthy, Hunger-Free Kids Act of 2010, consultabile al sito <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ296/pdf/PLAW-111publ296.pdf>.

<sup>87</sup> D. Palakshappa, *Association between state school nutrition laws and subsequent child obesity*, in 90 *Preventive Medicine*, p. 107 (2016); D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 2.

<sup>88</sup> In particolare, l'Healthy Hunger-Free Kids Act prevede che l'acqua potabile deve essere messa a disposizione gratuitamente degli studenti all'ora di pranzo nelle scuole che partecipano al National School Lunch Program. Allo stesso modo, a partire dal 2011 l'acqua potabile deve essere garantita ai bambini tutto il giorno, anche durante i pasti, nei centri di assistenza all'infanzia che partecipano al Child and Adult Care Food Programme (consultabile al sito <https://www.fns.usda.gov/cacfp>). In tema v. J.R. Ickovics, *Implementing School-Based Policies to Prevent Obesity: Cluster Randomized Trial*, in 56 *Am. J. Prev. Med.* 1, p. 8 ss. (2019); C. Nonas et Al., *Rationale for New York City's Regulations on Nutrition, Physical Activity, and Screen Time in Early Child Care Centers*, in 11 *Prev. Chronic Dis.* 130435, p. 3 (2014).

<sup>89</sup> La California Healthy Beverages in Childcare Law (consultabile al sito [http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/asm/ab\\_2051-2100/ab\\_2084\\_bill\\_20100930\\_chaptered.html](http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/asm/ab_2051-2100/ab_2084_bill_20100930_chaptered.html)), emanata nel 2010 e implementata nel 2012, estende la fornitura di acqua a tutte le strutture autorizzate per l'assistenza all'infanzia, al fine di garantire che l'acqua potabile sia prontamente disponibile tutto il giorno, compresi i pasti e gli spuntini. Sul punto v. L.D. Ritchie et Al., *Drinking Water in California Child Care Sites Before and After 2011–2012 Beverage Policy*, in 12 *Prev. Chronic Dis.* 140548, p. 2 (2015).

<sup>90</sup> J.M. Wojcicki, *Healthy hospital food initiatives in the United States: time to ban sugar sweetened beverages to reduce childhood obesity*, in 102 *Acta Paediatr.* 6, p. 560 ss. (2013).

di succo di frutta, al latte magro e alle bevande con meno di dieci grammi di zucchero per porzione<sup>91</sup>.

Non soltanto gli Stati Uniti d'America, ma anche diversi Paesi sudamericani hanno preso iniziative in tal senso.

Il Cile ha emanato, nel 2012, una legge sull'etichettatura e la pubblicità degli alimenti (la cui implementazione è cominciata nel 2016 ed è terminata nel 2019) che è intervenuta, tra l'altro, anche in materia di alimentazione scolastica. Questa normativa ha previsto che gli alimenti e le bevande che contengono un'elevata presenza di almeno uno degli ingredienti alimentari considerati nocivi, quali zuccheri totali, grassi saturi e sodio, non potevano essere venduti, promossi o commercializzati all'interno delle scuole<sup>92</sup>. Successivamente all'implementazione della legge cilena sull'etichettatura, l'assunzione della maggior parte dei nutrienti che destano preoccupazione è diminuita significativamente nelle scuole, ma si sono registrati comportamenti compensatori nei contesti extrascolastici<sup>93</sup>. Questo conferma come l'emanazione di una normativa volta a disciplinare, in ambito scolastico, la somministrazione degli alimenti produce effetti limitati, se non è accompagnata da una corretta educazione alimentare impartita agli studenti, non soltanto nelle scuole<sup>94</sup>, bensì pure all'interno del contesto familiare<sup>95</sup>.

Anche l'Uruguay, nel 2013, ha emanato una normativa in materia alimentare, segnatamente la legge n. 19.140 (Alimentación saludable en los centros de enseñanza)<sup>96</sup>. Lo scopo di tale legislazione era quello di proteggere la salute dei bambini e degli adolescenti che frequentano gli istituti scolastici, attraverso la promozione di sane abitudini alimentari. Tuttavia, l'implementazione di questa normativa nel settore dell'alimentazione scolastica ha dovuto fare i conti con la "concorrenza" del *junk food* venduto al di fuori delle scuole, ad esempio nei supermercati<sup>97</sup>.

Del resto, talvolta questi provvedimenti normativi non riescono a produrre effetti positivi nemmeno nell'ambito scolastico. In Brasile, ad esempio, è stata emanata

---

<sup>91</sup> KY Rev. Stat. § 158.854(1)(2)(c) (2007), consultabile al sito <https://codes.findlaw.com/ky/title-xiii-education/ky-rev-st-sect-158-854/>. In dottrina v. W.H. Dietz et Al., *op. cit.*, p. 221.

<sup>92</sup> Art. 6 Ley núm. 20.606, Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, 6 giugno 2012, consultabile al sito <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041570>.

<sup>93</sup> G. Fretes et Al., *Changes in children's and adolescents' dietary intake after the implementation of Chile's law of food labeling, advertising and sales in schools: a longitudinal study*, in 20 *Int. J. Behav. Nutr. Phys. Act.* 40, p. 7 ss. (2023).

<sup>94</sup> E. Jorio, *op. cit.*, p. 9.

<sup>95</sup> F. Pfister - C. Pozas, *The influence of Chile's food labeling and advertising law and other factors on dietary and physical activity behavior of elementary students in a peripheral region: a qualitative study*, in 9 *BMC Nutr* 11, p. 7 ss. (2023).

<sup>96</sup> Ley N° 19.140 Alimentación saludable en los centros de enseñanza, 28 ottobre 2013, consultabile al sito <https://docs.bvsalud.org/leisref/2018/03/350/dieta-ley-no-19140.pdf>.

<sup>97</sup> S. Durán Agüero, *A Multicenter Study Evaluating the Stages of Change in Food Consumption with Warning Labels among Chilean University Students*, in *BioMed Research International*, p. 6 (2020).

nel 2015 una legge riguardante le mense scolastiche<sup>98</sup>, la gran parte delle quali però continuava ad offrire, anche alcuni anni dopo l'intervento legislativo, alimenti a basso contenuto nutritivo<sup>99</sup>.

Pure alcuni Paesi del Vecchio Continente, tra i quali Francia, Grecia e Cipro, hanno intrapreso iniziative volte a limitare la vendita di bevande zuccherate nelle scuole, talvolta vietando la presenza dei distributori automatici nelle strutture scolastiche e consentendo solo la distribuzione di acqua, latte o succhi di frutta al 100%<sup>100</sup>.

Anche l'Italia sembra voler disincentivare, tramite lo strumento legislativo, la somministrazione, primariamente nelle scuole pubbliche, di alimenti e bevande contenenti sostanze non salutari. Ci si riferisce ad una proposta di legge di iniziativa parlamentare (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità), presentata in Parlamento il 28 dicembre 2022<sup>101</sup>, la quale mira a garantire la tutela della salute e il miglioramento delle condizioni di vita dei pazienti obesi. Considerando l'obesità alla stregua di una patologia cronica d'interesse sociale, la proposta di legge prevede un divieto di vendita, tramite distributori automatici collocati in tutti i luoghi pubblici, di alimenti e bevande contenenti un elevato apporto totale di acidi grassi saturi, acidi grassi trans, zuccheri semplici aggiunti, sodio, ecc., stabilendone le quantità massime consentite negli alimenti e nelle bevande (art. 10, co. 1 e 2). Peraltro, tale previsione è stata ripresa da una successiva proposta di legge (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità e dello stato di sovrappeso), presentata il 23 ottobre 2023 (art. 8)<sup>102</sup>.

In altri Stati, invece, i governi vengono sollecitati dalla comunità scientifica ad intervenire legislativamente in materia, come ad esempio nel caso del Regno Unito. In particolare, il rapporto dello Scientific Advisory Committee on Nutrition (SACN), commissionato dal Department for Health and Social Care, pubblicato il 4 luglio 2023,

---

<sup>98</sup> Distrito Federal, Decreto n° 36.900 de 23 de novembro 2015, Regulamenta a Lei n° 5.146, de 19 de agosto de 2013, que estabelece diretrizes para a promoção de alimentação adequada e saudável nas escolas da rede de ensino do Distrito Federal, consultabile al sito <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=310367>.

<sup>99</sup> P. Henriques, *Health and Food and Nutritional Security Policies: challenges in controlling childhood obesity*, in 23 *Ciência & Saúde Coletiva* 12, p. 4149 (2018); A.K. Arbex et Al., *op. cit.*, p. 329. In Brasile, diversi Stati e comuni hanno adottato misure in grado di trasformare le mense scolastiche in luoghi che garantiscano pasti e scelte alimentari sane. La normativa prevede la disponibilità di frutta, mentre vieta la vendita di dolciumi, bevande e cibi ultra-lavorati, cibi fritti, nonché la pubblicità di alimenti poco salutari.

<sup>100</sup> Per una disamina di tali iniziative, v. D.M. Studdert et Al., *op. loc. cit.*

<sup>101</sup> Proposta di legge d'iniziativa del deputato Pella (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità), presentata il 28 dicembre 2022, consultabile al sito <https://documenti.camera.it/leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.741.19PDL0018030.pdf>.

<sup>102</sup> Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Quartini, Amato, Caramiello, Cherchi, Pavanelli, Marianna Ricciardi (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità e dello stato di sovrappeso), presentata il 23 ottobre 2023, consultabile al sito [https://documenti.camera.it/\\_dati/leg19/lavori/schedela/apriTelecomando\\_wai.asp?codice=leg.19.pdl.camera.1509.19PDL0057810](https://documenti.camera.it/_dati/leg19/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=leg.19.pdl.camera.1509.19PDL0057810).

ha invitato il governo a fissare le dimensioni delle porzioni alimentari, soprattutto quelle destinate ai bambini che hanno meno di 5 anni di età<sup>103</sup>.

Nel descritto contesto, occorre poi considerare non soltanto l'aspetto alimentare, bensì il complessivo stile di vita seguito dai bambini e dagli adolescenti. Invero, le cause dell'obesità sono molteplici e non riguardano solo l'eccessivo consumo di cibi spazzatura, bensì pure la scarsa pratica di attività fisica da parte degli studenti. Ecco perché negli Stati Uniti d'America l'attenzione si è anche concentrata sulla promozione dell'attività motoria, tanto che la maggior parte degli Stati ha emanato una normativa volta a promuovere l'esercizio fisico tra i bambini<sup>104</sup>.

Nel 2001, il Texas ha stabilito, tramite l'emanazione del Senate Bill 19 (SB19), che i bambini delle scuole elementari devono partecipare a 30 minuti di attività fisica quotidiana o comunque ad un totale di 135 minuti a settimana<sup>105</sup>. La Florida ha ripristinato i programmi di educazione fisica nelle scuole elementari<sup>106</sup>, mentre nell'Indiana il legislatore ha emanato uno statuto che prevede lo svolgimento di attività fisica quotidiana in tutte le scuole elementari<sup>107</sup>.

Invece, altri Stati, come quello della California, pur ricorrendo allo strumento legislativo, hanno deciso di utilizzare quest'ultimo a fini incentivanti, assegnando dei fondi alle comunità locali per costruire marciapiedi, così da consentire ai bambini di andare a scuola a piedi<sup>108</sup>.

Anche nel Vecchio Continente, alcuni Paesi, *in primis* l'Italia, hanno deciso di puntare sui programmi di attività fisica, soprattutto quella praticata nel contesto scolastico. Infatti, la proposta di legge del 2022 (art. 3, co. 3, lett. d)) e quella del 2023 (art. 3, co. 1, lett. g)) contemplano, nell'ambito della programmazione didattica delle scuole primaria e secondaria di primo e di secondo grado, lo svolgimento facoltativo di 120 minuti settimanali di attività sportive, anche nelle ore pomeridiane, nonché di programmi di insegnamento di un corretto stile di vita. In secondo luogo, vengono incentivate le attività motorie tramite un intervento sulla normativa fiscale vigente in

---

<sup>103</sup> Scientific Advisory Committee on Nutrition, *op. loc. cit.* Questo *report* incoraggia il consumo di latte o acqua, in sostituzione delle bevande gassate, poiché l'utilizzo di bevande zuccherate risulta associato a un rischio più elevato di sviluppare il sovrappeso e l'obesità, nonché un aumento dell'IMC durante l'infanzia e l'adolescenza.

<sup>104</sup> M.M. Slining et Al., *A review of state regulations to promote infant physical activity in child care*, in 11 *Int. J. Behav. Nutr. Phys. Act.* 139, p. 3 (2014).

<sup>105</sup> Texas Senate Bill 19, consultabile al sito <https://capitol.texas.gov/billlookup/Text.aspx?LegSess=77R&Bill=SB19>. Per un commento della normativa, v. S.H. Kelder et Al., *Implementation of Texas Senate Bill 19 to Increase Physical Activity in Elementary Schools*, in 30 *J. Public Health Policy Suppl.* 1, p. 2 (2009).

<sup>106</sup> W.H. Dietz et Al., *op. loc. cit.*

<sup>107</sup> Ind. Code Ann. § 20-26-9-2 (2006), consultabile al sito <https://law.justia.com/codes/indiana/2006>.

<sup>108</sup> W.H. Dietz et Al., *op. loc. cit.*

tema di detraibilità e deducibilità delle somme spese per le attività sportive, ma anche in materia di aliquote IVA<sup>109</sup>.

#### 4.2. segue: l'efficacia dei provvedimenti in materia di alimentazione scolastica

Per quanto concerne gli effetti prodotti da queste iniziative, diverse ricerche indicano che le leggi statali che limitano la vendita di cibi spazzatura e bevande zuccherate nelle scuole, soprattutto quelle elementari o che prevedono restrizioni alla presenza dei nutrienti “incriminati” negli alimenti (ad esempio il contenuto di grassi) oppure che vietano del tutto, all'interno delle strutture scolastiche, la commercializzazione di alcune tipologie di bevande (ad esempio quelle zuccherate), sono associate a un migliore apporto dietetico tra gli studenti<sup>110</sup>.

In alcuni studi è emerso che coloro che frequentavano scuole che avevano adottato una politica di benessere scolastico incentrata sulla nutrizione, risultavano avere una probabilità significativamente maggiore di tenere sotto controllo l'indice di massa corporea durante il ciclo della scuola media rispetto agli studenti delle scuole di confronto<sup>111</sup>.

In realtà, i risultati positivi sembrano riguardare solo la scuola elementare, probabilmente perché gli studenti delle scuole medie e superiori hanno più scelta nei cibi che consumano lontano dalle strutture scolastiche<sup>112</sup>; insomma, man mano che i bambini progrediscono verso l'adolescenza, il consumo di cibi malsani da parte di costoro aumenta, in quanto molte scelte di natura alimentare vengono fatte in contesti extrascolastici<sup>113</sup>. Del resto, i provvedimenti normativi possono vietare ai bambini di acquistare le bevande zuccherate nelle strutture scolastiche, ma la maggior parte del consumo delle *Sugar-sweetened beverages* si verifica al di fuori della scuola<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> Art. 10 Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Quartini, Amato, Caramiello, Cherchi, Pavanelli, Marianna Ricciardi (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità e dello stato di sovrappeso), cit.; artt. 6, 7 e 8 Proposta di legge d'iniziativa del deputato Pella (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità), cit.

<sup>110</sup> J.L. Blitstein et Al., *Adding a social marketing campaign to a school-based nutrition education program improves children's dietary intake: a quasi-experimental study*, in 116 *J. Acad. Nutr. Diet.* 8, p. 1285 ss. (2016); L. Nicholson et Al., *State farm-to-school laws influence the availability of fruits and vegetables in school lunches at US public elementary schools*, in 84 *J. Sch. Health*, p. 310 ss. (2014); D.R. Taber et Al., *op. cit.*, p. 513 ss.; J.F. Chriqui et Al., *Association between district and state policies and us public elementary school competitive food and beverage environments*, in 167 *JAMA Pediatr.* 8, p. 714 ss. (2013).

<sup>111</sup> V. *amplius* J.R. Ickovics, *op. cit.*, p. 7 ss. (2019).

<sup>112</sup> D.R. Taber et Al., *Banning all sugar-sweetened beverages in middle schools: reduction of in-school access and purchasing but not overall consumption*, in 166 *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.*, p. 256 ss. (2012).

<sup>113</sup> C.E. Velazquez et Al., *A Comparison of Dietary Practices at or En Route to School between Elementary and Secondary School Students in Vancouver, Canada*, in 115 *J. Acad. Nutr. Diet.*, p. 1308 ss. (2015); D.R. Taber et Al., *op. loc. ult. cit.*

<sup>114</sup> S.A. Cunningham - M. Zavodny, *Does the Sale of Sweetened Beverages at School Affect Children's Weight?*, in 73 *Soc. Sci. Med.* 9, p. 2, p. 9 (2011).

In generale, gli studi concernenti gli effetti prodotti dalle leggi in questione sulla progressione dell'obesità hanno mostrato risultati contrastanti<sup>115</sup>. In ogni caso, sembra che gli effetti positivi derivanti dall'attuazione di questa legislazione si manifestino soltanto nel lungo periodo<sup>116</sup>.

Le politiche legislative finora messe in campo, pur producendo una modifica dei comportamenti individuali, non sono state in grado di influenzare, in maniera sostanziale, l'IMC degli scolari o di incidere, in modo tangibile, sulla crescita dell'obesità tra i bambini e gli adolescenti<sup>117</sup>. Occorre infatti tener conto del c.d. "effetto di sostituzione", in virtù del quale il consumo di bevande zuccherate e gassate può essere facilmente sostituito con quello delle bevande zuccherate artificialmente<sup>118</sup>.

In definitiva, le politiche statali che limitano la vendita delle bevande zuccherate all'interno delle scuole sembrano tendenzialmente efficaci nel produrre (minimi) cambiamenti positivi (a lungo termine) nel comportamento degli studenti, ma è necessario che esse siano accompagnate da una strategia più ampia<sup>119</sup>. Gli interventi intrapresi in ambito scolastico non sono sufficienti se non si agisce anche sull'attuale ambiente obesogenico, caratterizzato dal fatto che gli adolescenti possono disporre di innumerevoli fonti di cibi e bevande ad alta densità calorica e a basso contenuto di nutrienti<sup>120</sup>.

### 5. Il marketing alimentare

Le scelte che vengono compiute in campo alimentare da parte dei consumatori, anche quelle ritenute "sbagliate" sotto il profilo nutrizionale, sono state tradizionalmente considerate (e spesso giustificate) quali esplicitazione del diritto

---

<sup>115</sup> D. Palakshappa, *op. loc. cit.*; J.F. Chriqui et Al., *Influence of school competitive food and beverage policies on obesity, consumption, and availability: a systematic review*, in 168 *JAMA Pediatr.* 3, p. 279 ss. (2014); E. Hennessy et Al., *State-level school competitive food and beverage laws are associated with children's weight status*, in 84 *J. Sch. Health*, p. 609 ss. (2014); D.R. Taber, *Association*, cit., p. 517.

<sup>116</sup> J.R. Ickovics, *op. loc. cit.*; D. Palakshappa, *op. loc. cit.*; L.C. Masse et Al., *Change in school nutrition-related laws from 2003 to 2008: evidence from the school nutrition-environment state policy classification system*, in 103 *Am. J. Public Health*, p. 1597 ss. (2013).

<sup>117</sup> In merito alle criticità derivanti dall'assunzione dell'indice di massa corporea quale misura dell'obesità, v. le considerazioni espresse da S. Drenkard, *op. cit.*, p. 196 ss., secondo il quale l'IMC, a differenza ad esempio della misura del girovita, non rappresenta un buon indicatore del rischio sanitario, in quanto non idoneo a fornire un quadro chiaro dei problemi sanitari legati al peso.

<sup>118</sup> D.R. Taber et Al., *State Policies Targeting Junk Food in Schools: Racial/Ethnic Differences in the Effect of Policy Change on Soda Consumption*, in 101 *Am. J. Public Health* 9, p. 1773 (2011).

<sup>119</sup> D.R. Taber et Al., *Banning*, cit., p. 7 (2012).

<sup>120</sup> D.R. Taber et Al., *Weight Status Among Adolescents in States That Govern Competitive Food Nutrition Content*, in 130 *Pediatrics* 3, p. 438 (2012).

all'autodeterminazione delle persone in campo alimentare, un diritto che trova fondamento costituzionale negli artt. 2, 8, 19 e 21 della nostra Costituzione<sup>121</sup>.

Negli ultimi anni, però, si è cominciato a sottolineare come diversi fattori, *in primis* la pubblicità del *junk food*, siano in grado di influenzare, in maniera notevole, le “libere” scelte compiute in materia alimentare, primariamente da parte di coloro che, in quanto bambini o adolescenti, non hanno ancora maturato una completa educazione alimentare<sup>122</sup>.

A questo punto risulta chiaro che una delle tante strategie implementabili per combattere il fenomeno dell'obesità riguarda la regolamentazione del *marketing* degli alimenti, segnatamente quello concernente i cibi non salutari “destinati” ai minori d'età.

A livello statale, risultano essere molto attivi i Paesi europei, soprattutto quelli del Nord Europa. In Norvegia e in Svezia, ad esempio, sono stati imposti divieti totali sulla pubblicità dei prodotti alimentari ai bambini di età inferiore ai 12 anni<sup>123</sup>.

Nel Regno Unito sono in vigore misure che limitano la pubblicità degli alimenti ad alto contenuto di grassi e zuccheri durante gli orari in cui maggiormente i bambini guardano la televisione<sup>124</sup>; in tal modo, si è registrata una riduzione dell'esposizione dei minori d'età alla pubblicità di questa tipologia di cibo<sup>125</sup>.

In Francia, gli *spot* pubblicitari degli alimenti trasformati e delle bevande contenenti grassi aggiunti, dolcificanti o sale, devono includere messaggi nutrizionali, indipendentemente dal fatto che siano rivolti ai bambini o agli adulti<sup>126</sup>.

Peraltro, anche in Italia la recente proposta di legge, quella del 2023, prevede un divieto di pubblicità, nel corso di trasmissioni televisive rivolte ai minori e nelle fasce orarie destinate al consumo dei pasti, sia sulle reti televisive pubbliche che private, degli alimenti e delle bevande contenenti alte percentuali di acidi grassi saturi, acidi grassi trans, zuccheri semplici aggiunti e sodio, nonché con un elevato apporto energetico e con scarse qualità nutrizionali (art. 9).

Non solo nel Vecchio Continente, ma anche in altri continenti diversi Stati hanno regolamentato, in senso limitativo, il *marketing* alimentare.

Il Québec, già nel 1980, ha emanato un provvedimento *ad hoc*, il Québec Consumer Protection Act (QCPA), il quale ha proibito tutta la pubblicità commerciale (non soltanto quella di alimenti e bevande) diretta ai bambini di età inferiore ai 13

---

<sup>121</sup> In tal senso R. D'Orazio, *La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»*, in L. Scaffardi - V. Zeno Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto*, vol. I, Roma, 2020, p. 36.

<sup>122</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 187.

<sup>123</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 3; K.D. Raine et Al., *Restricting marketing to children: Consensus on policy interventions to address obesity*, in 34 *J. Public Health Policy* 2, p. 242 (2013).

<sup>124</sup> D.M. Studdert et Al., *op. loc. cit.*; A. Chung et Al., *An analysis of potential barriers and enablers to regulating the television marketing of unhealthy foods to children at the state government level in Australia*, in 12 *BMC Public Health* 1123, p. 5 (2012).

<sup>125</sup> K.D. Raine et Al., *op. loc. cit.*

<sup>126</sup> D.M. Studdert et Al., *op. loc. cit.*; A. Chung et Al., *op. loc. cit.*

anni<sup>127</sup>; tale misura normativa ha determinato una riduzione della spesa per *fast food* da parte di questa categoria di persone<sup>128</sup>.

Nel Sud America, il Cile ha regolamentato la materia vietando l'uso di strategie di *marketing*, concernenti alimenti non salutari, rivolte ai bambini, il che ha prodotto risultati positivi in ordine alla diminuzione del consumo di tali cibi<sup>129</sup>.

Nel 2008, l'Argentina ha emanato una normativa volta a prevenire l'obesità, vale a dire la legge federale n. 26.396 (c.d. *Ley de Obesidad*)<sup>130</sup>, la quale ha previsto una limitazione della pubblicità degli alimenti eccessivamente calorici; infatti, la pubblicità o promozione, con qualsiasi mezzo di diffusione, di alimenti ad alto contenuto calorico e poveri di nutrienti essenziali, deve contenere la seguente dicitura: «il consumo eccessivo è dannoso per la salute»<sup>131</sup>.

Come è noto, la pubblicità alimentare non si limita ai cibi e alle bevande, ma talvolta riguarda pure i *fast food*. Alcuni studi compiuti negli Stati Uniti d'America hanno evidenziato una forte correlazione tra l'obesità infantile e la pubblicità in televisione dei *fast food*<sup>132</sup>. Tale correlazione appare sorprendente, ove si consideri che la maggior parte dei pasti consumati dalle famiglie statunitensi viene ancora preparata in casa. Questo confermerebbe come la regolamentazione del *marketing* alimentare sia in grado di influenzare la crescita dell'obesità in modo sostanziale<sup>133</sup>.

Tuttavia, proprio sotto il profilo giuridico occorre tener conto della potenziale compressione, sia della libertà individuale del consumatore di scegliere cosa e quanto mangiare che della libertà d'impresa, derivante dall'imposizione di un divieto di pubblicità dei prodotti alimentari incriminati. Il problema si presenta in maniera ancor più spinosa nell'ordinamento statunitense, in quanto le pratiche di *marketing* alimentare richiamano in causa il principio della libertà di manifestazione del pensiero, dunque, sotto il profilo normativo, il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America<sup>134</sup>.

Come si vede, l'imposizione dei divieti alla pubblicità nel settore alimentare, anche se quest'ultimi appaiono potenzialmente utili nel contrasto dell'obesità,

---

<sup>127</sup> Québec Consumer Protection Act, § 248, consultabile al sito <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/pdf/cs/P-40.1.pdf>. In dottrina v. K.D. Raine et Al., *op. cit.*, p. 243.

<sup>128</sup> E. Sainsbury et Al., *op. loc. cit.*; N.M. Ries - B. von Tigerstrom, *Roadblocks to laws for healthy eating and activity*, in 182 *Can. Med. Assoc. J.* 7, p. 687 (2010).

<sup>129</sup> F. Mediano Stoltze et Al., *op. cit.*, p. 3, p. 8 ss.

<sup>130</sup> Art. 11 Ley 26.396, Declárase de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios, 3 settembre 2008, consultabile al sito <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26396-144033/texto>.

<sup>131</sup> A.K. Arbex et Al., *op. loc. cit.*

<sup>132</sup> S.Y. Chou et Al., *Fast-Food Restaurant Advertising on Television and Its Influence on Childhood Obesity*, in 51 *J. Law Econ.* 4, p. 599 ss., p. 615 ss. (2008).

<sup>133</sup> T. Philipson - R. Posner, *op. loc. cit.*

<sup>134</sup> E. Poddighe, *Obesità e diritto. Uno studio sul «paternalismo alimentare»*, Bologna, 2014, p. 143 ss.

comporta, non soltanto nel nostro ordinamento giuridico, la necessità di operare un delicato bilanciamento di interessi in conflitto, tutti tutelati a livello costituzionale.

#### 6. L'etichettatura nutrizionale degli alimenti

La regolamentazione del *marketing* alimentare rappresenta un importante strumento che può essere utilizzato dagli Stati in funzione complementare, nel contesto cioè di una più ampia strategia che agisca su tutti i fattori potenzialmente in grado di favorire i comportamenti obesogeni.

In effetti, l'utilizzo della leva normativa dovrebbe essere accompagnato da una parallela crescita, da parte della popolazione, di una vera educazione, *rectius* coscienza alimentare. In tale contesto, una delle strade percorribili per favorire il raggiungimento del citato obiettivo è quella di agire sul versante informativo, tramite l'utilizzo dei sistemi di etichettatura dei cibi e delle bevande, non solo di quelli venduti nei negozi di alimenti e nei supermercati, bensì anche di quelli offerti ai clienti dei ristoranti.

Così, diversi Paesi, *in primis* quelli del Sud America, hanno deciso di introdurre dei sistemi di etichettatura degli alimenti, proprio al fine di aumentare la consapevolezza delle scelte alimentari compiute dalle persone.

In proposito, degno di menzione è il già citato intervento legislativo posto in essere in Cile nel 2012, il quale ha previsto l'obbligo di incorporare un'etichetta di avvertenza con la dicitura «ad alto contenuto» (di zuccheri totali, grassi saturi, sodio) nella parte anteriore della confezione degli alimenti<sup>135</sup>.

Sotto il profilo applicativo, l'implementazione della legge cilena sembra aver inciso sulle scelte alimentari dei consumatori, determinando una forte riduzione nell'acquisto dei prodotti ad alto contenuto energetico, quali bevande zuccherate ed alimenti trasformati (biscotti, *wafers*, ecc.), nonché una diminuzione del consumo di zuccheri, grassi saturi e sodio<sup>136</sup>. Tuttavia, permane il dubbio che questi prodotti possano essere stati sostituiti, nelle preferenze alimentari, da cibi più ricchi di dolcificanti artificiali e additivi (utilizzati per migliorare le loro caratteristiche sensoriali)<sup>137</sup>.

Resta il fatto che la legge cilena sull'etichettatura ha avuto un forte impatto sul mercato di questi prodotti e sul contenuto nutrizionale degli alimenti confezionati.

---

<sup>135</sup> Art. 5 Ley núm. 20.606, Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, 6 giugno 2012, consultabile al sito <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041570>. In dottrina v. M.A. Colchero, *The impacts on food purchases and tax revenues of a tax based on Chile's nutrient profiling model*, in 16 *PLoS ONE* 12, p. 2 (2021); D. Quintiliano Scarpelli, *Changes in Nutrient Declaration after the Food Labeling and Advertising Law in Chile: A Longitudinal Approach*, in 12 *Nutrients* 2371, p. 1 ss. (2020); F. Mediano Stoltze et Al., *op. cit.*, p. 2; R. Kanter et Al., *The Food Supply Prior to the Implementation of the Chilean Law of Food Labeling and Advertising*, in 11 *Nutrients* 52, p. 1 (2019).

<sup>136</sup> S. Vandevijvere - B. Swinburn, *op. cit.*, p. 2.

<sup>137</sup> D. Quintiliano Scarpelli, *op. cit.*, p. 10.

Infatti, molti cibi calorici, ricchi di zuccheri, grassi saturi o sodio, sono stati ritirati dal mercato, mentre un numero considerevole di prodotti è stato riformulato sotto il profilo nutrizionale; in particolare, le bevande zuccherate presentano ora un minor contenuto energetico e meno zucchero totale<sup>138</sup>.

Gli Stati Uniti d'America, invece, si sono concentrati maggiormente sui sistemi di etichettatura degli alimenti serviti nei ristoranti<sup>139</sup>.

Nel 2008, la California ha elaborato uno standard di etichettatura dei menu nei ristoranti, i quali sono infatti obbligati a mostrare ai clienti, tra le voci del menu, il contenuto calorico delle varie pietanze<sup>140</sup>, mentre New York è stata la prima città a prendere questo tipo di iniziativa, vietando l'uso dei grassi trans nel contesto della ristorazione e prevedendo l'obbligo di utilizzo del *display* delle calorie nei ristoranti<sup>141</sup>.

Anche il governo federale statunitense, al fine di supportare scelte alimentari pienamente informate da parte dei consumatori, favorendo la riduzione dell'apporto calorico, ha previsto, nel 2018, un sistema di etichettatura obbligatoria del contenuto calorico concernente tutte le voci dei menu proposti dalle principali catene di ristoranti<sup>142</sup>.

In realtà, già nel 2010 il Patient Protection and Affordable Care Act obbligava le catene di ristoranti e di *fast food* con più di venti punti vendita ad indicare nei menu la quantità di calorie delle pietanze<sup>143</sup>. Però, tale scelta è stata criticata in quanto prendeva di mira esclusivamente gli esercizi commerciali più ampi<sup>144</sup>.

Più in generale, alcuni hanno ritenuto che le descritte misure normative, oltre a porsi in contrasto con quanto previsto dal già citato Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, non siano in grado di incidere sulle scelte dei consumatori<sup>145</sup>. Ecco perché le leggi sull'etichettatura dei menu sono state contestate dall'industria statunitense della ristorazione.

Per quanto riguarda l'efficacia di questi provvedimenti, secondo alcune ricerche l'impatto prodotto dai sistemi di etichettatura dei menu sul sovrappeso delle persone

---

<sup>138</sup> D. Quintiliano Scarpelli, *op. cit.*, p. 11; V. Sambra et Al., *Overuse of Non-caloric Sweeteners in Foods and Beverages in Chile: A Threat to Consumers' Free Choice?*, in 7 *Front. Nutr.* 68, p. 4 ss. (2020).

<sup>139</sup> T. Kuo et Al., *Menu Labeling as a Potential Strategy for Combating the Obesity Epidemic: A Health Impact Assessment*, in 99 *Am. J. Public Health* 9, p. 1685 (2009).

<sup>140</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 205 ss.; W.H. Dietz et Al., *op. cit.*, p. 220.

<sup>141</sup> B. Reeve, *State and Municipal Innovations in Obesity Policy: Why Localities Remain a Necessary Laboratory for Innovation*, in 105 *Am. J. Public Health* 3, p. 442 ss. (2015); J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 190 ss.; W.H. Dietz et Al., *op. cit.*, p. 220 ss.

<sup>142</sup> J. Liu et Al., *Health and Economic Impacts of the National Menu Calorie Labeling Law in the United States. A Microsimulation Study*, in 13 *Circ. Cardiovasc. Qual. Outcomes*, p. 310 (2020).

<sup>143</sup> Section 4205 Patient Protection and Affordable Care Act 2010, consultabile al sito <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ148/pdf/PLAW-111publ148.pdf>.

<sup>144</sup> Sul punto v. E. Poddighe, *op. cit.*, p. 101 ss.

<sup>145</sup> E. Black, *op. cit.* In tema v. anche S. Bolognini, *La disciplina della comunicazione B2C nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, in L. Scaffardi - V. Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto*, vol. II, Roma, 2020, p. 671 ss.

è stato positivo, favorendo una diminuzione dell'acquisto di bevande ad alto contenuto calorico<sup>146</sup>.

Tuttavia, secondo altri studi l'etichettatura dei menu nei *fast food* e nelle grandi catene di ristoranti, volta ad evidenziare il contenuto calorico dei pasti offerti ai clienti, non ha avuto un effetto sostanziale in ordine all'introito calorico e non sarebbe perciò in grado di produrre cambiamenti nelle scelte alimentari dei consumatori<sup>147</sup>. In effetti, diversi studi hanno evidenziato come questa strategia, da sola, non può incidere sulle preferenze alimentari delle persone e dunque sui livelli di obesità, in assenza di un programma educativo di accompagnamento<sup>148</sup>.

Nei Paesi del Vecchio Continente, l'attenzione si è concentrata maggiormente sull'etichettatura degli alimenti preconfezionati.

Nel 2005, il Regno Unito ha introdotto un "sistema a semaforo", il quale utilizza la codifica dei colori rosso, verde e ambra al fine di indicare il valore nutrizionale degli ingredienti alimentari in base all'assunzione giornaliera raccomandata di grassi, grassi saturi, zucchero e sodio; in alcuni casi, viene considerato il contenuto calorico. Queste etichette vengono apposte sulla confezione della maggior parte degli alimenti trasformati nel Regno Unito ed aiutano i consumatori a compiere scelte più sane, inducendo le aziende a riformulare i prodotti alimentari, migliorandone la qualità nutrizionale<sup>149</sup>.

Invece, la Francia ha deciso di adottare il sistema Nutri-score, il quale classifica i prodotti alimentari e le bevande in cinque categorie, a seconda della qualità nutrizionale. Questo sistema semplificato utilizza il principio della codifica a colori, così da aiutare le persone a comprendere il valore nutrizionale dei diversi prodotti alimentari con un semplice sguardo<sup>150</sup>. L'etichetta è rappresentata da una scala di cinque colori (dal verde, il quale rappresenta la massima qualità, al rosso, il quale indica la minima qualità) con le corrispondenti lettere (dalla A alla E)<sup>151</sup>.

Il sistema Nutri-score è stato adottato da diversi Stati europei, quali Germania, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Spagna e Svizzera.

Anche in Italia, la proposta di legge del 2023 prevede l'introduzione di un sistema di etichettatura che permetta di individuare, in maniera chiara, se un prodotto alimentare possa considerarsi salutare, attraverso una scala cromatica che indica il

---

<sup>146</sup> S.M. Kansagra et Al., *op. cit.*, p. e62; E. Poddighe, *op. cit.*, p. 105; J.L. Pomeranz et Al., *op. loc. cit.*; T. Kuo et Al., *op. loc. cit.*; W.H. Dietz et Al., *op. loc. cit.*

<sup>147</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 4; J.J. Swartz, *Calorie menu labeling on quick-service restaurant menus: an updated systematic review of the literature*, in 8 *Int. J. Behav. Nutr. Phys. Act.* 135, p. 5 (2011); T. Kuo et Al., *op. cit.*, p. 1683.

<sup>148</sup> M.J. Eisenberg et Al., *op. cit.*, p. 1499; R. Kersh, *op. loc. cit.*; T. Philipson, R. Posner, *op. cit.*, p. 6.

<sup>149</sup> D.M. Studdert et Al., *op. cit.*, p. 3; M.J. Eisenberg et Al., *op. cit.*, p. 1497.

<sup>150</sup> L'etichetta si basa sul sistema di profilazione dei nutrienti elaborato dalla United Kingdom Food Standards Agency.

<sup>151</sup> V. *amplius* G. Ricci et Al., *Obesity in the European region: social aspects, epidemiology and preventive strategies*, in 22 *Eur. Rev. Med. Pharmacol. Sci.*, p. 6934 (2018).

rapporto tra la qualità nutrizionale complessiva dell'alimento e il suo valore energetico, nonché la presenza, all'interno del prodotto, in rapporto al rispettivo fabbisogno giornaliero, di diversi macronutrienti, quali proteine, carboidrati, zuccheri aggiunti, acidi grassi mono e polinsaturi, nonché sali liberi (art. 7).

A livello sovranazionale, invece, l'Unione europea ha previsto, tramite il regolamento n. 1169 del 2011, un sistema di etichettatura volontaria sulla parte anteriore della confezione degli alimenti, al fine di indicare il contenuto energetico e la valenza nutrizionale dei cibi<sup>152</sup>.

### 7. *Gli incentivi economici*

Si è detto, in premessa, che il contrasto all'obesità può avvenire tramite provvedimenti di *hard law* e misure di *soft law*.

In proposito, un posto di primo piano spetta a quel complessivo sistema di incentivi che è stato sperimentato in diversi Paesi al fine di indurre le persone a tenere comportamenti corretti, sotto il profilo alimentare e fisico. Si tratta di iniziative elaborate a livello nazionale o messe in campo dal settore privato, talvolta avvalendosi della collaborazione statale.

Nel Regno Unito, ad esempio, il servizio sanitario nazionale, in sinergia con un'azienda privata (Weight Wins), ha elaborato un programma di incentivi nell'ottica di favorire la perdita di peso (Pounds for Pounds), in virtù del quale i partecipanti che riuscivano a raggiungere ed a mantenere l'obiettivo di perdere grasso corporeo, sotto controllo medico, ricevevano un compenso monetario<sup>153</sup>.

In Germania, alcune compagnie di assicurazione sanitaria hanno consentito alle persone di accumulare "punti" nel caso in cui esse avessero tenuto comportamenti salutari, come la partecipazione a corsi di nutrizione e programmi di *fitness*<sup>154</sup>. Questi individui potevano "convertire" i punti ottenuti acquistando oggetti per il *fitness* o, in

---

<sup>152</sup> Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i regolamenti (CE) n. 1924/2006 e (CE) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/CEE della Commissione, la direttiva 90/496/CEE del Consiglio, la direttiva 1999/10/CE della Commissione, la direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il regolamento (CE) n. 608/2004 della Commissione, consultabile al sito <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0018:0063:it:PDF>. In dottrina v. D.M. Studdert et Al., *op. loc. cit.*

<sup>153</sup> Ben seicento partecipanti obesi hanno raggiunto l'obiettivo di riduzione del peso iniziale, nonché il suo mantenimento a distanza di 12 mesi (Weight Wins Fact Sheet 2009). In tema v. N.M. Ries, *Financial Incentives for Weight Loss and Healthy Behaviours*, in 7 *Healthcare Policy* 3, p. 24 ss. (2012); C. Relton et Al., *The 'Pounds for Pounds' weight loss financial incentive scheme: an evaluation of a pilot in NHS Eastern and Coastal Kent*, in 33 *J. Public Health (Oxf)* 4, p. 536 ss. (2011).

<sup>154</sup> H. Schmidt et Al., *What Can We Learn from German Health Incentive Schemes?*, in 339 *BMJ*, p. 725 (2009).

alternativa, ricevere una somma di denaro nel caso in cui essi fossero riusciti a raggiungere l'indice di massa corporea ed i valori di pressione sanguigna e di colesterolo prefissati<sup>155</sup>.

Negli Stati Uniti d'America, diverse aziende offrono incentivi ai loro dipendenti affinché adottino stili di vita più sani. Un'importante azienda sanitaria, l'Indiana University Health, ha previsto un *bonus* economico in favore dei dipendenti che soddisfano specifici standard di salute. L'azienda IBM ha messo in campo un'iniziativa finalizzata alla prevenzione dell'obesità infantile, offrendo ai genitori un compenso monetario se le famiglie completano un programma di tre mesi volto a migliorare l'alimentazione ed a favorire l'attività fisica dei figli<sup>156</sup>.

In Canada, una società privata, in collaborazione con alcune organizzazioni, quali Canadian Obesity Network e Dietitians of Canada, ha elaborato, nel 2010, un programma (Best Life Rewarded)<sup>157</sup>, in virtù del quale le persone che tengono comportamenti sani guadagnano "punti" che possono poi "riscattare" al fine di comprare oggetti per il *fitness*, libri e riviste in materia di salute oppure beneficiare di consulenze poste in essere da professionisti del settore, come chinesologi e dietisti<sup>158</sup>. La provincia della Nuova Scozia e il governo canadese hanno introdotto un meccanismo di credito d'imposta per il costo di iscrizione dei bambini e dei giovani a sport organizzati, attività ricreative e programmi di attività fisica<sup>159</sup>.

In teoria, le ricompense dirette forniscono un incentivo agli individui a resistere alle lusinghe obesogene degli ambienti moderni in cui essi vivono; tali ricompense funzionerebbero meglio di altri sistemi, quali ad esempio le campagne di educazione sanitaria, le quali hanno spesso fallito nel raggiungere l'obiettivo di favorire il dimagrimento dei soggetti in sovrappeso<sup>160</sup>.

Secondo diversi studi, seppur di breve durata, gli incentivi economici producono risultati positivi in termini di perdita di peso, svolgimento di attività fisica ed attuazione di scelte alimentari più sane, soprattutto nelle famiglie con bambini<sup>161</sup>. Tuttavia, sul lungo periodo gli effetti benefici che gli incentivi producono sulla perdita di peso degli

---

<sup>155</sup> N.M. Ries, *op. cit.*, p. 25.

<sup>156</sup> N.M. Ries, *op. loc. cit.*

<sup>157</sup> Il contenuto del programma è consultabile al sito <https://www.bestliferewarded.com/>.

<sup>158</sup> Alcuni centri *fitness* privati consentono alle persone di investire i propri soldi in incentivi per la perdita di peso, ma esse ricevono in cambio una parte di questi soldi se raggiungono determinati obiettivi di dimagrimento. In tema v. N.M. Ries, *op. loc. cit.*

<sup>159</sup> La provincia della Nuova Scozia ha introdotto, nel 2005, una misura fiscale sul reddito al fine di promuovere l'attività fisica (Healthy Living Tax Credit). Questo programma consente alle persone di richiedere un credito d'imposta per il costo di iscrizione dei bambini e dei giovani (di età inferiore ai 17 anni) a sport organizzati e ad attività ricreative. Nel 2007 il governo canadese ha elaborato il Children's Fitness Tax Credit (CFTC), un'iniziativa simile a quella della Nuova Scozia, che prevede un credito d'imposta non rimborsabile in favore dei genitori che sostengono il costo per far seguire ai propri figli (di età inferiore ai 16 anni) i programmi di attività fisica.

<sup>160</sup> D. Patel et Al., *Participation in Fitness-Related Activities of an Incentive-Based Health Promotion Program and Hospital Costs: A Retrospective Longitudinal Study*, in 25 *Am. J. Health Promot.*, p. 341 ss. (2011).

<sup>161</sup> N.M. Ries, *op. cit.*, p. 25 ss.

individui obesi tendono a decrescere. Ecco perché si è suggerito di elaborare programmi di incentivi mirati a lungo termine, il che dovrebbe rappresentare una misura più efficace nel facilitare il dimagrimento “spontaneo” delle persone<sup>162</sup>.

#### *8. Il ruolo della legge nella lotta all'obesità*

L'analisi fin qui condotta permette di affermare che ormai la lotta all'epidemia di obesità, particolarmente di quella infantile, richiede la necessità di porre in essere un approccio olistico, volto primariamente al cambiamento delle norme sociali<sup>163</sup>; il punto è capire, però, se la modifica di quest'ultime possa essere determinata da interventi legislativi.

Indubbiamente, la legge può svolgere un ruolo fondamentale nel contrastare il fenomeno in questione, come dimostrano i positivi risultati raggiunti da molti provvedimenti normativi che si è avuto modo di esaminare; ma occorre pure considerare i problemi che il legislatore incontra allorché decide di intervenire in materia.

Riteniamo che una delle principali difficoltà nel legittimare, giuridicamente, gli interventi normativi nel settore in esame sia rappresentata dalla previa enucleazione di un dovere alla salute, cioè di un dovere posto in capo al cittadino di essere (o di mantenersi) sano.

Nel nostro ordinamento, ad esempio, la salute è stata finora considerata, quasi esclusivamente, in termini di diritto (art. 32 Cost.), ma un'altra pandemia, quella da Covid-19 (in particolare la sua gestione sotto il profilo normativo da parte dello Stato) ha promosso una seconda declinazione, questa volta in termini di dovere, del concetto di salute, il cui fondamento è stato rinvenuto particolarmente nell'art. 2 Cost., nella parte in cui discorre di solidarietà sociale.

In pratica, la salute è anche un interesse della collettività, dunque un onere che incombe su tutti i cittadini; si tratta di un bene comune nei confronti del quale tutti hanno degli obblighi da rispettare, perché la salute della collettività dipende dalla salute di ciascuno individuo.

Questo significa che ogni cittadino deve sentirsi responsabile della propria salute, evitando di mettere in atto comportamenti che gravino, in misura eccessiva, sul sistema sanitario. Tuttavia, il raggiungimento di tale risultato non può essere affidato esclusivamente all'imposizione di obblighi e divieti; risulta pertanto necessario, pur

---

<sup>162</sup> L.K. John et Al., *Financial Incentives for Extended Weight Loss: A Randomized, Controlled Trial*, in 26 *J. Gen. Intern. Med.*, p. 621 ss. (2011); M.J. Sepulveda et Al., *An Observational Study of an Employer Intervention for Children's Healthy Weight Behaviors*, in 126 *Pediatrics* 5, p. e1153 (2010); J. Kavanagh et Al., *Are Incentive Schemes Effective in Changing Young People's Behaviour? A Systematic Review*, in 69 *Health Educ. J.*, p. 3 (2010).

<sup>163</sup> Cfr. S. Graff - J. Ackerman, *A special role for lawyers in a social norm change movement: from tobacco control to childhood obesity prevention*, in 6 *Prev. Chronic Dis.* 3, p. 5 (2009).

ricorrendo allo strumento legislativo, favorire, a livello scolastico, il diffondersi di un'educazione alimentare che permetta ai bambini e agli adolescenti di compiere, in autonomia e indipendenza, scelte corrette in campo alimentare<sup>164</sup>.

Anche sotto il profilo economico, del resto, le giustificazioni ad intervenire tramite la legge statale non mancano, essendo ormai numerose le ricerche che hanno vagliato gli effetti negativi prodotti dall'obesità sui sistemi sanitari nazionali<sup>165</sup>.

Peraltro, oltre alle considerazioni di natura giuridica ed economica, l'intervento del legislatore in materia trova anche una solida base di natura scientifica. In effetti, sempre più ricerche mediche stanno mettendo in evidenza la potenziale dipendenza che l'ingestione di determinati cibi, particolarmente quelli dolci, può provocare nel cervello umano, in virtù di un meccanismo fisiologico simile a quello derivante dall'ingestione delle sostanze che notoriamente provocano dipendenza, quali farmaci, droghe, ecc.<sup>166</sup>.

Le considerazioni di tipo economico e le acquisizioni scientifiche in materia producono importanti implicazioni sotto il profilo giuridico, suggerendo l'elaborazione di normative più stringenti in tema di commercializzazione del *junk food*, similmente a quelle che limitano la vendita dei prodotti il cui consumo crea dipendenza, quali tabacco, alcol e farmaci da prescrizione<sup>167</sup>.

### *9. Aspetti comparatistici delle misure anti-obesità prese a livello statale*

Negli Stati Uniti d'America, la questione dell'obesità è da tempo al centro della politica sanitaria e della ricerca accademica. Invece, in Europa i tassi di obesità sono generalmente più bassi e comunque sono aumentati meno bruscamente, il che spiega

---

<sup>164</sup> Cfr. T. Philipson - R. Posner, *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>165</sup> A. Okunogbe et Al., *Economic impacts of overweight and obesity: current and future estimates for 161 countries*, in 7 *BMJ Global Health*, p. e009773 (2022); ID, *Economic impacts of overweight and obesity: current and future estimates for eight countries*, in 6 *BMJ Global Health*, p. e006351 (2021); S. Akowuah et Al., *op. cit.*, p. 3; A. Sanz-de-Galdeano, *An Economic Analysis of Obesity in Europe: Health, Medical Care and Absenteeism Costs*, Documento de trabajo 2007-38, Serie 6, Cátedra Fedea - La Caixa, consultabile al sito <https://documentos.fedea.net/pubs/dt/2007/dt-2007-38.pdf>, 2007.

<sup>166</sup> K. Witek et Al., *A High-Sugar Diet Consumption, Metabolism and Health Impacts with a Focus on the Development of Substance Use Disorder: A Narrative Review*, in 14 *Nutrients* 2940, p. 1 ss. (2022); D. Greenberg - J.V. St. Peter, *Sugars and Sweet Taste: Addictive or Rewarding?*, in 18 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 9791, p. 1 ss. (2021); P.K. Olszewski et Al., *Excessive Consumption of Sugar: an Insatiable Drive for Reward*, in 8 *Curr. Nutr. Rep.* 2, p. 120 ss. (2019); A. Jacques et Al., *The impact of sugar consumption on stress driven, emotional and addictive behaviors*, in 103 *Neurosci. Biobehav. Rev.*, p. 178 ss. (2019); J.J. DiNicolantonio - J.H. O'Keefe - W.L. Wilson, *Sugar addiction: is it real? A narrative review*, in 52 *Br. J. Sports Med.* 14, p. 910 ss. (2018).

<sup>167</sup> J.L. Pomeranz et Al., *op. cit.*, p. 196; N.D. Volkow - R.A. Wise, *How Can Drug Addiction Help Us Understand Obesity?* in 8 *Nat. Neurosci.*, p. 555 ss. (2005).

perché il fenomeno in discorso è stato oggetto di maggiore attenzione da parte dei governi nazionali soltanto negli ultimi anni<sup>168</sup>.

L'analisi dei provvedimenti normativi adottati nei Paesi presi in considerazione ha messo in luce la mancanza di un approccio olistico al tema dell'obesità, registrandosi piuttosto interventi settoriali, concernenti la tassazione dei cibi spazzatura e delle bevande zuccherate, l'introduzione di standard alimentari valevoli per le mense scolastiche, il divieto alla pubblicità del *junk food*, la previsione di sistemi di etichettatura nutrizionale degli alimenti.

Lo studio ha evidenziato differenti approcci alla questione dell'obesità da parte degli Stati<sup>169</sup>. I Paesi che hanno affrontato in maniera più decisa il problema in esame risultano essere gli Stati Uniti d'America e diversi Paesi del Sud America. Tuttavia, anche gli Stati del Vecchio Continente, soprattutto quelli del Nord Europa, hanno posto in essere diverse misure giuridiche finalizzate al contenimento dell'obesità. Tra l'altro, alcuni di essi, segnatamente Regno Unito, Francia e Germania, hanno seguito un approccio multisettoriale, sebbene le politiche adottate da questi Paesi non si caratterizzino per l'adozione di una vera e propria strategia organica di contrasto al fenomeno *de quo*<sup>170</sup>.

Oltreoceano, gli Stati americani si sono mossi in ordine sparso, mentre gli interventi a livello federale sono stati decisamente minoritari.

Anche a livello di Unione europea deve ravvisarsi una sostanziale inerzia legislativa, fatta eccezione per la regolamentazione dettata in tema di etichettatura dei prodotti alimentari, la quale non era comunque destinata a frenare l'epidemia di obesità. In linea di principio, le istituzioni sovranazionali dispongono di strumenti per combattere il fenomeno in esame, quali la Politica Agricola Comune, la regolamentazione della materia "alimentazione", senza contare la capacità di finanziare programmi volti a diffondere l'idea di seguire una sana alimentazione e praticare attività fisica<sup>171</sup>. Però, la politica in materia di cibo propugnata negli ultimi decenni dall'Unione europea non è stata particolarmente incisiva in ordine alla tutela della salute pubblica<sup>172</sup>.

Così, gli Stati membri sono intervenuti in maniera non coordinata. Nello specifico, Danimarca, Francia, Ungheria, Spagna (la Catalogna) e Regno Unito (nel periodo antecedente alla Brexit) hanno adottato vari provvedimenti legislativi, introducendo ad esempio un'imposizione fiscale sul cibo spazzatura o sulle bevande zuccherate.

---

<sup>168</sup> G. Brunello et Al., *The Rise in Obesity Across the Atlantic: an Economic Perspective*, consultabile al sito <https://www.oecd.org/els/41650997.pdf>, 2008, p. 2.

<sup>169</sup> A. Arons et Al., *Identifying Novel Predictors of State Legislative Action to Address Obesity*, in 27 *J. Public Health Manag. Pract.* 1, p. e9 (2021).

<sup>170</sup> F.C. Stanford - T.K. Kyle, *Why food policy and obesity policy are not synonymous: the need to establish clear obesity policy in the United States*, in 39 *Int. J. Obes. (Lond)* 12, p. 2 (2015).

<sup>171</sup> In tema v. A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 231 ss.

<sup>172</sup> S.L. Greer et Al., *Health law and policy in the European Union*, in 381 *Lancet*, p. 1140 (2013).

In Italia, le proposte di legge si focalizzano sia sull'obesità in età adulta che in età adolescenziale, ponendo una particolare attenzione al mondo della scuola, concentrandosi sulla promozione delle attività sportive, ma anche sulla diffusione della conoscenza in favore degli studenti delle principali regole alimentari. In particolare, la previsione riguardante il divieto di vendita del *junk food* tramite distributori automatici appare positiva e comunque in linea con analoghi provvedimenti, presi soprattutto Oltreoceano ma pure in alcuni Paesi europei, quali Francia, Grecia e Cipro. Tuttavia, le iniziative adottate in tali Stati erano volte a vietare la vendita del cibo spazzatura nel contesto scolastico, mentre nel nostro ordinamento le due proposte di legge presentate in Parlamento mirano a vietare la vendita, tramite distributori automatici, del cibo spazzatura e delle bevande zuccherate in tutti i luoghi pubblici, non soltanto all'interno delle scuole.

Più in generale, le proposte di legge sembrano voler affrontare la questione dell'obesità intervenendo su più fronti, ma ciò non si traduce nell'elaborazione di una strategia d'insieme; comunque, tali proposte evitano di stigmatizzare oltremodo i comportamenti scorretti tenuti dalle persone obese, puntando piuttosto sulla prevenzione, sull'educazione e sull'incentivazione dei comportamenti virtuosi<sup>173</sup>.

Per quanto riguarda invece le criticità, riteniamo che una di queste possa ravvisarsi nella previsione della facoltatività e non dell'obbligatorietà dello svolgimento di esercizio fisico nelle scuole. Si rammenti, infatti, che molti Stati americani, ad esempio il Texas, la Florida e l'Indiana, hanno sancito l'obbligo, per gli studenti, di partecipare, talvolta addirittura quotidianamente ed anche in presenza di avverse condizioni meteorologiche, all'espletamento di attività motoria.

Infine, per quanto concerne le potenziali lacune emergenti dalle proposte di legge, esse concernono l'assenza, a livello fiscale, di una tassazione del cibo spazzatura (considerato che la *sugar tax* colpisce soltanto le bevande edulcorate) e la mancata elaborazione di indicazioni nutrizionali riguardanti i pasti serviti nelle mense scolastiche. Invero, si tratta di due tipologie di provvedimento che, sebbene adottate in Paesi stranieri, ad esempio negli Stati Uniti d'America, in diversi Paesi del Sud America, ma anche in alcuni Stati europei, dunque in contesti giuridici, economici e sociali diversi dal nostro, hanno talvolta prodotto risultati positivi sotto il profilo della riduzione dei tassi di obesità, nonché di rieducazione di taluni dei comportamenti sotto accusa, tenuti dagli individui in sovrappeso.

Al di là del valore delle misure giuridiche appena passate in rassegna (ed in attesa, per l'ordinamento italiano, che si svolga il necessario iter parlamentare), risulta utile evidenziare, in ottica comparatistica, la mancanza di interventi legislativi organici, rilevandosi piuttosto la presenza di singole misure, settoriali, prese in tempi diversi all'interno del singolo Stato. Ciò vale soprattutto per gli Stati Uniti d'America, in

---

<sup>173</sup> Infatti, l'obesità, proprio in quanto riconosciuta come malattia cronica, offre all'individuo la possibilità di accedere alle cure e ai percorsi terapeutici ritenuti più adeguati. V. *amplius* Proposta di legge d'iniziativa del deputato Pella (Disposizioni per la prevenzione e la cura dell'obesità), cit.

quanto ordinamento federale e per l'Unione europea, in quanto organizzazione sovranazionale.

In particolare, per quanto concerne quest'ultima, si pone la necessità di regolamentare, in maniera quanto più possibile uniforme, i fattori che contribuiscono alla diffusione dell'obesità, a partire dalla scelta di un sistema unico di etichettatura degli alimenti, evitando "competizioni" tra modelli diversi, come ad esempio il NutriInform Battery e il Nutri-Score<sup>174</sup>.

### *10.1 Considerazioni conclusive: riflessioni critiche*

Si è visto, nel corso della trattazione, che le iniziative prese in materia di contenimento dell'obesità, a livello statale e locale, sono state numerose; esse hanno cercato di ridurre il consumo delle bevande zuccherate e dei cibi spazzatura, favorendo il consumo di alimenti considerati salutari. Tuttavia, questi provvedimenti devono ancora produrre risultati oggettivamente verificabili, cioè misurabili, sui tassi di obesità nel lungo periodo.

Le iniziative assunte in tema di politica alimentare possono produrre effetti positivi rispetto al contrasto del fenomeno in esame, ma esse dovrebbero far parte, preferibilmente, di una politica di più ampio respiro<sup>175</sup>.

La lotta all'obesità, particolarmente quella infantile e adolescenziale, rappresenta una sfida significativa per la salute pubblica a livello mondiale, per affrontare la quale sono necessarie risposte multisettoriali, tali da generare cambiamenti di fondo nelle norme sociali. Pertanto, risulta necessario utilizzare un complesso sistema di incentivi e disincentivi, di misure normative e fiscali, di strumenti di *hard law* e di *soft law*, unitamente alla veicolazione di una corretta educazione alimentare; si pensi, in quest'ultimo caso, alle campagne di comunicazione realizzate nelle scuole o alla diffusione di informazioni specifiche sui rischi legati alla scelta di determinati cibi e bevande<sup>176</sup>.

Le campagne informative potrebbero determinare una maggiore responsabilizzazione e consapevolezza delle persone in campo alimentare<sup>177</sup>. In particolare, l'educazione alimentare degli individui e l'introduzione dei sistemi di etichettatura nutrizionale dovrebbero essere in grado di contrastare il problema dell'asimmetria informativa, una delle principali criticità che si registrano in materia, come ben messo in evidenza dall'analisi economica del diritto<sup>178</sup>. Tuttavia, gli interventi

---

<sup>174</sup> A. Stiletto et Al., *A Little Bird Told Me... Nutri-Score Panoramas from a Flight over Europe, Connecting Science and Society*, in 15 *Nutrients* 3367, p. 1 ss. (2023).

<sup>175</sup> F.C. Stanford - T.K. Kyle, *op. cit.*, p. 1 ss.; R. Dobbs et Al., *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>176</sup> R. Dobbs et Al., *op. cit.*, p. 3; K. Richards et Al., *op. cit.*, p. 104; F. Sassi, *Informazione*, cit., p. 164, p. 171; L. Quaglino, *op. cit.*, p. 256 ss.

<sup>177</sup> S. Drenkard, *op. cit.*; L. Quaglino, *op. cit.*, p. 254.

<sup>178</sup> S. Akowuah et Al., *op. cit.*, p. 29.

in tema di educazione alimentare e quelli finalizzati a responsabilizzare il comportamento delle persone, pur avendo una notevole importanza nel contesto di un programma volto a ridurre l'obesità, non possono considerarsi sufficienti.

Infatti, occorre agire al fine di operare una modifica del contesto ambientale e delle norme sociali, facendo pertanto meno affidamento sulla forza di volontà individuale nel generare i cambiamenti virtuosi nei comportamenti delle persone. Si pensi, ad esempio, alla scelta di ridurre le dimensioni delle porzioni dei prodotti confezionati e di quelli serviti nei *fast food* o nelle mense scolastiche, alla modifica delle pratiche di *marketing* alimentare, alla modifica dei programmi di attività fisica nelle scuole. I descritti interventi non hanno l'obiettivo di responsabilizzare (*rectius* stigmatizzare) i comportamenti degli individui, per cui potrebbero determinare, più facilmente, il raggiungimento di uno stile di vita sano da parte della collettività<sup>179</sup>.

Comunque, non esiste un approccio giuridico ideale al problema, perché sia gli strumenti di *hard law* che gli interventi di *soft law* hanno dei limiti nel generare cambiamenti nella condotta dei soggetti affetti da obesità.

Nello specifico, le misure di *soft law* hanno il vantaggio di poter essere utilizzate in funzione incentivante dei comportamenti virtuosi che si intendono far seguire alle persone, ma presentano al contempo delle limitazioni, dovute essenzialmente alla mancanza di obbligatorietà, tipica di questa tipologia di provvedimento e potrebbero quindi produrre una sorta di deresponsabilizzazione degli individui obesi.

D'altro canto, pure l'adozione di interventi di *hard law* presenta delle criticità. Indubbiamente, lo studio compiuto finora ha fatto emergere un notevole potenziale della legge, sia nel favorire la tenuta di comportamenti salutari da parte delle persone che nel disincentivare, primariamente sotto il profilo economico, le decisioni errate prese in materia alimentare. Però, occorre pure tener conto degli "effetti collaterali" derivanti dalla scelta di optare in favore di interventi normativi molto pregnanti, come ad esempio quelli che agiscono sulla leva fiscale.

Si è visto, infatti, come la tassazione del *junk food* chiami in causa il paternalismo statale, sollevando perciò delicati problemi di compatibilità costituzionale dei provvedimenti legislativi adottati in materia. In realtà, la previsione di una tassa sul cibo spazzatura o sulle bevande zuccherate non dovrebbe essere considerata alla stregua di una normativa paternalista, poiché tale imposizione fiscale, pur essendo in grado di influenzare il comportamento dei consumatori, offre pur sempre a quest'ultimi libertà di autodeterminazione<sup>180</sup>.

In teoria, una legislazione di tal genere potrebbe anche svolgere, in maniera indiretta, una funzione di educazione alimentare, orientando i soggetti obesi ad aggiornare le proprie convinzioni rispetto alla dieta e allo svolgimento di attività fisica. Tuttavia, una normativa molto invadente, ad esempio quella che impone una

<sup>179</sup> R. Dobbs et Al., *op. cit.*, p. 4.

<sup>180</sup> In tema v. G. Gemma, *Non diritti "insaziabili", ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Dir. e società*, 2013, p. 223; C. Sunstein - R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in 4 *U. Chi. L. Rev.*, p. 1163 (2003).

tassazione sui cibi spazzatura, non sarebbe in grado di favorire una diminuzione dei tassi di obesità, ma produrrebbe o accentuerebbe lo stigma negli individui obesi, implicando un giudizio morale sull'obesità e sugli stili di vita delle persone, ritenendole responsabili esclusivi nella genesi di questa patologia<sup>181</sup>.

Certo, negli ultimi anni si registra un mutamento di prospettiva nella considerazione dell'obesità, in quanto in passato quest'ultima è stata primariamente ritenuta quale prodotto della responsabilità dell'individuo, mentre attualmente l'attenzione si concentra maggiormente sull'aspetto patologico, quindi sulla necessità di prevenire e curare questa malattia. Si pensi, ad esempio, al disegno di legge presentato nel 2018 in Parlamento al fine di tutelare le persone affette da obesità grave, una condizione da equipararsi all'*handicap* in situazione di gravità (di cui alla l. n. 104/1992)<sup>182</sup>.

Nonostante ciò, ancora oggi, soprattutto in ambito extragiuridico l'obesità viene talvolta considerata alla stregua di un comportamento colposo, per il quale l'ordinamento dovrebbe dunque prevedere una "sanzione". Si dibatte, ad esempio, se agli individui obesi debba essere negato, in tutto o in parte, l'accesso libero e gratuito alle prestazioni offerte dal sistema sanitario nazionale<sup>183</sup>.

La questione non è nuova quando si parla di tutela della salute pubblica, tanto che essa si è posta proprio recentemente con riferimento alle persone non vaccinate per Covid-19, soprattutto quelle obbligate per legge a sottoporsi al vaccino, per le quali si è proposto, valorizzando il già citato art. 2 Cost., il divieto di accesso, durante il periodo pandemico, ai servizi offerti dal sistema sanitario pubblico o comunque la posticipazione dell'effettuazione delle prestazioni mediche.

Tale dibattito trova fondamento pure in uno dei postulati propugnati da quel filone dell'analisi economico-giuridica che si è interessato alla questione dell'obesità, secondo il quale in presenza di un sistema sanitario finanziato con fondi pubblici, come ad esempio quello italiano, le persone consumano eccessivamente prodotti malsani, in quanto esse non devono sopportare l'intero costo delle loro scelte alimentari sbagliate<sup>184</sup>. A nostro avviso, tale asserzione è facilmente confutabile ove si tenga conto che l'obesità è una "malattia trasversale", la quale ormai interessa quasi tutti i Paesi, anche quelli, su tutti gli Stati Uniti d'America, che non si caratterizzano per la presenza

---

<sup>181</sup> S. Yeh, *Laws and Social Norms: Unintended Consequences of Obesity Laws*, in 81 *U. Cin. L. Rev.* 1, p. 185 ss., p. 211 (2013); L. Quaglino, *op. cit.*, p. 255. In merito alla stigmatizzazione dell'obesità, v. R. Dameno, *op. cit.*, p. 117 ss.

<sup>182</sup> Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Rizzotti, Caliendo, Barboni, Pichetto Fratin, Perosino, Berutti, Masini, Gasparri, Mallegni e Floris (Norme a tutela delle persone affette da obesità grave e abbattimento delle barriere architettoniche nei luoghi pubblici e privati e nei trasporti pubblici), presentato il 28 marzo 2018, consultabile al sito <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/49173.pdf>.

<sup>183</sup> Cfr. M.E. Nielsen - M.M. Andersen, *Should we hold the obese responsible? - some key issues*, in 23 *Camb. Q. Healthc Ethics* 4, p. 443 ss. (2014).

<sup>184</sup> S. Akowuah et Al., *op. loc. cit.*

di un sistema sanitario totalmente pubblico, bensì per l'esistenza di un modello di assistenza medica di tipo misto pubblico/privato.

Comunque, una previsione legislativa che negasse o rendesse maggiormente difficoltoso, anche sotto il profilo economico, l'accesso alle cure mediche offerte dal servizio sanitario nazionale in favore degli individui obesi potrebbe rappresentare, in teoria, una scelta efficiente, oltre che funzionale a determinare una sorta di "responsabilizzazione" del comportamento di queste persone. Ma, tale scelta normativa porrebbe, quantomeno nel nostro ordinamento giuridico, delicati (e probabilmente insormontabili) problemi di compatibilità costituzionale con il primo comma dell'art. 32 Cost., nella parte in cui tutela la salute dell'individuo e garantisce cure gratuite alle persone meno abbienti.

#### *10.2. segue: alcuni spunti propositivi*

Dopo aver valutato gli aspetti giuridici legati al fenomeno in esame, occorre focalizzarsi sull'individuazione delle misure normative, in aggiunta a quelle già passate in rassegna, potenzialmente utilizzabili nella c.d. "guerra all'obesità".

Preliminarmente, auspichiamo che il problema venga affrontato in maniera organica e con un approccio multisettoriale, evitando il ricorso al meccanismo assicurativo, che pure è stato proposto, sia a causa del potenziale circolo vizioso che esso potrebbe ingenerare, come già accaduto ad esempio nel settore della responsabilità civile, primariamente quella medico-professionale, sia in virtù del pericoloso segnale di "deresponsabilizzazione", lanciato dall'ordinamento giuridico o che comunque potrebbe essere percepito come tale dalle persone affette da obesità<sup>185</sup>.

Fatta tale precisazione e passando alla *pars costruens*, una prima proposta fa leva sull'aspetto economico e si incentra sull'incentivazione all'acquisto dei cibi salutari. Molti interventi messi in campo dagli Stati hanno cercato, in vario modo, di dissuadere i consumatori dall'acquisto di determinati cibi o bevande, poiché considerati in termini di *junk food*.

Tuttavia, alcuni hanno proposto di favorire l'acquisto dei cibi ritenuti salutari, c.d. alimenti funzionali (chiamati spesso, sebbene impropriamente, nutraceutici), in quanto il loro consumo potrebbe migliorare il benessere delle persone e frenare così l'epidemia di obesità<sup>186</sup>. In pratica, l'attenzione del legislatore dovrebbe concentrarsi sulla modifica delle preferenze alimentari, orientandole verso la scelta di cibi considerati più sani sotto l'aspetto nutrizionale. Tale politica legislativa dovrebbe essere meglio "accettata" dalle persone, poiché rende le opzioni salutari più accessibili, mentre

<sup>185</sup> L. Quaglino, *op. cit.*, p. 252 ss. In argomento cfr. E. Poddighe, *op. cit.*, p. 250.

<sup>186</sup> Il consumo eccessivo o l'assenza di alcuni nutrienti vitali nella dieta quotidiana è la causa principale della maggior parte delle malattie prevenibili. In tema v. Health Canada, Health Claims, 2012, consultabile al sito <http://www.hc-sc.gc.ca/fn-an/label-etiquet/claims-reclam/index-eng.php>.

è più difficile far accettare agli individui interventi maggiormente invasivi (*rectius* limitativi) della loro autonomia in ambito alimentare<sup>187</sup>.

Il ricorso ai sistemi di etichettatura degli alimenti può aiutare a raggiungere tale obiettivo<sup>188</sup>, ma secondo noi occorre prevedere, in aggiunta, un sistema di incentivi di natura fiscale, ad esempio un'imposizione agevolata su una serie di prodotti alimentari aventi un elevato profilo nutrizionale, come i prodotti freschi, i quali, di norma, sono anche più costosi rispetto ai cibi spazzatura<sup>189</sup>. Peraltro, diversi studi suggeriscono che la riduzione dei prezzi dei cibi sani incoraggia, in maniera significativa, l'acquisto di tali alimenti<sup>190</sup>, notoriamente consumati in misura minore dalle persone meno abbienti<sup>191</sup>.

Del resto, dagli studi emerge un maggior incremento dell'obesità proprio tra le famiglie a basso reddito (e quelle meno istruite) rispetto a quelle a più alto reddito<sup>192</sup>. Infatti, il fenomeno dell'obesità non si rinviene esclusivamente nei Paesi ad alto reddito pro capite, come ad esempio gli Stati Uniti d'America o molti Stati europei, quali Belgio, Germania, Regno Unito, Francia, Italia, ecc., bensì pure nei Paesi con un reddito medio-basso, quali Ecuador e Venezuela, oppure in quelli caratterizzati da un'alta disegualianza economica (e sociale), cioè connotati dalla presenza di una larga fetta della popolazione che vive in condizioni di miseria, come Cile, Brasile e Messico<sup>193</sup>.

In secondo luogo, occorrerebbe interrogarsi circa la necessità di prevedere una *sugar tax*, così da uniformare l'attuale situazione che vede solo alcuni Stati membri dell'Unione europea, quali Italia, Belgio, Finlandia, Francia, Ungheria, Irlanda, Lettonia e Portogallo, aver introdotto una tassa del genere. L'implementazione di questa tipologia di imposizione tributaria non ha sempre prodotto risultati positivi in ordine al contenimento del consumo dei cibi spazzatura e delle bevande zuccherate, ma l'attenzione dell'Unione europea dovrebbe concentrarsi, primariamente, sull'elaborazione ed attuazione di una disciplina quanto più possibile uniforme in

---

<sup>187</sup> F. Sassi, *op. ult. cit.*, p. 182.

<sup>188</sup> S. Akowuah et Al., *op. cit.*, p. 4 ss.

<sup>189</sup> A. Alemanno - I. Carreño, *op. cit.*, p. 226; L. Quaglino, *op. cit.*, p. 250. Sul punto v. E. Poddighe, *op. cit.*, p. 94 ss.

<sup>190</sup> S.A. French, *Pricing effects on food choices*, in 133 *J. Nutr.* 3, p. 841S ss. (2003). In argomento cfr. D. Goldman et Al., *Food prices and the dynamics of body weight*, in M. Grossman - N.H. Mocan (eds.), *Economic Aspects of Obesity*, Chicago, consultabile al sito <https://www.nber.org/system/files/chapters/c11817/c11817.pdf>, 2011, p. 65 ss., secondo i quali l'aumento dei prezzi degli alimenti ad alto contenuto calorico ha portato alla riduzione dell'obesità nel lungo periodo negli Stati Uniti d'America.

<sup>191</sup> L. Quaglino, *op. cit.*, p. 250 ss., secondo la quale anche l'introduzione di tali sussidi potrebbe generare effetti regressivi, poiché il consumo di questi cibi tende ad essere concentrato tra le famiglie che socialmente non hanno bisogno di "trasferimenti".

<sup>192</sup> R. Tiffin - M. Salois, *Diseguaglianze nell'alimentazione e nella nutrizione*, in M. Trovato (a cura di), *Obesità*, cit., p. 145, p. 159.

<sup>193</sup> I citati Paesi del Sud America registrano elevati tassi di obesità, la cui crescita è stata attribuita soprattutto al consumo di bevande zuccherate (e gassate), nonché alle scelte, spesso purtroppo "necessitate", orientate verso il cibo spazzatura, in quanto meno costoso.

materia, piuttosto che sulla verifica dell'idoneità delle misure fiscali nel generare cambiamenti virtuosi nel comportamento dei consumatori.

In terzo luogo, si dovrebbe valutare, sia a livello nazionale che sovranazionale, l'opportunità di introdurre misure volte a fornire incentivi (a medio e lungo termine) alla tenuta di comportamenti virtuosi, soprattutto nel contesto scolastico, modificando gli attuali regimi alimentari dietetici ed incoraggiando l'attività sportiva, particolarmente nelle scuole<sup>194</sup>. Si pensi, ad esempio, alla previsione dell'obbligatorietà dello svolgimento dell'attività fisica nelle strutture scolastiche, seppur con delle eccezioni, in presenza ad esempio di studenti portatori di particolari patologie, ostative allo svolgimento di attività motoria. In alternativa, si potrebbe optare in favore di un sistema facoltativo ma al contempo incentivante, volto ad attribuire agli scolari che praticano regolarmente esercizio fisico dei sussidi economici, magari sotto forma di buoni per acquistare libri, accedere al cinema o al teatro, oppure per l'iscrizione a palestre, centri *fitness*, scuole che insegnano la pratica di uno sport, ecc.

In tale contesto, bisognerebbe però verificare pure il possibile coinvolgimento dei soggetti privati, come del resto già sperimentato in molti Stati, quali Regno Unito, Germania, Stati Uniti d'America e Canada, in quanto un'attività di collaborazione tra il settore pubblico e quello privato dovrebbe facilitare l'attuazione delle strategie di prevenzione dell'obesità, consentendo di distribuire i costi in maniera più ampia<sup>195</sup>.

Un'ultima proposta, che ci sentiamo di avanzare, si focalizza sul *junk food*. In proposito, si potrebbe valutare l'opportunità di elaborare una normativa che preveda, per coloro che vendono o somministrano a vario titolo cibi spazzatura e bevande zuccherate, il divieto di tenere questa tipologia di prodotti alimentari a vista dei consumatori. In pratica, questi prodotti non potrebbero esseri esposti al pubblico, per cui la loro vendita sarebbe possibile solo su specifica richiesta del cliente.

La compilazione dell'elenco dei prodotti meno salutari potrebbe avvenire sulla base delle indicazioni nutrizionali fornite dai sistemi di etichettatura, preferibilmente il Nutri-score, in quanto modello validato da diverse ricerche scientifiche, a differenza del NutriInform Battery<sup>196</sup>. Così, la lista dei cibi "da bollino rosso" potrebbe essere

---

<sup>194</sup> In argomento cfr. E. Poddighe, *op. cit.*, p. 94 ss.

<sup>195</sup> L. Quaglino, *op. cit.*, p. 257.

<sup>196</sup> J. Rey-García et Al., *Less favourable food consumption ratings in the Five-Color Nutri-Score are associated with incident frailty in older adults*, in 52 *Age Ageing* 8, p. 1 ss. (2023); B. Srour et Al., *Effect of a new graphically modified Nutri-Score on the objective understanding of foods' nutrient profile and ultraprocessing: a randomised controlled trial*, in 6 *BMJ Nutr Prev Health* 1, p. 108 ss. (2023); J. He et Al., *A 20-Country Comparative Assessment of the Effectiveness of Nutri-Score vs. NutriInform Battery Front-of-Pack Nutritional Labels on Consumer Subjective Understanding and Liking*, in 15 *Nutrients* 2852, p. 1 ss. (2023); A. Shrestha et Al., *Impact of front-of-pack nutrition labelling in consumer understanding and use across socio-economic status: A systematic review*, in 187 *Appetite* 106587, p. 1 ss. (2023); E. Mertens - J.L. Peñalvo, *Mapping the nutritional value of diets across Europe according to the Nutri-Score front-of-pack label*, in 9 *Front Nutr.* 1080858, p. 1 ss. (2023); M.F. Batista et Al., *Front-of-package nutrition labeling as a driver for healthier food choices: Lessons learned and future perspectives*, in 22 *Compr Rev Food Sci Food Saf* 1, p. 535 ss. (2023); J.P. Chouraqui et Al., *Committee on Nutrition of the French Society of Pediatrics (CN-SFP). Nutri-Score: Its Benefits and Limitations in Children's Feeding*, in 76 *J Pediatr Gastroenterol*

facilmente compilata, inserendo gli alimenti e le bevande ai quali è stato attribuito dal Nutri-score il giudizio maggiormente negativo, corrispondente all'ultima lettera (E) o alle ultime due lettere (D ed E), così come previsto dal sistema di etichettatura in esame.

La citata proposta intende contemperare il diritto dei cittadini all'autodeterminazione in campo alimentare con l'esigenza di tutelare la salute dei cittadini. Invero, un provvedimento di tal genere avrebbe il vantaggio di lanciare un segnale di disvalore da parte dell'ordinamento ai consumatori, rendendo più difficoltoso, pur senza vietare, l'acquisto del *junk food*, così da non ledere il diritto di costoro di prendere scelte in totale autonomia nel settore alimentare, né comprimere, oltremodo, la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.<sup>197</sup>.

In definitiva, se l'obesità è considerata alla stregua di una patologia, allora essa deve essere trattata come tale anche sotto il profilo giuridico, nel senso che il legislatore non può non tener conto delle acquisizioni scientifiche in materia, le quali hanno recentemente confermato come nelle persone affette da obesità la semplice visione delle immagini di alimenti è in grado di creare un eccessivo desiderio di cibo<sup>198</sup>. Ciò vale, a maggior ragione, per la visione delle immagini dei cibi spazzatura, il che pertanto confermerebbe la validità, sotto il versante scientifico e la legittimità, sotto il profilo giuridico, delle limitazioni imposte da taluni ordinamenti al *marketing* alimentare, nonché della proposta legislativa che abbiamo appena passato in rassegna.

Giova comunque ribadire, in fase conclusiva, che un singolo intervento in materia non è in grado di contrastare in maniera efficace il problema. Lo studio fin qui svolto ha messo in evidenza come la modifica, volontaria o forzata, dei comportamenti alimentari scorretti non può, da sola, incidere in modo significativo sul contrasto dell'obesità, essendo necessario che l'ordinamento statale crei, avvalendosi degli strumenti giuridici a sua disposizione, le condizioni, anche quelle incentivanti le condotte virtuose, in grado di favorire la tenuta di un corretto stile di vita da parte della popolazione, a cominciare da quella più giovane.

\*\*\*

**Abstract:** The spread of obesity worldwide is becoming increasingly considered not only from a social, medical, and economic perspective but also from a legal point of view. The problem of obesity, especially in childhood, affects most countries in the world. The paper aims to analyze the similarities and differences between the legal

---

*Nutr* 3, p. e46 (2023); A. Sùletto - S. Trestini, *Is it really a piece of cake to label Geographical Indications with the Nutri-Score? Consumers' behaviour and policy implications*, in 17 *PLoS One* 11, p. 1 ss. (2022).

<sup>197</sup> Cfr. E. Poddighe, *op. cit.*, p. 99 ss.

<sup>198</sup> F. Devoto et Al., *How images of food become cravingly salient in obesity*, in 31 *Obesity* 9, p. 2294 ss. (2023); T. Andersen et Al., *Imagined eating - An investigation of priming and sensory-specific satiety*, in 182 *Appetite* 106421, p. 1 ss. (2023).

Fiore Fontanarosa

*Law and obesity: analisi comparatistica del fenomeno obesità tra strumenti di hard law e misure di soft law*

measures implemented in the United States of America, in European countries, and South America. Secondly, we want to identify the most efficient approach (that of hard or soft law) to regulate this phenomenon and to understand whether the law is an efficient means to fight against obesity.

**Keywords:** obesity - comparative law - hard law - soft law - sugar tax.

\*\*\*

**Fiore Fontanarosa** – Docente a contratto di Comparazione giuridica e uniformazione del diritto presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise, già ricercatore a tempo determinato di Diritto privato comparato presso il medesimo Dipartimento ([fiore.fontanarosa@unimol.it](mailto:fiore.fontanarosa@unimol.it))

## Il *Data Privacy Framework* e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea. Appunti di una comparazione \*

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il trasferimento dei dati personali al di fuori dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 45 GDPR. – 3. Le vicende del trasferimento dei dati personali tra UE e US. – 4. La decisione *Schrems II*. – 5. Il *Data Privacy Framework*: un vero cambio di paradigma? – 6. Il problema del canone di proporzionalità. – 7. Un effettivo meccanismo di tutela giurisdizionale? – 8. Tutto cambia affinché tutto resti uguale? – 9. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Negli ultimi anni il problema relativo al trasferimento dei dati personali dall’Unione Europea agli Stati Uniti è stato avvertito con particolare urgenza. Infatti, due celebri pronunce della Corte di Giustizia – la C - 362/14<sup>1</sup> e la C - 311/18<sup>2</sup>, meglio note come *Schrems I* e *II* –, avevano bocciato le modalità di trasferimento dei dati personali esistenti tra Unione Europea e Stati Uniti, ritenendo che le garanzie offerte dalla legislazione statunitense in materia non fossero equiparabili agli standard di protezione offerti e richiesti dal diritto dell’Unione Europea. Così, a seguito di queste due pronunce, la disciplina del trasferimento dei dati personali tra una sponda e l’altra dell’Oceano era, quindi, diventata particolarmente problematica.

La questione parrebbe essere oggi finalmente risolta grazie al *Data Privacy Framework* (DPF)<sup>3</sup> – oggetto della presente riflessione – ovvero un nuovo accordo intervenuto tra gli Stati Uniti e l’Unione Europea, a seguito del quale la Commissione europea, con una decisione di adeguatezza<sup>4</sup>, ha ritenuto le nuove garanzie prestate dagli Stati Uniti equiparabili a quelle previste dall’Unione Europea.

In questo scenario il presente contributo intende allora analizzare le novità introdotte dalla legislazione statunitense sul punto, nonché la conseguente decisione

---

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

<sup>1</sup> Corte giust., 6 ottobre 2015, C- 362/14, *Schrems I*.

<sup>2</sup> Corte giust., 16 luglio 2020, C- 311/18, *Schrems II*.

<sup>3</sup> European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework, 25 marzo 2022, disponibile sul sito [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_2087](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2087).

<sup>4</sup> Decisione di implementazione della Commissione Europea del 10/7/2023.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

di adeguatezza della Commissione Europea per comprendere, così, se il quadro normativo attuale possa essere davvero l'atto definitivo di questa annosa querelle o se, al contrario, rischi anch'esso di cadere, al pari delle precedenti discipline, sotto la scure della Corte di Giustizia.

È allora bene ricordare che l'Unione Europea ha disciplinato in modo compiuto la tutela dei dati personali, in particolare attraverso il Regolamento 679/2016, *General Data Protection Regulation* (GDPR). L'importanza di tale atto normativo è il riflesso del fatto che ogni giorno, in un mondo sempre più globalizzato<sup>5</sup>, i dati dei cittadini europei si trovano ad essere oggetto di utilizzo e di trasferimento<sup>6</sup>. In questo contesto un particolare problema è, allora, quello del trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione, giacché in questa ipotesi occorrerà valutare se i paesi terzi dispongano o meno, ed in quale misura, di garanzie idonee alla protezione dei dati dei cittadini europei.

Il punto è, invero, di particolare rilevanza, tant'è che il GDPR dedica espressamente il capo V proprio al trasferimento dei dati personali al di fuori dell'Unione Europea, ammettendo diverse modalità di trasferimento che, però, non presentano tutte lo stesso grado di agevolezza.

## *2. Il trasferimento dei dati personali al di fuori dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 45 GDPR*

La modalità più agevole di trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione Europea è certamente quella prevista dall'articolo 45 GDPR che si fonda su una decisione di adeguatezza resa dalla Commissione Europea. Si tratta, dunque, di un atto politico-amministrativo con il quale, proprio la Commissione, garantisce che il livello di protezione dei dati personali esistente nello stato terzo in questione sia adeguato rispetto agli standard previsti dal diritto dell'Unione. Si noti che non si richiede un livello di protezione identico a quello previsto dall'Unione Europea, bensì un livello sostanzialmente equivalente. A tal fine, nel formulare la sua decisione, la Commissione dovrà quindi – in forza del comma 2 dell'articolo 45 – tenere in considerazione la sussistenza di alcuni elementi quali: le modalità con cui i dati personali nel sistema giuridico extraunionale in questione sono effettivamente tutelati, la presenza o meno di un'autorità di controllo indipendente, deputata a sorvegliare il rispetto della tutela dei dati personali, nonché gli impegni assunti in sede

---

<sup>5</sup> D. Di Micco, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico – comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018.

<sup>6</sup> Si pensi, a titolo di esempio, al trasferimento dei dati personali posto in essere da strumenti come Google Analytics. Sul punto cfr. *ex multis* W.G. Voss, *Transatlantic Data Transfer Compliance*, in *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 2022, p. 199 ss.; F. Zorzi Giustiniani, *Il Panopticon digitale. I cookies tra diritto e pratica nell'Unione Europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 247 ss.

internazionale dal paese in questione in relazione alla protezione dei dati personali<sup>7</sup>. Questo anche in considerazione del considerando numero 104, dove si prevede, invero, che la Commissione fondi la sua valutazione su criteri chiari e obiettivi e che il livello di protezione offerto dallo stato terzo debba essere, appunto, «sostanzialmente equivalente a quello assicurato all'interno dell'Unione»<sup>8</sup>.

A conferma di quanto la questione sia delicata è bene osservare come tale valutazione sia soggetta, invero, a rivalutazioni periodiche. Pertanto, laddove in sede di riesame le tutele offerte da uno stato terzo non risultassero più adeguate rispetto agli standard europei, l'atto di esecuzione verrebbe allora sospeso, dando luogo così a nuove consultazioni tra l'Unione e lo stato in questione, ma fermo restando che la valutazione definitiva spetterà comunque sempre unilateralmente alla Commissione Europea (previo parere dell'*European Data Protection Board*, EDPB).

Si noti come questa modalità politico-amministrativa sia stata largamente utilizzata per regolare il trasferimento dei dati personali dall'Unione verso i paesi terzi, basti pensare ad esempio a quanto avviene con l'Argentina, Israele, il Canada<sup>9</sup>, e il Giappone<sup>10</sup> e più recentemente con la Repubblica di Corea<sup>11</sup>. Questo perché, a fronte del rigoroso vaglio che abbiamo poc'anzi descritto segue però una procedura piuttosto agile: operando infatti ai sensi dell'articolo 45 GDPR non verranno più richieste le autorizzazioni specifiche ai fini del trasferimento dei dati personali nel paese extraunione, dal momento che, proprio in ragione della decisione di adeguatezza emessa dalla Commissione, lo stato terzo in questione verrà sostanzialmente equiparato ad uno stato membro dell'Unione Europea. Ed è allora proprio questo effetto, conseguenza della pronuncia della Commissione, ciò che semplifica il trasferimento dei dati e che rende, quindi, l'ipotesi di cui all'articolo 45 GDPR preferibile alle altre<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> In particolare, l'articolo in esame fa riferimento a diversi elementi da prendere in considerazione nel valutare l'adeguatezza del livello di protezione del paese terzo quali, ad esempio, lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la legislazione generale e settoriale e gli impegni internazionali assunti dal paese terzo.

<sup>8</sup> Regolamento UE 679/2016, Considerando n. 104. Peraltro, la Corte di Giustizia nel caso *Schrems I* aveva già precisato questo requisito (Corte giust., 6 ottobre 2015, C- 362/14, *Schrems I*, par. 73 ss.).

<sup>9</sup> Relazione del 15 gennaio 2024 della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio sul primo riesame del funzionamento delle decisioni di adeguatezza adottate a norma dell'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46/CE.

<sup>10</sup> Relazione del 3 aprile 2023 della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio sul primo riesame della decisione di adeguatezza relativa al Giappone.

<sup>11</sup> Decisione di Esecuzione (UE) 2022/254 della Commissione Europea del 17 dicembre 2021.

<sup>12</sup> Si rileva come in realtà questo *modus operandi* non sia nuovo, ma trovi il suo fondamento già con la direttiva 95/46/CE. In particolare, tale direttiva sanciva all'art. 25, par. 6 in materia di trasferimento di dati personali verso paesi terzi che la Commissione Europea potesse constatare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali previsto da un paese terzo. Pertanto, alla luce di questa disposizione la Commissione Europea aveva ritenuto che le garanzie offerte dal diritto statunitense in materia di protezione dei dati personali fossero adeguate con la decisione del 26 luglio

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

Questo ragionamento è confermato anche dalla vicenda che riguarda il trasferimento dei dati personali tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti, giacché già nel 2016<sup>13</sup> con il cosiddetto Privacy Shield<sup>14</sup> si procedette in questo modo.

In quell'occasione la Commissione Europea aveva ritenuto che le tutele offerte dal diritto statunitense fossero adeguate agli standard imposti dal GDPR e, pertanto, il trasferimento dei dati tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti avveniva ai sensi dell'articolo 45 GDPR.

Di segno opposto è stata però nel 2020 la pronuncia della Corte di Giustizia nel noto caso *Schrems II*<sup>15</sup>, che, ritenendo che il diritto statunitense non offrisse tutele

---

2000, meglio nota come Safe Harbour Framework. Tale valutazione fu poi smentita nel 2015 dalla Corte di giustizia all'esito del caso *Schrems I*, dal momento che le garanzie offerte dal diritto statunitense in materia di protezione dei dati personali furono ritenute in contrasto con gli art. 7, 8 e 47 della Carta di Nizza. Invero in questa decisione la Corte ha precisato come il livello di protezione adeguato offerto dal paese terzo debba essere inteso «nel senso che esige che tale paese assicuri effettivamente, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione in forza della direttiva 95/46, letta alla luce della Carta» (Corte giust., 6 ottobre 2015, C- 362/14, *Schrems I*, par. 73).

<sup>13</sup> Sul punto cfr. C. Kuner, *Protecting Eu Data outside Eu borders under the GDPR*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 84 ss.; F. Bignami – G. Resta, *Transatlantic Privacy Regulation: conflict and cooperation*, in *Law and Contemporary Problems*, 2015, p. 238 ss.; O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, London, 2021, p. 128 ss.; O. Pollicino – M. Bassini – G. De Gregorio, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, Milano, 2022, p. 185 ss.; M. Mastracci, *Evoluzione del diritto alla privacy tra Europa e Stati Uniti: dal Safe Harbour al Privacy Shield*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, p. 558 ss.; B. Carotti, *Il caso Schrems, o del conflitto tra riservatezza e sorveglianza di massa*, in *Giornale Diritto Amministrativo*, 2016, p. 333 ss.; G. Scarchillo, *Dal Safe Harbor al Privacy Shield il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2016, p. 910 ss.; X. Tracol, "Invalidator" strikes back: The harbour has never been safe, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 345 ss.; S.J. Schulhofer, *An International right to privacy? Be careful what you wish for*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 238 ss.; D. Cole – F. Fabbrini, *Bridging the Transatlantic Divide? The United States, the European Union, and the Protection of Privacy Across Borders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 220 ss.; A. Vendaschi, *Privacy and Data Protection versus National Security in Transnational Flights: the EU – Canada PNR Agreement*, in *International Data Privacy Law*, 2018, p. 129 ss.; C. Kuner, *Reality and illusion in EU data transfer regulation post-Schrems*, in *German Law Journal*, 2017, p. 881 ss.

<sup>14</sup> Decisione di Esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione del 12 luglio 2016.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. ex multis C. Peraro, *Protezione extraterritoriale dei diritti: il trasferimento dei dati personali dall'Unione Europea verso paesi terzi*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2021, p. 666 ss.; E. Terolli, *Privacy e Protezione dei dati personali UE vs. USA. Evoluzioni di diritto comparato e il trasferimento dei dati dopo la sentenza "Schrems II"*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2021, p. 49 ss.; O. Pollicino, *Diabolical Persistence. Thoughts on the Schrems II Decision*, in *MediaLaws*, 2020, p. 314 ss.; R. Bifulco, *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online*, 2020, p. 5 ss.; M. Nino, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE: trasmissione dei dati personali dall'Unione europea agli Stati terzi e tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2020, p. 733 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *L'Accordo Privacy Shield non è un vero scudo per la privacy: scenari passati e futuri in merito al trasferimento di dati personali dall'Unione Europea verso gli Stati Uniti*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2020, p. 1112 ss.; X. Tracol, "Schrems II": the return of

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

paragonabili a quelle dell'Unione, ha invalidato la decisione di adeguatezza della Commissione Europea dando luogo così ad una situazione di incertezza circa le possibilità effettive di trasferimento dei dati tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea. Di conseguenza, proprio a valle della pronuncia della Corte, si è quindi avvertita la necessità di avviare nuovi negoziati tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea dai quali nascerà, infine, il *Data Privacy Framework*, oggetto della presente trattazione.

### 3. *Le vicende del trasferimento dei dati personali tra UE e US*

Nel corso degli anni gli Stati Uniti e l'Unione Europea hanno quindi sempre tentato di regolare il trasferimento dei dati personali attraverso una decisione di adeguatezza della Commissione europea.

Già prima dell'entrata in vigore del GDPR, infatti, i rapporti tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea erano fondati sul cosiddetto *Safe Harbor Framework*<sup>16</sup>, un accordo che mirava anch'esso a garantire un'adeguata protezione nel trattamento dei dati, ma che è però venuto meno nel 2015 a seguito della pronuncia della CGUE nel caso *Schrems I*<sup>17</sup> con cui la Corte ha ritenuto che il livello di garanzie relative al trattamento dei dati personali negli Stati Uniti non fosse equiparabile a quello richiesto dall'Unione Europea.

Ciò che ne seguì fu una situazione di profonda incertezza, che spinse i due soggetti a definire una nuova disciplina. Infatti, già nel 2016 venne concluso tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea un nuovo accordo: il cosiddetto *Privacy Shield*, che però ebbe anch'esso vita breve. Già nel 2020 la Corte di Giustizia, con la pronuncia *Schrems II*, lo dichiarò in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ravvisando che il trattamento dei dati personali negli Stati Uniti non fosse assistito da garanzie adeguate rispetto agli standard europei.

A seguito di questa seconda pronuncia di inadeguatezza il tema del trasferimento dei dati personali tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea era tornato,

---

*the Privacy Shield*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, p. 1054 ss.; T. Christakis – F. Terpan, *EU-US negotiations on law enforcement access to data: divergences, challenges and EU law procedures and options*, in *International Data Privacy Law*, 2021, p. 81 ss.; G. Formici, *Schrems colpisce ancora? Il trasferimento dei dati personali dall'Unione Europea a Stati terzi, le Conclusioni dell'avvocato generale nel caso Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems e una storia che rischia di ripetersi*, in *MediaLaws*, 2020, p. 310 ss.; M. Giraud, *On legal bubbles: some thoughts on legal shockwaves at the core of the digital economy*, in *Journal of Institutional Economics*, 2022, p. 592 ss.; E. Celeste – F. Fabbrini, *Competing Jurisdictions: Data Privacy Across the Borders*, in T. Lynn et al. (curr.), *Data Privacy and Trust in Cloud Computing*, Cham, 2021.

<sup>16</sup> Decisione della Commissione Europea del 26 luglio 2000.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. *ex multis* G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, p. 697 ss.; O. Pollicino – M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, p. 741 ss.

allora, ad essere particolarmente incerto<sup>18</sup>. Gli Stati Uniti dovevano, quindi, intervenire sulla loro legislazione risolvendo le diverse problematiche che indirettamente erano state rilevate dalla Corte di Giustizia nel caso *Schrems II*. In questa prospettiva, nell'ottobre 2022 l'amministrazione Biden ha, dunque, disposto l'Executive Order 14086<sup>19</sup>.

Così, nel luglio 2023, proprio in ragione della procedura di cui all'articolo 45 GDPR che abbiamo descritto, la Commissione Europea ha approvato il Data Privacy Framework, assumendo, quindi, che l'Executive Order 14086 garantirebbe un livello di protezione dei dati personali equivalente rispetto ai canoni previsti dall'Unione Europea<sup>20</sup>.

A valle di ciò è allora opportuno domandarsi se le recenti modifiche legislative apportate dall'amministrazione Biden al quadro legislativo statunitense in materia di garanzia dei dati personali soddisfino davvero, e definitivamente, gli standard previsti dal diritto dell'Unione Europea per come interpretati dalla Corte di Giustizia. È quindi opportuno ripercorrere le argomentazioni utilizzate dalla Corte di Giustizia nel caso *Schrems II* per comprendere, così, la natura delle problematiche evidenziate dalla Corte e capire, allora, se le soluzioni recentemente adottate potranno davvero dirsi risolutive.

#### 4. *La decisione Schrems II*

Come abbiamo visto, nel luglio 2020 la Corte di Giustizia aveva ritenuto che il Privacy Shield fosse incompatibile con le garanzie previste dall'Unione Europea in

---

<sup>18</sup> Sul punto cfr. M. Giraud – E. Fosch-Villaronga – G. Malgieri, *Competing Legal Futures*, in corso di pubblicazione in *German Law Journal*, consultabile al link: <https://ssrn.com/abstract=4499785>.

<sup>19</sup> Federal Register Vol. 87, No. 198, 14 ottobre 2022. Sul punto cfr. C. Docksey – K. Propp, *Government Access to Personal Data and Transnational Interoperability: An Accountability Perspective*, in *Oslo Law Review*, 2023, p. 1 ss.

<sup>20</sup> La Commissione Europea ha ritenuto soddisfacenti le garanzie implementate dagli Stati Uniti pur a fronte di una valutazione negativa emessa dal Parlamento Europeo il 5 maggio 2023, accessibile al link [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0234\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0234_IT.html). Preoccupazioni in merito al Data Privacy Framework sono state espresse anche nel Parere 5/2023 del 28 febbraio 2023 dell'European Data Protection Board, accessibile al link: [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_opinion52023\\_eu-us\\_dpf\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_opinion52023_eu-us_dpf_en.pdf). Anche in dottrina si sono manifestati dubbi riguardo alle garanzie offerte dal Data Privacy Framework. Sul punto cfr. A. Savin, *The New Framework for Transatlantic Data Transfers*, in *Copenhagen Business School Law Research Paper*, 2023, p. 1 ss.; S. Gerke – D. Rezaeikhonakdar, *Privacy Shield 2.0. A New Trans – Atlantic Data Privacy Framework Between the European Union and the United States*, in *Cardozo Law Review*, 2023, p. 351 ss. Perplessità sulle garanzie relative alla protezione dei dati personali derivanti dal nuovo Data Privacy Framework sono state altresì evidenziate dal Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit der Freien Hansestadt Bremen (cfr. *Jahresberichte der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit*, 9 febbraio 2024, p. 80 ss.).

materia di trattamento dei dati personali e segnatamente con gli articoli 7, 8, 47 e 52 della Carta di Nizza.

In particolare, l'articolo 7 della Carta di Nizza sancisce il rispetto della vita privata e familiare, nonché del domicilio e delle comunicazioni di ogni persona. Ancora più esplicitamente il successivo articolo 8 prevede per ciascuno il diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Si noti, come chiarisce la Corte di Giustizia, che questi non sono diritti assoluti, e come tali incomprimibili, ma sono diritti che rivestono una funzione sociale e come tali possono essere limitati, ma unicamente secondo le modalità previste dall'articolo 52 della Carta di Nizza<sup>21</sup>, secondo cui «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

La valutazione che compie quindi la Corte si incentra su due punti. In primis si occupa di verificare se le limitazioni alla tutela dei dati personali siano o meno conformi al principio di proporzionalità. In secondo luogo, la Corte vaglia poi la compatibilità dei meccanismi di accesso alla giustizia per la tutela dei dati personali offerti dal paese terzo rispetto agli standard previsti dall'Unione.

Il primo nodo del caso *Schrems II* è, dunque, quello relativo alla possibilità di comprimere, ed eventualmente entro quali limiti, un diritto che è ritenuto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione quale è appunto quello alla privacy. In particolare, la Corte si è soffermata su due normative statunitensi – la sezione 702 del *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) e l'*Executive Order 12333* – che comprimono la tutela dei dati personali in ragione di esigenze di sicurezza nazionale e di intelligence, domandandosi se tale compressione avvenga o meno nel rispetto del principio di proporzionalità di cui agli articoli 7 e 8 della Carta. La risposta della Corte è stata di segno negativo ravvisando in tali compressioni una violazione del canone di proporzionalità che è principio del diritto europeo.

È infatti possibile osservare che la sezione 702 FISA non prevede delle limitazioni ai programmi di sorveglianza per scopi di intelligence, né prevede garanzie per i cittadini stranieri che fossero assoggettati a tali programmi. Proprio alla luce di tali carenze, la Corte ha pertanto ritenuto che tale normativa statunitense non soddisfacesse il principio di proporzionalità di cui alla Carta di Nizza, poiché «una base giuridica che consente ingerenze nei diritti fondamentali deve definire essa stessa la portata della limitazione dell'esercizio del diritto di cui trattasi e prevedere norme chiare e precise che regolino la portata e l'applicazione della misura e impongano requisiti minimi»<sup>22</sup>. In aggiunta a ciò, e con riguardo al secondo punto, occorre poi osservare che il mero fatto che la sezione 702 FISA si poggia sui requisiti

<sup>21</sup> Sul punto, Corte giust., 16 luglio 2020, C – 311/18, *Schrems II*, par. 172: «tuttavia, i diritti sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta non appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale».

<sup>22</sup> *Ibidem*, par. 180.

indicati dalla *Presidential Policy Directive 28* (PPD – 28) non conferisce ai soggetti titolari dei diritti, che qui vengono compressi, gli strumenti necessari ad agire in sede giurisdizionale, nei confronti delle autorità statunitensi, per la tutela degli stessi.

Problema analogo è rilevato dalla Corte anche in relazione all'*Executive Order 12333* che tace circa le possibilità di ricorso in sede giurisdizionale per i soggetti titolari dei diritti che vengono compressi. La Corte rileva, inoltre, come anche la raccolta “in blocco” dei dati personali, prevista da tale normativa, non sia conforme ai canoni europei dal momento che la stessa non è circoscritta in modo sufficientemente chiaro e preciso<sup>23</sup>.

In particolare, poi, la Corte chiarisce come non possa essere inteso quale vero e proprio ricorso giurisdizionale l'istituzione della figura dell'*Ombudsperson*. Questa figura, infatti, da intendersi alla stregua di un mediatore, non costituisce affatto un organo davvero indipendente e capace di produrre decisioni vincolanti<sup>24</sup>. Designato dal Segretario di Stato, il mediatore è parte integrante del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti e non trova, pertanto, alcuna vera garanzia circa la sua inamovibilità ed indipendenza dal potere politico. A ciò si aggiunga, infine, che l'ordinamento statunitense non prevedeva nemmeno la vincolatività delle decisioni emesse da questo organo.

Pertanto, alla luce di questi dati, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la decisione di adeguatezza con cui la Commissione europea affermava l'equiparabilità alle garanzie del diritto dell'Unione Europea in materia di protezione dei dati personali della normativa statunitense, non fosse corretta. Infatti, la compressione del diritto alla privacy realizzata dalle normative statunitensi prese in esame non risultava affatto bilanciata da alcun meccanismo di proporzionalità e mancava, inoltre, di un'adeguata tutela giudiziaria.

##### 5. *Il Data Privacy Framework: un vero cambio di paradigma?*

Abbiamo così assistito ad una sostanziale contrapposizione tra la Commissione Europea da una parte, ed in particolare tra le sue decisioni di adeguatezza, e la prospettiva adottata dalla Corte di Giustizia dall'altra. Se per la prima gli standard di adeguatezza forniti dagli Stati Uniti sarebbero sempre risultati adeguati, di segno opposto è stata, invece, ogni valutazione operata da parte della seconda.

A questo punto, è quindi opportuno chiedersi se l'*Executive Order 14086* soddisfi finalmente gli standard e le garanzie richieste dalla Corte di Giustizia.

A tal proposito è bene osservare che le novità in esso contenute hanno sì in larga parte sostituito la normativa precedente (ed in particolare la PPD – 28 ad eccezione della Sezione 3, di una appendice complementare e della Sezione 6 che

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, parr. 181 – 184.

<sup>24</sup> *Ibidem*, parr. 192 – 199.

restano invariate<sup>25</sup>), ma continuano a doversi coordinare con le altre normative che non sono state modificate. Pertanto permane la dicotomia sancita dalla sezione 702 FISA tra cittadini statunitensi e stranieri, così come anche l'*Executive Order* 12333 continua ad essere vigente. Ad entrambe queste normative, però, si applicano i principi introdotti dall'*Executive Order* 14086 e soprattutto si introduce un sistema di *redress*, cioè di ricorso, su due livelli operante anche in relazione alle altre due normative. Questo è, dunque, l'attuale assetto delle fonti del diritto statunitense sul punto.

L'*Executive Order* 14086 cerca, quindi, di risolvere le problematiche evidenziate dalla Corte di Giustizia nel caso *Schrems II* senza stravolgere l'intero assetto normativo, bensì operando un intervento mirato. Resta allora da vedere se ciò sia sufficiente.

#### 6. *Il problema del canone di proporzionalità*

Con l'*Executive Order* 14086 assistiamo indubbiamente a un tentativo molto più compiuto da parte dell'amministrazione degli Stati Uniti di circoscrivere l'ambito di intervento dell'intelligence statunitense di quanto non fosse avvenuto in passato. Emerge qui, a ben vedere, la tensione esistente tra due diritti di pari rango, ovvero tra il diritto alla privacy da un lato e le esigenze di sicurezza nazionale dall'altro, e la difficoltà di operare per il loro bilanciamento.

Sul primo piatto della bilancia troviamo il diritto alla privacy. Se nell'ordinamento dell'Unione Europea esso è espressamente riconosciuto nella Carta di Nizza<sup>26</sup>, risulta, invece, molto più complesso<sup>27</sup> rinvenire il suo specifico riconoscimento nell'ordinamento statunitense<sup>28</sup>. Questo sistema giuridico è infatti

---

<sup>25</sup> Decisione di implementazione della Commissione Europea del 10/7/2023, 124 ss.

<sup>26</sup> Art. 8 Carta di Nizza.

<sup>27</sup> Per una analisi comparata sul regime giuridico della privacy nell'ordinamento statunitense ed in quello unionale cfr. R. De Bruin, *A Comparative Analysis of the EU and U.S. Data Privacy Regimes and the Potential for Convergence*, in *Hastings Science and Technology Law Journal*, 2022, p. 130 ss.

<sup>28</sup> Nel dibattito statunitense si rileva come la tematica relativa al diritto alla privacy emerga con particolare evidenza a partire dal celebre articolo di Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren pubblicato sull'*Harvard Law Review* nel 1890 (S.D. Warren – L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193 ss.). Invero si tratta di un saggio che ha segnato profondamente la discussione su questo diritto nel panorama statunitense come rilevato *ex multis* da Fred R. Shapiro e da Harry Kalven Jr. (sul punto cfr. F.R. Shapiro, *The Most – Cited Law Review Articles*, in *California Law Review*, 1985, p. 1545 ss.; H. Kalven Jr., *Privacy in Tort Law – Were Warren and Brandeis Wrong?*, in *Law and Contemporary Problems*, 1966, p. 327 ss.) che lo definiscono rispettivamente un «unquestioned classic» e il «most influential law review article of all». Invero secondo James Q. Whitman si dovrebbe far risalire la genesi del diritto di privacy alla pronuncia della Corte Suprema *Boyd v. United States* (116 U.S. 616 (1886)), secondo l'Autore più vicina alla nozione di privacy intesa come «sanctity of the home», più propria del diritto statunitense e come tale, dunque, più legata al concetto di *dignity*, piuttosto che alla nozione più continentale di questo diritto, come tale legata al concetto di *liberty*, a cui paiono più legati

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

molto più sfuggente di quello europeo già solo nel fornire, ad esempio, una qualsivoglia definizione unitaria di questo concetto, dal momento che le esigenze della sua tutela si sono affermate attraverso due distinti percorsi, identificabili rispettivamente come *privacy decisional* e *privacy informational*<sup>29</sup>. Col primo termine ci si riferisce essenzialmente alla libertà dell'individuo nel porre in essere autonomamente – e dunque senza l'interferenza statale – le proprie scelte di vita privata; un concetto, quindi, che non ritroviamo nella nozione di privacy di matrice europea e che nella giurisprudenza statunitense è stato legato a diversi aspetti della vita degli individui, quali, ad esempio, il diritto all'aborto<sup>30</sup>. Con il secondo<sup>31</sup>, invece, si fa riferimento alla protezione dell'individuo nel trattamento dei suoi dati personali, un concetto, quindi, ben più vicino a quello di provenienza dell'Unione Europea.

Diversamente, nella tradizione del diritto europeo, l'approccio alla privacy si caratterizza per una visione generalmente più unitaria, volta cioè a realizzare una protezione quanto più possibile ampia, opponibile cioè a ogni possibile fonte e forma di interferenza e lesione di tale diritto.

Tuttavia, nonostante questo quadro di visibile diversità di approccio in cui l'ordinamento statunitense non sembra trovare una forma omogenea di tutela, è però altresì doveroso osservare che in diverse occasioni la Corte Suprema<sup>32</sup> ha espressamente ravvisato nella Costituzione statunitense<sup>33</sup> il fondamento ultimo di

---

nel loro celebre articolo Warren e Brandeis (sul punto cfr. J.Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1213 ss.).

<sup>29</sup> Sul punto cfr. *ex multis* T. Azarchs, *Informational Privacy: Lessons from Across the Atlantic*, in *Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 805 ss.; M.D. Fan, *Constitutionalizing Informational Privacy by Assumption*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 953 ss.; A. Etzioni, *A Communitarian Perspective on Privacy*, in *Connecticut Law Review*, 2000, p. 897 ss.; J. Rubinfeld, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1989, p. 737 ss. Si rileva, inoltre, come tale dicotomia emerga altresì nella pronuncia della Corte Suprema *Whalen v. Roe* nella quale si precisa come la nozione di privacy tuteli due interessi: da un lato «the individual interest in avoiding disclosure of personal matter» e dall'altro «the interest in independence in making certain kinds of important decisions» (429 U.S. 599 (1977), 599 – 600).

<sup>30</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Sul punto cfr. *ex multis* J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 1973, p. 920 ss.; D. Barnard et al., *The Evolution of the Right to Privacy after Roe v. Wade*, in *American Journal of Law & Medicine*, 1987, 13, p. 365 ss.

<sup>31</sup> Tale nozione emerge a partire dal caso *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 599 (1977).

<sup>32</sup> Giova ricordare che il fondamento costituzionale della cosiddetta informational privacy non è incontrovertito. Sul punto, infatti, il Giudice Antonin Scalia nella sua opinione concorrente, a cui ha aderito anche il Giudice Thomas, nella decisione *NASA v. Nelson* afferma espressamente che «a federal constitutional right to “informational privacy” does not exist» (*NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134 (2011), Scalia concurring, p. 1).

<sup>33</sup> Nella celebre pronuncia *Roe v. Wade*, il Giudice Blackmun, autore dell'opinione di maggioranza, stabilisce che, pur non essendo il diritto alla privacy esplicitamente menzionato nella Costituzione, la Corte Suprema ne ha identificato le basi a seconda delle occasioni nel I Emendamento, nel IV e nel V, nelle «penumbras of the Bill of Rights», nel IX e nel XIV Emendamento (410 U.S. 113 (1973), p. 152 ss.).

questo diritto, elevandolo così nelle sue ragioni di tutela. In particolare, nel caso *Griswold v. Connecticut*<sup>34</sup> la Corte ha individuato tale fondamento nelle cosiddette «penumbras» del *Bill of Rights*<sup>35</sup>. Accanto a ciò è poi bene ricordare, sia pur qui incidentalmente, che esiste anche un complesso e variegato catalogo di tutele previste nello strumentario tradizionale del *common law*, e in particolare nella *tort law*. In particolare, già William Prosser identificò quattro *tort* che garantivano una protezione al diritto alla privacy: *intrusion upon seclusion or solitude or into the plaintiff's private affairs*, *public disclosure of embarrassing private facts*, *appropriation of name or likeness* e *false light in the public eye*<sup>36</sup>. Inoltre anche gli *statutes*, statali e federali, concorrono alla costruzione di un ampio apparato di tutele sia pur diffuso e frazionato per settori<sup>37</sup>. Emerge così con chiarezza come il diritto alla privacy di matrice statunitense non risulti essere uniforme ed omogeneo quanto quello dell'Unione Europea.

Sull'altro piatto della bilancia, poi, contrapposto al diritto alla privacy, vi è un interesse vitale per ogni nazione, ovvero quello alla sicurezza nazionale. Negli Stati Uniti questa esigenza è stata avvertita con particolare urgenza soprattutto a seguito dell'attentato dell'11 settembre 2001, all'esito del quale si è intensificata l'attività di

---

Sulla protezione del diritto alla privacy negli Stati Uniti cfr. ex multis D.J. Garrow, *Privacy and the American Constitution*, in *Social Research*, 2001, p. 55 ss.; A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017; N. Lugaresi, *Internet, Privacy e Pubblici Poteri negli Stati Uniti*, Milano, 2000, p. 39 ss.; U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008; D.J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 477 ss.; J. Greene, *The So-Called Right to Privacy*, in *U. C. Davis Law Review*, 2010, p. 715 ss.; S.E. Igo, *The Known Citizen. A History of Privacy in Modern America*, Cambridge, 2018.

<sup>34</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>35</sup> La Corte Suprema ha dunque ritenuto che il diritto di privacy emerga dalla lettura di alcune parti della Costituzione ed in particolar modo sia riconducibile al I, III, IV, V, IX Emendamento, benché non sia esplicitamente menzionato dal testo costituzionale.

<sup>36</sup> Sul punto cfr. W.L. Prosser, *Law of Torts*, Eagan, 1971; Id., *Privacy*, in *California Law Review*, 1960, p. 383 ss.; T. Gerety, *Redefining Privacy*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 1977, p. 247 ss. Inoltre viene fornita tutela a questo diritto anche grazie ad altri *tort* quali: *breach of confidence*, *defamation*, *infliction of emotional distress*, *trespass* (P. Guarda – G. Bincoletto, *Diritto comparato della privacy e della protezione dei dati personali*, 2023, p. 220 ss.).

<sup>37</sup> Invero a livello federale le leggi sono poche e settoriali, basti pensare, ad esempio, al Privacy Act del 1974 (5 U.S.C. § 552) in materia di raccolta e utilizzo dei dati personali da parte delle agenzie federali, ma anche al Health Insurance Portability and Accountability Act (100 Stat. 2548, 1996) noto anche con l'acronimo HIPAA, in materia di dati sanitari, al Gramm – Leach – Bliley Act o GLBA del 1998 (15 U.S.C. 6801) in materia di diritto bancario e al Children's Online Privacy Protection Act o COPPA (15 U.S.C. 6501 - 6505) in materia di tutela del diritto alla privacy online dei minori di anni 13. Anche a livello statale le leggi in materia di diritto alla privacy sono poche e settoriali, tra quelle più complete si segnala il California Consumer Privacy Act o CCPA emanato nel 2018 che opera solo a favore dei consumatori.

Sul punto cfr. J. Beverage, *The Privacy Act of 1974: An Overview*, in *Duke Law Journal*, 1976, *Seventh Annual Administrative Law Issue*, p. 301 ss.; Committee on Government Operations United States Senate, Committee on Government Operations House of Representatives, *Legislative History of the Privacy Act of 1974 S. 3418 (Public Law 93 – 579)*, Washington, 1976.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

intelligence nel Paese. Sul punto è bene osservare come la sezione 702 FISA<sup>38</sup> sia stata profondamente riformata nel 2008, col *FISA Amendments Act*, introducendo così una disparità di trattamento tra cittadini americani o stranieri e a seconda che gli uni e gli altri si trovino o meno sul territorio statunitense<sup>39</sup>.

Questo aspetto è di fondamentale importanza perché ci consente di capire che il conflitto tra il diritto alla privacy e la sicurezza nazionale viene risolto dall'ordinamento statunitense in modo diverso a seconda della nazionalità del soggetto coinvolto. Se si tratta di un cittadino statunitense, infatti, la sezione 702 FISA che comprime fortemente il diritto alla privacy, fino sostanzialmente ad annichilirlo, non solo non può essere applicata, ma, laddove lo fosse, sarebbe in contrasto con il IV Emendamento<sup>40</sup> e, perciò, incostituzionale. Laddove, invece, si tratti di un cittadino straniero, che si trovi ragionevolmente all'estero, ed è proprio questo l'ambito di applicazione della sezione 702 FISA, non sorge una questione di incostituzionalità proprio perché il IV Emendamento non è applicabile agli stranieri ubicati all'estero<sup>41</sup>. Questo principio, invero, è emerso nella giurisprudenza statunitense a partire dal caso *United States v. Verdugo – Urquidez*<sup>42</sup> che ha sancito la non applicabilità agli stranieri delle garanzie dettate dal IV Emendamento

A valle di questa distinzione nella disciplina, operata in base alla nazionalità degli individui e a dove essi si trovino, l'Executive Order 14086 nella seconda sezione si occupa di definire e circoscrivere il legittimo intervento dell'intelligence. Si tratta, a ben vedere, di un elenco di ipotesi che pare, però, piuttosto variegato ed ampio<sup>43</sup>,

---

<sup>38</sup> Si rileva, inoltre, che la sez. 702 FISA è un provvedimento temporaneo che sarebbe dovuto scadere nel 2018. La sua validità è stata prorogata nel 2018 fino al dicembre 2023 con il FISA Amendments Reauthorization Act. Il 22 dicembre 2023 il National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2024 ha esteso la sua validità fino al 19 aprile 2024.

<sup>39</sup> Sulla genesi del FISA cfr. Privacy And Civil Liberties Oversight Board, *Report on the Surveillance Program Operated Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act*, 28 settembre 2023, p. 20 ss.; D.S. Sills, *Strengthen Section 702: A Critical Intelligence Tool Vital to the Protection of Our Country*, in *National Security Law Brief*, 2017, p. 1 ss.

<sup>40</sup> Sul rapporto tra IV Emendamento e il diritto di privacy cfr. P.M. Schwartz – J.R. Reidenberg, *Data Privacy Law – A Study of United States Data Protection*, Charlottesville, 1996, p. 60 ss.; D.J. Solove – P.M. Schwartz, *Information Privacy Law*, New York, 2018, p. 253 ss.

<sup>41</sup> In relazione al rapporto tra il IV Emendamento e la sezione 702 FISA cfr. *United States v. Muhtorov*, No. 18-1366 (10th Cir. 2021); *United States v. Hasbajrami*, 945 F.3d 641 (2d Cir. 2019); *United States v. Mobamud*, 843 F.3d 420 (9th Cir. 2016), ma anche R.G. Miller, *FISA Section 702: Does Querying Incidentally Collected Information Constitute a Search Under the Fourth Amendment?*, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 2020, 95, 3, p. 139 ss.; P.G. Machtiger, *Updating the Fourth Amendment Analysis of U.S. Person Communication Incidentally Collected Under FISA Section 702*, in *Harvard Law School National Security Journal*, 2021, p. 1 ss. Sull'applicabilità delle garanzie previste dal IV Emendamento anche agli stranieri cfr. A. Walen, *Fourth Amendment Rights for Nonresident Aliens*, in R.A. Miller (ed.), *Privacy and Power. A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA – Affair*, Cambridge, 2017, p. 282 ss.

<sup>42</sup> 494 U.S. 259 (1990).

<sup>43</sup> Infatti, l'Executive Order 14086 nella Sec. (2) (iii) (b) (i) individua diversi obiettivi qualificati come legittimi, tra cui, ad esempio, la protezione contro il terrorismo, quella contro le attività di spionaggio poste in essere dai governi stranieri e quella contro le minacce alla cybersecurity.

ragion per cui risulta difficile affermare che esso sia in sé bastevole per ritenere sufficientemente circoscritte le attività di intelligence. Si pensi, ad esempio, al fatto che, oltre alle ipotesi classiche di sicurezza nazionale, risultano ricomprese anche numerose altre previsioni, quali ad esempio quelle relative al cambiamento climatico, sicché tale catalogo sembra tutt'altro che circoscritto<sup>44</sup>.

In questo quadro, per risolvere il conflitto tra i diritti ora menzionato, l'*Executive Order 14086* fa rimando alle nozioni di ragionevolezza e di proporzionalità. Infatti, si stabilisce espressamente che, nel pesare i due piatti della bilancia, dove sono contrapposti da un lato il diritto alla privacy e dall'altro gli interessi di sicurezza nazionale, questi ultimi prevarranno anche laddove questi metodi di indagine non siano gli unici percorribili<sup>45</sup>. In ogni caso, si potrà procedere in questo modo unicamente nelle ipotesi in cui ciò sia giudicato conforme al canone di proporzionalità, all'esito di un giudizio di bilanciamento di detti diritti<sup>46</sup>.

Pertanto, posto che il catalogo di ipotesi in cui il diritto alla privacy cede il passo alle esigenze di sicurezza nazionale è molto ampio (e forse troppo perché si possa ritenere che si stia procedendo effettivamente in base ad un catalogo di ipotesi tassative) è bene domandarsi se, nel quadro dei rapporti con l'Unione Europea in materia di protezione dei dati, tale *modus operandi* possa ritenersi altresì adeguato anche per soddisfare le indicazioni dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Schrems II*.

La verifica di tale ipotesi non può prescindere da una riflessione su come il criterio di proporzionalità venga inteso sulle due sponde dell'Atlantico. A ben vedere, infatti, la nozione di bilanciamento propria dell'ordinamento statunitense, pur essendo forse più ampia nelle sue declinazioni<sup>47</sup>, non sembra però rispondere perfettamente alle logiche di valutazione che innervano il concetto di proporzionalità europeo<sup>48</sup>. Del resto, anche la genesi di queste due modalità decisionali – *balancing* e proporzionalità – sono state storicamente molto differenti<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> M.C. Daly, *The New EU/US Privacy Framework – is it enough?*, in *Privacy & Data Protection*, 2023, p. 8 ss.

<sup>45</sup> EO 14086, Sec. 2 (a) (ii) (A): «signals intelligence activities shall be conducted only following a determination, based on a reasonable assessment of all relevant factors, that the activities are necessary to advance a validated intelligence priority, although signals intelligence does not have to be the sole means available or used for advancing aspects of the validated intelligence priority».

<sup>46</sup> EO 14086, Sec. 2(a) (ii) (B): «signals intelligence activities shall be conducted only to the extent and in a manner that is proportionate to the validated intelligence priority for which they have been authorized, with the aim of achieving a proper balance between the importance of the validated intelligence priority being advanced and the impact on the privacy and civil liberties of all persons, regardless of their nationality or wherever they might reside».

<sup>47</sup> Sul punto cfr. V.M.S. Trifiletti, *Tra categorizzazione e bilanciamento: la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in una dicotomia dai labili confini*, in *Isaidat Law Review*, 2022, p. 91 ss.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. A. Stone Sweet – J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, p. 74 ss.

<sup>49</sup> Sul punto cfr. M. Cohen – Eliya – I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 263 ss.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

Dal momento che, quindi, il concetto di proporzionalità non ha esatto omologo nel contesto giuridico di arrivo, e cioè in quello statunitense, è ben possibile che l'applicazione di questa nozione non sarà affine a quella di provenienza dell'Unione Europea e che, quindi, ci si baserà su una valutazione ancorata, invece, sui parametri del bilanciamento statunitense. Del resto, lo stesso Executive Order 14086 fa riferimento non solo al concetto di proporzionalità, ma altresì a quello di bilanciamento, quasi a suggerire che nel diritto statunitense questi concetti – in realtà non completamente sovrapponibili – siano speculari<sup>50</sup>. La scarsa chiarezza sul punto potrebbe così creare ancora maggiori problemi di coordinamento tra la normativa statunitense e quella dell'Unione Europea.

A tutto ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione: è vero che, finalmente, l'ordine esecutivo fa espresso riferimento al canone della proporzionalità, ma la sua concreta operatività pare già essere limitata *ex ante*. Infatti, si prevede che l'attività di intelligence sia ammessa solamente quando sia necessario procedere con questo strumento, ma non si richiede affatto che esso sia l'unico mezzo in astratto disponibile<sup>51</sup>.

#### 7. *Un effettivo meccanismo di tutela giurisdizionale?*

Nel quadro attuale, per come riformato, i cittadini dell'Unione Europea che ritenessero di aver subito una violazione dei propri dati personali devono rivolgersi al Garante della Privacy nel proprio Stato membro di appartenenza e sarà poi quest'ultimo a trasmettere tali reclami al Garante Europeo, *European Data Protection Board*, che li trasmetterà a sua volta alle competenti autorità statunitensi.

A questo punto, sull'altra sponda dell'Oceano, in ragione dell'Executive Order 14086 entra in azione un sistema di controllo giudiziario per tali violazioni disegnato in due tempi, che prende il nome di *redress*. Un primo vaglio è affidato al *Civil Liberties Protection Officer of the Office of the Director of National Intelligence* (CLPO), istituito dalla sezione 103D del *National Security Act* del 1947<sup>52</sup>. Si tratta di un soggetto nominato dal *Director of National Intelligence* e che riferisce direttamente allo stesso delle eventuali violazioni riscontrate<sup>53</sup>. Per assicurargli il requisito dell'indipendenza si prevede, però, che il predetto direttore non debba interferire in questa attività di *redress* e che possa

<sup>50</sup> Sulla differenza tra bilanciamento e proporzionalità cfr. V.A. Da Silva, *Balancing may be everywhere, but the proportionality test is not*, in *Global Constitutionalism*, 2023, p. 1 ss.

<sup>51</sup> EO 14086, Sec. 2, (a) (ii) (A) «signals intelligence activities shall be conducted only following a determination, based on a reasonable assessment of all relevant factors, that the activities are necessary to advance a validated intelligence priority, although signals intelligence does not have to be the sole means available or used for advancing aspects of the validated intelligence priority».

<sup>52</sup> 50 U.S.C. 3029.

<sup>53</sup> 50 U.S.C. 3029, Sec. 103D: «within the Office of the Director of National Intelligence, there is a Civil Liberties Protection Officer who shall be appointed by the Director of National Intelligence. (2) The Civil Liberties Protection Officer shall report directly to the Director of National Intelligence».

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

rimuovere il CLPO solamente in casi di suo grave inadempimento, o di incapacità sopravvenuta<sup>54</sup>.

Il secondo livello di tutela è invece affidato ad una corte: la *Data Protection Review Court* (DPRC)<sup>55</sup>, regolamentata da un provvedimento del Dipartimento di Giustizia<sup>56</sup>. Essa è composta da sei giudici nominati dall'Attorney General previo parere del Secretary of Commerce, dell'Office of the *Director of National Intelligence* e del *Privacy and Civil Liberties Oversight Board*, scelti tra persone che non siano membri del Governo degli Stati Uniti. Questa corte è affiancata nel suo lavoro da due *Special Advocates*, soggetti abilitati al patrocinio legale ed esperti nel settore della privacy. In modo speculare a quanto previsto per il *Civil Liberties Protection Officer* si prevede a garanzia dell'indipendenza di costoro che essi non siano sottoposti alla direzione ed al controllo dell'Attorney General e che possano essere destituiti dal loro incarico solo in presenza di ipotesi eccezionali quali, ad esempio, la sopravvenuta incapacità, eventuali gravi inadempimenti nell'espletamento del loro incarico o la commissione di atti illeciti<sup>57</sup>.

Si tratta quindi di una corte che, per quanto non rientri nell'Articolo 3 della Costituzione statunitense, dovrebbe comunque essere connotata dal carattere dell'indipendenza. A differenza di quanto avveniva con il precedente *Ombudsperson*, istituito dal *Privacy Shield*, è bene notare che i soggetti che svolgono questo *redress* possono essere rimossi solamente in casi di effettiva negligenza o di incapacità a svolgere il mandato loro affidatogli. Sicché questo dato sembrerebbe poter allora costituire un nuovo e vero elemento di indipendenza.

Quanto al procedimento, e sul piano probatorio, è poi bene osservare come l'*Executive Order 14086*<sup>58</sup> non richieda alla parte ricorrente l'effettiva e dettagliata dimostrazione dell'asserita violazione da parte delle autorità di sicurezza nazionale, ma è altresì sufficiente che tale pretesa sia circostanziata<sup>59</sup>. Di tutta evidenza, infatti, assoggettare il ricorrente ad un simile onere probatorio sarebbe eccessivo e vedrebbe di fatto ampiamente vanificato ogni intento di tutela.

---

<sup>54</sup> EO 14086 §3(c)(iv).

<sup>55</sup> I primi componenti di questa corte sono stati nominati 14 novembre 2023 nelle persone di: James E. Baker, Rajesh De, James X. Dempsey, Mary B. DeRosa, Thomas B. Griffith, Eric H. Holder Jr., David F. Levi, e Virginia A. Seitz.

<sup>56</sup> 28 CFR § 201.

<sup>57</sup> 28 CFR §201.9(g).

<sup>58</sup> EO 14086, Sec. 4 (k).

<sup>59</sup> L'Ordine Esecutivo in esame precisa, infatti che devono essere opportunamente allegate dal ricorrente una serie di elementi affinché il reclamo sia ammissibile tra i quali, ad esempio, le ragioni in base alle quali costui ritiene sussistente una violazione (senza però la necessità di allegare e dimostrare una vera e propria prova del fatto che questi dati sono stati impiegati dall'intelligence statunitense nell'espletamento delle sue attività), nonché le modalità con cui si ritiene che i dati personali siano stati trasmessi agli Stati Uniti e le autorità governative degli Stati Uniti che si ritengono coinvolte nella pretesa violazione (EO 14086, Sec. 5(k) (ii)).

È allora qui bene notare come un simile meccanismo non possa andare esente da alcuni rilievi. Se è vero, infatti, che è sufficiente una pretesa circostanziata per aversi un reclamo ammissibile non è però altrettanto chiaro che cosa si debba intendere per “circostanziata”. Sarà, ad esempio, sufficiente affermare genericamente che i dati violati erano contenuti nella propria casella di posta elettronica, o sarà, piuttosto, necessario indicare nel dettaglio anche le ragioni per cui si sarebbe avuta una tale violazione?

Di fatto in questo scenario sia il *Civil Liberties Protection Officer* sia la *Data Protection Review Court* potrebbero trovare ampi spazi di discrezionalità.

Inoltre, quanto al fatto che tali organi di tutela non sarebbero propriamente riconducibili al potere giudiziario federale di cui all'articolo 3 della Costituzione statunitense, è da notare come tale circostanza parrebbe essere un falso problema. Se è vero, infatti, che la Corte di Giustizia europea richieda alte garanzie di terzietà ed imparzialità per la figura che sarà preposta all'esercizio della giurisdizione in materia di dati personali, nulla dice, però, nel dettaglio sul fatto che ad assolvere tale ruolo debba essere per forza un'istituzione giudiziaria di cui all'articolo 3 della Costituzione USA né avrebbe ragione di farlo. Sarà, infatti, sufficiente che tali organi soddisfino concretamente gli standard e le previsioni riconosciute in materia di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante.

Si noti, inoltre, come tale impostazione porti con sé anche un ulteriore vantaggio. Invero qualora si riconducessero le funzioni di tali organi di garanzia all'alveo dell'articolo 3 della Costituzione USA ne conseguirebbe, in capo al ricorrente, l'onere di provare l'aver subito un danno concreto, attuale e dimostrabile<sup>60</sup>, come puntualizzato dalla celebre decisione della Corte Suprema *Clapper v. Amnesty International USA*<sup>61</sup>. Diversamente, invece, se potessimo la questione delle garanzie di terzietà e indipendenza dell'organo di giudizio senza ricondurle per forza alla predetta ipotesi costituzionale, potremmo comunque immaginare di vederle soddisfatte dalla secolare cultura istituzionale del sistema giuridico statunitense, senza però aggravare il ricorrente di un onere probatorio che facilmente potrebbe tradursi in un più difficile accesso alla giustizia.

Sul punto è poi bene notare che, sempre con riguardo al tema dell'accesso alla giustizia ed in particolare per ciò che concerne le persone fisiche, lo schema disegnato dal *redress* lo facilita sensibilmente dal momento che tale procedimento si apre direttamente dinnanzi ai garanti dei singoli stati membri dell'Unione, sicché per il cittadino questo è certamente un vantaggio.

Tuttavia, nonostante quanto di positivo abbiamo sin qui evidenziato, va però segnalato che nel momento in cui gli organi di garanzia europei trasmetteranno le istanze ai summenzionati organi di garanzia statunitensi, questi procederanno per il

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, Opinion of the Court, p. 10 «to establish Article III standing, an injury must be concrete, particularized, and actual or imminent; fairly traceable to the challenged action; and redressable by a favorable ruling».

<sup>61</sup> 568 U.S. 398 (2013).

tramite di una risposta standard, ma vincolante, che afferma semplicemente che «non è stata ravvisata una qualche violazione al trattamento dei dati personali o che comunque se è stata ravvisata vi è stato posto rimedio»<sup>62</sup>. È dunque questo il punto più fragile di tutto l'iter: i ricorrenti non otterranno una specifica risposta nel merito della loro istanza e dunque non sapranno se effettivamente sono stati controllati o meno dai servizi segreti, ma riceveranno, invece, una generica comunicazione standardizzata e sempre uguale<sup>63</sup>. Sembra, dunque, questo il punto in cui le speranze di tutela e trasparenza si infrangono di fronte alle esigenze di tutela della sicurezza nazionale<sup>64</sup>.

#### 8. *Tutto cambia affinché tutto resti uguale?*

Sarebbe sbagliato affermare che la nuova normativa statunitense non abbia alcun carattere di novità rispetto alla precedente regolamentazione. Se infatti il *Privacy Shield* sembrava una mera replica del *Safe Harbor Framework*, oggi la normativa che stiamo esaminando presenta senz'altro molteplici tratti di innovazione, a riprova dell'evidente volontà dell'amministrazione statunitense di andare incontro alle richieste della Corte di Giustizia europea. Forse anche perché, nel periodo successivo alla pronuncia *Schrems II* che aveva cassato la decisione di adeguatezza ai sensi dell'articolo 45 GDPR, il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea ricadeva necessariamente nel più complesso e meno agile operare degli articoli 46 e seguenti GDPR. In quel frangente, infatti, molto spesso si procedeva in base alle *Standard Contractual Clauses* (SCCs)<sup>65</sup> cioè a clausole che possono essere

---

<sup>62</sup> EO 14086 §3(c)(i)(E)(1): «review either did not identify any covered violations or the CLPO issued a determination requiring appropriate remediation»; EO 14086 §3(d)(i)(H) «the review either did not identify any covered violations or the [DPRC] issued a determination requiring appropriate remediation».

<sup>63</sup> Department of Justice – Office of the Attorney General – 28 CFR Part 201: «individual complainants will not be informed whether they were subject to signals intelligence activities, but instead will receive a standardized notice that states that the DPRC's review has been completed and either did not identify any covered violations or the DPRC issued a determination requiring any appropriate remediation».

<sup>64</sup> Si rileva poi come in realtà questa motivazione possa essere fornita in un momento successivo laddove le esigenze di sicurezza nazionale lo consentano (EO 14086 § 3(d)(v): «within 5 years of the EO and at least every 5 years thereafter, Commerce will contact the relevant element(s) of the Intelligence Community regarding whether information pertaining to the review of a complaint by the CLPO or DPRC has been declassified, and if so, notify the complainant through the public authority that such information may be available under applicable law»).

<sup>65</sup> Con la Decisione di esecuzione della Commissione Europea 2021/914 del 4 giugno 2021 sono state adottate delle nuove SCCs. Inoltre, in *Schrems II* la Corte di Giustizia aveva precisato come le Standard Contractual Clauses imponessero comunque sempre a chi se ne avvale di garantire che nello stato terzo via sia un livello di protezione dei dati personali essenzialmente equivalente allo standard vigente nell'Unione Europea (cfr. Corte giust., 16 luglio 2020, C- 559/20, *Schrems II*, par. 124 ss.)

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

volontariamente inserite nei contratti e che garantiscono la conformità del trattamento dei dati personali al GDPR<sup>66</sup>. Queste clausole dovevano però essere obbligatoriamente precedute dal DPIA (*Data Protection Impact Assessment*), un documento indicante esattamente quali erano i possibili rischi connessi al trattamento dei dati personali e che doveva contenere anche la cosiddetta TIA (*Transfer Impact Assessment*)<sup>67</sup>. Quest'ultima consiste in una valutazione d'impatto relativa all'adeguatezza della protezione dei dati personali nel paese terzo presso il quale i dati medesimi verranno esportati. Insomma, in questi casi il trasferimento dei dati personali risultava, invero, tutt'altro che agevole<sup>68</sup>.

Si comprende allora forse così, alla luce di questo accidentato percorso di cui agli articoli 46 e seguenti GDPR gli sforzi dell'amministrazione statunitense per cercare di tornare ad operare in seno all'articolo 45 GDPR.

È dunque nella prospettiva della recente storia che abbiamo sin qui ripercorso, ovvero quella delle difficoltà di mutuo riconoscimento dei livelli di garanzia offerti sulle due sponde dell'Atlantico, che occorre allora domandarsi se oggi il Data Privacy Framework sia finalmente in grado di garantire livelli di protezione dei dati personali equiparabili tra Stati Uniti e Unione Europea, alla luce della Carta di Nizza e delle indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia<sup>69</sup>.

In particolare, parrebbe essere ancora problematico l'ampio margine di intervento che viene comunque garantito all'intelligence statunitense dal momento che neppure l'*Executive Order 14086* sembra costituire un effettivo tentativo di limitazione degli ampi margini tradizionalmente lasciati all'intelligence. Parrebbe, infatti, che si sia scelto di procedere indicando un novero di ipotesi in cui l'intervento dell'intelligence sarebbe ammesso, ma a ben vedere tale scelta sembra essere tutt'altro che limitante, conservando in realtà tratti piuttosto ampi e discrezionali a favore dell'intelligence. Inoltre, come abbiamo già detto, anche con riguardo alla questione del criterio di proporzionalità va qui ricordato che nella tradizione giuridica statunitense il concetto si è sviluppato in modo diverso da quanto non sia avvenuto nel paradigma europeo.

---

<sup>66</sup> Invero non si tratta delle uniche modalità alternative alla decisione di adeguatezza della Commissione Europea. Infatti, l'art. 46 GDPR prevede non soltanto le SCCs, ma anche le cosiddette BCRs (Binding Corporate Rules), i codici di condotta ed un apposito meccanismo di certificazione. Inoltre, l'art. 49 GDPR individua delle ipotesi eccezionali in cui il trasferimento dei dati personali verso Stati terzi è possibile pur in assenza delle modalità previste dagli artt. 45 e 46 GDPR.

<sup>67</sup> M. Corrales Compagnucci – M. Aboy – T. Minssen, *Cross – Border Transfers of Personal Data After Schrems II: Supplementary Measures and New Standard Contractual Clauses (SCCs)*, in *Nordic Journal of European Law*, 2021, p. 42 ss.

<sup>68</sup> Sull'impatto della pronuncia *Schrems II* cfr. J.X. Dhont, *Schrems II. The EU Adequacy Regime in Existential Crisis*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 597 ss.; N. Singh, *Schrems II: Impact on International Exchange of Personal Data*, in *Indian Journal of Law and Legal Research*, 2023, p. 1 ss.; D. Calia, *Schrems II: The EU's Influence on U.S. Data Protection and Privacy Laws*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2022, p. 247 ss.

<sup>69</sup> Sul punto cfr. C-311/18, 180 ss.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

Ritornando poi sulla questione delle garanzie di terzietà ed imparzialità offerte dagli organi statunitensi, per quanto riguarda la possibilità che questi soddisfino o meno i requisiti di cui all'articolo 47 della Carta di Nizza<sup>70</sup>, è bene ricordare come la Corte di Giustizia abbia più volte posto l'accento proprio sulla questione dell'indipendenza, rimarcando come tale principio si ponga quale fondamento irrinunciabile del diritto europeo. Si pensi, ad esempio, alla pronuncia del 2019, Commissione Europea contro Repubblica di Polonia<sup>71</sup> nella quale la Corte ha precisato che tale requisito si compone di due caratteri, dove il primo consta nell'esigenza di fornire delle idonee garanzie al potere giudiziario, quali l'immovibilità dei giudici, e dove il secondo, invece, fa riferimento all'imparzialità dei giudicanti<sup>72</sup>.

Ovviamente l'affermazione di tali principi non può che trovare applicazione anche con riguardo alle vicende che stiamo analizzando, dove entrambi i requisiti sembrerebbero trovare affermazione. Per quanto riguarda infatti sia il *Civil Liberties Protection Officer* sia la *Data Protection Review Court* possiamo certamente ritenere che siano a tutti gli effetti indipendenti, dal momento che come dicevamo non possono essere rimossi, se non per giusta causa (incapacità sopravvenuta o grave negligenza nell'espletamento del proprio mandato). Inoltre, il fatto che il loro incarico abbia una durata considerevole, seppur non sia a tempo indeterminato, sembrerebbe concorrere alle garanzie della loro indipendenza.

Più delicato è invece il fatto che questi organi non si pronuncino nello specifico del caso e con una vera motivazione, ma si limitino, semmai, ad una risposta standard. Il dubbio riguarda dunque proprio questo tipo di pronuncia che in molto differisce dai caratteri che siamo soliti riconoscere alle pronunce di un organo giudicante. Sembrerebbe, quindi, che una tale scelta costituisca ancora una volta una sorta di paravento per l'operare dell'intelligence, dal momento che attraverso una non risposta si assolve un obbligo procedurale, ma di fatto si prescinde dal merito.

## 9. Conclusioni

Dopo che due diversi tentativi di regolamentazione del trasferimento dei dati personali tra le due sponde dell'Atlantico sono venuti meno, in seguito ai rilievi della Corte di Giustizia Europea, il Data Privacy Framework è oggi chiamato a sostituire e correggere tali tentativi di normazione. Le note pronunce *Schrems I e II* avevano, infatti, rivelato con chiarezza la ripetuta antinomia tra i formanti del diritto europeo<sup>73</sup>,

---

<sup>70</sup> A. Rosanò, *La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze*, in *Rivista Eurojus*, 2021, p. 48 ss.

<sup>71</sup> Corte giust., 5 novembre 2019, C - 192/18, *Commissione Europea contro Repubblica di Polonia*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, par. 108 ss.

<sup>73</sup> R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, Install. I-II, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 ss.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

dal momento che ciò che la Corte ha poi cassato era stato in precedenza, e per ben due volte, creato e avallato proprio dalla Commissione. In altre parole, quegli standard di protezione dei dati personali che alla Corte sono risultati inadeguati erano, invece, sembrati sufficienti alla Commissione, con tutto ciò che questo comporta per una riflessione in termini di politica del diritto e coerenza di un sistema.

È allora in questo contesto che si inserisce il *Data Privacy Framework*, chiamato a sostituire e migliorare la regolamentazione del trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti proprio alla luce dei rilievi della Corte. Non vi è infatti alcun dubbio che, nel disporre questo ulteriore tentativo di regolamentazione, gli Stati Uniti abbiano fatto qualche sforzo in più, rispetto al passato, per adeguare la loro legislazione interna agli impulsi e alle indicazioni della Corte di Giustizia Europea; tuttavia, come qui osservato, restano invero diversi i punti ancora aperti e forse tuttora distanti dai rilievi della Corte<sup>74</sup>.

Sembra così potersi affermare che, ad oggi, il margine di discrezionalità di intervento concesso all'intelligence statunitense sia ancora piuttosto ampio e pertanto lontano dal soddisfare gli standard dell'Unione. Quanto poi al *modus operandi* del nuovo meccanismo di *redress*, introdotto nell'ordinamento statunitense attraverso l'*Executive Order 14086* proprio al fine di avere un implemento di garanzie nel trattamento dei dati personali, dobbiamo rilevare come tale meccanismo non sembri però davvero capace di garantire un giudice, il cui operato sia rendicontabile, davvero terzo ed imparziale per come tali concetti sono tradizionalmente interpretati dall'*acquis* del diritto comunitario.

A tutto ciò si aggiunga, infine, che l'atteggiamento assunto dalla Corte di Giustizia potrebbe però anche sembrare ambiguo sulle due sponde dell'Atlantico. Se è infatti vero, come abbiamo sin qui visto, che la Corte vaglia nel merito l'adeguatezza o meno delle garanzie offerte dai paesi extraunionali rispetto agli standard del diritto europeo, è però altrettanto vero che lo stesso rigoroso controllo non avviene nei confronti degli Stati membri dell'Unione, dal momento che la sicurezza nazionale è materia rimessa ai singoli stati.

Di certo, la maggiore attenzione riservata al trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione è il doveroso tentativo di proteggere i cittadini europei in quello che è un diritto fondamentale, che si assume invece come pienamente garantito all'interno dell'Unione grazie al GDPR.

---

<sup>74</sup> Invero l'avvocato ed attivista Max Schrems ha già affermato di voler agire in giudizio per far dichiarare invalido il Data Privacy Framework, sul punto cfr. M. Barczentewics, *Schrems III: Gauging the Validity of the GDPR Adequacy Decision for the United States*, in *International Center for Law & Economics*, Issue Brief, 2023, p. 4 ss. Inoltre il parlamentare francese Philippe Latombe ha adito la Corte di Giustizia per far dichiarare invalido il Data Privacy Framework. Sul punto la Corte con l'ordinanza del 12 ottobre 2023 (T – 553/23 R) ha rigettato il suo ricorso proposto ex artt. 278 e 279 TFUE poiché non è stato ritenuto provato il requisito dell'urgenza. La Corte, dunque, non si è così dovuta pronunciare sul merito della domanda.

Vittoria Margherita Sofia Trifiletti

*Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea*

Non si può però non notare, in conclusione, come questo doppio regime rischi di far apparire, al di fuori dei suoi confini, l'Unione europea, come una sorta di Giano bifronte: rigorosa e zelante paladina dei diritti all'esterno, ma non altrettanto equipaggiata nei confronti dei suoi stessi Stati membri. È dunque alla luce di tutto ciò che resta ad oggi legittimo domandarsi se il Data Privacy Framework sia davvero una risposta definitiva o se, al pari dei suoi precedenti, sarà anch'esso rimesso in discussione dalla Corte.

\*\*\*

**Abstract:** The transfer of personal data between the United States and the European Union is now regulated by the Data Privacy Framework, a new agreement between the two sides, which facilitates data transfers across the Atlantic. In light of this, the European Commission, in its adequacy decision, considered the US data protection regime as substantially equivalent to the EU regime in terms of protection of the rights of data subjects. The aim of this contribution is, from a comparative perspective, to analyse the content of this decision in an attempt to predict whether it will actually be decisive or whether it will fall, like its predecessors, under the axe of the Court of Justice of the European Union.

**Keywords:** Data Privacy Framework - comparative law – right to privacy - transfer of personal data – balancing

\*\*\*

**Vittoria Margherita Sofia Trifiletti** – Dottoranda in Diritto comparato presso l'Università degli Studi di Torino(vittoriarmargheritasofia.trifiletti@unito.it)

## Old and New Oligarchs. Analogies and Differences\*

*Cesare Pinelli\*\**

CONTENTS: 1. Why an historical background is needed. - 2. The rise of the oligarchs as a symptom of the failure of a thin version of democracy. - 3. Reactions against the rise of the oligarchs (or of populist parties) in constitutional democracies. - 4. What is at stake.

### *1. Why an historical background is needed*

In recent years the Venice Commission has been called to release opinions on the laws of some Eastern European countries (Ukraine, Moldova, and Georgia) aimed at countering the excessive influence of “oligarchs”, namely “persons with significant economic and political weight in public life”, through restriction of their rights, especially those related to participation in public activities such as the right to be elected and to finance political parties or electoral campaigns, without sufficient guarantees regarding the due process of law and an independent judge.

In its opinion on the Ukrainian law, the Commission emphasized that dangers of concentration in the hands of a private individual of significant influence over the economic, political and public life of a country should be countered by adopting a “systemic approach”, namely through “an effective competition policy, anti-corruption and anti-money-laundering measures, measures to ensure media pluralism, rules on the financing political parties and election campaigns”. A “personal approach” such as that envisaged in the law has instead “a punitive character” being founded on the prohibition or on the restriction of certain activities referred to certain individuals (“oligarchs”). According to the Commission, even in exceptional situations of “state capture”, such approach should not be alternative, but supplementary, to the systemic

---

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

\*\* Presentation at the International Conference Venice Commission – Academy for European Human Rights Protection, “Money and democracy – an uneasy relationship”, Cologne, 7-8 December 2023.

one, since the former “is difficult to reconcile with principles of political pluralism and the rule of law, as it has the potential of being misused for political purposes”<sup>1</sup>.

This reasoning, which was repeated in the opinions concerning the other laws on the same issue, led however the Commission’s members to realize that a more general issue was at stake: that of the relationship between money and politics, whose increasing “uneasiness” was believed to affect contemporary democracies far beyond the before mentioned countries. Hence the need of deepening the reflection on the topic in a specific conference.

An historical background deserves to be made at this respect. The ancient Greek word *ὀλιγαρχία* designs the rulers of the oligarchic regimes, namely a corrupt form of aristocracy, the government of the few in the Aristotelian theory as distinguished from those, respectively, of the many (democracies) and of one ruler (monarchies).

Here comes the question of whether the use of the same word in the contemporary legislation amounts to a mere curiosity or affords instead an understanding of the challenge that the money/politics relationship may pose to democracies.

It is worth premising that contemporary oligarchs are far from being insulated in their own societies. To the contrary, they tend to shape them through their influence, which usually goes beyond the mere use of huge sums of money in the electoral campaigns. Money is indeed crucial for achieving the ends pursued by oligarchs, but is not sufficient. Further elements are needed, such as the acquisition of a dominant role in the media, and a distortion of the separation of powers principle aimed at avoiding substantial controls, from the judiciary in particular, on the institutional behaviour of oligarchs.

Whenever oligarchs succeed in their attempts of shaping democratic societies for their own ends, democracies are clearly at risk. These are unlikely to become oligarchies in the old sense of the term. People will continue to vote, thus renewing legitimacy to the political institutions, while nothing similar happened in the old oligarchies, where power was also formally in the hands of few rulers, be those the town’s aristocrats, as the Dogi of Venice, or others<sup>2</sup>. Contemporary oligarchs, to the contrary, tend to exploit and/or circumvent democratic institutions and political representation in particular, rather than to abolish them.

Given these elements, an historical introduction to the issue should not consist in reconstructing the rise and fall of the oligarchic regimes of the past. Nor could it be an easy task, given the resort to the same word in order to design the political parties’ elites in the essays of Roberto Michels and Gaetano Mosca, or the 19th century’s form of State in continental Europe.

---

<sup>1</sup> See Venice Commission, Opinion on the Law on the prevention of threats to national security, associated with excessive influence of persons having significant economic or political weight in public life (oligarchs), Venice, 9-10 June 2023, CDL-AD(2023)018.

<sup>2</sup> See inter alia J.Isaac, *Gli oligarchi. Saggio di storia parziale* (1946), Palermo, Sellerio, 2016.

An historical introduction should rather serve to explain why and how an old word (and category) such as ‘oligarchs’ has been, and could be, adapted in the very different context of contemporary democracies. Although unlikely to be transformed into oligarchic regimes, these appear fragile vis à vis the heirs of the oligarchs of the past, namely those provided with a significant, and sometimes extraordinary, economic and political weight in public life. Rather than a local peculiarity, the rise of oligarchs in certain European countries may thus appear a symptom of a wider ‘uneasy relationship’ between money and democracy.

2. *The rise of the oligarchs as a symptom of the failure of a thin version of democracy*

Threats to constitutional democracy are likely to lurk outside the perimeter of what has traditionally been labeled ‘violation of civil liberties’. Unlike closing down a newspaper, phenomena such as governing parties virtually monopolizing access to the media through patronage deals or proxy arrangements, or state/party/business ties creating vast resource disparities between incumbents and opposition, may not be viewed as civil liberties violations. Yet we should be aware that “the use of political power to gain access to other goods is a tyrannical use. Thus, an old description of tyranny is generalized: princes become tyrants, according to medieval writers, when they seize the property or invade the family of their subjects”<sup>3</sup>. According to Pascal, “Tyranny is the wish to obtain by one means what can only be had by another. We owe different duties to different qualities: love is the proper response to charm, fear to strength, and belief to learning”<sup>4</sup>.

It is a sense that oligarchs may be viewed as potential tyrants. The difference with the Middle Age consists in the fact that contemporary oligarchs have nothing to do with “princes”. Given the constitutional principle of equality, such category of subjects is simply unconceivable today. But their conduct of using power for accumulating further power can be equated to that of the old princes becoming tyrants. Nowadays, the use of political or economic power to gain access to other goods constitutes an infringement of citizens’ political rights. Since the exercise of these rights is necessary free elections, protective devices preventing such infringements need to be included among the attributes of democracy<sup>5</sup>.

The rise of the oligarchs in the political arena of numerous States, certainly many more than Ukraine, Georgia and Moldova, demonstrate inter alia the failures of a thin version of democracy, namely that founded exclusively on free elections and on the separation of powers’ guarantees.

---

<sup>3</sup> M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality* (1993) 19.

<sup>4</sup> B.Pascal, *The Pensées* (1961), 96, quoted by Walzer, *Spheres of Justice*, at 18.

<sup>5</sup> S. Levitsky and L.A. Way, ‘Competitive Authoritarianism: The Origins and Dynamics of Hybrid Regimes in the Post-Cold War Era’, in *J. of Democracy* (2002) 65.

Finally, the manipulation of democratic practices needs to be considered. It includes the rise of populist leaders not only in countries affected by the “third wave of democratization” but also in those characterized by longstanding democratic traditions. Once in charge, populist leaders rely solely on the “will of the people” to justify their claims to be upholding democracy, without observing (and, indeed, sometimes manipulating) the other principles and institutional devices deemed necessary for establishing or maintaining democracy. During the Cold War, the expectation was that democratic countries would be threatened by authoritarian regimes, i.e. from the outside. Instead, in spite of the worldwide spread of democracy following the fall of the Berlin wall, threats to democracy frequently appear from within democratic countries. These threats do not simply consist in the rise of populist leaders and in the increasing concentration of media ownership, which might correspond with, or simply prepare, an oligarchic turn. A greater cause for concern is the fact that both these phenomena tend to be justified with arguments relying on constitutional principles themselves. Concentration of media power is justified on grounds of economic freedom, regardless of whether it damages freedom of information. Populist leaders also tend to misrepresent parliamentary procedures or the independence of the judiciary, and to claim that they themselves are above other powers because they have been legitimised by the will of the people.

The above reported elements demonstrate that a thin version of democracy, consisting in the mere practice of free elections, together with a formal maintenance of the separation of powers principle, greatly favours not only the rise of oligarchs in the political arena, but also that of populist governments, even when these are not ruled by oligarchs themselves. Oligarchs and populists are in any case able to exploit the institutional devices that ensure the functioning of a constitutional democracy, departing from political representation.

Beyond their propaganda, the immediate aim of populists appears altogether similar to that of traditional political parties, namely obtaining the majority of parliamentary seats. Furthermore, wherever they gain that majority, populist parties cease immediately to target the representative system as such. And yet, populist regimes tend to deny the reversibility of political power. Majoritarianism coincides there with the winner-take-all rule, with the majority in charge willing to rest in power beyond the legislature by all means, departing from restrictions of media communications that might leave room to the opinion of their political adversaries: pluralism is obstructed because it risks to hamper such possibility, not because it contrasts with an ideological tribute to the people’s will. On the other hand, the independence of the judiciary is seriously jeopardized until courts do not conform to the government’s will. It is as if populists were satisfied with the formal respect of democratic procedures and institutions, and invite the people to content themselves with it. Populists would not reconcile, instead, with a more demanding version of democracy, requiring the substantial exertion of fundamental rights from citizens as a

condition for a true practice of free elections, and, correspondently, effective judicial guarantees.

The same might be said of oligarchs, whose real influence in the political institutions' decision-making can remain hidden as long as a formal approach is adopted to its legitimacy. While holding significant portions of political power, oligarchs claim at the same time to have no direct influence on public decisions, unless they deem necessary a personal engagement in politics as the sole means for pursuing their own interests. The question may be raised whether the principle of equality before the law, that lies at the core of democratic procedures, enable those encroaching the boundaries between politics and the market such as the oligarchs to achieve their ends. It is at any rate clear that a merely formal version of such principle allows them to transform the effective meaning of democracy without paying significant consequences.

### *3. Reactions against the rise of the oligarchs (or of populist parties) in constitutional democracies*

In a constitutional democracy populism should not be legally contrasted, and this is usually the case. Even in Germany, whose Basic Law allows the Federal Constitutional Court to declare the dissolution of any political party that seeks to undermine or abolish the free and democratic order or to endanger its existence (Article 21 BL), the Court has refrained from adopting such measure against an ultranationalist party as the NPD<sup>6</sup>, thus declining 'to provide further fodder for the populists' familiar narrative that the establishment systematically suppresses the voice of 'the people'<sup>7</sup>. As significantly affirmed by the then FCC's President, reactions to the populist challenge should derive primarily from the political process itself<sup>8</sup>. A response to populism might indirectly be caught in Article 7 TEU, which entrusts the European Council with the powers of ascertaining the existence of systemic violations by a Member State of the 'common values' enumerated in Article 2 TEU, including 'the rule of law and respect for human rights', and of adopting a series of related measures that can go to the point of suspending the voting rights of the representative of that Member State. But these measures are not meant to outlaw populist governments as such. Rather, they aim at sanctioning systemic breaches of the EU 'common values' that might recur within a Member State, irrespective of the contingent political colour of its government. Their nature is thus legal, not political, although enforcement of Article 7 TEU's mechanisms rests almost entirely in the hands of national governments.

---

<sup>6</sup> Federal Constitutional Court, January 17, 2017, *Neue Juristische Wochenschrift* 611, on which see L. Schuldt, 'Mixed Signals of Europeanization: Revisiting the NPD Decision in Light of the European Court of Human Rights' Jurisprudence' (2018) *German Law Journal* 810, 817.

<sup>7</sup> A. Pirang, 'Renaissance of Militant Democracy?', [www.lawfareblog.com](http://www.lawfareblog.com), March 27, 2017.

<sup>8</sup> A. Voßkuhle, 'Demokratie und Populismus' (2018) *Der Staat* 120, 134.

In the same direction goes the Venice Commission's reaction to the measures introduced in certain countries for countering the power of the oligarchs, with the specific recommendation to adopt a "systemic" rather than a "personal approach". Here comes once again the issue of pluralism's maintenance. The notion that responses to oligarchic threats or to populism should come from politics rather than from law reflects a core principle of constitutional democracies such as pluralism, which they could not renounce without betraying themselves. It is respect for pluralism, together with the rule of law, which impedes whichever degeneration of majoritarianism into the winner-take-all rule, thus rendering inter alia unpredictable the electoral outcome. It is respect for pluralism that should prevent, and usually prevents, democratic governments from restricting political freedom on personal basis.

#### 4. *What is at stake*

Constitutional democracies may thus appear too weak vis-à-vis those tending to abuse of their power beyond the restrictions that are usually provided by the separation of powers principle. This is the case of populist leaders and of oligarchs, whenever they circumvent, rather than directly violate, the rules of democratic regimes. Nor can these renounce to pluralism, until the risk of its irreversible destruction is envisaged.

How could, then, constitutional democracies surmount such difficulties? A multi-faceted answer should be given at this respect, thus taking account of all the challenges deriving from "constitutional retrogressions"<sup>9</sup>. Within a more limited although still useful perspective, I will answer the question of why constitutional scholarship tends to underestimate, if not to neglect, such difficulties, as well as the "uneasy relationship" between money and democracy.

Let us look at the rules on financing parties or electoral campaigns. In the United States, where the "Money is Speech" Supreme Court's doctrine goes back to *Buckley v. Valeo* (1976), the libertarian interpretation of the First Amendment left scholars ill-equipped to address issues implicating both rights of expression and resource allocation such as that of financing politics. In various European countries, analogous classifications are sometimes afforded by courts in issues concerning the media in electoral campaigns, with the effect of masking the power thus acquired by private companies in the "marketplace of ideas".

Such classifications reflect the deeply rooted conviction that fundamental rights should be protected only against political power, and are thus necessarily connected with it, irrespective of whichever acquisition of private power following from exerting these rights. Controversies over constitutionalism – whether it should be grounded on limiting power and/or on legitimizing it through democratic means – regularly

---

<sup>9</sup> See A.Huq and T.Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy', 65 UCLA L.REV. 78 (2018), 83.

presuppose its connection with the political power of the state. In the neoliberal epoch, new power relationships arose however from society, not from public institutions, leaving formally unchallenged the constitutional design. In addition, the realm of economic global power or of the communicative system, being inter alia inextricably connected with technological change, appears to constitutionalists far more elusive than that of political power.

In particular, the hypothesis deserves to be considered that deregulation of financial markets brought to a coalescence of the economic with the political sphere, since it usefully complements the picture of the financial markets' decision making, hitherto limited to the legal and to the economic field. The political aspect needs to be inserted into the picture as well, being crucial for an understanding of the twofold role of states within the system. It consists in granting both the enforcement of contracts in the routine and the ultimate protection of the whole financial system against self-destruction<sup>10</sup>.

The issue of checking those relationships, and of the mechanisms that could be forged to this end, is not political, but constitutional, in the sense of constitutive of a certain legal and economic order. The role of oligarchs is likely to be studied in a similar perspective. In the countries concerned their power, as we have seen, has arisen from society, and has reached rather undisturbed the political sphere. At that point, it was of course more difficult on legal grounds to capture and possibly eliminate the consequences of the oligarchs' conduct in the political arena.

Between the exertion of economic or political freedom and its restriction based on 'a personal approach', lies indeed enough room for a 'systemic approach' consisting of a series of rules and institutional devices aimed at limiting on objective grounds the power of private entities vis-à-vis that of others and/or public powers (antitrust mechanisms, anticorruption laws, rules on financing politics). To that extent, such approach corresponds to a more demanding version of democracy. The point is that it still fails to be viewed in connection with the core of constitutional principles, not least because of a scholarly resistance to abandon the presumption that power is intrinsically connected to politics and to the public sphere. Developments occurring in our time within the money/democracy relationship urge prompt reflections on the issue.

\*\*\*

---

<sup>10</sup> P.F. Kjaer, 'Law and Order Within and Beyond National Configurations' in *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*, eds. P.F. Kjaer et al. (2011), 418.

**Abstract:** The Venice Commission has been called to release opinions on the laws of some Eastern European countries aimed at countering the excessive influence of “oligarchs”, persons with significant economic and political weight in public life. It is very difficult on legal grounds to capture and eliminate the consequences of the oligarchs’ conduct in the political arena. In this perspective, it is even more necessary adopting a ‘systemic approach’, consisting of a series of rules and institutional devices aimed at limiting on objective grounds the power of private entities. This approach undoubtedly requires a more demanding version of democracy.

**Keywords:** Constitutional democracy – political representation – populism – oligarchs – Venice Commission

\*\*\*

**Cesare Pinelli** – Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico  
(cesare.pinelli@uniroma1.it)

## La pronuncia pregiudiziale di C-621/21: le donne come gruppo sociale, una tutela effettiva? \*

Virginia Lemme

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Quadro normativo. - 2.1. La pietra angolare nella tutela dei rifugiati e le linee guida rilevanti. - 2.2. Verso la costruzione di un sistema di tutela europeo. - 2.3. La repressione della violenza di genere nell'ambito del Consiglio d'Europa. - 3. Il lungo percorso che ha portato l'Ue a ratificare la Convenzione di Istanbul. - 4. La sentenza C-621/215. - 4.1. Il fatto e le norme alla base del rinvio pregiudiziale. - 4.2. La decisione della Corte. - 4.3. Le ripercussioni della decisione. - 5. Le donne come gruppo sociale: una tutela effettiva? - 6. Conclusioni

### 1. Introduzione

La pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea (Cgue) nella causa C-621/21<sup>1</sup> segna un punto di svolta per il riconoscimento della protezione internazionale in caso di violenza di genere. Nell'interpretare la direttiva qualifiche dell'Unione europea del 2011(2011/95/UE)<sup>2</sup>, la Cgue ha infatti riconosciuto che le donne, nel loro complesso, possono essere considerate appartenenti ad un gruppo sociale ai sensi della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951 (Convenzione di Ginevra)<sup>3</sup>. Ogniqualevolta esse siano esposte, nel loro Paese d'origine, a violenze fisiche che dipendono dal loro genere, tali persecuzioni potranno essere ricondotte al motivo della loro appartenenza ad un gruppo sociale. Pertanto, qualora siano soddisfatte le ulteriori condizioni prescritte dalla menzionata direttiva, le donne possono beneficiare dello *status* di rifugiate. Inoltre, sempre secondo la Cgue, anche qualora non abbiano le condizioni necessarie per essere considerate rifugiate, potranno comunque beneficiare della protezione sussidiaria qualora si accerti che nel loro Paese d'origine, a causa del loro genere, sarebbero esposte a violenze fisiche o mentali. La sentenza è

---

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

<sup>1</sup>Per il testo integrale della sentenza si veda: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=840D1586CACC2B6AA792C7DAE3BFBBD4?text=&docid=281302&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3251040>.

<sup>2</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>.

<sup>3</sup>[https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione\\_Ginevra\\_1951.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf).

particolarmente importante poiché per la prima volta la Cgue ha interpretato il diritto euro unitario in conformità con la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 (Convenzione di Istanbul)<sup>4</sup>. Sembrerebbe pertanto che i giudici di Lussemburgo abbiano preso coscienza degli obblighi scaturenti dall'adesione dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, entrata in vigore il 1° ottobre 2023, in seguito ad un travagliato processo iniziato nel lontano 2016.

Al fine di presentare in maniera più possibile completa la pronuncia giurisprudenziale *de qua*, il presente contributo si svilupperà come segue. Prima di tutto si analizzerà la disciplina giuridica rilevante, sia a livello internazionale che a livello europeo. In particolare, ci si soffermerà sulla Convenzione di Ginevra del 1951 e le linee guida rilevanti, sulla direttiva 2011/95/Ue e sulla Convenzione di Istanbul. In secondo luogo, si esaminerà il processo che ha portato l'Ue a ratificare quest'ultima, il cui ritardo è attribuibile alla mancata adesione da parte di alcuni Stati membri. Successivamente si analizzerà la sentenza in commento e i principi *ivi* affermati contestualizzando il tutto all'interno del quadro normativo preventivamente delineato. Si passerà poi a considerare se le conclusioni della Cgue costituiscono un'effettiva innovazione, resa possibile grazie all'adesione dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, o se si limitano ad esplicitare quanto già ricavabile dal quadro normativo internazionale. Infine, si esaminerà se la qualifica delle donne come appartenenti ad un gruppo sociale comporti una tutela effettiva, oppure, come sostenuto da parte della dottrina, se piuttosto questa operazione non contribuisca a creare una visione stereotipata delle stesse, quali vittime passive.

## 2. Quadro normativo

È necessario rilevare, in maniera del tutto preliminare, quanto gli strumenti normativi in materia di protezione internazionale esercitino un'azione sinergica, per cui, sebbene la Cgue, nella sentenza in commento, si limiti a chiarire la definizione di rifugiato contenuta nella direttiva 2011/95/Ue, quest'ultima non può essere esaminata senza considerare la Convenzione di Ginevra e la Convenzione di Istanbul. Come è stato sottolineato in dottrina, infatti, i trattati in materia «si integrano e dialogano tra loro»<sup>5</sup>.

Pertanto, prima di passare all'analisi della sentenza nella causa C-621/21, è opportuno esaminare le Convenzioni e le linee guida che compongono il diritto internazionale dei rifugiati, seppur limitatamente agli aspetti attinenti ai punti di diritto sollevati nella sentenza.

---

<sup>4</sup><https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>.

<sup>5</sup>V. Tevere, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza. Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, Fisciano, 2021, p. 21.

### *2.1. La pietra angolare nella tutela dei rifugiati e le linee guida rilevanti*

La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati è stata adottata il 28 luglio 1951 ed è entrata in vigore il 22 aprile 1954. Così come integrata dal Protocollo di New York del 1967<sup>6</sup>, essa è ancora ad oggi considerata il cuore della disciplina in tema di protezione internazionale dei rifugiati<sup>7</sup>.

Ai fini della nostra analisi, rileva prima di tutto l'art. 1.A(2), recante la definizione di rifugiato. Ai sensi di tale articolo, per rifugiato si intende colui che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova al di fuori del Paese di cui è cittadino e si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi»<sup>8</sup>.

Come risulta dalla suddetta definizione, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, è necessaria la presenza di tre requisiti: il fondato timore di essere oggetto di persecuzione per una delle cinque cause menzionate dall'articolo; la lontananza dal Paese d'origine; l'assenza di tutela da parte del proprio Stato. Per quanto attiene al fondato timore di persecuzione, questo esige la compresenza di un elemento oggettivo, per cui le testimonianze del soggetto che richiede protezione devono essere supportate da prove obbiettive; e di un elemento soggettivo, ricollegato all'individualità del richiedente, inserito nel contesto esistente nel suo Paese di origine<sup>9</sup>. È altresì necessario dimostrare il nesso causale tra il fondato timore di persecuzione ed i motivi menzionati dalla Convenzione. Questi ultimi, come detto, sono: la razza, la nazionalità, l'opinione religiosa, l'opinione politica e l'appartenenza ad un particolare gruppo sociale. Quest'ultimo motivo è quello più utilizzato dalla giurisprudenza nei casi di persecuzioni connesse al genere, e la sentenza C-621/21 non fa eccezione.

---

<sup>6</sup>La Convenzione di Ginevra, nella sua versione originale, conteneva all'art. 1 due limitazioni applicative, una di carattere temporale e l'altra di carattere geografico. Preso atto della necessità di estendere la tutela anche a ulteriori situazioni, l'Assemblea generale Onu ha adottato il Protocollo di New York del 1967, volto alla rimozione delle riserve temporali e geografiche esistenti. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/protocolrefugees.pdf>.

<sup>7</sup>Ciò è rilevato nella stessa sentenza oggetto di commento, in cui la Cgue, al par. 7, richiamando il considerando 4, 10, 12, 17, 29, 30 e 34 della direttiva 2011/95, ricorda che: «La convenzione di Ginevra e il relativo protocollo costituiscono la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati».

<sup>8</sup>[https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione\\_Ginevra\\_1951.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf).

<sup>9</sup>F. Perrini, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e la tutela dei richiedenti asilo in Italia*, in *Diritto e Sicurezza*, 2015, p. 97 ss.

Deve evidenziarsi come la definizione di rifugiato sia di per sé caratterizzata da una vaghezza definitoria, comportando a cascata un elevato margine di discrezionalità nella valutazione delle richieste di protezione internazionale. Il carattere incerto delle definizioni dipende da diversi fattori, tra cui si richiama il differente contesto geopolitico esistente nel 1951, per cui le Parti contraenti non potevano prevedere le situazioni in cui ci troviamo oggi; nonché la volontà degli Stati di limitare i confini dei soggetti da tutelare per evitare di legarsi ad eccessivi obblighi futuri. Tale imprecisione definitoria, tuttavia, ha permesso l'adattamento del testo nel tempo, grazie anche all'attivismo della società civile e della giurisprudenza<sup>10</sup>.

Benché la Convenzione di Ginevra non contenga alcun riferimento espresso al genere, proprio grazie alla menzionata capacità adattativa del testo, è ormai pacifico che questo possa condizionare il tipo e la motivazione della persecuzione. In un primo momento, l'invisibilità delle donne all'interno della Convenzione ha portato parte della dottrina a suggerire di includere, tra i motivi di persecuzione, anche quelli legati al genere<sup>11</sup>. Tale modifica non ha mai avuto luogo e per questo il velo d'invisibilità è stato progressivamente rimosso grazie all'applicazione, per via interpretativa, di una prospettiva di genere. Anche se il percorso non è ancora stato portato a termine, la comunità internazionale ha progressivamente preso coscienza della necessità di adattare il mondo del diritto, solo apparentemente *gender-neutral*<sup>12</sup>, alle necessità femminili. Le istanze delle donne sono gradualmente entrate a far parte del quadro giuridico grazie alla sinergica azione delle associazioni femministe, che hanno trovato la loro più alta espressione nella conferenza mondiale sulle donne<sup>13</sup>, tenutasi a Nairobi nel 1985. In tal frangente, infatti, diverse associazioni non governative volte alla tutela delle donne rifugiate hanno preso contatto tra loro, creando un network internazionale al fine di sollecitare un'azione da parte dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati<sup>14</sup>. Ciò ha portato l'Unhcr a nominare, nel 1989, un *Senior Coordinator* che

---

<sup>10</sup>È stato infatti sostenuto che il diritto di asilo è connaturato da una forte componente giurisprudenziale, rendendo centrale il ruolo dei giudici. Sul punto si richiama V. Carlino, *Dell'indispensabile ruolo del giudice nel riconoscimento della protezione internazionale, in Italia e in Francia*, in DPCE Online, p. 1099 ss., disponibile presso <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1515/1495>, 2022.

<sup>11</sup>Si richiama a riguardo J. Freedman, *Mainstreaming gender in refugee protection*, in Cambridge Review of International Affairs, 2010, p. 589 ss.

<sup>12</sup>I. Boiano, *Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale Paese può dirsi "sicuro" per le donne?* *Questione Giustizia*, 2022, p. 21 ss.

<sup>13</sup>Le Conferenze mondiali sulle donne, svoltesi sotto l'amministrazione delle Nazioni Unite, sono finalizzate a delineare una strategia comune per il perseguimento dell'uguaglianza tra uomo e donna. Ad oggi le conferenze di sono svolte a Città del Messico (1975), Copenaghen (1980), Nairobi (1985), Pechino (1995), New York (2005) e Milano (2015). Per approfondimenti si veda: [http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl\\_2\\_testi/d\\_impegni\\_pol\\_internaz/a\\_conf\\_mondiali\\_onu/b\\_conf\\_pechino/b\\_finestra\\_2/a\\_conf\\_donne\\_75\\_85.html](http://dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/d_impegni_pol_internaz/a_conf_mondiali_onu/b_conf_pechino/b_finestra_2/a_conf_donne_75_85.html).

<sup>14</sup>L'Unhcr è stata istituita dall'Assemblea Generale dell'Onu il 14 dicembre 1950 ed è diventata operativa nel 1° gennaio 1951, contemporaneamente all'adozione della Convenzione di Ginevra. La sua principale competenza è quella di garantire la protezione internazionale per coloro che, ai sensi della già

si occupasse della particolare condizione delle donne rifugiate. Nonostante l'iniziale riluttanza degli Stati, tale figura ha avviato varie campagne finalizzate all'introduzione di un approccio *gender sensitive*, che hanno portato all'adozione di diversi documenti, tra i quali si possono richiamare la politica per le donne rifugiate (1990)<sup>15</sup> e le linee guida per la protezione delle donne rifugiate (1991)<sup>16</sup>.

Con l'inizio del nuovo millennio, ed in particolare nel 2002, l'Unhcr ha altresì introdotto delle linee guida finalizzate ad esplicitare la rilevanza del genere nella comprensione e valutazione dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>17</sup>. In particolare, le linee guida sulla persecuzione di genere nel contesto dell'art. 1A (2) (linee guida n.1/2002)<sup>18</sup>, riconoscono, in via preliminare, che il diritto internazionale dei rifugiati, in maniera non dissimile da quanto avvenuto in altre branche del diritto, è stato ideato, e poi interpretato, in un'ottica maschile. Partendo da questo dato, l'Unhcr sottolinea l'impellenza di adottare un nuovo approccio, al fine di interpretare la definizione di rifugiato in modo da ricomprendere anche le istanze attinenti al genere. Quest'ultimo viene definito all'interno delle linee guida come contrapposto al concetto di sesso. Viene infatti specificato che «il genere si riferisce alla relazione tra uomo e donna basata su identità, status, ruoli e responsabilità, costruite e definite socialmente o culturalmente, che vengono assegnate alle persone appartenenti a un sesso o a un altro, mentre il sesso è una determinazione biologica. Il concetto di genere non è statico o innato, ma acquista significati costruiti socialmente e culturalmente nel tempo»<sup>19</sup>. Sempre nelle linee guida, si riconosce altresì che, benché la discriminazione non possa di per sé costituire una forma di persecuzione ai sensi della Convenzione di Ginevra, qualora i trattamenti discriminatori assumano una rilevanza cumulativa, questi potrebbero giustificare il riconoscimento della protezione internazionale. Nella valutazione del carattere persecutorio delle discriminazioni, assume rilievo anche l'atteggiamento dello Stato, ossia il riconoscimento, da parte di questo, del carattere discriminatorio degli atti ed una sua eventuale azione a riguardo. Nelle linee guida si specifica come, in caso di agenti privati, «il nesso causale sussiste, sia l'assenza della protezione da parte dello Stato connessa con la Convenzione o meno. Alternativamente, il nesso causale sussiste anche quando il rischio di essere perseguitati ad opera di un attore non statale non è collegato a una delle fattispecie

---

menzionata Convenzione, ne abbiano il diritto. Per dettagli sulla sua azione, in particolare per quanto attiene all'Italia, si veda: <https://unipd-centrodirittiumani.it/it/spilli/LAlto-Commissario-delle-Nazioni-Unite-per-i-Rifugiati/117>.

<sup>15</sup><https://www.refworld.org/policy/strategy/unhcr/1990/en/33365>.

<sup>16</sup><https://www.unhcr.org/media/guidelines-protection-refugee-women>.

<sup>17</sup>A riguardo, si richiama la lettura delle Procedure operative standard per le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale del 2021: [https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2022/07/SOPs\\_web.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2022/07/SOPs_web.pdf).

<sup>18</sup>[https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/LINEE\\_GUIDA\\_SULLA\\_PERSECUZIONE\\_DI\\_GENERE.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/LINEE_GUIDA_SULLA_PERSECUZIONE_DI_GENERE.pdf).

<sup>19</sup>*Ibidem*.

previste dalla Convenzione, ma l'incapacità o la non volontà dello Stato di offrire protezione derivano da una di esse»<sup>20</sup>.

Sempre nel 2002, l'Unhcr ha adottato le linee guida sull'appartenenza ad un determinato gruppo sociale ai sensi dell'art. 1(A)2 della Convenzione del 1951 (linee guida n.2/2002)<sup>21</sup>. Come detto, alle vittime di violenza di genere è stata sovente riconosciuta la protezione internazionale grazie alla riconduzione delle donne all'interno di un gruppo sociale. Pertanto, l'analisi delle linee guida n. 2/2002 appare proficua. Prima di tutto, l'Unhcr prende atto dello sviluppo di due approcci interpretativi differenti in materia. Da un lato, vi era chi, nell'interpretare la disposizione, dava rilievo ai connotati del gruppo, ossia alla presenza o meno di caratteristiche, condivise dai membri, che fossero immutabili o comunque fondamentali per l'identità del richiedente stesso. Dall'altro vi era chi, dando rilievo alla società circostante, riconosceva la presenza del gruppo ogniqualvolta la collettività percepisse lo stesso come distinto. L'Unhcr, tuttavia, ritiene che i due approcci dovrebbero essere utilizzati in maniera coordinata per cui «è da considerarsi come un determinato gruppo sociale un gruppo di persone che condividono una caratteristica comune diversa dal rischio di essere perseguitati, o che sono percepite come un gruppo dalla società. Frequentemente la caratteristica in questione sarà una caratteristica innata, immutabile, o altrimenti d'importanza fondamentale per l'identità, la coscienza o l'esercizio dei diritti umani di una persona»<sup>22</sup>. Nelle linee guida viene menzionato a più riprese che il sesso, quale caratteristica immutabile, può rilevare nel riconoscimento del gruppo sociale, purché siano altresì soddisfatte le altre condizioni richieste.

Dalla lettura della Convenzione di Ginevra, in coordinato disposto con le linee guida del 2002, emerge come la normativa internazionale riconoscesse già a partire dall'inizio del nuovo millennio che le persecuzioni basate sul genere, a determinate condizioni, potessero determinare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, proprio in quanto le donne venivano considerate appartenenti ad un gruppo sociale.

## *2.2. Verso la costruzione di un sistema di tutela europeo*

Anche l'ordinamento europeo, sia pur con richiami alla Convenzione di Ginevra, contiene una disciplina della protezione internazionale.

---

<sup>20</sup>Art. 21 delle linee guida n. 1: [https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/LINEE\\_GUIDA\\_SULLA\\_PERSECUZIONE\\_DI\\_GENERE.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/LINEE_GUIDA_SULLA_PERSECUZIONE_DI_GENERE.pdf).

<sup>21</sup>HCR/GIP/02/02, 7 maggio 2002: [https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/ITA-Gruppo\\_Sociale.pdf](https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/ITA-Gruppo_Sociale.pdf).

<sup>22</sup>*Ibidem*.

Il 15 e 16 ottobre del 1999 il Consiglio europeo si riunì a Tampere al fine di creare uno spazio di «libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea»<sup>23</sup>. In tal frangente si posero le basi per la creazione di una disciplina comune in tema di asilo, da cui è derivata la direttiva 2004/83/CE, poi sostituita dalla direttiva qualifiche 2011/95/UE. È quest'ultima ad essere oggetto del rinvio pregiudiziale alla base della sentenza C-621/21. Tale atto di diritto derivato<sup>24</sup> serve ad attuare il programma comune che, come delineato a Tampere, ha poi trovato concreto sviluppo, dapprima nell'art. 63 Tce, e poi, con la riforma di Lisbona 2007, negli artt. 67<sup>25</sup> e 78 del Tfeue. Quest'ultimo, in particolare, richiama l'obiettivo di sviluppare una politica comune in tema di asilo, protezione sussidiaria e temporanea, che sia conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951 «e gli altri trattati pertinenti»<sup>26</sup>. All'interno del novero di quest'ultimi, è necessario richiamare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne (Cedaw)<sup>27</sup>. A livello di diritto primario, in seguito al Trattato di Lisbona, rileva altresì la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza)<sup>28</sup>. Quest'ultima, all'art. 18, afferma che il diritto di asilo è garantito nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951.

Dal quadro finora delineato emerge quanto i vari trattati operino in maniera sinergica l'uno rispetto all'altro, integrandosi a vicenda. La direttiva qualifiche, pertanto, è la risultante di un sistema di tutela dei diritti umani che prende le mosse dalla Convenzione del 1951 e dai trattati dell'Ue, come riformati a Lisbona nel 2007. Ciò emerge in particolare dalla definizione dello status di rifugiato che riecheggia quanto stabilito all'art. 1.A(2) della Convenzione di Ginevra. Infatti, è definito rifugiato, ai sensi dell'art. 2, lett. d) della direttiva qualifiche un: «cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova

<sup>23</sup>[https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm#a](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm#a).

<sup>24</sup>Per diritto derivato si intende l'insieme di atti volti all'attuazione dei trattati Ue, qualificati come atti di diritto primario. L'art. 288 Tfeue individua i cinque tipi di atti giuridici europei: i regolamenti, le direttive, le decisioni, le raccomandazioni ed i pareri. A riguardo si veda: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0032>.

<sup>25</sup>Art. 67 Tfeue stabilisce: «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:it:PDF>.

<sup>26</sup> <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:it:PDF>.

<sup>27</sup>La Cedaw, adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è ad oggi considerata il trattato fondamentale in materia di discriminazioni contro le donne, seppur la sua struttura si limiti all'adozione di un'ottica emancipatoria. <https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CEDAW.pdf>.

<sup>28</sup>G. Morgese, *La Direttiva 2011/95/CE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in Osservatorio europeo, p. 255 ss., disponibile presso [https://www.uniba.it/it/docenti/morgese-giuseppe/pubblicazioni/Articolo\\_Nuova\\_direttiva\\_qualifiche.pdf](https://www.uniba.it/it/docenti/morgese-giuseppe/pubblicazioni/Articolo_Nuova_direttiva_qualifiche.pdf), 2012.

fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese, oppure apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo 12»<sup>29</sup>. La direttiva qualifica, tuttavia, differisce rispetto alla Convenzione di Ginevra nel suo esplicitare, all'art. 4 par. 3 lett. d), la rilevanza delle persecuzioni basate sul sesso ai fini dell'applicazione dell'art. 2. Così come si specifica, al considerando 30, che, nel valutare la presenza di un gruppo sociale, si deve tener debito conto degli aspetti connessi al sesso dei richiedenti. Pertanto, la normativa europea in materia di asilo, in maniera non dissimile rispetto al quadro internazionale così come evolutosi nel tempo ed esplicitato nelle due linee guida dell'Unhcr (2002), mostra una particolare sensibilità nei confronti degli aspetti di genere, sia per quanto attiene alla valutazione della fondatezza del timore ed i motivi di persecuzione, sia per quanto attiene al riconoscimento del gruppo sociale.

La direttiva 2011/95/UE introduce altresì un nuovo strumento di tutela, inedito rispetto alla Convenzione di Ginevra: ci si riferisce al riconoscimento della protezione sussidiaria. Ai sensi dell'art. 2, lett. f), si riconosce come beneficiario di questa tutela il «cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15<sup>30</sup>, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese». La protezione sussidiaria si applica in maniera residuale, ossia solo qualora il richiedente non possa riconoscersi, ai sensi della direttiva qualifica, come rifugiato.

### *2.3. La repressione della violenza di genere nell'ambito del Consiglio d'Europa*

---

<sup>29</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>.

<sup>30</sup>In particolare, ai sensi dell'art. 15, sono considerati danni gravi: «a) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

Nell'ambito dell'organizzazione regionale del Consiglio d'Europa<sup>31</sup>, è emersa una spiccata attenzione e sensibilità nei confronti della violenza di genere. Anche prima dell'adozione della Convenzione di Istanbul, considerata ad oggi il più avanzato strumento internazionale nella lotta e la prevenzione della violenza di genere, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), aveva ricondotto la violenza di genere nell'alveo di applicazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) e 8 (diritto al rispetto alla vita familiare) della Cedu, contribuendo alla formazione dei principi che saranno poi cristallizzati nella Convenzione di Istanbul<sup>32</sup>. Quest'ultima finisce per collocarsi in un rapporto di *species a genus* rispetto alla Cedu, costituendone pertanto una specificazione<sup>33</sup>. La Convenzione di Istanbul contiene altresì alcune disposizioni ispirate alla Cedaw<sup>34</sup>, contraddistinguendosi, rispetto a quest'ultima, per l'individuazione del carattere strutturale della violenza, non considerando più il fenomeno in un'ottica emergenziale.

Entrata in vigore nel 2014, ossia tre anni dopo l'apertura alle firme, la Convenzione *de qua* obbliga le Parti contraenti a adottare una serie di misure che combattano la violenza di genere e la violenza domestica, attraverso un approccio olistico atto a scardinare gli stereotipi esistenti. La sua struttura, infatti, segue quella utilizzata nelle più avanzate convenzioni del Consiglio d'Europa, fondandosi sulle quattro P: la prevenzione, la protezione (ed il sostegno alle vittime), il perseguimento (dei colpevoli) e le politiche integrate. Ciascuna di queste aree trova espressione, all'interno della Convenzione, in una serie di obblighi di diligenza, sia di tipo negativo che di tipo positivo<sup>35</sup>. Rientra in quest'ultima categoria l'impegno, gravante sulle Parti contraenti, ad evitare che attori non statali violino le norme della Convenzione.

Proprio in quanto si riconosce il carattere strutturale della violenza di genere, si considera impellente la demolizione delle costruzioni sociali che hanno portato a

---

<sup>31</sup>Il Consiglio d'Europa, fondato con il Trattato di Londra il 5 maggio 1949, costituisce un'organizzazione internazionale su base regionale. Inizialmente includeva 10 membri ma ha progressivamente espanso la sua azione, comprendendo ad oggi 47 Stati. Tale organismo ha come scopo fondamentale la tutela dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto. Proprio per perseguire detti fini, nel 1950 gli Stati hanno implementato la Convenzione europea dei diritti umani (Cedu) ed hanno istituito la Corte europea dei diritti umani (Corte Edu). Per approfondimenti si veda <https://www.coe.int/it/web/portal>.

<sup>32</sup>Per approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte Edu in tema di violenza sulle donne si consiglia la lettura di A. Viviani, *La violenza contro le donne nell'interpretazione della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 412 ss.

<sup>33</sup>V. Tevere, *op. cit.*

<sup>34</sup>La Cedaw, adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è ad oggi considerata il trattato fondamentale in materia di discriminazioni contro le donne, seppur la sua struttura si limiti all'adozione di un'ottica emancipatoria.

<sup>35</sup>Ciò è quanto emerge chiaramente dall'art. 5 della Convenzione, rubricato «Obblighi degli Stati e dovuta diligenza».

riconoscere una gerarchia tra i sessi. A tal fine, la Convenzione include, all'art. 3, la definizione di genere come l'insieme dei «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini»<sup>36</sup>. Infatti, i redattori della Commissione, in sede di elaborazione, hanno considerato il Rapporto del 2011<sup>37</sup> della Relatrice speciale delle Nazioni Unite sui diritti delle donne<sup>38</sup>. Tale testo riconosce lo stretto legame tra gli stereotipi di genere e la violenza sulle donne<sup>39</sup>, ritenendo necessaria, al fine di sradicare il fenomeno, un'azione che prenda le mosse dai pregiudizi che segnano la società. La Convenzione, pertanto, si impegna a svolgere un ruolo pedagogico, vincolando gli Stati parte a promuovere, nell'educazione, i valori della parità di genere, rispetto reciproco e non violenza nelle relazioni interpersonali<sup>40</sup>.

Il capitolo VII della Convenzione di Istanbul è dedicato alla specifica condizione delle donne migranti e richiedenti asilo. In particolare, ai fini della nostra analisi, rileva l'art. 60, in cui si riconosce esplicitamente che la violenza di genere può essere considerata come una forma di persecuzione ai sensi dell'art. 1. A (2) della Convenzione di Ginevra o come grave pregiudizio ai fini del riconoscimento della protezione complementare o sussidiaria. Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 60, si richiede agli Stati di adottare una prospettiva di genere nella valutazione dei motivi di persecuzione<sup>41</sup>. Le disposizioni della Convenzione di Istanbul non implicano che una donna, per il solo fatto di esser tale, sarà beneficiaria di protezione internazionale, essendo sempre necessario valutare le circostanze del caso concreto. Semplicemente, i redattori della Convenzione erano consapevoli del fatto che il diritto internazionale in materia di asilo non è stato sempre in grado di cogliere l'impatto delle differenze di

---

<sup>36</sup><https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>.

<sup>37</sup><https://reliefweb.int/report/world/report-special-rapporteur-violence-against-women-its-causes-and-consequences-a66215>.

<sup>38</sup>La Commissione diritti umani delle Nazioni Unite, con risoluzione 1994/45, ha istituito la figura del Relatore Speciale sulla violenza contro le donne. Il suo mandato comprende una serie di funzioni, tra cui si richiama: la ricerca e raccolta di informazioni circa le cause e i numeri della violenza sulle donne; formulare raccomandazioni sui meccanismi per prevenire la violenza sulle donne; coadiuvare i *Treaty bodies* nell'espletamento del loro mandato. <https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Introduzione/364>.

<sup>39</sup>Si veda a riguardo G. Pascale, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in Osservatorio AIC, p. 2, ss. <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/giuseppe-pascale/l-entrata-in-vigore-della-convenzione-di-istanbul-sulla-prevenzione-e-la-lotta-contro-la-violenza-nei-confronti-delle-donne-e-la-violenza-domestica>, 2014.

<sup>40</sup>Questo è quanto emerge dall'art.14, 1 comma, rubricato educazione. Sempre nell'ambito del ruolo educativo e della responsabilità della società civile, si richiama la recente Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (2480/2023), rubricata «The role and responsibility of men and boys in stopping gender-based violence against women and girls». <https://pace.coe.int/en/files/31606/html>.

<sup>41</sup><https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>.

genere sui motivi e le modalità delle persecuzioni, e di quanto questo abbia comportato l'invisibilità delle donne o comunque una loro marginalità<sup>42</sup>.

Da quanto esposto, emerge come la Convenzione di Istanbul comporti una serie di obblighi di *facere* per le Parti contraenti, e ciò spiega perché taluni Stati si sono mostrati riluttanti alla sua ratifica. Tra essi si può menzionare la Bulgaria che, nonostante abbia firmato la Convenzione *de qua* nel 2016, non l'ha mai ratificata, poiché la Corte costituzionale<sup>43</sup>, con sentenza n.13 del 2018, ha ritenuto che contrastasse con la Costituzione bulgara<sup>44</sup>. Tale sentenza non solo ha pregiudicato definitivamente il processo di adesione della Bulgaria alla Convenzione di Istanbul, ma ha altresì determinato un grande ritardo nella ratifica da parte dell'Ue. Come vedremo, infatti, si dubitava della possibilità di concludere l'adesione dell'Ue proprio per la mancata ratifica da parte di alcuni Stati membri.

### *3. Il lungo percorso che ha portato l'Ue a ratificare la Convenzione di Istanbul*

L'art. 76 della Convenzione di Istanbul, nel definire la procedura di adesione, stabilisce che essa è aperta anche alla firma di Stati non membri del Consiglio d'Europa che abbiano partecipato alla sua elaborazione, a Stati terzi su invito del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e a organizzazioni internazionali, qual è l'Ue<sup>45</sup>.

Per quanto attiene invece alla normativa europea, le disposizioni rilevanti sono incluse nel Titolo V del Tfue, rubricato, per l'appunto, accordi internazionali. Il

---

<sup>42</sup>I. Boiano, *op. cit.*

<sup>43</sup>La Corte costituzionale bulgara, per i metodi di accesso alla stessa e per il fatto che svolge un controllo di carattere astratto, è un organo particolarmente politico. Parte della dottrina ha attribuito alla stessa di essere una sorta di seconda istanza legislativa, paragonabile al senato. Si veda a riguardo: G. Viggiani, *La Convenzione di Istanbul e la Corte costituzionale bulgara. Lost in translation?*, in AG AboutGender, 2021, p. 393 ss.

<sup>44</sup>Il dibattito politico che ha preceduto la decisione si è focalizzato in larga parte sull'idea che la Convenzione, introducendo il termine *gender*, non sarebbe volta a tutelare i diritti delle donne, ma piuttosto al riconoscimento di un terzo genere. È stato altresì contestato che il termine genere, essendo eccessivamente astratto, sarebbe pericoloso per la certezza del diritto. Nell'ottica delle componenti politiche conservatrici, tutto ciò avrebbe messo a repentaglio i valori della famiglia tradizionale, comportando pertanto un pregiudizio per la stabilità costituzionale del Paese e per lo stesso Stato di diritto. È stato osservato in dottrina come la campagna mediatica svoltasi contro la ratifica della Convenzione abbia avuto un serio impatto sulla decisione della Corte costituzionale, influenzandola. Si richiama a riguardo, per approfondimenti, la lettura di M. Ilcheva, *Bulgaria and the Istanbul Convention-Law, Politics and Propaganda vs. the Rights of Victims of Gender-based Violence*, in Open Journal for Legal Studies, 2020, p. 49 ss.

<sup>45</sup><https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>.

procedimento di ratifica, come delineato all'art. 218 Tfe<sup>46</sup>, prevede un articolato sistema atto ad assicurare il coinvolgimento di tutti gli organi dell'Ue. Tale procedimento, per quanto attiene alla ratifica della Convenzione di Istanbul, è stato attivato nel 2016<sup>47</sup>, ed è risultato particolarmente complesso proprio in quanto, sebbene tutti gli Stati dell'UE avessero firmato la Convenzione *de qua*, sei di questi, tra cui la Bulgaria, non l'avevano ratificata.

Nel 2016, la Commissione attivò l'*iter* legislativo volto alla firma della Convenzione. Il Consiglio ritenne opportuno scindere l'autorizzazione alla firma in due decisioni: una attinente alla materia dell'asilo e del non-respingimento<sup>48</sup>; l'altra alla cooperazione internazionale in materia penale<sup>49</sup>. La scelta di scindere l'autorizzazione alla firma in due differenti atti, entrambi approvati nel 2017, è ricollegata alla necessità di permettere all'Irlanda ed al Regno di Danimarca di escludere la loro adesione per quanto attiene, rispettivamente, al protocollo n. 21 e 22<sup>50</sup>.

Pertanto, sebbene l'Ue abbia ufficialmente sottoscritto la Convenzione di Istanbul il 13 giugno 2017, a ciò è seguito un periodo di stallo. Quest'ultimo è dipeso da una serie di incertezze attinenti, da un lato, all'individuazione della base giuridica appropriata e della procedura legislativa da seguire; dall'altro, al fatto che la Convenzione di Istanbul regola materie di competenza sia Ue che degli Stati membri. Per risolvere l'*impasse*, il Parlamento europeo, con risoluzione del 4 aprile 2019<sup>51</sup>, decise di richiedere un parere alla Cgue. Nelle more del processo di ratifica, inoltre, l'Ue, sotto la guida della Commissione Von Der Leyen, presentò la sua strategia per la parità di genere 2020-2025<sup>52</sup>, mostrando il suo impegno politico verso il perseguimento dell'uguaglianza tra uomini e donne. Quest'ultimo strumento reca gli obiettivi strategici dell'Ue, da attuarsi entro il 2025, tra i quali figura la lotta alla violenza di genere. Preso atto dello stallo nel processo di ratifica della Convenzione di Istanbul, l'Ue si impegnava, qualora il procedimento non venisse portato a conclusione, ad introdurre «misure atte a conseguire gli stessi obiettivi della Convenzione di Istanbul, nei limiti della competenza dell'Ue». Con ciò risulta quanto gli organi europei considerino la lotta alla violenza di genere un elemento fondamentale ed imprescindibile della politica Ue nel suo insieme. Proprio per evitare che lo stallo nel procedimento di ratifica precludesse l'adozione di strumenti giuridici atti a combattere e prevenire la violenza

---

<sup>46</sup><https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:it:PDF>.

<sup>47</sup>Sull'opportunità di ratificare la Convenzione si richiama la lettura di S. De Vido, *The ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: a step forward in the protection of women from violence in the European legal system*, in *European journal of legal studies*, 2017, p. 69 ss

<sup>48</sup><https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2017/866/oj?locale=it>.

<sup>49</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017D0865>.

<sup>50</sup>La stessa Cgue ha ritenuto, ai paragrafi 312-337 del parere 1/19, la legittimità di tale scissione.

<sup>51</sup>[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0357\\_IT.pdf?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0357_IT.pdf?redirect).

<sup>52</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152>.

di genere, l'8 marzo 2022 la Commissione avanzava una proposta di direttiva<sup>53</sup>, il cui iter legislativo non è ad oggi stato portato a termine.

Ritornando al processo di adesione dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, la Cgue si è espressa con parere 1/19 del 6 ottobre 2021<sup>54</sup>. Con quest'ultimo, la Cgue ha chiarito che tale decisione, rientrando nella procedura legislativa ordinaria, non richiede l'unanimità in seno al Consiglio. Inoltre, ha specificato che non è necessario, ai fini della conclusione del procedimento di adesione, che la Convenzione *de qua* sia ratificata da parte di tutti gli Stati membri. Tuttavia, si è richiamata l'opportunità politica, per il Consiglio, di attendere per portare a termine il processo al fine di ricercare un maggiore consenso tra gli Stati<sup>55</sup>. La Cgue ha infine individuato una pluralità di basi giuridiche per la ratifica, differenziandole a seconda della materia<sup>56</sup>. Con decisione 2023/1075<sup>57</sup> e 2023/1076<sup>58</sup> del 1° giugno 2023, il Consiglio ha portato a termine il processo di adesione dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, ma solo per quanto attiene alla cooperazione giudiziaria in materia penale, l'asilo ed il non respingimento, le istituzioni e l'amministrazione pubblica dell'Ue. L'adesione comporta il sorgere di una serie di obblighi giuridici per le istituzioni europee.

Per quanto attiene agli Stati membri Ue che non hanno ratificato la Convenzione *de qua*, questi saranno vincolati, sia pur solo nelle materie individuate, nei confronti dell'*acquis* europeo volto all'implementazione della Convenzione<sup>59</sup>, *ivi* compreso l'obbligo d'interpretare il diritto europeo alla luce della Convenzione di Istanbul<sup>60</sup>. L'adesione dell'Ue rappresenta dunque un importante messaggio politico, costituendo una forma di *moral suasion* verso l'approvazione di un quadro giuridico, nazionale ed europeo, che riesca a tutelare in maniera adeguata le vittime di violenza di genere.

---

<sup>53</sup>Il testo della direttiva è ad oggi al centro del dibattito pubblico a causa dei numerosi emendamenti introdotti. Per un breve commento si veda <https://www.amnesty.eu/news/eu-directive-on-violence-against-women-and-domestic-violence-negotiators-must-act-now-to-urgently-adopt-a-robust-text/>.

<sup>54</sup><https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247081&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=41015593>.

<sup>55</sup>Per l'analisi del parere si veda: M. Ferri, *La Corte di giustizia e la conclusione della Convenzione di Istanbul da parte dell'UE*, in Osservatorio sulle Fonti, disponibile presso <https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/fonti-unione-europea-e-internazionali/4177-osf-fonti-ue-1, 2021>.

<sup>56</sup>In particolare, per quanto attiene alla materia dell'asilo e del non respingimento, questa è individuata nell'art. 78, paragrafo 2 Tfeue.

<sup>57</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023D1075>.

<sup>58</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023D1076>.

<sup>59</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:acquis>.

<sup>60</sup>S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne*, in Sistema penale, osservatorio sulla violenza contro le donne, disponibile presso <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/osservatorio-sulla-violenza-contro-le-donne-n-3-2023-ladesione-dellunione-europea-alla-convenzione-di-istanbul-del-consiglio-deuropa?out=print, 2023>.

#### 4. La sentenza C-621/21

Delineato il quadro normativo rilevante, è ora opportuno passare all'analisi della sentenza in commento.

##### 4.1. Il fatto e le norme alla base del rinvio pregiudiziale

La causa, da cui origina il rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu<sup>61</sup>, riguarda WS, una cittadina turca, di appartenenza etnica curda, musulmana e divorziata. Ella dichiara di aver subito maltrattamenti dal coniuge divorziato BS, con il quale sarebbe stata costretta a contrarre matrimonio dalla sua famiglia e con cui ha avuto tre figli. Nel 2016, WS, dopo vari episodi di violenza, cui cercava di sfuggire recandosi in centri di accoglienza turchi, decide di lasciare BS per andare a vivere con un altro uomo, nonostante il mancato sostegno della sua famiglia d'origine. Ella contrae matrimonio religioso con il nuovo uomo nel 2017 e i due hanno successivamente avuto un figlio.

WS decide di lasciare la Turchia nel giugno 2018, recandosi legalmente in Bulgaria, con passaporto nazionale e visto di lavoro. Una volta lasciato il suo Paese d'origine, ella decide di portare a compimento il divorzio, ufficializzato soltanto a settembre 2018. In Bulgaria ottiene illegalmente un visto per la Germania, dove abitava sua zia. Una volta arrivata in Germania presenta la richiesta di protezione internazionale, fondata sulla violenza domestica subita. La Darzhavna agentsia za bezhantsite (DAB - agenzia nazionale per i rifugiati bulgara), con decisione del 28 febbraio 2019, prende in carico l'esame della sua domanda di protezione internazionale. La richiedente viene rimandata in Bulgaria, dove si svolgono nell'ottobre 2019 tre colloqui di valutazione in cui WS espone la sua situazione. Ella riporta di temere per la propria vita a causa di minacce ricevute dal suo ex coniuge, dalla famiglia di quest'ultimo e dalla propria famiglia d'origine, dando prova di queste. Di fronte a tali minacce, WS teme di essere uccisa qualora ritornasse in Turchia. Con

---

<sup>61</sup>Art. 267 Tfu: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;  
b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

decisione del 21 maggio 2020, tuttavia, il direttore della DAB respinge la domanda di protezione internazionale, ritenendo i motivi addotti per lasciare la Turchia irrilevanti e non coperti dalle cause di persecuzione della legge bulgara, riproduttiva della Convenzione di Ginevra e della direttiva qualifiche<sup>62</sup>. La ricorrente decide di presentare ricorso avverso la decisione del DAB, ma questa viene confermata dall'Administrativen sad Sofia grad (Tribunale amministrativo della città di Sofia) e dal Varhoven administrativen sad (Corte suprema amministrativa).

Il 13 aprile 2021 WS presenta una nuova domanda di protezione internazionale, sostenuta da nove prove scritte aggiuntive, attinenti sia alla sua condizione personale che al suo Paese di origine. Ella sostiene, sulla base degli elementi probatori addotti, che sussistono i motivi per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ex art. 8, par. 1, Zakon za ubezhishteto i bezhantsite (ZUB - legge sull'asilo e sui rifugiati)<sup>63</sup>. Infatti, secondo la richiedente, in qualità di donna vittima di violenza domestica e potenziale vittima di delitti d'onore, essa rientrerebbe nella categoria di gruppo sociale. WS riconosce che gli agenti della persecuzione sono soggetti non statali, ma sostiene che lo Stato turco non sarebbe in grado di proteggerla, ciò anche alla luce dell'uscita della Turchia dalla Convenzione di Istanbul<sup>64</sup>. A ulteriore sostegno della reiterazione della richiesta, ella adduce che il pericolo di subire persecuzioni e violenze sarebbe aumentato, poiché ha nel frattempo avuto un figlio con il nuovo coniuge. L'ufficio della DAB, tuttavia non ammette la domanda reiterata di WS, ritendo che le ulteriori prove non siano indicative e che non testimonino un significativo mutamento nella condizione personale della ricorrente ed in quella del Paese d'origine.

---

<sup>62</sup>La legge in materia è denominata Zakon za ubezhishteto i bezhantsite (ZUB) ed è entrata in vigore il 1° dicembre 2002. Per il testo di legge si veda: [https://aref.government.bg/sites/default/files/uploads/english/ASYLUM%20AND%20REFUGEE%20ACT\\_20.pdf](https://aref.government.bg/sites/default/files/uploads/english/ASYLUM%20AND%20REFUGEE%20ACT_20.pdf).

<sup>63</sup>L'art. 8 del ZUB disciplina le condizioni che danno titolo a beneficiare della protezione internazionale, costituendo pertanto l'attuazione degli artt. 2, 6 e 9 della direttiva qualifiche.

<sup>64</sup>Come noto, la Turchia, in seguito al decreto firmato dal presidente Erdogan il 20 marzo 2021, ha ritirato la sua partecipazione alla Convenzione di Istanbul, segnando un grande passo indietro per la tutela delle donne. Circa la situazione del rispetto dei diritti in Turchia, risulta allarmante la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2023 sulla relazione 2022 della Commissione sulla Turchia (2022/2205(INI)). In particolare, si segnala che nel 2022 in Turchia 334 donne sono state uccise da uomini, mentre 245 sono state trovate morte in circostanze sospette (un dato in crescita rispetto al 2021, in cui i dati erano rispettivamente di 280 e 217). Si esprime altresì una preoccupazione in quanto la tendenza negativa sembrerebbe ben lontana dall'arresto o dal subire un'inversione di tendenza per cui si registra nell'ultimo anno una regressione della democrazia in Turchia. Si riporta altresì una «profonda inquietudine per il deterioramento dei diritti delle donne, la violenza di genere e l'aumento dei femminicidi», ribadendosi la condanna verso il ritiro della Turchia dalla Convenzione di Istanbul. Viene infine menzionata una preoccupazione per la condizione della popolazione curda, essendo questa comunità oggetto di una crescente repressione. Per il report concreto si veda: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0320\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0320_IT.html). Da ciò si ricava che il «timore di persecuzione» richiesto dalla direttiva 2011/95/UE sia presente anche nella sua componente oggettiva.

Pertanto, la ricorrente decide di procedere in giudizio, dinnanzi all'Administrativen sad Sofia grad, per richiedere l'annullamento della decisione della DAB, sostenendo, anche sulla base delle nuove prove fornite, la sua idoneità a beneficiare della protezione internazionale.

Di fronte alla suddetta questione di fatto e di diritto, l'Administrativen sad Sofia grad, ritiene opportuno sottoporre una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Cgue<sup>65</sup>, in quanto la controversia rientra nell'alveo di applicazione del diritto Ue. Infatti, la legge bulgara contestata è attuazione della direttiva 2011/95/Ue. Inoltre, la domanda di rinvio pregiudiziale sarebbe legittima in quanto la Cgue non si era precedentemente espressa a riguardo in casi analoghi<sup>66</sup>.

Il rinvio pregiudiziale permette alla Cgue di assolvere al suo ruolo di interprete esclusivo del diritto europeo. Nell'espletamento di siffatto ruolo, i giudici di Lussemburgo hanno sempre privilegiato un'interpretazione mirata al perseguimento dei fini dell'Ue, come specificati all'art. 3 Tue, andando talvolta contro il dato letterale<sup>67</sup>. Nello specifico, nella sentenza oggetto di esame, le questioni pregiudiziali sollevate sono diverse. Prima di tutto si chiede se nella valutazione della nozione di «violenza contro le donne basata sul genere», si debba far riferimento alla definizione contenuta nella Cedaw e nella Convenzione di Istanbul; oppure se tale nozione ha una rilevanza autonoma e non condizionata dai suddetti Trattati.

In secondo luogo, anche alla luce dei documenti internazionali rilevanti e delle loro interpretazioni<sup>68</sup>, il giudice del rinvio nutre dubbi circa la qualificazione delle donne come gruppo sociale ai sensi dell'art. 10, par 1, lettera d) della direttiva 2011/95. In particolare, si chiede se il genere biologico/sociale della vittima di persecuzione sia da solo idoneo ad individuare tale appartenenza oppure se, ai fini di questa qualifica,

---

<sup>65</sup>Come noto il rinvio pregiudiziale, quale strumento di cooperazione tra i giudici nazionali e Cgue, è volto ad attenuare le difficoltà dipendenti dall'esistenza di più tradizioni giuridiche nazionali che, sebbene meritevoli di tutela nelle loro caratteristiche, non devono ostare all'uniforme interpretazione del diritto eurounitario.

<sup>66</sup>La Cgue, nella sentenza *Cilfit* (Corte giust., 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*), si è occupata di individuare i casi in cui il giudice di ultima istanza è esonerato dall'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale. In particolare, ai fini della nostra analisi, rileva il fatto che il giudice nazionale sia esentato da tale dovere giuridico qualora la questione sia identica ad una già decisa dalla Cgue o vi sia una giurisprudenza consolidata a riguardo (c.d. *acté éclairé*). E. Cannizzaro, *Il diritto dell'Unione Europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2018, p. 235 ss.

<sup>67</sup>La Cgue ha chiarito nel 1982 (Corte giust., 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*) che: «ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi». Si veda a riguardo: P. De Pasquale, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 191 ss.

<sup>68</sup>Oltre alla Convenzione di Istanbul, il giudice del rinvio richiama la Cedaw, e l'interpretazione fornita dal rispettivo Comitato. Si richiama altresì la risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2016, in cui viene sottolineato che le discriminazioni basate sul genere rappresentano una forma di persecuzione idonea per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

debba essere altresì provata la visibilità del gruppo all'interno della società, con riferimento alla situazione nel Paese d'origine.

In terzo luogo, il giudice del rinvio si chiede come debba essere interpretato l'art. 9, par. 3, della direttiva 2011/9/UE qualora le persecuzioni siano commesse da soggetti non statali. Infatti, ai fini della verifica di sussistenza del nesso causale tra persecuzioni e motivi, ci si interroga se sia necessario che gli attori non statali abbiano coscienza del fatto che gli atti persecutori sono basati sul genere biologico/sociale della vittima. Si chiede altresì, sempre in presenza di attori non statali, se sia sufficiente accertare il nesso tra i motivi di persecuzione e gli atti di persecuzione; oppure se sia necessario accertare anche la mancanza di protezione da parte dello Stato.

Infine, il giudice del rinvio chiede alla CgUE di chiarire, qualora non fossero soddisfatte le condizioni per beneficiare dello *status* di rifugiata, se il rischio di essere vittima di delitto d'onore possa essere qualificato da solo come grave danno, dando pertanto titolo a beneficiare della protezione sussidiaria ex art. 15 della direttiva 2011/95/UE; oppure se sia necessario effettuare una valutazione complessiva della violenza basata sul genere. Si chiede, in alternativa, se sia sufficiente, ai fini di beneficiare di protezione sussidiaria, che la richiedente non voglia avvalersi della protezione del Paese d'origine.

#### *4.2. La decisione della Corte*

La CgUE, con riferimento all'interpretazione dell'art. 10, paragrafo 1, lettera d) della direttiva 2011/95/UE, rileva in via preliminare che la Convenzione di Ginevra del 1951 rimane la pietra angolare in materia. Per questo la direttiva qualifica deve necessariamente essere interpretata in modo conforme alla Convenzione di Ginevra. Alla luce di siffatto quadro, prosegue la CgUE, rivestono un particolare ruolo le linee guida emesse dell'Unhcr, le quali specificano che «la caratteristica del sesso può essere correttamente collocata nella categoria di gruppo sociale, con le donne che costituiscono un chiaro esempio di sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e che sono di frequente trattate in maniera differente rispetto agli uomini. (...) Le loro caratteristiche, inoltre le identificano come gruppo in una società, rendendole soggette, in alcuni paesi, a trattamenti e standard differenti». Inoltre, ai sensi dell'art. 78, paragrafo 1, TUE, quale base giuridica delle normative attinenti allo status di rifugiato, la normativa in tema di asilo deve essere altresì interpretata alla luce dei trattati pertinenti. Secondo la CgUE, la Cedaw, seppur l'UE non vi abbia aderito, essendo stata ratificata da tutti gli Stati membri, rientra nell'alveo di applicazione della norma, condizionando l'interpretazione della direttiva qualifica. Per quanto attiene alla Convenzione di Istanbul, la Corte di Lussemburgo rileva che l'art. 78 TUE fa riferimento alle competenze UE nell'ambito della costruzione di un sistema comune d'asilo, di cui la stessa direttiva 2011/95/UE è espressione. Pertanto, gli obblighi posti dalla Convenzione di Istanbul che rientrano in tale materia, ed in particolare quelli

stabiliti all'art. 60, fanno sì che la direttiva oggetto di analisi debba essere interpretata alla luce della Convenzione *de qua*, anche se taluni Stati membri, come la Bulgaria, non l'hanno ratificata.

Effettuata questa indagine preliminare, atta a riconoscere l'integrazione e la complementarità dei testi richiamati, la Cgue passa a valutare se e a quali condizioni le donne possono dunque qualificarsi come appartenenti a un gruppo sociale. I giudici di Lussemburgo considerano che l'appartenenza delle donne al medesimo sesso costituisce di per sé una caratteristica innata, senza escludere la possibilità di un'ulteriore suddivisione all'interno del gruppo, nel caso in cui queste condividano un aspetto comune supplementare, come quello di essersi sottratte ad un matrimonio forzato. Per quanto attiene all'altra condizione, ossia quella riguardante la percezione delle donne all'interno della società, questa sarà soddisfatta ogni qualvolta le norme sociali, morali o giuridiche nel Paese d'origine facciano sì che le stesse siano percepite come diverse dal resto della comunità. Nel fare questa distinzione, la Cgue richiama le già menzionate linee guida in materia di protezione internazionale dell'Unhcr (n. 2/2002). Sulla base di queste considerazioni, la Cgue conclude nel senso di ritenere che le donne, nel loro insieme, possono essere considerate come appartenenti ad un gruppo sociale se si accerta che le stesse, nel loro Paese d'origine, sono esposte a causa del loro sesso a violenze fisiche o mentali. Riveste pertanto un ruolo centrale la valutazione di come le donne sono viste nel Paese d'origine, la quale spetta comunque allo Stato membro cui viene sottoposta la richiesta. Per questo è necessario raccogliere informazioni relative al Paese d'origine, garantendo comunque che l'esame della fondatezza del timore tenga conto anche della situazione individuale del richiedente. Come già rilevato, infatti, la valutazione del fondato timore di persecuzione si compone di un elemento oggettivo e di uno soggettivo<sup>69</sup>.

La Cgue passa poi ad esaminare l'ulteriore questione pregiudiziale, ossia quella attinente all'interpretazione dell'art. 9, par. 3, della direttiva 2011/95/Ue, inerente all'individuazione del nesso causale. Come stabilito all'art. 6, lettera c) della medesima direttiva, per individuare la responsabilità degli attori non statali deve essere previamente mostrato che i soggetti che offrono protezione non possono o non vogliono tutelarli in maniera effettiva<sup>70</sup>. Una volta richiamate le linee guida dell'Unhcr (n.1/2002), la Cgue chiarisce che l'art. 9, par 3, della direttiva deve essere interpretato nel senso che, qualora gli atti persecutori siano perpetuati da attori non statali, non è necessario stabilire un nesso tra i motivi di persecuzione menzionati dalla direttiva e gli atti incriminati, purché esista un nesso tra i motivi di tali atti e la mancanza di tutela da parte dei soggetti competenti ex. art. 7, par. 1, di detta direttiva.

---

<sup>69</sup>Nel caso di WS, pertanto, il ritiro della Turchia dalla Convenzione di Istanbul, e l'aver avuto un figlio con il nuovo marito, potranno essere elementi derimenti per la concessione della protezione internazionale.

<sup>70</sup>Nel caso di WS, il fatto che la stessa si fosse recata più volte in centri di antiviolenza potrebbe essere una prova della circostanza che il suo Paese d'origine non sia stato capace di fornirle una tutela perpetua e adeguata.

Per quanto attiene all'ultima questione, ossia l'individuazione del danno grave ex art. 15 della direttiva 2011/95/Ue, rilevante ai fini della concessione di protezione sussidiaria, la Cgue chiarisce in via preliminare che la questione sarà rilevante nel caso di specie solo qualora il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che WS non può beneficiare dello *status* di rifugiato. Considerato ciò, la Cgue, nell'esaminare la questione, sottolinea che la lettura dell'art. 15, in combinato disposto con il considerando 34 della direttiva *de qua*, porta a ritenere presente un danno grave ogniqualvolta vi sia pericolo di morte o di tortura o trattamento inumano o degradante. Per quanto attiene alla valutazione della domanda di protezione sussidiaria, inoltre, la direttiva qualifica, all'art. 18, applica in via analogica le norme dettate per la concessione dello *status* di rifugiato. Per questo, considera la Cgue, anche le disposizioni concernenti la protezione sussidiaria dovranno essere interpretate alla luce della situazione delle donne nel loro Paese d'origine, come delineate nella sentenza in commento. Pertanto, il danno grave, necessario per il riconoscimento della protezione sussidiaria, ricomprende la minaccia effettiva di essere uccisa o subire atti di violenza a causa della presunta violazione di norme culturali, religioni e tradizionali.

Si possono notare, a riguardo, dei punti di contatto con la giurisprudenza italiana, quale testimonianza dell'omogeneità di obblighi, anche interpretativi, scaturenti dalla ratifica della Convenzione di Istanbul<sup>71</sup>.

Con due sentenze del 2017<sup>72</sup>, la Corte di Cassazione ha iniziato a riconoscere il diritto alla protezione internazionale alle vittime di violenza di genere. In particolare, con sentenza n. 12333/2017, i giudici supremi riconoscono che la violenza domestica rientra nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti ex art. 14, lett. b), d.lgs 251/2007. La Corte considera altresì l'impellenza, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, di considerare la situazione nel Paese d'origine<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup>La Convenzione di Istanbul è stata ratificata in Italia con la l. 77 del 2013, e ha nel nostro ordinamento efficacia di norma interposta, ex art. 117 Cost. La ratifica ha prodotto una serie di modifiche legislative, tra cui si richiama l'emanazione del «Codice Rosso». Inoltre, i giudici nazionali sono chiamati a dare una lettura convenzionalmente conforme alle disposizioni legislative. Per un'analisi delle più recenti innovazioni giuridiche attinenti si consiglia la lettura di I. Boiano, *Il quadro normativo italiano in tema di violenza nei confronti delle donne e violenza domestica a seguito della legge 24 novembre 2023, n.168*, in *Questione Giustizia*, disponibile presso [https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-donne\\_2024](https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-donne_2024).

<sup>72</sup>Cass. civ., sez. VI, 17 maggio 2017, n. 12333; Cass. civ., sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152. Per un commento si richiama la lettura di D. Genovese, *Violenza di Genere e protezione internazionale. Note a margine di una recente orientamento della Cassazione*, in *Questione giustizia*, disponibile presso [https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not\\_05-02-2018.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php), 2018.

<sup>73</sup>Tale principio di diritto è stato ribadito di recente dalla Cass.civ., sez. 3, 20 aprile 2022, n. 12647. I giudici di legittimità, dovendo considerare la situazione di una donna albanese, hanno sottolineato la necessità di considerare i fatti individuali della richiedente, inserendoli all'interno del Paese d'origine. I giudici, nella menzionata sentenza, escludono altresì che la violenza di genere, alla luce dei Trattati pertinenti, possa essere considerata come vicenda endofamiliare.

Invece, con sentenza n. 28152/2017 la Corte, dopo aver richiamato la Convenzione di Istanbul e le linee guida dell'Unhcr del 2002, considera come appartenente ad un gruppo sociale una donna nigeriana che si era opposta alle norme consuetudinarie che le imponevano, divenuta vedova, di sposare il cognato. La Corte riconosce altresì che tali codici locali avrebbero impedito alla ricorrente di trovare protezione nelle autorità statali.

Tale linea interpretativa è stata seguita e specificata anche in seguito. Infatti, nel 2021, la Corte di Cassazione ha ribadito che, con l'adesione alla Convenzione di Istanbul, gli Stati si sono impegnati a adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire il riconoscimento della violenza contro le donne quale forma di persecuzione ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, relativa allo status di rifugiato, e come una forma di grave pregiudizio che dà luogo a protezione sussidiaria<sup>74</sup>. Seguendo lo stesso principio, ancor più di recente, l'organo di nomofilachia ha chiarito che «in tema di protezione internazionale, gli atti di violenza domestica, così come intesi dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul, quali limitazioni al godimento dei diritti umani fondamentali, possono integrare i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria»<sup>75</sup>.

Merita altresì menzione, da ultimo, il principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione, sezione Penale, il 15 maggio 2023 «la violenza avviene sempre e solo su un piano inclinato a favore dell'autore e gli esiti sono sempre unidirezionali a vantaggio di questi; mentre la conflittualità di coppia si sviluppa su un piano paritario, in cui i protagonisti si riconoscono reciprocamente come soggetti autonomi, dotati di dignità e libertà, e gli esiti del contrasto sono alterni, non prevedibili e tali da non ingenerare mai paura dell'altro»<sup>76</sup>. Ciò da prova di quanto il diritto stia progressivamente prendendo coscienza dei fenomeni di violenza di genere, caratterizzati dalla visione gerarchica dei sessi, i quali richiedono l'applicazione di una prospettiva di genere.

#### *4.3. Le ripercussioni della decisione*

La sentenza resa dalla Cgue nell'ambito del rinvio pregiudiziale ha solo una valenza ermeneutica del diritto europeo, mentre al giudice nazionale rimane il compito di risolvere la controversia, applicando il principio di diritto affermato dai giudici di Lussemburgo<sup>77</sup>. Le sentenze interpretative sono pertanto vincolanti per il giudice del

---

<sup>74</sup>Cass. civ, sez. IV, 4 gennaio 2021, n. 10.

<sup>75</sup>Cass. civ, sez. IV, 6 giugno 2022, n. 18084.

<sup>76</sup>Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2023, n. 37978.

<sup>77</sup>In dottrina si è osservato come «L'art. 267 del Tfu si connota dunque come una norma fondata su una netta ripartizione di competenze tra Corte e giudice nazionale: alla prima è riservato il compito di fornire la risposta ermeneutica ai quesiti sottoposti, mentre al secondo spetterà in via esclusiva il compito di apprezzarne la pertinenza con riguardo alla soluzione concreta della controversia dinanzi a

rinvio, imprimendo un certo contenuto normativo alla disposizione oggetto di interpretazione. Gli altri giudici nazionali, al pari della stessa Cgue, non sono in realtà vincolati dalla sentenza interpretativa. Ma in via di fatto, a seconda del grado di consolidamento della giurisprudenza, l'interpretazione fornita dalla Cgue potrà assumere una valenza *erga omnes*<sup>78</sup>. Pertanto, la pronuncia potrà rivestire un ruolo fondamentale per la decisione, tutt'ora pendente, delle cause riunite C-608/22 e C-609/22. Queste ultime attengono alla richiesta di rinvio pregiudiziale circa la possibilità di qualificare le donne afghane, sulla base del solo genere, quali vittime di atti persecutori ex direttiva 2011/95/Ue, senza necessità di valutare la loro condizione personale. Secondo le conclusioni dell'avvocato generale (Ag) De La Tour<sup>79</sup>, depositate il 9 novembre 2023<sup>80</sup>, nulla osta a riconoscere le donne afghane, sottoposte al regime dei talebani, come beneficiare di protezione internazionale. Il solo fatto di appartenere al genere femminile, prosegue l'Ag, soddisferebbe la condizione di verificare il fondato timore di persecuzione richiesto dalla normativa europea, senza necessità di valutare le condizioni del singolo richiedente. Sebbene la Cgue ancora non si sia espressa a riguardo, possiamo aspettarci che le cause riunite *de qua* si collocheranno nel medesimo filone interpretativo della C-621/21. Ossia un'interpretazione, resa possibile grazie al progressivo sviluppo avvenuto in materia di protezione internazionale, atta a prendere sempre più coscienza della necessità di applicare, nel diritto internazionale dei rifugiati, una prospettiva di genere.

##### 5. *Le donne come gruppo sociale: una tutela effettiva?*

Come visto, il diritto internazionale dei rifugiati soffre di un peccato originale, ossia quello di essere pensato esclusivamente in un'ottica maschile<sup>81</sup>. In assenza di una modifica della Convenzione di Ginevra, il progressivo sviluppo volto ad integrare la prospettiva di genere è stato reso possibile grazie all'interpretazione evolutiva, prima di tutto fornita dalle linee guida dell'Unhcr (2002). Rimanendo la Convenzione di

---

lui pendente». D. P. Domenicucci, *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale*, disponibile presso [www.csm.it](http://www.csm.it), 2010.

<sup>78</sup>Si veda a riguardo: E. Cannizzaro, *op. cit.*

<sup>79</sup>Gli 11 avvocati generali presso la Cgue hanno il compito di assistere la Corte nell'espletamento delle sue funzioni. In particolare, la loro funzione è quella di presentare delle «conclusioni» sulle cause che vengono loro attribuite. Tale atto, non vincolante, si sostanzia in un parere giuridico circa la risoluzione della controversia. Per approfondimenti si veda: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/it/#composition](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/it/#composition).

<sup>80</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CC0608>.

<sup>81</sup>In particolare, la Convenzione fu negoziata primariamente dagli Stati Uniti e gli alleati europei al fine di tutelare coloro che scappavano dal regime sovietico. Per questo, la definizione di rifugiato *in* contenuta mira a rispondere solo alle istanze di questi soggetti, lasciando fuori una serie di individui, seppur meritevoli di tutela. L'attività interpretativa è stata necessaria per ricomprendere anche queste categorie ulteriori all'interno della protezione internazionale. Si veda a riguardo J. Freedman, *op. cit.*

Ginevra il trattato fondamentale in materia, i successivi strumenti normativi, quali la direttiva qualifiche e la Convenzione di Istanbul, non volendo stravolgere la disciplina, hanno optato per l'integrazione della prospettiva di genere nella definizione contenuta nell'art. 1A (2) della Convenzione di Ginevra.

Uno dei punti di diritto della sentenza in commento è quello attinente alla possibilità di qualificare le donne come appartenenti ad un gruppo sociale. Tuttavia, occorre chiedersi se tale qualifica vada realmente a beneficio della condizione femminile, o se finisca per riprodurre una visione stereotipata della donna come «vittima»<sup>82</sup>. Infatti, parte della dottrina ha sostenuto che la ricostruzione delle donne come gruppo separato abbia talvolta contribuito alla marginalizzazione delle stesse identificandole esclusivamente per la loro vulnerabilità<sup>83</sup>. Questa ricostruzione, portando alla creazione di una visione univoca delle donne come soggetti passivi ed impotenti, tenderebbe a depoliticizzare e svalutare il loro ruolo di *agency*<sup>84</sup>. Inoltre, la visione delle donne come un gruppo monolitico ed omogeneo, eliminerebbe le differenze esistenti tra di loro, svalutando la loro individualità e le differenti manifestazioni della violenza di genere<sup>85</sup>.

È stato rilevato che la riconduzione delle persecuzioni negli altri motivi previsti dell'art. 1. A (2) della Convenzione di Ginevra 1951 potrebbe garantire alle donne un livello di tutela superiore. Ad esempio, la violenza di genere sarebbe meglio inquadrabile come un tipo di persecuzione di carattere politico. Ad ostare al riconoscimento del ruolo politico delle donne, ancora una volta, è il fatto che il concetto di politica ha preso principalmente le mosse da una visione maschile, basata sulla contrapposizione tra la sfera pubblica e quella privata, che ha portato a sottovalutare i meccanismi di partecipazione non formali<sup>86</sup>. La stessa direttiva qualifiche, in realtà, prende atto dell'importanza di adottare una concezione onnicomprensiva di politica, riconoscendo che le persecuzioni politiche comprendono

---

<sup>82</sup>Una notazione linguistica appare rilevante. All'interno del diritto internazionale dei rifugiati, tutti i termini sono coniugati in maschile. L'unica espressione coniugata al femminile sembrerebbe essere proprio quella di vittima. Vi è una significativa letteratura sul tema del sessismo nella lingua italiana, si richiama qua lo scritto di A. Sabatini, *Il sessismo nella lingua italiana*, Roma, 1987.

<sup>83</sup>Ad esempio, si richiama la redazione di statistiche, volte a trarre l'attenzione sulla figura delle donne rifugiate, che tengono a raggruppare le stesse insieme alla categoria dei bambini, ignorando ancora una volta le differenze tra uomini e donne e facendo rientrare le stesse nella categoria esclusivamente per il loro essere vulnerabili. J. Freedman, *op. cit.* Appare altresì proficua la lettura di M. G. Bernardini, E. La Spina, D. M. Taramundi e P. Parolari, *(Un)doing gender and migration stereotypes. Per un'analisi critica degli stereotipi nel rapporto tra genere e migrazioni*, in AG AboutGender, 2021, p. I ss.

<sup>84</sup>H. Crawley, *Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process*, in *Gender and displacement*, p. 17 ss. [https://www.fmreview.org/gender-and-displacement/crawley\\_2000](https://www.fmreview.org/gender-and-displacement/crawley_2000). Si suggerisce altresì la lettura di H. Crawley, *Saving Brown Women from Brown Men?*, in *Refugee Survey Quarterly*, p. 355 ss. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdac021>, 2022.

<sup>85</sup>V. Foote, *Women as a Particular Social Group: A Reconsideration*, in *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, 1994, p. 8 ss.

<sup>86</sup>*Ibidem*.

anche forme di opposizione nei confronti soggetti non statali<sup>87</sup>. In questo modo sarebbe possibile estendere l'applicazione della tutela anche a coloro che non vogliono soggiacere, per esempio, a matrimoni forzati imposti dalla famiglia.

Anche le linee guida dell'Unhcr n.2/2002, a bene vedere, esortano gli Stati a non assolutizzare la riconduzione delle violenze di genere al motivo dell'appartenenza ad un dato gruppo sociale, poiché così facendo si sottostimerebbero le altre ragioni, le quali invece mantengono una fondamentale rilevanza<sup>88</sup>. Inoltre, la stessa Relazione esplicativa della Convenzione di Istanbul prende atto di come il riconoscimento delle donne come appartenenti ad un gruppo sociale abbia fatto passare in secondo piano gli altri motivi di persecuzione, come quelli religiosi e politici<sup>89</sup>.

Per questo, sembra possibile ritenere che la normativa internazionale ed europea tenda ad equiparare tra loro i motivi di cui all'art. 1A (2). Nonostante ciò, la prassi giurisprudenziale propende a ricondurre tutte le persecuzioni subite al fatto che le donne appartengono a un gruppo sociale, e la sentenza in commento non fa eccezione. Un approccio *case-by-case*, reso possibile grazie al riconoscimento del connotato politico della persecuzione, sarebbe più opportuno, garantendo alle donne non solo la visibilità che a lungo è stata negata, ma anche il riconoscimento della loro capacità di *agency*. Nel ricercare il carattere politico è importante dare spazio all'analisi del caso concreto, evitando di perdersi in questioni definitorie, legate alla distinzione tra pubblico e privato<sup>90</sup>. Siffatto esame deve indagare la realtà delle donne ed il modo in cui il genere è costruito nello specifico contesto geografico, storico, politico e socioculturale del Paese d'origine. Infatti, a seconda dei casi, l'affermazione della propria autonomia da parte della donna può essere considerata come un gesto di sfida rispetto all'iniqua distribuzione del potere all'interno della società e alle strutture che sono alla base di siffatta ineguaglianza. In tale quadro emerge con chiarezza il carattere politico della persecuzione<sup>91</sup>. Lo stesso Comitato della Cedaw, nella Raccomandazione n. 32 del 2014, ha riconosciuto che *«women are active agents who play important roles as political leaders, members of Governments or opposition groups, journalists, human rights defenders and activists, lawyers and judges, among others. They are targeted on account of*

---

<sup>87</sup>L'art. 10, par. 1, lett. e), specifica che «il termine opinione politica si riferisce, in particolare, alla professione di un'opinione, un pensiero o una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori di cui all'articolo 6 e alle loro politiche o metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti».

<sup>88</sup>E. Rigo, *La protezione internazionale alla prova del genere, elementi di analisi e problematiche aperte*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 117 ss.

<sup>89</sup><https://www.irpps.cnr.it/wp-content/uploads/2022/02/Rapporto-esplicativo-della-Convenzione-del-Consiglio-dEuropa-sulla-Prevenzione-e-la-lotta-contro-la-violenza-nei-confronti-delle-donne-e-la-violenza-domestica.pdf>.

<sup>90</sup>T. Spijkerboer, *Women and Refugee Status: Beyond the Public/private Distinction: a Study Commissioned by the Emancipation Council*, in *Emancipation Council*, 1994, p. 58 ss.

<sup>91</sup>Ciò è quanto riconosciuto anche dal *Refugee status appeals Authority* della Nuova Zelanda, ricorso n. 76044, par. 84: <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/nzlr/2008/en/61848>.

*their political opinions and/or activities, including the expression of women's rights*<sup>92</sup>. Il riconoscimento del carattere politico della resistenza delle donne rispetto all'oppressione subita a causa del loro genere riuscirebbe pertanto a dar dignità alla singola storia. Ciò renderebbe possibile, altresì, l'applicazione un approccio intersezionale. Quest'ultimo consiste nella valutazione cumulativa delle differenti forme di discriminazioni che possono colpire un medesimo soggetto, imponendo, a cascata, l'esame congiunto delle persecuzioni contenute nella definizione di rifugiato<sup>93</sup>. Infatti, non possiamo ignorare come sovente le battaglie per i diritti delle donne sono state portate a termine grazie all'alleanza con altri movimenti volti alla rimozione di altre forme di oppressione, quali quelle legate alla razza<sup>94</sup>.

### 6. Conclusione

Possiamo ora tentare di delineare una valutazione conclusiva della sentenza oggetto d'esame.

Ci si chiede se, alla luce del quadro giuridico complessivo, la pronuncia sia da considerarsi una vera innovazione, oppure una mera ricognizione di norme e principi di diritto già presenti. In particolare, ci si chiede se la necessità di interpretare il diritto Ue alla luce della Convenzione di Istanbul non discendesse automaticamente dalla ratifica della Convenzione stessa. Come visto, l'Ue, essendo dotata di personalità giuridica, è legittimata a concludere accordi di diritto internazionale *ex 218 T* fue. Questi obblighi internazionali acquisiscono un rango intermedio, quali norme interposte tra il diritto primario ed il diritto derivato. La Corte ha specificato in numerose occasioni come, a seguito della ratifica di trattati internazionali, i giudici nazionali sarebbero obbligati ad interpretare il diritto derivato in conformità con gli obblighi convenzionali<sup>95</sup>. La Convenzione di Istanbul potrebbe costituire una particolare fonte di obblighi in quanto si occupa della materia dei diritti umani. Tuttavia, l'Ue ha in realtà già ratificato un trattato internazionale in materia di diritti umani, ossia la Convenzione

---

<sup>92</sup>CEDAW/C/GC/32:

<https://www.refworld.org/legal/general/cedaw/2014/en/102146?prevDestination=search>.

<sup>93</sup>E. Rigo, *op. cit.*

<sup>94</sup>Il concetto di intersezionalità è stato concettualizzato alla fine degli anni Ottanta proprio per dar conto della duplice discriminazione subita dalle donne nere. Si veda a riguardo: K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in University of Chicago Legal Forum, 1989, p. 139 ss. Si suggerisce altresì la lettura di L. de Pascale e C. Carbone, *Violenza sulle donne e intersezionalità: la capacità di risposta degli interventi a supporto dell'empowerment socio-economico*, in la Rivista delle Politiche Sociali, 2021, p. 87 ss.

<sup>95</sup>A fini esemplificativi si richiamano le sentenze Corte giust., 10 settembre 1996, C-61/94, *Commissione/Germania*; e Corte giust., 22 maggio 2014, C-356/12, *Glatzel*.

Onu sui diritti delle persone con disabilità<sup>96</sup>. Pertanto, come sostenuto da parte della dottrina, sarebbe possibile replicare i principi di diritto espressi con riferimento a quest'ultima Convenzione, ed in particolare l'obbligo di interpretare il diritto euro unitario in conformità con gli obblighi convenzionali<sup>97</sup>. Si conferma pertanto che, dalla ratifica di trattati internazionali, anche se attinenti alla materia dei diritti umani, discende un obbligo interpretativo. Per questo, dalla ratifica della Convenzione di Istanbul conseguiva già il vincolo di interpretare il diritto derivato in conformità a quest'ultima, seppur solo nelle ristrette materie di competenza Ue. Ciò è vieppiù centrale in una materia, quale quella della protezione internazionale, caratterizzata da una spiccata interdipendenza e complementarietà delle fonti giuridiche.

Per quanto attiene alla qualifica delle donne quale gruppo sociale, anche in questo caso la pronuncia della Cgue sembra ribadire quanto già detto a più riprese a partire dalle menzionate linee guida n. 2/2002 dell'Unhcr. Non si è mancato di sottolineare, altresì, come tale approccio possa esser foriero di ulteriori discriminazioni, precludendo alle donne di emergere nella loro individualità. Sarebbe pertanto auspicabile, sul tema, l'adozione di un approccio *case-by-case*, unico in grado di dar voce alle diverse manifestazioni e motivazioni alla base della violenza di genere, nonché alle forme di discriminazione intersezionale.

Nonostante ciò, la pronuncia mantiene una sua centralità in quanto ribadisce l'impegno europeo alla costruzione di un mondo privo di discriminazioni, dando conto degli obblighi scaturenti dall'adesione alla Convenzione di Istanbul. Infatti, la Cgue, con la pronuncia in commento ha riconosciuto l'importanza dell'aver ratificato la Convenzione di Istanbul, sottolineando gli obblighi, prima di tutto interpretativi, che ne discendono. Nel fare ciò, la Cgue svolgerebbe altresì un ruolo pedagogico mostrando, alle altre istituzioni e agli Stati membri, il suo impegno nel combattere e prevenire la violenza di genere.

Si auspica tuttavia che anche le altre istituzioni europee recepiscano la necessità di adattare il diritto europeo alla Convenzione *de qua*. Il riferimento vuole essere alla già menzionata direttiva sulla violenza contro le donne, tutt'ora oggetto di discussione presso le istituzioni europee. Se la direttiva serviva, in un primo momento, a porre strumenti di tutela che potessero sopperire alla mancata ratifica dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, una volta portato a termine il processo di adesione, il testo della direttiva dovrà necessariamente essere conforme alla Convenzione *de qua*. È stato sostenuto, tuttavia, che l'attuale formulazione snaturerebbe il contenuto della

---

<sup>96</sup>L'Ue, essendo dotata di personalità giuridica, è legittimata a concludere accordi di diritto internazionale. Questi acquisiscono un rango intermedio, quali norme interposte tra il diritto primario ed il diritto derivato. P. De Pasquale, *op. cit.*

<sup>97</sup>A riguardo si richiama la lettura di P. Addis, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro*, in *DPCE Online*, 2020, p. 2969 ss. Questo è quanto stabilito nelle cause riunite Corte giust, 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Denmark*. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136161&doclang=IT>.

Convenzione di Istanbul<sup>98</sup>, non recependo adeguatamente il suo approccio olistico. L'attuale testo, infatti, non include la nozione di «molestie sessuali nel mondo del lavoro» ed elimina la previsione normativa in materia di stupro senza consenso. Sono stati altresì eliminati i riferimenti al «genere» e alla «intersezionalità»<sup>99</sup>, minando l'efficacia della direttiva stessa.

Per garantire una tutela effettiva servirebbe un approccio onnicomprensivo, un fronte comune mostrato da tutte le istituzioni Ue: solo attraverso un'azione congiunta si può rimuovere e sradicare un fenomeno strutturale quale è la violenza di genere. Alle istituzioni europee si chiede di assolvere non solo al loro ruolo normativo ma anche educativo. Solo quest'ultimo sarebbe adeguato a «produrre una cultura sociale che valga di per sé come un potente contesto in cui radicare le tendenze che militano contro lo stigma e la prevaricazione»<sup>100</sup>.

\*\*\*

**Abstract:** The preliminary ruling of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in Case C-621/21 signifies a pivotal moment in the acknowledgment of international protection concerning gender-based violence. Interpreting the 2011 European Union Qualification Directive (2011/95/EU), the CJEU acknowledged that women, collectively, can constitute a particular social group under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (Geneva Convention). When women face gender-dependent physical violence in their country of origin, such persecution is attributed to their membership to a particular social group. Consequently, women may qualify for refugee status if they meet the additional conditions outlined in the directive. Furthermore, even if they don't meet the refugee criteria, they may still qualify for subsidiary protection if they would face gender-based physical or mental violence in their home country. Notably, this ruling represents the first time the CJEU has aligned European law with the 2011 Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention). This indicates the recognition, by the CJEU, of the obligations arising

---

<sup>98</sup>A riguardo si richiama quanto detto da Linda Laura Sabbadini: [https://www.repubblica.it/politica/2024/02/20/news/violenza\\_donne\\_linda\\_laura\\_sabbadini\\_stupr\\_o\\_direttiva\\_ue-422172537/](https://www.repubblica.it/politica/2024/02/20/news/violenza_donne_linda_laura_sabbadini_stupr_o_direttiva_ue-422172537/).

<sup>99</sup>Per quanto attiene alla direttiva, si rinvia a: <https://www.amnesty.it/lunione-europea-deve-approvare-una-direttiva-solida-per-contrastare-la-violenza-contro-le-donne/>; [https://www.ansa.it/sito/notizie/speciali/violenza-sulle-donne/2024/02/04/perche-la-direttiva-ue-sul-reato-di-stupro-divide-i-27-paesi\\_71f27e3a-a503-44d3-a689-898631f46bc6.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/speciali/violenza-sulle-donne/2024/02/04/perche-la-direttiva-ue-sul-reato-di-stupro-divide-i-27-paesi_71f27e3a-a503-44d3-a689-898631f46bc6.html).

<sup>100</sup> M. C. Nussbaum, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2012, p. 60.

Virginia Lemme

*La pronuncia pregiudiziale di C-621/21: le donne come gruppo sociale, una tutela effettiva?*

from the EU's accession to the Istanbul Convention, effective since October 1, 2023, after a complex process initiated in 2016.

This paper will explore the relevant legal frameworks at both international and European levels. It will analyze the 1951 Geneva Convention and associated guidelines, Directive 2011/95/EU, and the Istanbul Convention. Additionally, it will delve into the EU's ratification process of the Istanbul Convention, highlighting delays attributed to the failure of certain member states, including Bulgaria, to ratify it. Subsequently, it will scrutinize the CJEU's judgment in Case C-621/21 and the principles it establishes, contextualizing them within the legal frameworks. The paper will then assess whether the CJEU's conclusions represent genuine innovation facilitated by the EU's accession to the Istanbul Convention or if they merely elucidate existing norms. Finally, it will address concerns raised by some scholars regarding the qualification of women as members of a particular social group, questioning whether this categorization provides effective protection or perpetuates a stereotypical portrayal of women as passive victims.

**Keywords:** Refugee law- violence against women- Istanbul Convention- UE-women as particular social group

\*\*\*

**Virginia Lemme** – Dottoranda in Scienze giuridiche presso l'Università di Siena  
(v.lemme@unisi.student.it)

## Considerazioni sul ruolo della legislazione elettorale nelle “democrazie imperfette” a partire dai casi messicano e cileno\*

Rosa Iannaccone\*\*

SOMMARIO: 1. Il trinomio legislazione elettorale, forma di governo e democratizzazione. – 2. Tendenze della legislazione elettorale in America Latina. – 3. La disciplina della materia elettorale in Messico e la “dittatura perfetta”. – 4. Il sistema elettorale cileno: dal binomiale pinochettista al proporzionale. – 5. Le “democrazie imperfette” e il ruolo della legislazione elettorale.

### 1. Il trinomio legislazione elettorale, forma di governo e democratizzazione

La La legislazione elettorale, in quanto complesso di regole e procedure che ordinano la scelta dei titolari di cariche pubbliche da parte dei membri di una comunità, occupa un ruolo di grande rilievo nell’analisi del funzionamento dei regimi politici in generale e delle forme di governo in particolare. Difatti, se le differenze a livello comparativo possono osservarsi tanto da una prospettiva che privilegia l’assetto costituzionale quanto da un punto di vista più ampio, che prende in considerazione il regime politico nel suo funzionamento effettivo e in relazione ai fattori che interagiscono con l’esercizio del potere<sup>1</sup>, tra questi ultimi non si può non considerare il condizionamento esercitato dal sistema elettorale<sup>2</sup>. A seconda della legislazione elettorale adottata, quindi, si fa mutevole l’assetto politico istituzionale in quanto compito di tale sistema istituzionale è organizzare l’esercizio della sovranità popolare

---

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

\*\* Il presente contributo è destinato, con alcune differenze, anche agli atti della Spring School “Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali” che ha avuto luogo il 29 e 30 aprile 2023 a Vatolla.

<sup>1</sup> L. Mezzetti, *L’America Latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, p. 469.

<sup>2</sup> Sul rapporto tra che lega le forme di governo e i sistemi elettorali, intesi o come elemento strutturalmente compreso nelle prime ovvero come loro fattore condizionante, v., *ex pluribus*, L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970; F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981; M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010; M. Volpi, *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali*, in *Quaderni costituzionali*, 1997; Id., *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015; Id., *Libertà e autorità, La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, VIII ed., 2022.

e la qualità di quest'ultima dipende anche dalle modalità attraverso cui può manifestarsi<sup>3</sup>.

L'obbiettivo che ci si propone in questo scritto è illustrare lo stretto legame che la legislazione elettorale ha non solo con l'effettivo funzionamento della forma di governo, ma anche con i processi di democratizzazione, specialmente in una specifica area geografica quale quella latinoamericana. Quest'ultima, infatti, è particolarmente interessante per uno studio incentrato sulla legislazione elettorale in quanto caratterizzata da un consistente attivismo riformista in questa materia, nonostante sia nella maggior parte dei casi costituzionalizzata in modo dettagliato. Allo stesso tempo, il fatto che numerosi paesi della subregione abbiano vissuto colpi di Stato e regimi dittatoriali o autoritari, anche se a volte non apertamente, la rende un oggetto ideale per lo studio che si intende affrontare. Trattandosi di un'area vasta e complessa si è deciso, altresì, di analizzare, dopo una breve introduzione a proposito delle tendenze della normazione elettorale in America Latina, due casi ritenuti notevolmente significativi quali quelli messicano e cileno. La scelta è ricaduta su questi due ordinamenti in quanto entrambi contraddistinti, seppur con le dovute differenze, da testi costituzionali che, fin dalla loro entrata in vigore, sancivano un funzionamento democratico dello Stato e una libera competitività per le cariche elettive. In entrambi i casi, però, ad impedire a lungo una corretta rappresentanza delle forze politiche è stata l'introduzione di specifici sistemi elettorali. Questi ultimi, all'interno di una forma di governo presidenziale a prevalenza dell'Esecutivo<sup>4</sup>, hanno permesso un ulteriore rafforzamento della Presidenza attraverso l'instaurarsi di regole informali che frequentemente hanno condotto ad una forte arbitrarietà nell'esercizio del potere politico e ad una sorta di “cultura della sottomissione”<sup>5</sup> delle Assemblee legislative. Seppur nella consapevolezza che l'analisi di soli due casi possa risultare esigua al fine di trarre conclusioni più generali, si ritiene tale scelta pertinente anche perché alcune recenti vicende politico-costituzionali vissute proprio dai due ordinamenti considerati, di cui si darà conto nelle conclusioni, consentono di avvalorare quanto sostenuto circa il vincolo tra il sistema elettorale, inteso in senso ampio, le dinamiche della forma di governo e lo stato della democratizzazione di un paese.

---

<sup>3</sup> T.E. Frosini, *Le forme di governo e i sistemi elettorali*, in T.E. Frosini (ed.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, p. 147-148.

<sup>4</sup> Definita variamente dalla dottrina, v. H. Nogueira Alcalá, *La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa*, in *Est. cons.*, 2017; J. Lambert, *América Latina*, Barcellona, 1964; F. Claus, *Il presidenzialismo messicano nell'ora della riforma elettorale*, in *Quad. cost.*, 1991; A. Rivera Pineda - C. M. Villabella Armengol, *División de poderes y forma de gobierno. El presidencialismo en América Latina*, in D. Valadés - M. Carbonell (a cura di), *El Estado constitucional contemporáneo*, México, 2006; R. Combellas (a cura di), *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; F. Moderne, *Les avatars du présidentielisme dans les États latinoaméricains*, in *Rev. pouv.*, 2001.

<sup>5</sup> v. D. Valadés, *El sistema presidencial mexicano. Actualidad y perspectivas*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2011.

## 2. Tendenze della legislazione elettorale in America Latina

Prima di passare all'analisi dei casi in esame, si tratterà una sommaria ricostruzione delle caratteristiche assunte dalla legislazione elettorale in America Latina<sup>6</sup>, soffermandosi particolarmente sull'attivismo riformista che caratterizza quest'area in tale ambito.

Come tendenza generale, la maggior parte delle Costituzioni latinoamericane è molto più dettagliata in materia elettorale rispetto a quelle europee tanto che una parte sostanziale della legislazione in materia si trova proprio nei testi costituzionali di quasi tutti i Paesi latinoamericani. I costituenti hanno, infatti, privilegiato lo sviluppo di uno schema di garanzie rispetto alla necessità di trasformazione nel tempo<sup>7</sup>. Nonostante ciò, l'America Latina è una delle regioni del mondo dove più sono state realizzate riforme elettorali e in particolare negli ultimi quarant'anni. Difatti, a partire dalla terza ondata di democratizzazione<sup>8</sup>, questa area ha mostrato una costante attività di riforma elettorale e una chiara tendenza alla sincronia tra i temi discussi nei vari Paesi, che hanno incluso il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, la gestione delle elezioni, il regime dei partiti e la giustizia elettorale<sup>9</sup>.

In linea generale, mentre i cambiamenti istituzionali introdotti nella seconda metà del XX secolo miravano principalmente a rendere le regole elettorali più proporzionali per includere una gamma più ampia di attori politici emergenti, il XXI secolo ha fatto avanzare questo obiettivo attuando riforme volte ad una maggiore inclusività delle regole elettorali, nonché all'incorporazione di gruppi

---

<sup>6</sup> *v. ex pluribus*, D. Nohlen, *La reforma de la ley electoral. Pautas para una discusión*, in *Revista de Investigaciones Sociales*, 1981; B. Geddes, *A Game Theoretic Model of Reform in Latin American Democracies*, in *American Political Science Review*, 85, 1991; D. Nohlen, *Los sistemas electorales en América Latina y sus debates sobre la reforma electoral*, Città del Messico, 1993; A. Marengo, *Reformas electorales en América Latina: condiciones y resultados de los cambios en las reglas de la competencia*, in A. Fontaine, C. Larroulet, J. Navarrete, I. Walker (eds.), *Reforma del sistema electoral chileno*, Santiago del Cile, 2009; L. Wills-Otero, *Electoral Systems in Latin America: Explaining the Adoption of Proportional Representation Systems During the Twentieth Century*, in *Latin American Politics and Society*, 2009; G.L. Negretto, *La reforma política en América Latina. Reglas electorales y distribución de poder entre presidente y Congreso*, in *Desarrollo Económico*, 2010; K. Casas-Zamora, M. Vidaurri, B. Muñoz-Pogossian, R. Chanto (eds.), *Reformas Políticas en América Latina. Tendencias y casos*, Washington, 2016; F. Freidenberg.

<sup>7</sup> M. Catón, D. Sabsay, B. Thibaut, *La legislación electoral. Bases legales, estatus, mecanismos de reforma*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco, J. Thompson (coomp.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Città del Messico, 2007, p. 109.

<sup>8</sup> S.P. Huntington, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998.

<sup>9</sup> H. Picado León, *¿Cómo viajan las reformas electorales de un País a otro? La difusión y la convergencia electoral en América Latina*, in F. Freidenberg (coord.), *Reformas electorales en América Latina*, Città del Messico, 2022, p. 25.

sottorappresentati e all'ampliamento dei diritti dei cittadini<sup>10</sup>. In effetti, spiccano alcune clausole del più recente costituzionalismo latinoamericano: in Argentina, Ecuador, Messico e Venezuela, la Costituzione prescrive una rappresentanza minima per le donne e le minoranze indigene; Guatemala e Panama regolano questo aspetto nelle loro leggi elettorali; e in Paraguay e Colombia l'accesso delle donne alle cariche pubbliche è incoraggiato, anche se senza requisiti specifici<sup>11</sup>.

Tra il 1977 e il 2019, sono state approvate almeno 239 riforme elettorali in 18 Paesi latinoamericani. Tuttavia, non tutti hanno realizzato lo stesso numero di riforme e della stessa incisività e pertanto è possibile classificarli in iperattivi (Ecuador, Perù, Messico e Repubblica Dominicana), moderati (Argentina, Bolivia, Panama, Costa Rica, Brasile, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Venezuela e Colombia) e passivi (Uruguay e Paraguay). Questo intenso attivismo riformista ha reso l'America Latina un eccellente laboratorio in questo ambito, ma allo stesso tempo è apparentemente contrario al presupposto della stabilità istituzionale funzionale al consolidamento democratico. In questa subregione, però, il cambiamento delle regole elettorali e politiche è stato utilizzato come risposta ai problemi di funzionamento democratico e gli sforzi per costruire società più egualitarie hanno trovato nelle riforme politico-elettorali, contenute nelle leggi o nella Costituzione, uno strumento per trasformare le condizioni di accesso e/o di esercizio del potere e per rendere le elezioni sempre più competitive<sup>12</sup>.

Infatti, il lungo processo di transizione e affermazione della democrazia in America Latina ha condotto, proprio grazie ad alcune modifiche della legislazione elettorale, alla reale elezione dei leader e alla periodicità delle elezioni. Nei più recenti processi di modifica costituzionale, da un lato, la tendenza è stata quella di ridurre la durata del mandato presidenziale, mentre nella sfera legislativa il periodo elettorale è risultato essere ugualmente lungo e coincidente a quello presidenziale<sup>13</sup>. Dall'altro, per quanto riguarda l'elezione dei deputati, la maggior parte delle Costituzioni ha favorito, implicitamente o esplicitamente, la rappresentanza proporzionale o almeno un sistema favorevole alla formazione di legislature pluralistiche nella loro composizione partitica. Per quanto riguarda, invece, l'elezione dei senatori, diversi Paesi hanno implicitamente optato per un sistema maggioritario, dal momento che sono eletti in circoscrizioni piccole (uni, bi o trinomiali), oppure è esplicitamente stabilito che tutti i seggi

---

<sup>10</sup> C. Uribe Mendoza, *Las reformas electorales en América Latina: los retos en los procesos de cambio institucional y los desafíos para la construcción democrática*, in F. Freidenberg (coord.), *op. cit.*, p. 316.

<sup>11</sup> M. Catón, D. Sabsay, B. Thibaut, *La legislación electoral. Bases legales, estatus, mecanismos de reforma*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco, J. Thompson (coomp.), *op. cit.*, p. 113.

<sup>12</sup> F. Freidenberg, *Las reformas electorales en América Latina: una evaluación de los procesos de cambio de reglas de juego*, in F. Freidenberg (coord.), *op. cit.*, p. 3 ss.

<sup>13</sup> M.L. González, *Organos electivos: composición y periodos electorales*, in F. Freidenberg (coord.), *op. cit.*, p. 113.

senatoriali in gioco in una circoscrizione o la maggioranza di questi (come, ad esempio in Argentina, due su tre) spettino al partito con il maggior numero di voti.

Tuttavia, vale la pena ricordare che in alcuni Paesi, come Uruguay, Colombia e Paraguay, i testi costituzionali optano per la rappresentanza proporzionale anche nel caso delle elezioni della camera alta<sup>14</sup>.

L'intento di democraticizzare l'ordinamento non è però stato sempre il fine ultimo delle riforme elettorali che, invece, spesso sono state piuttosto il risultato della volontà delle élite politiche di controllare le regole del gioco e massimizzarne i benefici per le proprie aspettative di potere<sup>15</sup>. In effetti, variano anche in soggetti che hanno guidato i cambiamenti elettorali: alcuni sono stati guidati da élite politiche di parte, come in Messico, altri dalla società civile, con il sostegno di organizzazioni internazionali come avvenuto in Colombia nel 2014 e altri ancora sono stati adottati da organi costituzionali e/o giudiziari, ad esempio in Costa Rica nel 2008 e El Salvador nel 2013. Le fonti endogene delle riforme hanno come protagonisti i partiti politici che fanno parte del ramo legislativo come, ad esempio, in Guatemala nel 2016 o nella Repubblica Dominicana nel 2015. Tuttavia, è possibile individuare anche la presenza di altre fonti di riforma come il partito di governo, come successo, tra gli altri, in Messico, in Cile nel 2015, in Colombia nel 2016 e nel 2018, in Ecuador nel 2015 e nel 2018 e in Perù nel 2019, o il corpo elettorale come accaduto in Honduras nel 2012 e nel 2016 e in Venezuela nel 2015<sup>16</sup>.

### 3. *La disciplina della materia elettorale in Messico e la “dittatura perfetta”*

Soffermandoci adesso sul primo degli ordinamenti in analisi, quello messicano, l'elemento maggiormente caratteristico è che, attraverso il sistema elettorale, l'Esecutivo è riuscito a lungo a vanificare l'azione dei, seppur deboli, meccanismi previsti dalla Costituzione per condividere e controbilanciare il potere presidenziale. In questo modo, per molto tempo, è stata annullata la divisione dei poteri, sia orizzontalmente che verticalmente, dando vita ad un governo unitario e indiviso<sup>17</sup>. La centralità ricoperta dalla carica presidenziale all'interno dell'ordinamento messicano, oltre a dipendere dalle caratteristiche formali della forma di governo è stata ulteriormente rafforzata, soprattutto nel periodo del “presidenzialismo egemonico”,

---

<sup>14</sup> M. Catón, D. Sabsay, B. Thibaut, *La legislación electoral. Bases legales, estatus, mecanismos de reforma*, in D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco, J. Thompson (comp.), *op. cit.*, 115-116.

<sup>15</sup> F. Freidenberg, *Las reformas electorales en América Latina: una evaluación de los procesos de cambio de reglas de juego*, in F. Freidenberg (coord.), *op. cit.*, p. 4.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>17</sup> M. Amparo Casar, *Las bases político-institucionales del poder presidencial en México*, in *Política y Gobierno* III, 1996, p. 62.

dalla presenza di quelle che illustre dottrina ha definito “*facultades metaconstitucionales*”<sup>18</sup>. Tra questi poteri vi erano, in particolare, quelli derivanti dalla coincidenza di fatto tra la Presidenza della Repubblica e quella del partito al potere, il Partito Rivoluzionario Istituzionale. Si trattava del potere del Presidente di nominare il suo successore, il *cd. dedazo*; di nominare e rimuovere i governatori degli Stati; e di “approvare” le personalità che componevano il potere legislativo – a livello federale e statale – e i membri della magistratura federale, in modo da avere il controllo politico sulla totalità dei poteri pubblici.

Tali facoltà, quindi, consentivano al Capo dell’esecutivo di dominare non solo il governo e la pubblica amministrazione, ma anche i rami legislativo e giudiziario e i governi statali<sup>19</sup>. Ciò è stato possibile grazie al vicendevole effetto che il sistema elettorale e il sistema partitico hanno avuto sull’ordinamento. Infatti, nonostante l’entrata in vigore nel 1917, al termine della Rivoluzione messicana<sup>20</sup>, di una Costituzione democratico-sociale, il sistema istituzionale che disegnava e le circostanze politiche ereditate dalla Rivoluzione diedero luogo a un regime “autoritario”, in cui l’Esecutivo ha a lungo dominato sul Legislativo grazie al controllo che il partito egemone<sup>21</sup> manteneva sulla nomina dei candidati alle cariche elettive e su un sistema elettorale non competitivo<sup>22</sup>, tanto che fino al 1970 è possibile parlare di “regime della Rivoluzione Messicana”<sup>23</sup>. Il Partido Nacional Revolucionario (PNR), divenuto poi, in seguito ad alcune trasformazioni, il ben più noto Partido Revolucionario Institucional (PRI)<sup>24</sup>, infatti, sorse con l’obiettivo di unire e pacificare l’élite rivoluzionaria e intrecciò

<sup>18</sup> J. Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, Città del Messico, 2004.

<sup>19</sup> J. Weldon, *The Political Sources of Presidentialism in Mexico*, in S. Mainwaring, M.S. Shugart (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, 1997. Per ulteriori approfondimenti si rinvia, altresì, a F.S. Migalló, *Facultades metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México*, Città del Messico, 2006.

Héctor Fix-Zamudio e Salvador Valencia Carmona le definiscono “*poderes de facto*” e ritengono si tratti di una conseguenza naturale dell’approccio metodologico utilizzato nel diritto costituzionale, che analizza il funzionamento delle istituzioni nella pratica, in relazione con il contesto sociale, le forze politiche e i gruppi di pressione che la circondano. H. Fix-Zamudio, S. Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Città del Messico, 2012, p. 726.

<sup>20</sup> L. Zanatta, *Storia dell’America Latina contemporanea*, Roma - Bari, 2010; J. Garciadiego, S. Kuntz Ficker, *La revolución mexicana*, in Aa.Vv., *Nueva Historia general de México*, Città del Messico, 2010; P. Escalante Gonzalbo, *Nueva historia mínima de México*, Città del Messico, 2013; E.O. Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Città del Messico, 2000.

<sup>21</sup> R. Tarchi, *La forma de gobierno en México: ¿del presidencialismo imperial a la “parlamentarización” del presidencialismo*, in *Dpce online*, 3, 2020, p. 893-894.

<sup>22</sup> L.R. Hernández Gutiérrez, *Elecciones congresionales en el Régimen de la Revolución Mexicana, 1958-1970*, in *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 14-15, 17, 2017.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>24</sup> Il PNR è stato il primo partito in Messico a nascere con carattere permanente. Precedentemente, infatti, le fazioni rivoluzionarie si erano trasformate in gruppi e cricche armate, con i rispettivi leader o *candillos*, costituendosi in forze con poteri locali e interessi regionali che risolvevano i differenti orientamenti non politicamente, ma attraverso le armi. Inoltre, nonostante le sue successive

le proprie sorti a quelle dello Stato messicano, decidendone non solo la vita politica ma anche, e soprattutto, quella istituzionale<sup>25</sup>.

In Messico la transizione alla democrazia<sup>26</sup> e il, conseguente anche se solo parziale, riequilibrio tra i poteri dello Stato sono avvenuti attraverso una costante riforma alla legislazione elettorale, sia in senso stretto che di contorno<sup>27</sup>. Nonostante la Costituzione del 1917 garantisse giuridicamente la pluralità dei partiti e la realizzazione di elezioni regolari, nei fatti, il sistema elettorale e quello partitico configurarono la caratteristica della non competitività<sup>28</sup> e questo Paese è stato caratterizzato, per circa settant'anni, da un sistema tanto escludente da essere definito la “dittatura perfetta”<sup>29</sup>. L'élite postrivoluzionaria, però, mantenne l'adesione al

---

trasformazioni – il PNR, infatti, divenne tra marzo-aprile 1938 il *Partido de la Revolución Mexicana* (PRM) e il 18 gennaio 1946 adottò il suo attuale nome ossia *Partido Revolucionario Institucional* (PRI) –, plasmò l'assetto istituzionale del Paese. Inoltre, era caratterizzato con un'ideologia debole tale che, fin dalla sua fondazione e nelle sue successive evoluzioni, non si configurò né come un partito di classe né come un partito ideologico. Al contrario, si trattava di un partito plurale il cui obiettivo era unire tutti coloro i quali condividevano i suoi ampi principi e il suo programma. Per questo motivo nelle sue fila era possibile incontrare contadini, operai, impresari e proprietari terrieri (A. Soler Durán, *Caudillos, conflictos y partidos en el México posrevolucionario*, in *Inventio, la génesis de la cultura universitaria en Morelos*, 2018, p. 18; J.L. Camacho Vargas, *Historia e Ideología del Continuum PNR-PRM- PRI*, in *Revista de Derecho Estasiológico. Ideología y Militancia*, 2013, p. 147; G. Sartori, *Partiti e sistema di partito*, Editrice Universitaria, 1965, p. 18-19).

Per una ricostruzione dell'evoluzione del “partito erede dalla Rivoluzione”, si rinvia a: D.L. Cruz Rivera, *Del partido de grupo al partido de masas. La transformación del PNR al PRM*, Città del Messico, 2014; A. Delhumeau (ed.), *México, realidad política de sus partidos*, Città del Messico, 1970; V. Fuentes Díaz, *Los Partidos políticos en México*, Città del Messico, 1996; L. Garrido, *El Partido de la Revolución Institucionalizada*, Città del Messico, 1982; D. Moreno, *Los Partidos políticos del México contemporáneo*, Città del Messico, 1985; O. Moya Delgado, J. Aparicio Cedillo, *Los partidos políticos en México en el proceso de institucionalidad partidaria*, Città del Messico, 2009; B. Nacif Hernández, *El impacto del PNR en la lucha por la presidencia y la supervivencia política de los legisladores (1928-1934)*, in M. Amparo Casar, I. Marván (eds.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*, Città del Messico, 2002; D. Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, Città del Messico, 1994; F. Reveles (a cura di), *Partido Revolucionario Institucional: Crisis y refundación*, Città del Messico, 2003.

<sup>25</sup> V. Reynoso, *Sistemas electorales y sistemas de partidos en el México contemporáneo (1917-2017)*, in *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 2017, p. 204-205: Un sistema a partito egemonico è caratterizzato dall'assenza della competizione per il potere, sia formale (ossia giuridicamente ammessa) sia di fatto, per cui anche se altri partiti erano consentiti non poterono competere, in termini antagonistici e su base paritaria.

<sup>26</sup> v. J. Woldenberg, *Historia mínima de la transición democrática en México*, Città del Messico, 2012, p. 14-15; J.M. Serna de la Garza, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, Città del Messico, 1998, p. 18-20.

<sup>27</sup> v. F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2004.

<sup>28</sup> V. Reynoso, *op. cit.*, p. 204-205.

<sup>29</sup> Tale espressione fu utilizzata dal poeta peruviano Mario Vargas Llosa nell'agosto 1990 durante il dibattito *El siglo XX: la experiencia de la libertad* tenutosi in Messico.

principio “sufragio efectivo, no reelección” per cui non arrivò ad annullare la sfera elettorale e partitaria, come avvenne, invece, in altri Paesi latinoamericani<sup>30</sup>. L’esistenza del partito erede della Rivoluzione non impedì, infatti, la formazione, il 16 settembre 1939, di quello che a lungo è stato il principale partito d’opposizione ossia il Partido Acción Nacional (PAN)<sup>31</sup>, fondamentale per i successivi sviluppi democratici del Paese.

Non è stato necessario, quindi, elaborare un nuovo testo costituzionale dato che il sistema egemonico, che non fu mai né dittatoriale né realmente autoritario, solo mancava di due elementi fondamentali per diventare realmente democratico: un sistema partitico plurale e rappresentativo e un sistema elettorale imparziale ed equo<sup>32</sup>. A partire dalla fine della Rivoluzione, le numerose modifiche alla legislazione elettorale – avvenute attraverso riforme tanto costituzionali quanto legislative – hanno avuto come obiettivo specifico quello di rafforzare i cambiamenti, precedentemente stimolati, e di introdurre, a loro volta, nuove trasformazioni<sup>33</sup>. La crisi che ha colpito le varie normative in materia elettorale, infatti, non ha mai comportato il collasso dello Stato ma solo la configurazione di un nuovo sistema elettorale e, in alcuni casi, anche di un nuovo assetto partitico<sup>34</sup>. È possibile individuare due tendenze dello sviluppo politico messicano vale a dire, da una parte, l’apertura a nuovi partiti e, dall’altra,

---

<sup>30</sup> P.X. Becerra Chávez, *El sistema electoral y la transición a la democracia en México*, Toluca, 2014, p. 10-11.

<sup>31</sup> Il PAN nacque in un clima di mobilitazione e di critica nei confronti del Presidente priista Cárdenas e, infatti, ebbe il preciso scopo di competere con il governo federale nel campo della lotta di massa, ma senza l’intenzione di battersi a favore delle organizzazioni di massa. La società cercava una terza via tra il capitalismo individualista e il collettivismo promosso da Cárdenas, che aveva generato un enorme malcontento soprattutto nei settori conservatori della società e un notevole attivismo politico da parte di vari gruppi di destra. Fu fondato da personalità cattoliche legate alle università e da alcuni imprenditori e membri della classe media e, nonostante non fosse un partito confessionale, si dirigeva principalmente alla popolazione fortemente cattolica. In questo periodo la regolare celebrazione delle elezioni per la formazione del *Congreso* non era solo un mero rituale autocelebrativo per il PRI ma gli permetteva di essere legittimato elettoralmente, senza il pericolo dell’incertezza democratica, di garantire la circolazione degli incarichi pubblici all’interno della classe politica, mobilitando politicamente i suoi settori corporativi, e di educare la popolazione in modo da predisporla alla continuità (V. Fuentes Díaz, *op. cit.*, p. 191; L.R. Hernández Gutiérrez, *Elecciones congresionales en el Régimen de la Revolución Mexicana, 1958-1970*, in *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 2017, p. 13).

<sup>32</sup> J. Woldenberg, *op. cit.*, p. 15.

<sup>33</sup> L. Córdova Vianello, *37 años de evolución democrática en México*, in M. Carbonell, H. Fix Fierro, L.R. González Pérez, D. Valadés (eds.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio en homenaje a Jorge Carpijo. Estado Constitucional*, tomo IV, vol. I, Città del Messico, 2015, p. 471-472.

<sup>34</sup> J. Molinar Horcasitas, *El tiempo de la legitimidad*, Città del Messico, 1991, p. 22.

un’abile manipolazione della rappresentanza attraverso il sistema elettorale e le sue regole addizionali, al fine di garantire il dominio politico del PRI<sup>35</sup>.

A dare propriamente inizio alla democratizzazione dell’ordinamento messicano è stata la riforma elettorale del 1963, anche se le trasformazioni in materia elettorale sono iniziate fin dall’entrata in vigore della Costituzione. A partire da questa occasione, però, il partito egemone iniziò a controllare il sistema partitico manipolando la legislazione sulle elezioni, mentre fino a quel momento aveva utilizzato la regolamentazione dei partiti politici<sup>36</sup> al fine di incanalare il sistema elettorale<sup>37</sup>. Delle successive riforme a segnare che sarebbe seguito il cammino verso l’apertura e il consolidamento del pluralismo politico fu quella del 1977: è a cominciare da questa e dalla successiva, quella del 1996, che il Messico visse una reale transizione alla democrazia, che permise l’alternanza pacifica e partecipativa alla carica presidenziale nel 2000<sup>38</sup>.

I numerosi mutamenti alla legislazione elettorale sono stati caratterizzati da un’evidente ambivalenza dovuta alla stretta e univoca relazione tra i poteri dello Stato e il PRI, che orientò la sua azione politica nel legittimare il proprio potere sia attraverso alcune riforme – quali, ad esempio, il suffragio femminile nel 1953<sup>39</sup> e quello giovanile nel 1969 – sia attraverso l’apertura ai partiti d’opposizione. Inoltre, nonostante le riforme elettorali siano sempre state giustificate dalla necessità di incrementare e velocizzare il progresso democratico, la loro reale motivazione fu l’esito preoccupante per il PRI di alcune tornate elettorali e la volontà di controllare un pluralismo politico crescente<sup>40</sup>. Inoltre, fondamentale, soprattutto a partire dal ’68, fu il processo di

<sup>35</sup> D. Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, cit., p. 243.

<sup>36</sup> Basti pensare che, ad esempio, l’articolo 29 della legge elettorale del 7 gennaio 1954 richiedeva di avere «con más de dos mil quinientos asociados en cada una, cuando menos, de las dos terceras partes de las Entidades Federativas y siempre que el número total de sus miembros en la república no sea menor de setenta y cinco mil». Inoltre, era necessario che il futuro partito svolgesse assemblee in 2/3 degli Stati, con la partecipazione di almeno il 5% dei settantacinquemila affiliati, ciascuna accreditata da un notaio. Una volta soddisfatti questi requisiti, anche la registrazione del partito era soggetta al giudizio della *Secretaría de Gobernación*, che poteva negarla senza diritto di appello. Questa onerosità di requisiti, presente anche nelle altre leggi elettorali sia precedenti che successive a quella trattata, era dovuto anche alla necessità di scoraggiare il distacco di fazioni interne al PRI. (L.R. Hernández Gutiérrez, *Elecciones congresionales en el Régimen de la Revolución Mexicana, 1958-1970*, in *Revista Mexicana de Estudios electorales*, 17, 2017, p. 17).

<sup>37</sup> J. Molinar Horcasitas, *op. cit.*, p. 65-66.

<sup>38</sup> Si consenta il rinvio a R. Iannaccone, *Alcune considerazioni sulle elezioni messicane del 6 giugno 2021 alla luce della più recente evoluzione della legislazione elettorale*, in *Dpce online*, 2021.

<sup>39</sup> V. G. Ledesma, *Participación política de la mujer: la lucha por el voto no termina*, in *Concordancia*, 1997; A.M. Fernández Poncela, *La historia de la participación política de las mujeres en México en el último medio siglo*, in *Boletín americanista*, 1996; A. Girón, M.L. González Marín, A.V. Jiménez, *Breve historia de la participación política de las mujeres en México in Límites y desigualdades en el empoderamiento de las mujeres en el PAN, PRI y PRD*, Città del Messico, 2008.

<sup>40</sup> D. Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, cit., p. 243.

La dottrina messicana ha elaborato due spiegazioni al modo d’agire del PRI. La prima, definibile come la prospettiva della “crisi di legittimità”, definisce i cambiamenti graduali alle regole elettorali e la

maturità politica della società messicana e quindi la consapevolezza della sempre maggiore necessità di rafforzare la democrazia<sup>41</sup>. È, infatti, possibile riassumere la meccanica della trasformazione democratica in Messico anche come il risultato di una conflittualità crescente tra Stato apparato e Stato comunità, in quanto quest'ultimo reclamò operazioni riformatrici al fine di includere nello spazio elettorale le correnti politico-ideologiche artificialmente marginalizzate<sup>42</sup>.

#### 4. Il sistema elettorale cileno: dal binomiale pinochettista al proporzionale

Così come il caso messicano anche quello cileno è particolarmente significativo al fine di illustrare lo stretto legame che intercorre tra forma di governo, sistema elettorale e democraticità di un ordinamento. Al contrario dell'esperienza precedentemente illustrata, in Cile ad una modifica delle istituzioni volta a renderle maggiormente democratiche si accompagnò la regolamentazione di un sistema elettorale volto a ridurre la pluralità politica. Ciò avvenne in un contesto in cui la Costituzione che era entrata in vigore nel 1981, dopo la fine, solo formale, della dittatura del generale Augusto Pinochet, aveva istituito quella che il regime stesso definiva una “democrazia protetta”<sup>43</sup>. Questa espressione era stata abilmente coniata e utilizzata dalla dittatura al fine di far percepire come moralmente corretta e socialmente pertinente la configurazione di un quadro giuridico che vincolasse il normale sviluppo della democrazia, impedendo alla maggioranza di realizzare politiche pubbliche diverse da quelle che il regime considerava corrette, riducendo costituzionalmente lo spazio per l'azione politica<sup>44</sup>. Ciò ha reso il Cile, anche dopo il ritiro dalla vita politica di Pinochet, una “democrazia semi sovrana” caratterizzata da istituzioni create dalla

---

cadenza regolare delle elezioni una risposta alla necessità di ristabilire la legittimità del sistema, mentre la seconda, quella della “liberalizzazione sotto il controllo del governo”, sostiene che il processo di liberalizzazione politica, che si cristallizzò attraverso le riforme elettorali, fu, in parte, il risultato della divisione interna del PRI tra conservatori e progressisti e, in parte, conseguenza dei cambiamenti socio-economici e politici. (I. Méndez De Hoyos, *Transición a la democracia en México. Competencia partidista y reformas electorales 1977-2003*, Città del Messico, 2006, p. 28-29.)

<sup>41</sup> C.A. Aguilar Blancas, *Fundamentos políticos del sistema electoral mexicano (1824 - 2007)*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 2013, p. 3-4.

<sup>42</sup> J. Woldenberg, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>43</sup> Questa espressione, utilizzata per il contesto cileno di sovente come sinonimo di “democrazia limitata”, ricorda quella di “democrazia che si difende” utilizzata a proposito della Legge fondamentale di Bonn che ha, come è noto, tutt'altra eccezione volendo indicare i dispositivi adottati al fine di impedire un altro arretramento della democrazia. Si rinvia a F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2009.

<sup>44</sup> D. Fernández Cañueto, *Chile: de la democracia limitada de Pinochet al proceso constituyente de 2020*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2021, p. 181-182.

dittatura che hanno limitato il potere delle autorità elette dal popolo<sup>45</sup>. La Costituzione, quindi, non è stata concepita come il prodotto di un patto sociale, introdotto al fine di strutturare e limitare il potere politico di una comunità plurale, ma come uno strumento volto ad ostacolare la capacità della politica democratica di trasformare alcune questioni, ritenute cruciali dalla dittatura, per il mantenimento di una determinata struttura socio-economica e lo sviluppo di una specifica ideologia politica<sup>46</sup>.

La lunga transizione cilena si aprì nell'agosto del 1983 quando la pressione popolare, frutto del malcontento causato dal peggioramento delle condizioni economiche delle classi media e popolare, provocò una serie di proteste continuative, sulla cui scia si rinviarono i partiti, che iniziarono nuovamente ad occupare il centro della scena politica. In tale contesto, nell'agosto del 1985, venne concluso l'*Acuerdo Nacional*, un patto politico sottoscritto da tutti i partiti dell'*Alianza Democrática* e da alcuni partiti della destra non implicati direttamente con il regime. Si trattava di un pacchetto di riforme costituzionali, considerate indispensabili, da approvare appena le condizioni politiche lo avessero reso possibile. Ciò si verificò con la *débâcle* del progetto continuatistico di Pinochet, con la sconfitta della sua candidatura alla Presidenza nel plebiscito del 1988. Nella prima metà dell'anno successivo si svolse un'intensa negoziazione tra le formazioni di sinistra, quelle di destra e Pinochet stesso, al termine della quale venne raggiunto un accordo per la riforma costituzionale<sup>47</sup> volto a gettare le basi per una “transizione concordata”<sup>48</sup>.

La grande rigidità della Costituzione rendeva quasi impossibile modificarla in quanto era necessaria l'approvazione di una maggioranza molto alta e di due legislature, gli emendamenti quindi sarebbero potuti entrare in vigore solo dopo otto anni. I quorum necessari, per di più, rendevano impraticabile una riforma costituzionale dato che l'ala destra del Senato avrebbe avuto i voti sufficienti per opporsi grazie ai senatori designati<sup>49</sup>. Il calcolo strategico consistette, allora, non nel cercare una riforma di tutti gli aspetti critici, ma nel ridurre i limiti per future riforme in modo che queste potessero essere più significative abbassando i numerosi quorum previsti dalla Costituzione per la sua modifica e ampliando il numero di senatori elettivi<sup>50</sup>. La riforma, contenete 54 modifiche, fu approvata dal corpo elettorale, il 30 luglio 1989, con una maggioranza del 85%. Tuttavia, a tale passo in avanti nel processo di democratizzazione

---

<sup>45</sup> C. Huneeus, *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*, Santiago del Cile, 2014.

<sup>46</sup> F. Atria, C. Salgado, J. Wilenmann, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago de Chile, 2017.

<sup>47</sup> M. Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, Madrid, 2013, p. 176.

<sup>48</sup> J. Saldaña, *Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008*, in C. Fuentes (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 2010, p. 86.

<sup>49</sup> C. Huneeus, op. cit., p. 559.

<sup>50</sup> C. Fuentes, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, in C. Fuentes (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Fuentes (ed.), cit., p. 57-58.

dell'ordinamento si accompagnò la regolamentazione di un sistema elettorale limitativo della pluralità politica e di un corretto funzionamento delle istituzioni.

L'8 maggio 1988, infatti, in vista dell'avvio della piena attuazione delle disposizioni costituzionali venne emanata la *Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios* (Legge n. 18700) che disciplinava uno degli argomenti più discussi in sede costituente, il sistema elettorale<sup>51</sup>. Il fatto che Pinochet, nonostante avesse perso il plebiscito, restò in carica per un altro anno permise al regime militare di promulgare e modificare una serie di Leggi Organiche Costituzionali e una delle più importanti fu proprio quella elettorale. La dittatura non solo determinò il modo in cui si sarebbe sviluppata la competizione partitica, ma riuscì anche ad approfondire la logica contro-maggioritaria del sistema politico nel suo complesso<sup>52</sup>.

La Legge in questione trattava tutte le procedure per la preparazione, lo svolgimento, il controllo e la verifica delle elezioni dei vari poteri e dei plebisciti e definì il “sistema binominal”, previsto dalla Costituzione per l'elezione dei membri del Congresso Nazionale<sup>53</sup>. Si trattava di un sistema elettorale che avrebbe avuto effetti maggioritari solo nel caso in cui una delle liste elettorali avesse ottenuto un numero di voti doppio rispetto alla seconda lista e, al contrario dei sistemi maggioritari, non sovrarappresentava la prima forza politica ma la seconda. Non è però possibile definirlo propriamente proporzionale in quanto non riproduceva una relazione equa tra la percentuale di voti ottenuta e la rappresentanza parlamentare<sup>54</sup>. La legislazione elettorale voluta dal governo castrense modificò radicalmente non solo la precedente formula elettorale, ma anche le istituzioni competenti in materia e il disegno delle circoscrizioni. La Costituzione del 1925, infatti, prevedeva un sistema proporzionale con formula D'Hont e 28 distretti che eleggevano da 1 a 18 deputati per un totale, fino al 1973, di 150 membri<sup>55</sup>. Successivamente al plebiscito del 1988, le autorità militari ridisegnarono le circoscrizioni favorendo le zone rurali, tradizionalmente più conservatrici<sup>56</sup>, in modo che i 20 distretti rurali meno popolati eleggessero 40 deputati

---

<sup>51</sup> H. Nogueira Alcalá, *Consideraciones y Alternativas al Sistema Electoral Vigente*, in *Revista de Derecho Público*, 1990, p. 140-141.

<sup>52</sup> D. Fernández Cañueto, *Chile: de la democracia limitada de Pinochet al proceso constituyente de 2020*, cit., p. 187.

<sup>53</sup> Aa. Vv., *Una reforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, Santiago del Cile, 2006, p. 7.

<sup>54</sup> H. Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 140-141.

<sup>55</sup> J.A. Ramirez Arrayas, *Chile: la incostitucionalidad del sistema electoral*, in M. Carducci (ed.), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie. Africa e America Latina*, Milano, 1999, p. 222.

<sup>56</sup> Si trattò di un'azione di “gerrymandering”, «ovvero il ritaglio territoriale artificioso dei collegi, consiste nella pratica di modificare *ad hoc* i confini degli stessi in modo da favorire o sfavorire un determinato partito». (F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, cit., p. 186).

mentre i 7 distretti più popolati solo 14<sup>57</sup>. In base alla nuova formula elettorale, tanto nelle circoscrizioni senatoriali (19) quanto in quelle per i deputati (60), sarebbero stati eletti solo due rappresentanti, l'ampiezza più piccola immaginabile per un sistema proporzionale.

Dei due seggi da attribuire, il primo sarebbe stato assegnato alla candidatura più votata della lista più votata, mentre il secondo al candidato più votato della seconda lista<sup>58</sup>. Come anticipato, il sistema implicava che, nel caso in cui le coalizioni a concorrere fossero state due, una coalizione per assicurarsi un seggio avrebbe dovuto ottenere il 33.4% dei voti mentre se avesse voluto ottenere entrambi i seggi avrebbe dovuto raggiungere almeno il 66.7% dei voti. Invece, nelle circoscrizioni in cui concorreva una terza coalizione, che raggiungeva circa il 10% dei voti, la seconda lista più votata avrebbe necessitato di una percentuale più bassa – circa il 30% – per ottenere un seggio. In base a questo sistema, quindi, più erano le coalizioni più diminuiva il numero di voti necessario per ottenere un seggio ed era praticamente impossibile per una terza forza riuscire ad ottenerne uno.

L'adozione di una formula così peculiare derivò anche dal fatto che l'instabilità della democrazia cilena antecedente al periodo dittatoriale era stata imputata, da alcuni, alla frammentazione e alla polarizzazione del precedente sistema partitico diretta conseguenza del sistema elettorale. Proprio per questo, quello nuovo avrebbe dovuto contribuire al funzionamento efficiente del sistema politico, generando un sistema di partiti pragmatico e moderato e, allo stesso tempo, avrebbe dovuto impedire alla maggioranza di essere tanto forte da promuovere cambiamenti istituzionali radicali. Il sistema binominale avrebbe dovuto, quindi, generare effetti maggioritari garantendo però l'esistenza di una minoranza che fungesse da contrappeso. Di conseguenza, l'attuale organizzazione del sistema partitico, non è solo il prodotto dell'inerzia politica che ha caratterizzato il sistema cileno, ma anche del sistema elettorale in vigore fino al 2015, che, funzionando come una “camicia di forza”, ha trasformato il sistema multipartitico cileno in un sistema organizzato prevalentemente in due grandi coalizioni<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda le critiche che sono state mosse a questo sistema, tra le più consistenti vi è proprio quella secondo cui non ha prodotto alcun effetto proporzionale ma, al contrario, ha solo favorito le due grandi coalizioni a discapito dei partiti più piccoli che non ne facevano parte. Altri autori, hanno sostenuto che tale sistema era stato concepito esclusivamente con lo scopo di favorire i partiti di destra e permettergli di continuare ad influenzare la politica cilena. Tuttavia, da un punto di vista empirico, il sistema elettorale ha favorito indistintamente sia la *Concertación* (centro-sinistra) che

---

<sup>57</sup> J.A. Ramirez Arrayas, *op. cit.*, p. 223-224.

<sup>58</sup> Aa.Vv., *Una riforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, cit., p. 7.

<sup>59</sup> E. Von Baer, *Sistema binominal: consensos y disensos* in A. Fontaine, C. Larroulet, J. Navarrete, I. Walker (eds.), *Reforma del Sistema Electoral Chileno*, Santiago del Cile, 2009, p. 181 ss.

l'*Alianza* (centro-destra), a seconda dell'esito delle elezioni<sup>60</sup>. Il sistema politico delineatosi col plebiscito del 1988 e con le elezioni del 1990 è stato, dunque, caratterizzato da un bipolarismo fra destra e centro-sinistra, che fino al 2010 ha visto il dominio elettorale del centro-sinistra, ma che a partire dalle elezioni del 2010 è stato caratterizzato dall'alternanza.

Per quanto la morte del generale, avvenuta alla fine del 2006, e l'eliminazione della sua firma dalla Costituzione, in seguito alla riforma del 2005, avevano segnato anche simbolicamente la fine del passato autoritario, l'ultima anomalia del sistema pinochettista rappresentata dal singolare sistema elettorale binominale durò ancora allungo. Le si pose fine, durante la seconda Presidenza di Michelle Bachelet, con la Legge n. 20.840 del 201561.

Fin dall'inizio degli anni '90, la modifica del sistema elettorale fu un'istanza dei gruppi vicini alla *Concertación*. La letteratura<sup>62</sup> ci fornisce una serie di fattori da prendere in considerazione al fine di comprendere perché la fine di tale sistema sia avvenuta proprio nel 2015, tra i quali il cambiamento dell'assetto politico del Congresso e la supremazia, sia in quanto a numero dei seggi che nell'appoggio dell'opinione pubblica, della coalizione di centro-sinistra *Nueva Mayoría*, salita al potere dopo il primo governo di centro-destra. Rilevante fu, anche, l'aumento dell'incertezza sul comportamento elettorale e sul livello di sostegno ai partiti politici tradizionali, che si iniziò a manifestare con forza dopo l'entrata in vigore della registrazione automatica degli elettori e la trasformazione del voto da obbligatorio a volontario, che ebbe i suoi primi effetti nelle elezioni comunali del 2012 e in quelle presidenziali e parlamentari del 2013.

Un'analisi della Legge n. 20.840 del 2015 che ha modificato la legge n. 17.800 del 1988 rivela le significative differenze tra i due sistemi. Risaltano, oltre l'applicazione di un sistema proporzionale con formula D'Hont, l'aumento del numero dei parlamentari, la riduzione del numero delle circoscrizioni elettorali e l'abbassamento della soglia legale per la costituzione di un partito politico<sup>63</sup>. Come anticipato, la riforma comportò una riduzione del numero dei distretti elettorali per i deputati, da 60 a 28, che avrebbero eletto da 3 a 8 deputati – invece dei 2 previsti precedentemente –, per un totale di 155, invece dei 120 esistenti a partire dal 1990. Per quanto riguarda il

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 191 ss.

<sup>61</sup> M. Olivetti, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 7 ss.

<sup>62</sup> v. D. Nohlen, *La riforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada*, in *Revista de ciencia política*, 2006, p. 191 ss.; E. Alvarado Espina, *Exclusión, oligarquización y desafección política. Los efectos del sistema binominal en la democracia chilena. Un análisis contextual de las elecciones parlamentarias (2001-2013)*, in *Revista Enfoques XIII*, 2015; Aa.Vv., *Una reforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, cit.

<sup>63</sup> M.Á. Fernández, P. Siegel, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, Santiago del Cile, 2016, p. 8-9.

Senato, ne fu aumentato il numero dei membri da 38 a 50, eletti in 15 circoscrizioni, coincidenti con le differenti regioni, con un’ampiezza variabile da 2 a 5 senatori<sup>64</sup>.

La Legge n. 20.840 perseguì una serie di obiettivi, tra i quali l’aumento della proporzionalità, cercando di migliorare la parità di voto, l’inclusione di nuove forze politiche e delle donne, l’aumento della concorrenza e la certezza dei risultati<sup>65</sup>.

##### 5. Le “democrazie imperfette” e il ruolo della legislazione elettorale

Una riforma tanto profonda del sistema elettorale, come quella avvenuta in Cile, non è un fenomeno comune nelle democrazie avanzate<sup>66</sup>, ma è una costante nelle democrazie latinoamericane come rappresentato emblematicamente dal caso messicano. Come si è visto, questo Paese ha vissuto la propria transizione alla democrazia attraverso una serie di riforme alla legislazione elettorale. Ciò, in qualche misura, è avvenuto anche nell’esperienza cilena dove, nonostante l’accordo tra il regime castrense e l’opposizione per la democratizzazione dell’ordinamento e le profonde riforme realizzate al testo costituzionale, è stata la decisione di sostituire il sistema elettorale a segnare un netto allontanamento dal sistema autoritario disegnato nella Costituzione del 1980. L’analisi della legislazione elettorale e della sua evoluzione, quindi, oltre a consentire di comprendere maggiormente il funzionamento della forma di governo e gli effetti a lungo termine che ha su questa nei due ordinamenti considerati, costituisce una cartina di tornasole per individuare le tappe del processo di democratizzazione di un Paese<sup>67</sup>.

A proposito del Messico il poeta peruviano Mario Vargas Llosa, dopo averlo definito una “dittatura perfetta” negli anni ’90, nel 2011 parlò di “democrazia imperfetta”. Tutt’oggi la maggior parte delle democrazie latinoamericane sono “democrazie imperfette”<sup>68</sup> e il loro futuro si gioca ancora, e quasi completamente, sul campo elettorale, sia dal punto di vista dei risultati delle elezioni che per quanto riguarda la centralità della legislazione elettorale<sup>69</sup>. Proprio quanto accaduto

---

<sup>64</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (ed.), *Ley N°20.840, pone fin al sistema electoral binominal creando un sistema proporcional inclusivo*, in *Historia Política > Procesos eleccionarios*, 2015. v. G.L. Dazarola, *Leyes de cuotas de género. Experiencia Extranjera y resultados de su aplicación en Chile*, 2018; Id., *Candidaturas Independientes fuera de pacto. Requisitos y particularidades para su materialización*, 2018.

<sup>65</sup> M.Á. Fernández, P. Siegel, *op. cit.*, p. 9.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

<sup>67</sup> v. F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, cit., p. 178 ss.

<sup>68</sup> v. E. Ceccherini, *Le democrazie incerte in America Latina. Le ragioni di un mancato consolidamento*, in *Dpce online*, 2020.

<sup>69</sup> Come risulta anche dalla ricostruzione realizzata da Silvia Bagni e Giorgia Pavani in S. Bagni, G. Pavani, *Leggere le categorie giuridiche del costituzionalismo e della democrazia attraverso le recenti vicende istituzionali dell’America latina*, in *Dpce online*, 2024.

recentemente in Messico e in Cile mostra quanto ciò sia vero: il Presidente messicano, Andrés Manuel López Obrador, ha proposto una riforma elettorale volta ad aumentare, anche se indirettamente, i propri poteri; in Cile l'ennesimo processo costituente ha a lungo discusso di quale sia il migliore sistema elettorale.

Per quanto concerne il primo ordinamento, nel mese di dicembre 2022, perfettamente in linea con il loro stile governativo fin dal 2018, Morena e i suoi alleati hanno utilizzato la loro maggioranza parlamentare per approvare una riforma legislativa, nota come “Piano B”, in materia elettorale volta a ridurre notevolmente la spesa dell'Istituto Nazionale Elettorale e a stabilire che l'opinione dei funzionari pubblici non sarebbe stata considerata propaganda, senza che l'iniziativa passasse per le Commissioni competenti e fosse pubblicata nella Gazzetta Parlamentare. Il “Piano B” è stato presentato la notte del 6 dicembre 2022 dal partito presidenziale dopo che, poche ore prima, la riforma costituzionale in materia elettorale non aveva raggiunto la maggioranza dei 2/3. La riforma approvata consisteva in una serie di modifiche alla legislazione ordinaria e non a quella costituzionale e, così come la precedente, aveva l'obiettivo di introdurre la possibilità per i funzionari pubblici di fare proselitismo in qualsiasi momento e di ottenere un consistente risparmio diminuendo le spese operative dell'INE attraverso la riduzione del suo apparato amministrativo, del numero dei suoi uffici distrettuali (da 300 a 264) e il licenziamento dell'84,6% del personale del Servizio Professionale Elettorale Nazionale. Dopo l'approvazione del Congresso, entrambe le parti che componevano tale riforma sono state oggetto di numerosi ricorsi di incostituzionalità presentati alla Corte Suprema di Giustizia della Nazione, che le ha dichiarate incostituzionali ritenendo che vi fossero state chiare violazioni durante il processo di approvazione. La decisione della Corte ha spinto il Presidente ad annunciare un nuovo progetto di modifica della legislazione elettorale, aggiungendo l'elezione diretta dei giudici della Corte Suprema come ultimo tassello necessario per porre fine al “blocco conservatore” e alla sua opposizione alla realizzazione della “Quarta Trasformazione”.

Per quanto riguarda il Cile, invece, questo Paese ha recentemente vissuto il terzo tentativo, anche esso fallito, di sostituzione della Costituzione del 1980. Infatti, il 17 dicembre 2023, dopo poco più di un anno dal precedente plebiscito costituzionale<sup>70</sup>, i

---

<sup>70</sup> Per un'analisi del referendum di ratifica del 4 settembre 2022 v.: F. Atria, *El proceso constituyente y su futuro después del plebiscito*, in *La Casa Común*, 2022; S. Bagni, “Era un gioco, non era un fuoco”. Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022, in *Dpce online* 2022; L. Galdámez Zelad, *El rechazo a la propuesta constitucional en Chile*, in *Diritti Comparati – Blog*, 29/09/2022; R. Gargarella, *El “plebiscito de salida” como error constituyente*, in *LACL-AIDC Blog*, 6/09/2022; T. Groppi, *Il Cile da un plebiscito all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022 visto dall'Italia*, in *federalismi.it*, 2022; C. Heiss, *¿Por qué se rechazó la propuesta de nueva Constitución en Chile?*, in *Blog Revista Derecho del Estado*, 2/11/2022; R. Iannaccone, “Cronache di una morte annunciata”? L'eredità del processo costituente cileno, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2022; F. Zúñiga, *El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales*, in *Cuadernos Constitucionales*, 2022; J. Piscopo, P. Siavelis, *1 Chile's Constitutional Chaos*, in *Journal*

Cileni non hanno approvato, con una maggioranza del 55.7%, un nuovo testo costituzionale. Può dirsi, quindi, terminato il ciclo costituente volto al superamento della carta fondamentale del 1980 attraverso meccanismi partecipativi<sup>71</sup>. Nonostante ciò, appare interessante considerare alcune delle decisioni assunte nel corso di quest'ultimo processo rispetto alla disciplina del sistema elettorale e partitico. L'*Acuerdo por Chile*, sottoscritto il 12 dicembre 2022 da quattordici partiti e tre movimenti politici, conteneva “12 basi costituzionali” fondamentali che hanno inquadrato la discussione costituzionale sulla base di concetti e temi organizzativi che comprendevano questioni normative, politiche, sociali, economiche e culturali e vincolavano i redattori della proposta della nuova legge fondamentale. Allo stesso tempo, questo patto ha sancito le istituzioni fondamentali del processo, ossia: una Commissione di esperti (*Comisión Experta*), nominata dal Congresso, che ha avuto il compito di elaborare un progetto preliminare del testo costituzionale; un Consiglio Costituzionale (*Consejo Constitucional*) elettivo competente ad approvare, respingere o modificare tali norme e aggiungerne di nuove; e un Comitato Tecnico di Ammissibilità (CTA) incaricato di ricevere le istanze di inammissibilità<sup>72</sup>. Senza soffermarsi ulteriormente sulle caratteristiche del processo, in questa sede rileva il contenuto del testo presentato prima dalla *Comisión* e poi dal *Consejo*. Entrambi gli organi non hanno particolarmente discusso il tema della forma di governo da adottare, interpretando rigidamente il principio della separazione dei poteri contenuto nelle “12 basi costituzionali” hanno mantenuto il presidenzialismo. Hanno concentrato i loro dibattiti, invece, sulle modalità per garantire la governabilità attraverso il sistema elettorale e partitico, introducendo una soglia di sbarramento per l'attribuzione dei seggi e prevedendo una base di regolamentazione dei partiti. Per quanto concerne il sistema elettorale, al fine di evitare la frammentazione del Congresso, la Commissione di Esperti ha previsto nella sua proposta l'introduzione di una “soglia d'accesso” pari al 5% dei voti a livello nazionale o, in alternative, ad almeno otto seggi (compresi quelli senatoriali). Sebbene questa formulazione rimanesse nel testo presentato dal Consiglio Costituzionale, il Partito Repubblicano è riuscito a introdurre altresì la riduzione del numero dei deputati, da 155 a 138, e della dimensione dei collegi, prevedendo collegi plurinominali con un numero variabile da due a sei eletti, in luogo di quelli attuali che hanno una grandezza da tre a otto, sostenendo che in tal modo i deputati avrebbero avuto una possibilità reale di instaurare un rapporto con i propri elettori. Tale modifica, però, anche a formula elettorale invariata, avrebbe potuto produrre risultati non dissimili da quelli di un sistema maggioritario

---

*of Democracy*, 2023; G. Larráin, G.L. Negretto, S. Voigt, *How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile*, in *Public Choice*, 2023.

<sup>71</sup> M. Henríquez Viñas, S. Ragone, *Si chiude un ciclo costituente in Cile*, in *Diritti Comparati – Blog*, 15/01/2024.

<sup>72</sup> J.F. García, “Nuevo” proceso constituyente chileno: ¿elecciones aprendidas?, in *IberICONnect*, 2023; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Ley Fácil. Guía legal sobre Proceso Constitucional 2023*, 2023.

uninominali<sup>73</sup>. Inoltre, non è possibile non rilevare l'effetto riduttivo che la combinazione tra la diminuzione del numero dei deputati e quella della *magnitudo* delle circoscrizioni avrebbe avuto sulla rappresentatività, incidendo quindi sulla qualità della democrazia. Questa decisione, dunque, appariva più come una misura populista che di razionalizzazione e stabilizzazione del funzionamento della forma di governo avendo l'obiettivo primario di rispondere al desiderio, ben conosciuto in Italia, dei cittadini di avere meno politici che ricevono un'ingente indennità parlamentare.

Come si riportava in apertura di questo lavoro, l'attivismo riformista in materia elettorale e quindi l'attenzione che è dedicata a tale sistema istituzionale in America Latina dimostra non solo la centralità che la legislazione elettorale ricopre nel funzionamento degli ordinamenti latinoamericani ma anche come questa sia uno strumento, ancora oggi, utilizzato dalla classe politica al fine di generare consenso. Ciò, da una parte, è indicativo delle sfide che i sistemi politici della regione devono ancora affrontare<sup>74</sup> mentre dimostra come in America Latina la democrazia, o meglio la democrazia elettorale, sia ormai istituzionalizzata. Tale processo ha condotto all'ampliamento dei diritti, alla professionalizzazione degli “arbitri delle elezioni” e al miglioramento della *governance* elettorale e ha consentito l'alternanza al potere e l'inclusione di gruppi precedentemente sottorappresentati ed esclusi dal circuito decisionale. I problemi della democrazia latinoamericana, però, diventano evidenti quando si passa da una definizione di democrazia elettorale a una più ampia, che include attributi che hanno a che fare non solo con l'accesso al potere, ma soprattutto con il suo esercizio e con il rispetto di alcuni diritti politici, come la libertà di espressione<sup>75</sup>.

Proprio per questo gli ordinamenti latinoamericani, come dimostrano sinteticamente i casi messicano e cileno, continuano ad essere un'interessante oggetto di studio per verificare i presupposti teorici che legano la legislazione elettorale alla meccanica delle forme di governo e ai processi di democratizzazione e sicuramente la ormai prossima fine del “superciclo electoral” 2021-2024<sup>76</sup>, durante il quale 17 paesi latinoamericani hanno tenuto o terranno elezioni sia legislative che presidenziali, fornirà ulteriori spunti di riflessione a tal proposito.

---

<sup>73</sup> K.H. Seifert, *die Bestellung von Organen eines Gemeinschaftsgebildes durch Abstimmung einer Gemeinschaftsgebildes durch Abstimmung einer Mehrheit von Wahlberechtigten*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Stuttgart-Tübingen, 1961, p. 475 ss.

<sup>74</sup> C. Uribe Mendoza, *Las reformas político-electorales en América Latina (2015-2018)*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2019, p. 215-216.

<sup>75</sup> F. Freidenberg, C. Saavedra Herrera, *La democracia en América Latina*, in *Derecho Electoral*, 2020, p. 34-35.

<sup>76</sup> v. D. Zovatto, *El superciclo electoral latinoamericano 2021-2024*, in *Diálogo Político*, 2022.

Rosa Iannaccone

*Considerazioni sul ruolo della legislazione elettorale nelle “democrazie imperfette” a partire dai casi messicano e cileno*

\*\*\*

**Abstract:** Electoral legislation is one of the elements that most influences the form of government. Moreover, the evolution of electoral legislation constitutes a litmus test for identifying the phases in the democratisation process of an order. In this contribution are analysed particularly the Mexican and Chilean cases. Albeit with due differences – consisting for the former in the existence of a hegemonic party and for the latter in the presence in political and institutional life of the former dictator Pinochet – the constitutional texts of these countries, since their entry into force, provided for a democratic functioning of the State and free competition for elective positions. What prevented the proper representation of political forces for a long time was the introduction of specific electoral systems that, within a presidential form of government with a predominance of the executive, allowed for a further strengthening of the presidency.

**Keywords:** Mexico - Chile - electoral legislation - presidentialism - democratization

\*\*\*

**Rosa Iannaccone** – Dottoranda Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Sapienza Università di Roma ([rosa.iannaccone@uniroma1.it](mailto:rosa.iannaccone@uniroma1.it))

## The Japanese pontifex: A study on State-religion separation and its criticalities \*

*Claudio Lasperanza*

CONTENTS: 1. Introduction. The most recent developments on the issue. – 1.1. The Academic Significance. – 1.2. Objectives and perspective. – 2. Avoiding the risks of Orientalism. Complexity and contingency. – 2.1. Religion, ‘Shūkyō’ and Japan. – 2.2. A word about terms. – 3. Religion, ‘Shūkyō’ and State–religion separation: the case of Japan. – 3.1. Two underlying purposes. – 3.2. The European (biased) origins of the “separation theory”. – 3.3. The saisei-itchi or the unity of religion and government. – 3.4. A tentative definition of the “separation theory” in and outside Japan. – 4. Case studies. – 4.1. Presentation. – 4.2. National Foundation Day or Kenkoku kinen no hi and the “Reign-Name Bill”. – 4.3. Imperial Succession Ceremonies. – 4.4. Senso or Accession, the Three Imperial Regalia and the “Enthronement”. – 4.5. Daijo-Sai or Onamesai or the “Great New Food Festival/Great Thanksgiving Festival”. – 4.6. Analysing the second case-study. – 5. Conclusion. Some final remarks.

### *1. Introduction. The most recent developments on the issue*

Negli In August 2016, the Japanese emperor publicly announced his willingness to retire or abdicate due to his declining health and difficulty performing his duties as a symbol of the State in the future<sup>1</sup>. Since then, the Japanese government has taken some sensitive decisions to address the considerations contained in that imperial message. In fact, the current legal document that regulates the dynastic succession of the imperial family does not literally provide for abdication as a viable option for the proclamation of a new *Tenno* and this prompted Prime Minister Abe to create an *ad hoc* committee, made up of experts with different academic backgrounds who had to pronounce themselves on this issue. The majority of this panel, as reported by the *Mainichi Shinbun*<sup>2</sup>, approved the abdication option, the first in over 200 years. The government, therefore, adopted a «one-off legislation (that) will specifically allow

---

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

<sup>1</sup> Kunaicho website, 2016. *Message from His Majesty The Emperor*. Available online at: <https://www.kunaicho.go.jp/page/okotoba/detailEn/12>.

<sup>2</sup> *Mainichi Shinbun*, *Emperor's abdication issue a complicated matter for all involved*. Available online at: <https://mainichi.jp/english/articles/20170125/p2a/00m/0na/008000c>.

Claudio Lasperanza

*The Japanese pontifex: a study on State-religion separation and its criticalities*

Emperor Akihito to retire and hand over his throne to his eldest son, Crown Prince Naruhito<sup>3</sup>. This question has received media attention both nationally and internationally. But it has certainly received the attention of a more specialized audience in terms of legal and political impact, as the next section will show.

Before going any further, however, it should be noted that the theme of the separation of State and religion has recently come back into fashion. In one case due to the tragic events that took place in Ukraine. On the Russian side, we have witnessed the strengthening of the alliance between the Orthodox Church, headed by Patriarch Kirill, and the Russian government. Giovanni Codevilla, as an expert in comparative law and comparative ecclesiastical law, has dedicated more than forty years of his studies to the context of Eastern Europe where the relations between the various religious authorities and the corresponding national political leaders represented a fundamental geopolitical factor. Indeed, the strengthening of the link between the two dimensions, the political and the religious, is considered a crucial asset of President Putin's doctrine implemented in the last decade<sup>4</sup>.

However, on another front, this topic has also come under discussion in Japan. In an assassination that shocked the country, as well as the world, former Prime Minister Shinzo Abe was shot dead during a campaign speech in the city of Nara. The main reason behind the killing was his ties to the so-called Unification Church, which was founded in 1954 by self-proclaimed Korean messiah Sun Myung Moon. The Unification Church was known for its anti-communist stance and conservative family-oriented values that favored its popularity in the Cold War era.

But it was only in the sixties that Nobusuke Kishi, Abe's grandfather, and Japan Prime Minister from 1957 to 1960, played a remarkable role in helping the organization spread in the archipelago and create its political Federation. From there on, the Church was able to settle and branch out throughout Japan so much so that nowadays almost half of the 379 national legislators of the Liberal Democratic Party have some connections with it both in terms of attending their events as well as receiving direct support in the electoral rounds by the Church's volunteers. Indeed, it was precisely for his closeness to the organization that Shinzo Abe was killed. The shooter has reportedly blamed the Unification Church for causing the financial ruin of his family: as a devotee, his mother has donated nearly 700,000 euros over the years. In the aftermath of the tragic murder, due to the strong ties discovered between politicians and the sect, the current Prime Minister, Fumio Kishida, reshuffled the government and dismissed some members who revealed ties to the Church. Second, despite a more cautious initial approach due to strict religious freedom laws, Kishida has ordered an

---

<sup>3</sup> Mainichi Shinbun, *Japan passes bill allowing emperor to abdicate for 1st time in 200 years into law*. Available online at: <https://mainichi.jp/english/articles/20170609/p2a/00m/0na/013000c>.

<sup>4</sup> G. Codevilla, *La nuova Russia (1990-2015)*, Milano, Jaca Book., 2016; A. Dell'Asta, *La «pace russa». La teologia politica di Putin*, Brescia, Scholè-Morcelliana, 2023.

investigation into the Unification Church that could result in its loss of legal status as a religious corporation<sup>5</sup>.

Accordingly, the main consequence we draw from these recent events is that the status of the State-religion separation is far from being simply encompassable and interpretable in the light of the constitutional provisions and, at the same time, that it is still a living issue that deserves further analyses, both nationally and internationally.

### *1.1. The Academic Significance*

As just mentioned, this work should be placed within a certain area of interest that looks at the interactions between two spheres: the religious one and the political one. The two have also been framed under other terms such as church for the first, while for the second we can find references to State or secular. In this sense, since the 1970s, several rulings have been recorded about the separation of State and religion in Japan and academic interest has shown a significant increase in terms of scholars dedicating works or monographs on the subject of different provenance. If we stick to the legal or historic-juridical side of this question, the works of Japanese scholars such as Kobayashi<sup>6</sup>, Morimura<sup>7</sup>, Yamagishi<sup>8</sup>, Abe<sup>9</sup>, Shimojo<sup>10</sup> as well as Western ones such

---

<sup>5</sup> Mainichi Shinbun, *Japan's PM to probe Unification Church amid backlash, 1st such move*. Available online at: <https://mainichi.jp/english/articles/20221017/p2g/00m/0na/010000c>.

<sup>6</sup> H. Kobayashi, *Appartenenza multireligiosa e libertà di religione in Giappone*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 69, 2002, pp. 287 – 296; Id., *Religion in the Public Sphere: Challenges and Opportunities in Japan*, in *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, 2005, pp. 683 – 710.

<sup>7</sup> S. Morimura, *Freedom of Religion and the Separation of State and Religion: A Japanese Case Study*, in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Vol. 31, 2003, pp. 23 – 30.

<sup>8</sup> K. Yamagishi, *Freedom of Religion, Religious Political Participation, and Separation of Religion and State: Legal Considerations from Japan*, in *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, pp. 919 – 941.

<sup>9</sup> K. Abe, *Separation of Church and State in Japan: What Happened to the Conservative Supreme Court?*, in *St. John's Law Review*, Vol. 85, 2011, pp. 447 – 471.

<sup>10</sup> Y. Shimojo, *A Study of the Origin, Acceptance, and International Spread of the 'Symbol' within the Constitution of Japan: Japan's Approach to Restoring the Separation of Authority and Power*, in *Japanese Society and Culture*, Vol. 4, 2022, pp. 141 – 153.

as Ravitch<sup>11</sup>, Van Winkle<sup>12</sup>, Baldetti<sup>13</sup>, Colombo<sup>14</sup>, Mannocci<sup>15</sup>, Larsson<sup>16</sup>, Guthmann<sup>17</sup> and O'Brien and Ohkoshi<sup>18</sup> are only a small fraction representing, however, this larger trend.

Among this series of rulings by Japanese courts, mention should be made of those relating to the 1989 succession ceremony of the then Crown Prince Akihito who succeeded his father, the Emperor Hiroito or *Showa Tenno*. Immediately following the scheduled ceremonies, two similar judicial proceedings were brought before the courts for a possible violation of the constitutional provisions on the separation of State and religion, namely Articles 20 and 89<sup>19</sup>. In both cases, the opposing parties' requests were rejected thanks to the explicit focus on the secular characterization of the ceremonies underlined by the trial judges. However, as reported by O'Brien and Ohkoshi, the Chief Justice of the Osaka High Court, Noriyuki Yamanaka, noted that «there is reason to suspect that the enthronement rituals violated the separation of religion and the

<sup>11</sup> F. Ravitch, *The Shinto Cases: Religion, Culture, or Both – The Japanese Supreme Court and Establishment of Religion Jurisprudence*, in *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, 2013, pp. 505 – 520.

<sup>12</sup> A. Van Winkle, *Separation of Religion and State in Japan: A Pragmatic Interpretation of Article 20 and 89 of the Japanese Constitution*, in *Pac. Rim L. E Pol'y J.*, Vol. 21, 2012, pp. 363 – 398.

<sup>13</sup> S. Baldetti, *La religione nel sistema costituzionale giapponese*, in *Diritto e Religioni*, Vol. 1, 2016, pp. 301 – 310; Id., «*Shukyo*»: *il significato giuridico della religione nel diritto giapponese*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 1, 2022, pp. 205 – 216.

<sup>14</sup> G. Colombo, *Laicità dello stato e Shintoismo nella giurisprudenza giapponese*, in *Asiatica Ambrosiana*, Vol. 3, 2011, pp. 147 – 171; Id., *State, Law, and Religious Syncretism in Japan: a Jurist's Perspective*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. Special Edition December 2016, pp. 19 – 34.

<sup>15</sup> G., Mannocci, *Abdicazione e Successione Femminile: Il Giappone si interroga a 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione Democratica*, in *Rivista Ianus*, Vol. 15-16, 2017, pp. 373 – 404; Id., *L'Imperatore. Radici, evoluzione e attualità della funzione imperiale nel Giappone contemporaneo*, Rimini, Il Cerchio Iniziative Editoriali, 2018.

<sup>16</sup> E. Larsson, *Jinja Honcho and the Politics of Constitutional Reform in Japan*, in *Japan Review*, Vol. 30, 2017, pp. 227 – 252.

<sup>17</sup> T. Guthmann, *Nationalist Circles in Japan Today: The Impossibility of Secularization*, in *Japan Review*, Vol. 30, 2017, pp. 207 – 225.

<sup>18</sup> D. M. O'Brien, and Y. Okhoshi, *To Dream Of Dreams: Religious Freedom And Constitutional Politics In Postwar Japan*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1996.

<sup>19</sup> The relevant dispositions are mainly contained in the following articles of the Japanese Constitution:

Article 4: «The Emperor shall perform only such acts in matters of state as are provided for in this Constitution and he shall not have powers related to government. The Emperor may delegate the performance of his acts in matters of state as may be provided by law».

Article 20: «Freedom of religion is guaranteed to all. No religious organization shall receive any privileges from the State, nor exercise any political authority. No person shall be compelled to take part in any religious act, celebration, rite or practice. The State and its organs shall refrain from religious education or any other religious activity».

Article 89: «No public money or other property shall be expended or appropriated for the use, benefit or maintenance of any religious institution or association, or for any charitable, educational or benevolent enterprises not under the control of public authority».

state»<sup>20</sup> and concerning their alleged Shinto nature, in announcing the court's decision, he maintained that «it is obvious that they held the characteristics of a Shinto ceremony»<sup>21</sup>.

Starting from these last statements, therefore, and following the direction they suggest, this contribution will deepen the theme of how the provisions of the Japanese Constitution can be reconciled with the events captured and described by the two selected case studies that seem to be in conflict with them and thus demonstrate the status of this separation.

### *1.2. Objectives and perspective*

This work stands with the statement made by Mukhopadhyaya, according to whom «the Japanese state has adopted the principles of a secular state and thus in its attempt to demarcate the spheres of religion and the state it had to reconcile between the 'adopted' western concept of 'religion' and Japan's own traditional concept which often fails to make a clear distinction between the 'religious' and the 'non-religious' spheres»<sup>22</sup>.

The struggle of Japanese institutions, including the courts, as we will see, and intellectuals, will be analyzed through the lens of the two case studies that revolve around the imperial succession ceremonies that took place in 2019 and the mass of movements, politicians and associations, such as the Association of Shinto Shrines or *Jinja Honcho*, who successfully contributed to the adoption of National Foundation Day (or *Kenkoku kinen no hi*) and the reign name system or (*genko*), as pointed out by Ruoff<sup>23</sup>.

Furthermore, the case studies are interconnected as both are based on some understanding of the imperial institution and its role in Japanese history which, as argued here, may clash with a rigorous understanding of so-called separation theory enshrined in the Constitution. For the time being, it will be said that this theory, in broader terms, involves «some kind of separation between 'church' and 'state', or between 'religious' and 'political' authority» in order to «contain religion within its own differentiated 'religious' sphere» and to «maintain a secular public democratic sphere free from religion» as posed by Casanova<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> D. M. O'Brien, and Y. Okhoshi, *To Dream Of Dreams: Religious Freedom And Constitutional Politics In Postwar Japan*, op. cit., p. 208.

<sup>21</sup> N. Berlin, *Constitutional Conflict with the Japanese Imperial Role: Accession, Yasukuni Shrine, and Obligatory Reformation*, in *1 U. Pa. J. Const. L.*, Vol. 1, 1998, pp. 383 – 414, p. 407.

<sup>22</sup> R., Mukhopadhyaya, *Relationship between Religion and the State in Modern Japan*, in *China Report*, Vol. 33, XXXX, pp. 483 – 506, p. 484.

<sup>23</sup> K. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy, 1945-1995*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

<sup>24</sup> J. Casanova, *The Secular and Secularisms*, in *Social Research*, Vol. 76, 2009, pp. 1049 – 1066, p. 1057.

In this regard, this contribution follows Yanagawa and Reid's understanding of *seikyo bunri* or the idea of separation between State and religion, as the first introduction or transplant of an exogenous theorization of this relationship that departs from an endogenous one, i.e. that of *saisei-itchi* or the unity of religion and government (or unity theory)<sup>25</sup>. It is worth mentioning that both theorizations, respectively, bring with them different perceptions of concepts such as religion and politics or State which may eventually conflict with each other. However, we will necessarily opt for a specific lens through which to analyze this issue. Indeed, the existence of the imperial institution and its roles in Japanese history may enhance our understanding of it and perhaps give us evidence as to why the Japanese State cannot be fully understood when framed as secular.

Furthermore, the two case studies and the link between them which is, as mentioned above, a specific interpretation of the imperial institution in the person of the *Tenno* and its relationship with the State, will support the assertion that the Japanese institutional and political landscape, when subjected to analysis, should lead Japanese and non-Japanese researchers and scholars to carefully (re)evaluate theoretical paradigms such as the theory of separation, before applying this model or taking for granted its applicability in non-western contexts

Finally, the theory of *seikyo bunri* supports a particular conception of religion, normally opposed to a non-religious or secular sphere, and this can be traced back to the European historical and cultural origins of this theory<sup>26</sup>. However, here we will intentionally rely on this distorted conception of religion for two main reasons: indeed, the constitutional definition on the subject seems to indicate a similar conception of religion, as something that must be distinguished from a public or political dimension; secondly, the explicit purpose of this choice is to further underline how, if we continue to interpret the Japanese reality through the categories and theories originated and characterized by Western (or European) cultural models, some critical cases may emerge, which we will shortly report examples of, not falling within the theoretical framework of the theory of separation.

It is important to note, before moving on to the next paragraph, that unity theory, as presented in this work, will be the most relevant theoretical tool which will then be operationalized and specifically applied to the case studies to further confirm the main statement of this paper.

## *2. Avoiding the risks of Orientalism. Complexity and contingency*

---

<sup>25</sup> K., Yanagawa and D., Reid, *Between Unity and Separation: Religion and Politics in Japan, 1965-1977*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 6, pp. 500 – 521.

<sup>26</sup> M., Horii, *Critical Reflections on the Religious-Secular Dichotomy in Japan*, in Wijssen, F., and Stuckrad, K., *Making Religion. Theory and Practice in the Discursive Study of Religion*, Boston, Brill, 2016, pp. 260 – 286.

In approaching the dynamics taking place between the two great categories of State and religion, authors, although presented here as a single group, have shared different perspectives on the subject, coming from different backgrounds and aiming to different conclusions. However, there are some commonalities which will now be briefly reported.

In particular, the perspective of Talal Asad, whose work is characterized by sharing a post-colonialist position, seems to suit the purposes of this article well. First, a significant feature of his works has been the emphasis on avoiding in every possible way any simplification that could rely on conventional wisdom and, on the contrary, to «complicate descriptive categories», for citing Asad<sup>27</sup>. Consistent with this, the next paragraph will briefly present some differences between the category of religion, as theorized and conceptualized in a Western context, and the respective one in Japan, if it ever existed as such. This is intended to avoid any direct reference to concepts or theoretical categories in use by Western academics or any understanding of such concepts (i.e., religion) which may have become entrenched into forms of common knowledge, thus assuming their applicability in non-Western contexts. As reported by Larsson, Talal Asad, among others, is usually considered one of the key authors of critical religion theory. The most relevant contribution of this school of thought is summarized by Larsson in the fact that he argued that «the uncritical application of these concepts» such as that of religion and secularism «indicating a binary vision of society as easily divisible into two spheres – at one non-European context is highly problematic»<sup>28</sup> and this is another reason why Asad is considered a great inspiration here.

Secondly, it raises the question of understanding the impact and consequences of the imposition of cultural frameworks such as the so-called theory of separation or the paradigm of modern nation-states in non-Western countries. The effects, therefore, of what comparative jurists call juridical transplants, namely «the movement of a rule or of a legal order from one country to another, or from one people to another»<sup>29</sup>. In this regard, Asad has shown that throughout history the impact of an unbalanced meeting in terms of power between a Western and a non-Western country has often had an imperialist outcome as in the «new landscape» of non-Western actors and after this encounter, «languages, behaviors and institutions» tend to «resemble those that obtain in the west European nation-states»<sup>30</sup>. Therefore, for the purposes of this work, the fact that nowadays some theories or institutional arrangements seem to have spread all over the world could also have been induced by a colonialist dynamic

---

<sup>27</sup> As quoted in D., Scott and C., Hirschkind, *Powers of the Secular Modern: Talal Asad and His Interlocutors*, Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 284.

<sup>28</sup> E., Larsson, *Jinja Honcho and the Politics of Constitutional Reform in Japan*, in *Japan Review*, Vol. 30, 2017, pp. 227 – 252, p. 230.

<sup>29</sup> A., Watson, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Athens and London, The University of Georgia Press, 1993.

<sup>30</sup> T., Asad, *Genealogies of Religion*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993.

and could have caused the disappearance of other theoretical frameworks or, simply put, ways of organizing society, potentially different from Western ones.

Another influential author was Joseph Kitagawa and his long-standing studies of the history of religion. In what might seem consistent with Talal Asad's critical positioning, Kitagawa made a penetrating point in one of his articles and it is worth mentioning as it certainly influenced the writing of this work. He stated that it is a «Western convention» to divide and categorize the wide range of human experiences into rigid «pigeonholes»<sup>31</sup> and subsequently this theoretical set is thought to be universalizable and applicable or even already present in other parts of the world. Kitagawa went on to say that «people everywhere live and breathe in their respective 'seamless whole' –what to us look like a synthesis of religion, culture, social and political orders, to use the Western convention of divide categories»<sup>32</sup>.

This opens up the possibility that the way the relationship between religion and State or politics has been debated and conceptualized in Japan could potentially differ from how the same intellectual operation has been carried out in Europe or the United States, for example. Moreover, since this writing is influenced by authors attributable to the postcolonial current of thought, it must be considered how the contact with an imperialist power may have shaped the previous (or endogenous) cultural models, if there were any, which used to regulate such matters. In this regard, as underlined by Costa, postcolonial studies have emphasized that colonialism is a key event during and after which the asymmetry of relations, both in economic and cultural terms, deteriorated<sup>33</sup>. It seems that we are being suggested to put a mark on the global timeline, which notes that from that moment on a new variable has arisen, which scholars could hardly help but take into account. However, it should be emphasized that postcolonialism, as a very varied and articulated school of thought, can only be a reference here for giving an account of cultural frameworks and characteristics which, once again, may differ from those supposedly attributable to the West. The adoption of the current constitution in Japan can be said to be the result of the tragic events that have rocked the world since the early 1800s, during which Japan, at least until its final surrender to the United States, put analogous imperialist dynamics underway in relation to other countries of East and South-East Asia. As a matter of fact, then, the influence of authors such as Talal Asad and Joseph Kitagawa has aroused a high cultural awareness of the topics covered in this work.

We will now provide two brief examples with which this awareness has manifested itself and how it has influenced the progress and development of this work.

---

<sup>31</sup> J. Kitagawa, *Some Reflections on Japanese Religion and Its Relationship to the Imperial System*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 17, 1990, p. 129 – 178, p. 131.

<sup>32</sup> J. Kitagawa, *Religious visions of the unity of humankind*, in *Crossroads*, Vol. 27, 1988b, pp. 10 – 12, p. 11.

<sup>33</sup> P. Costa, *La città post-secolare. Il nuovo dibattito sulla secolarizzazione*, Brescia, Editrice Queriniana, 2009.

### 2.1. Religion, 'Shūkyō' and Japan

A clear example of what was stated in the previous paragraph can be found in the conception of religion as held by Western actors and as it was, if it ever was, in the Japanese context. We will now investigate this further as it fits well with the general purpose of this document. In fact, the term known as a translation of the English word religion into Japanese, *shūkyō*, was only adopted in Japan in the late 19th century during the Meiji era. Beyond that, this translation carries with it some understanding of religion as «the binary opposite of the secular»<sup>34</sup> in Horii's words, and has also been employed to facilitate the «construction of the Japanese nation-state»<sup>35</sup> as well as to strengthen the Japanese national identity of the time<sup>36</sup>. This dichotomy, then, was appropriated and adapted by the Meiji elite for mere political purposes and this process, as much as in the case of the restructuring of the country's legal and institutional arrangements after the Second World War<sup>37</sup>, seems to consider only the rigid pigeonholes developed by Western countries and not the way the Japanese might have related to these issues. Above all, the aforementioned theory of separation does support such a conception of religion, insofar as it underlines the need to «contain religion within its own differentiated 'religious' sphere and would like to maintain a secular public democratic sphere free from religion», for cite Casanova<sup>38</sup>. And although the intensity and rigidity of the separation vary according to the settlement of specific countries on the matter, the question of who is responsible for drawing these borders is a fundamental one for Casanova himself. As for Japan, one might wonder whether these borders were ever drawn and, if so, to what extent these borders were rigid and defined.

Given the limited scope of this work, however, the best answer that can be given is that this category – interpreted as such – does not seem to adequately capture the Japanese reality. To begin with, the Japanese religious field seems to have been and still is characterized more by the coexistence of different forms of worship and beliefs, which often mixed together, as was the case with the amalgamation of Buddhism and Shinto known as Ryōbu-Shinto, rather than having a predominantly monotheistic faith with its own trained and official priesthood, sacred texts, prophets, and founders. But most importantly, for a long time there seems to have been no such boundaries, and

---

<sup>34</sup> M. Horii, *Critical Reflections on the Religious-Secular Dichotomy in Japan*, in Wijsen, F., and Stuckrad, K., *Making Religion. Theory and Practice in the Discursive Study of Religion*. Boston, Brill, 2016, pp. 260 – 286, p. 260.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> S. Eisenstadt, *Japanese Civilization. A Comparative View*, Chicago, University of Chicago Press, 1996; C. Gluck, *Japan's Modern Myths. Ideology in the Late Meiji Period*, Princeton, Princeton University Press, 1985; H. Hardacre, *Shinto and the State, 1868-1988*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

<sup>37</sup> M. Horii, *Critical Reflections on the Religious-Secular Dichotomy in Japan*, op. cit.; Ohnuki-Tierney, E., *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, in *Ethnology*, Vol. 30, 1991, pp. 199 – 215.

<sup>38</sup> J. Casanova, *The Secular and Secularisms*, op. cit., p. 1057.

«there was no word to designate a separate sphere of life which could be called religion» as pointed out by Hardacre<sup>39</sup>. Kitagawa seems to share the same opinion and underlined that in early Japanese society «in principle, there was no dividing line between the sacred and profane dimension of life or between religious rituals (*matsuri*) and government administration (*matsuri-goto*)»<sup>40</sup>. Consequently, some scholars<sup>41</sup> propose that the notion of *kami* is of crucial importance here. The term «refers to all beings – both good and evil – that possess extraordinary qualities and that are awesome and worthy of reverence» as proposed by Kitagawa<sup>42</sup>. On the other hand, as a qualification, it can be attributed to animals, rocks, wind, and human beings (as is the case of the *Tenno* for Ohnuki-Tierney) and for this reason, although the *kami* were recognized as «separate beings», it was believed that «the common *kami* (sacred) nature shared by all beings»<sup>43</sup> makes the total cosmos permeated by this sacred aura. To the point that, as Kitagawa argues, «the natural world (Japan)... was essentially the religious universe, a world in which all facets of daily living were considered religious acts»<sup>44</sup>. Within this framework, the imperial house should have emerged and asserted itself over other existing clans (or *uji*) based on its lineage with what was considered particularly important *kami*, or the solar deity, Amaterasu.

As briefly shown in this last paragraph, the act of drawing boundaries is a very arbitrary and delicate operation performed by human beings. At the same time, as stressed by Kitagawa<sup>45</sup>, societies, communities, and nations may have opted for different solutions concerning these issues and these may not even include border drawing at all. In this regard, some scholars<sup>46</sup> have highlighted that even within the same constitution, although there is a separation between State and religion, and religion is implicitly recognized «as an entity that is somehow distinguishable from the state»<sup>47</sup>, this «constitutional separation has not been clear-cut»<sup>48</sup> in the words of Horii. To a certain extent, therefore, it can be said that the idea of an absolute and rigid demarcation between State and religion is completely missing and assumes some characteristics of Japanese society and culture, of the approach that the Japanese might have to religiosity, in broader terms.

---

<sup>39</sup> H. Hardacre, *Shinto and the State, 1868-1988*, op. cit., p. 64.

<sup>40</sup> J. Kitagawa, *On Understanding Japanese Religion*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 117 – 119.

<sup>41</sup> J. Kitagawa, *Some Remarks on Shinto*, in *History of Religions*, Vol. 27, 1988, pp. 227 – 245; Ohnuki-Tierney, E., *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, op. cit.; K. Kawai, *The Divinity of the Japanese Emperor*, in *The American Political Science Review*, Vol. 49, 1955, pp. 3 – 14.

<sup>42</sup> J. Kitagawa, *Some Remarks on Shinto*, op. cit., p. 233.

<sup>43</sup> J. Kitagawa, *On Understanding Japanese Religion*, op. cit., pp. 69 – 71.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> J. Kitagawa, *Some Reflections on Japanese Religion and Its Relationship to the Imperial System*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 17, 1990, p. 129 – 178.

<sup>46</sup> As E. Ohnuki-Tierney and M. Horii.

<sup>47</sup> M. Horii, *Critical Reflections on the Religion-Secular Dichotomy in Japan*, op. cit., p. 274.

<sup>48</sup> Ibid.

2.2. *A word about terms*

Throughout this work, terms such as emperor-empire, monarch-monarchy, and king-kingdom will be used in reference to the Japanese imperial institution. However, especially in the case of emperor, as some scholars have noted<sup>49</sup>, it is not accurate to describe the Japanese context. This is because the Western terms emperor-empire indicate someone who commands, «who imposes his will»<sup>50</sup> on different peoples and nations according to Maraini. And as Ruoff points out, «for most of Japanese history, Japanese monarchs did not preside over empires»<sup>51</sup>. Therefore, Shillony and Maraini agree that only a few Japanese emperors can be titled in this way: namely the most recent, *Meiji* (1868-1912), *Taisho* (1912-1925) and *Showa* (albeit in part, 1925-1945). Maraini then proposed to replace the misleading emperor with the Japanese term *Tenno*. However, even this is not the first title ever used for Japanese rulers since antiquity and various works are available on the origin of the imperial title in Japan<sup>52</sup>. Having underlined these terminological issues, however, for the limited purposes of this article, we will primarily use the English version of emperor along with the better-known Japanese *Tenno*.

If instead we have to make a proposal on how to refer to the Japanese emperor, then we will follow the ambitious thought of Maraini when he compared the *Tenno* to two other figures such as the Pope and the Dalai Lama and defined the three «ambassadors of the absolute»<sup>53</sup>. Compared to the other two, Maraini believed that the *Tenno* could boast this qualification thanks to his lineage and consanguinity. In this regard, the title that this paper claims to be accurate, in relation to the prominent function and therefore to the foundational basis of his authority<sup>54</sup>, is that of *pontifex*. Among the various etymologies, that of the Roman author Varrone suggests that this word derives from the combination of the Latin words *pontem* and *facere*. Consistent with this, the primary task of a pontifex should be the creation (“*facere*”) of this bridge

<sup>49</sup> F. Maraini, *L'Agape celeste. I riti di consacrazione del sovrano giapponese*, Milano, Luni Editrice, 2014; K. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy, 1945-1995*, op. cit.; J. R. Piggott, *The Emergence of Japanese Kingship*, Stanford, Stanford University Press, 1997; B. A. Shillony, B. A., 1990. *Restoration, Emperor, Diet, Prefecture or How Japanese Concepts were mistranslated into Western Languages*, in A. Boscaro, F. Gatti, F., M., Raveri, *Rethinking Japan*, Vol. II, 1990, London, Routledge, pp. 297 – 304.

<sup>50</sup> F. Maraini, *L'Agape celeste*, op. cit., p. 10.

<sup>51</sup> K. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy, 1945-1995*, op. cit., p. 263.

<sup>52</sup> D. De Palma, *Note sull'Origine del Titolo Imperiale Giapponese Tennō*, in *Rivista degli studi orientali*, Vol. 66, 1992, pp. 171 – 183; A. Tamburello, *Note e materiali sulla titolatura della sovranità in Giappone*, in *Orientalia romana*, Vol. 4, 1970, pp. 29 – 31.

<sup>53</sup> F. Maraini, *L'Agape celeste*, op. cit., p. 18.

<sup>54</sup> It could be said that throughout its history the Japanese emperor has incarnated the concept of *auctoritas* rather than exercising any form of *potestas*. Look at G. Preterossi, *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002; H. Arendt, *Between past and future*, New York, The Viking Press, 1961, pp. 91 – 142.

(“*pontem*”) between the world and the cosmos, the earthly and celestial dimensions, the human and divine spheres<sup>55</sup>. According to Maraini, this is something that different peoples have done throughout history, but the three ambassadors capture our attention as they are still present and embedded in the constitutional architecture of our times.

It is a first step in the direction that this essay intends to pursue, the recognition that several other authors have found it problematic to compare the Japanese *Tenno* to other monarchs and rather more appropriate the comparison with religious figures such as the Pope or the Eastern Patriarchs<sup>56</sup>.

On this note, we will now move on to further investigate the different features of separation theory that ultimately underlie the problem raised in the previous paragraph.

### *3. Religion, ‘Shūkyō’ and State–religion separation: the case of Japan*

#### *3.1. Two underlying purposes*

The objective of this section is twofold: first, it will emphasize the cultural debt of separation theory to European history. On the same note, it will briefly present José Casanova’s point of view on the issue of State-religion separation and his notion of political secularism as a «statecraft doctrine»<sup>57</sup>, which can work, combined with expert Hiroaki Kobayashi’s reflections on the same subject, as a theoretical reference that could perhaps give the reader a clear and relatively fixed representation of separation theory in the present. On the other hand, it will present the endogenous framework, that of the *saisei-itchi* or the unity of religion and government (or theory of unity), which, unlike the first, envisages a lasting bond between the imperial house and the State, since its formative process. Moreover, the latter theory should represent another obstacle to the rigid fulfillment of the separative one. In addition to that, even if one accepts the dichotomy at the basis of the theory of separation, that of a religious sphere as opposed to a secular one, in the Japanese context and in relation to the imperial institution, it is difficult to think of the relationship between the two spheres as opposing, rather than interactive. Although the religious side in general, and with it the imperial institution, has almost never enjoyed complete freedom from the political-secular one, it has been used several times as the ultimate source of legitimacy for

---

<sup>55</sup> As expressed in R. Guénon, *Il re del mondo*, Milano, Adelphi, 2017.

<sup>56</sup> As affirmed by S. Calzolari, *Religione e secolarizzazione nel mondo moderno: il caso giapponese*, 2015, available online at: <https://freedomofbelief.net/it/articoli/religione-e-secolarizzazione-nel-mondo-moderno-il-caso-giapponese>; G. Mannocci, *L’Imperatore. Radici, evoluzione e attualità della funzione imperiale nel Giappone contemporaneo*, Rimini, Il Cerchio Iniziative Editoriali, 2018; T. McNelly, *The Role of Monarchy in the Political Modernization of Japan*, in *Comparative Politics*, Vol. 1, 1969, pp. 366 – 381.

<sup>57</sup> J. Casanova, *The Secular and Secularisms*, op. cit., p. 1057.

political rulers and as a «means to the achievement of political ends»<sup>58</sup> as pointed out by Ikegami. This argument, then, will be further substantiated in the third section, which will demonstrate, through the two case studies, how difficult it is to claim the complete achievement of the separation between the two parties.

### *3.2. The European (biased) origins of the “separation theory”*

As pointed out, this essay avoids assuming the universal validity of any form of knowledge that may have specific and peculiar cultural origins. In the case of the theory of separation, as will be demonstrated, the origins refer directly to the history of the European continent.

According to Charles Taylor, on matters of State-religion separation, given the degree of spirituality present – in different forms – in today’s modern secular societies around the world, a reasonable approach might be to allow for debate within these different souls of society to find a shared solution<sup>59</sup>. In this regard, however, he considers the intransigent defense of the principle of secularism as a factor blocking this dialogue. Furthermore, he will argue that this derives from the interpretation of the question of the separation between religion and State as a technical-juridical problem which provides only one possible way out: the relaunching of an institutional arrangement that has developed throughout the 16th and 17th century Europe in the process of birth and consolidation of modern nation-states, or «separatist states» as framed by Cardia<sup>60</sup>, as institutionalized forms of political power separate and autonomous from the Catholic Church and theology. In this sense, Reinhard will describe the modern State, in severing all links with any form of religious or theological influence, as a form of institutional power that does not need any external legitimization of its power<sup>61</sup>, is «self-referential» or «autocephalous» according to Cardia<sup>62</sup>. On the contrary, Charles Taylor invokes the raising of a sense of “historical contingency” which, in the specific case, is completely missing as long as one opts for the simple re-enactment of a paradigm inevitably linked to, for example, the specific conceptions of religious and secular as well as the peculiar cultural and political dynamics of the time – that is, the religious wars that bloodied Europe in the 16th and 17th centuries. Taylor<sup>63</sup>, as well as many other authors<sup>64</sup>, have demonstrated that the

---

<sup>58</sup> E. Ikegami, as cited in F. Fukase-Indergaard and M. Indergaard, *Religious nationalism and the making of the modern Japanese state*, in *Theory and Society*, Vol. 37, pp. 343 – 374, 2008, p. 352.

<sup>59</sup> P. Costa, *La città post-secolare. Il nuovo dibattito sulla secolarizzazione*, op. cit., pp. 71 – 78.

<sup>60</sup> C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 75.

<sup>61</sup> W. Reinhard, *Storia dello stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>62</sup> C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico*, op. cit., pp. 74, 75, 76.

<sup>63</sup> C. Taylor, *A Secular Age*, Cambridge, Belknap, 2007.

<sup>64</sup> J. Casanova, *Public religions in the modern world*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994; Id., *Locating Religion and Secularity in East Asia Through Global Processes: Early Modern Jesuit Religion*

conceptual dyad at the basis of this theory, that between secular and religious, is the product of an invention within Western Christian theological discourse. It is Ernst-Wolfgang Böckenförde who has insisted on the fact that we need to look at an even earlier dynamic around the 11th and 12th centuries in Europe as the root cause of this matter: the Investiture Controversy. A conflict between the papal institution and the imperial one regarding the legitimacy of power, over the ultimate source that could legitimize the holders of any temporal power. The first and main consequence of these contrasts was the introduction of an unprecedented division between the secular and the religious. Indeed, the previous political-religious order, as such, had no distinction in this sense, simply because Christianity was recognized as the ultimate foundation of the political order<sup>65</sup>. The Emperor and the Pope were not the embodiment of two different forms of power, they derived their positions and their offices from the same (divine) source. The distinction just described was then an invention or an elaboration made by some theologians to legitimize, given the existing controversies, the papal part to the detriment of the imperial one which was placed out of the religious sphere in an operation of desacralization, or simply the secularization of its role<sup>66</sup>.

In conclusion, this paragraph should have demonstrated that the theory of separation has deep cultural and ideological ties with European history, as much as it could be contained in the broader discourse on secularization and decline of religious influence in modern societies. The importance of highlighting this bias is related to the possibility of broadening our understanding of a delicate issue such as that of the relationship between States and religious beliefs. In this regard, the contribution that such an awareness can make is that of not considering Western solutions to this question as the only viable way forward.

### *3.3. The saisei-itchi or the unity of religion and government*

In presenting the core elements of the so-called unity theory, Yanagawa and Reid distinguish it from any theocratic form of government which can be thought of as the embodiment of unity between religion and government insofar in the Japanese case there was no priesthood or purely religious figure to govern the country directly. On the contrary, for the authors, it was a question of venerating the emperor as the «Deity who established the State» to use the words of Anesaki<sup>67</sup>. Here is the first important

---

*Encounters*, in *Religions*, Vol. 9, 2018, pp. 1 – 12; T. Asad, *Genealogies of Religion*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993; Id., *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 2003; E-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, Editrice Morcelliana, 2006.

<sup>65</sup> E-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, op. cit., pp. 34 – 37.

<sup>66</sup> Ivi, pp. 38 – 44.

<sup>67</sup> M. Anesaki, *History of Japanese Religion. With Special Reference to the Social and Moral Life of the Nation*, Tokyo, Charles E. Tuttle Company, 1963, p. 20, as cited in K. Yanagawa, K., and D. Reid, *Between*

point, which requires further investigation. The idea of a divine figure who found the Japanese State is probably one of the central elements of the theory of unity and is, as argued here, one of the most obvious reasons for contrast with the theory of separation. Indeed, if one is willing to trace the origins of the Japanese State or any earlier form of institutionalized power, such as royalty in ancient times, there is evidence that one must go through: the connection between this formation process and the role played in it by the *Tenno* specifically as the descendant of divine beings. As already noted, the discriminating factor for the Japanese emperor is precisely his lineage, the fact that, according to the mythological account provided by the two texts compiled at the beginning of the eighth century, the *Kojiki* (712) and the *Nihongi* (720), from Amaterasu, the Sun Goddess, who is «genealogically so connected with *Izanagi*, the generator of Japanese islands, that she comes into being when he washes his left eye» as Waida<sup>68</sup> points out, to Ninigi, grandson of the Goddess of the Sun, to end (or begin) with Jimmu, great-grandson of Ninigi and first human emperor according to Japanese tradition. If anything, an eminent scholar such as Tsuda Sokichi (1873-1961), after the war argued that the origins of the Yamato State are to be found in a first settlement «by the imperial ancestors ... in the Kyushu area around the 2nd century A. D.» whose «authority was solidified»<sup>69</sup> after a process of incorporation of other neighboring communities or clans until the sixth or fifth century. Along the same lines, in the aftermath of Japan's defeat in World War II, Paul Linebarger «identified the survival of the dynasty with the survival of the state»<sup>70</sup> as reported by McNelly, who in turn took a clear stand on the issue by stating that «in the Japanese tradition, the imperial dynasty preceded and established the state, and there is no hard historical evidence to disprove this theory»<sup>71</sup>.

In this sense, taking into consideration the focal point of linear descent which in ancient times was the founding element of Japan so-called «sacred kingship ideology», which to some extent resonates with the Meiji era concept of *kokutai*, or the eternal essence of Japanese politics, Waida referred to this framework that developed in the past, more precisely from the end of the 4th to the beginning of the 8th century, as an archetypal pattern which guaranteed Japan a model which can be modified, adapted to different times and then restored, especially in times of national crisis, as in the Meiji era. The same author will therefore speak of a certain «structural continuity that has never been lost... from archaic times down to the present»<sup>72</sup>.

---

*Unity and Separation: Religion and Politics in Japan, 1965-1977*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 6, 1979, pp. 500 – 521, p. 502.

<sup>68</sup> M. Waida, *Conceptions of State and Kingship in Early Japan*, in *Zeitschrift für Religions- Und Geistesgeschichte*, Vol. 28, 1976b, pp. 97 – 112, p. 104.

<sup>69</sup> K. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy, 1945-1995*, op. cit., p. 46.

<sup>70</sup> T. McNelly, *The Role of Monarchy in the Political Modernization of Japan*, in *Comparative Politics*, Vol. 1, pp. 366 – 381, p. 368.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> M. Waida, *Sacred Kingship in Early Japan: A Historical Introduction*, in *History of Religions*, Vol. 15, 1976, pp. 319 – 342, p. 342.

At the conclusion of this brief classification of the theory of unity or at least of some of its traits, the evidence of this continuity as represented by Waida will be shown in the case study section. It goes without saying that these cases, as they tend to enforce the framework described above, pose problems with respect to the idea of a rigid and clear-cut separation between State and religion.

### *3.4. A tentative definition of the “separation theory” in and outside Japan*

To provide the reader with a workable definition of separation theory, we will now examine the writings of two authors: José Casanova and Hiroaki Kobayashi. This paragraph should also raise awareness of the fact that the free exercise of religious beliefs or freedom of religion could assume a more prominent place in the establishment of a democratic system, rather than the achievement of what appears to be a rigid separation between the spheres of religion and the State.

On the one hand, therefore, it seemed correct to consider Casanova’s notion of secularism as «a whole range of modern secular worldviews and ideologies that may be consciously held and explicitly elaborated into philosophies of history and normative-ideological state projects, into projects of modernity and cultural programs»<sup>73</sup>, but above all, within this broader category, to the narrower concept of secularism as the «state doctrine» which he identified. As already reported, this trend revolves around the idea of a necessary separation between the two spheres that we have identified here as that of the State and that of religion. In detail, according to Casanova, in almost every form of this doctrine, we witness the presence of two guiding principles: that, again, of separation or «no establishment»<sup>74</sup> and that of «state regulation of religion in society»<sup>75</sup>, which the author portrays as the equivalent of the right of free exercise as provided in many constitutions today. What is it then that differentiates the specific form in one country rather than one in another? It is the «relationship between the two principles that determines the particular form of secularism and its affinity with democracy»<sup>76</sup> to use the words of Casanova. The variety of possible solutions usually depends on the hostile/friendly separation and «free/unfree state regulation of religion»<sup>77</sup> in societies. In this sense, however, Casanova poses a very pressing question: should we look at the idea of secularism as having an «end in itself»<sup>78</sup>, as an «ultimate value»<sup>79</sup> or, conversely, as a «means to some other end, be it democracy and equal

---

<sup>73</sup> J. Casanova, *The Secular and Secularisms*, op. cit., p. 1051.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 1061.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 1062.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

citizenship or religious pluralism»<sup>80</sup>? If one agrees with this second option, then Casanova argues that the idea of a separation is therefore not «an end in itself» and therefore should be involved in the «maximization» of the «equal participation of all citizens in democratic politics and the free exercise of religion in society»<sup>81</sup>. Consistent with this, Casanova puts forward a proposition, which is followed up here, when he affirms that, in the end, «one cannot have democracy without freedom of religion», in the sense that the clause of free exercise rather than that of the «no establishment», appears to be a «necessary condition for democracy»<sup>82</sup>. In addition to this, he further corroborates his thesis by citing the cases of «Soviet-type regimes, Kemalist Turkey or post-Revolutionary Mexico»<sup>83</sup> as examples of «secular states that were nondemocratic»<sup>84</sup> so that a «strict secular separation of church and state is neither a sufficient nor a necessary condition for democracy»<sup>85</sup>.

The second author, Hiroaki Kobayashi, can be considered an expert on relations between State and religion in Japan. From a legal point of view, he has dedicated several articles to the subject and, especially in one of these, he has made very relevant comments which, to a certain extent, are in line with the reported proposal of José Casanova. An example of this is his statement, incredibly similar to that of Casanova, on the need for a separation between State and religion «as a means to achieving true religious freedom»<sup>86</sup>. On the contrary, Kobayashi argues, in Japan separation «has often been seen not as a means of securing religious freedom but as an end in itself»<sup>87</sup>. The author derives this understanding by analyzing some court decisions in which he points out the courts' use of expressions such as «absolute separation» or «religion and the state should be mutually independent with no connecting ties» or «total separation of state and religion»<sup>88</sup> as the ideal solution the State should aim for, again, according to the Japanese courts. However, as reported by Kobayashi himself, the position of the courts is far from unequivocal and appears completely contradictory in some cases where in the same sentence the judges refer to «total separation» and then affirm that «the state unavoidably connects with religion» whenever it implements policies to regulate the various aspects of social life, including religious life. On the other hand, Kobayashi believes that, given the «various forms of religious faith and philosophies of life» that have characterized modern Japanese society, the only possible and

---

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ivi, p. 1063.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> H. Kobayashi, *Religion in the Public Sphere: Challenges and Opportunities in Japan*, in *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, 2005, pp. 683 – 710, p. 693.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ivi, p. 695.

reasonable approach to religion, in broader terms, by the State is that of neutrality, which means «a generous and tolerant attitude towards»<sup>89</sup> religious cults.

Moving on to the next part, the whole idea behind the separation theory is reconsidered here in the light of two possible interpretations of it. The one supported by this paper is that of openness towards religious cults, as also expressed by Casanova and Kobayashi, which can probably lead to reconsidering the question of the State-religion separation in completely different, more appropriate, more precise terms given the high degree of religious pluralism in modern societies. As for the Japanese case, Kobayashi rightly suggested that the idea of too narrow a division should probably be dismissed not only because of its practical impossibility, as also underlined by a ruling of the Supreme Court of Japan, but also because, in general terms, by adhering to an extremely rigid interpretation of the theory of separation, one could lose the idea of religious freedom as a central feature of democracies in favor of an unspecified view of this separation as an end in self.

#### 4. Case studies

##### 4.1. Presentation

To narrow the focus of this work, two main case studies of contemporary Japanese society have been selected. On the one hand, we will deal with the adoption of two legislations by the Japanese Diet, respectively in 1966 for National Foundation Day, and in 1979, as is the case of the Reign-Name Bill, which together constitute the first case study. In this sense, among all the variety of movements and individual political figures who have supported the enactment of these legislations, there will be a specific focus on the Association of Shinto Shrines or *Jinja Honcho*, recognized as a religious administrative organization since 1946. On the other hand, the second case study concerns the recently occurred succession ceremonies that led to the beginning of a new era, *Reiwa-jidai*, based on the calendar of the kingdom name, and the enthronement of a new emperor, *Reiwa Tenno*, formerly known as Crown Prince Naruhito. In this regard, the focus here will be on the nature of these ceremonies and again on the representation of the emperor as a descendant of the Sun Goddess, as occurs in the performance of these rituals.

In addition to that, the next section will conclude and summarize the various points in terms of determining the status of separation theory in Japan with respect to the case studies analyzed.

##### 4.2. National Foundation Day or *Kenkoku kinen no hi* and the “Reign-Name Bill”

---

<sup>89</sup> Ivi, p. 694.

As proof of the paradigmatic value of the pattern presented by Waida, in contemporary times we can mention the February 11 National Foundation Day (*Kenkoku kinen no hi*). Before going into the details, it is appropriate to quickly assess the nature, role and origins of the Association of Shinto Shrines or *Jinja Honcho*, which played a significant role in both case studies discussed in this paragraph. As already noted, since 1946 this association has been officially recognized as a private religious organization under Japanese law and oversees approximately 80,000 shrines located throughout the country<sup>90</sup>, plus it can count on several «prefectural offices (*Jinjacho*) ... open to the public» and its primary purpose, since its foundation after the war, can be summed up as preserving the «Japanese religious tradition», as indicated on its website. According to Breen, this association deserves attention as it «trains, appoints, promotes and dismisses Shinto priests; it determines the rites that these priests perform, and through its theological research institute (*Kyogaku Kenkyujo*), shapes Shinto's modern meanings»<sup>91</sup>. Among that vast amount of shrines, particular attention is paid to the Ise Grand Shrine in which, in a specific pavilion, «the supreme deity Amaterasu-Omikami has been worshiped for 2000 years, as the predecessor of the Imperial Household and the supreme deity of Shinto»<sup>92</sup>. That being said, for the purpose of this article, over the years this association has «developed as a politically oriented organisation having the state and the Emperor as its main preoccupations rather than as a force for uniting folk beliefs in shrines at a national level» to quote Shimazono<sup>93</sup>. Shimazono, will go even further in suggesting that the main «religious principle» of the *Jinja Honcho* is a form of «State Shinto», in a broad sense of the term, of which the central element is the «reverence for the Emperor, the Imperial House and the Grand Shrine of Ise»<sup>94</sup> in an attempt to officially (and legally) restore and regain a sort of direct connection with the State, as it was, in different ways, in the 19th century<sup>95</sup>. In this effort, the two cases that we will now examine represent, according to Shimazono, two positive outcomes of this precise will.

---

<sup>90</sup> Look at M. Teeuwen, *Jinja Honcho and Shrine Shinto policy*, in *Japan Forum*, Vol. 8, 1996, pp. 177 – 188; J. Breen, *Resurrecting the Sacred Land of Japan. The State of Shinto in the Twenty-First Century*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 37, pp. 295 – 315.

<sup>91</sup> J. Breen, *Resurrecting the Sacred Land of Japan. The State of Shinto in the Twenty-First Century*, op. cit., p. 296.

<sup>92</sup> As posed by the Association itself in its official website: <https://www.jinjahoncho.or.jp/en/ise/index.html>.

<sup>93</sup> As quoted in M. Okuyama, *Religious Dimensions of the Japanese Imperial System in the Contemporary Social Situations*, in *Journal of the Nanzan Academic Society Humanities and Natural Sciences*, Vol. 13, 2017, pp. 1 – 21, p. 9.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> H. Hardacre, *Shintō and the State, 1868-1988*, Princeton, Princeton University Press, 1989; D. M. O' Brien and Y. Ohkoshi, *To Dream Of Dreams: Religious Freedom And Constitutional Politics In Postwar Japan*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1996.

To begin with, National Foundation Day (February 11), a national holiday in Japan, celebrates the founding «in 660 B.C. of the Empire of Japan by Emperor Jimmu»<sup>96</sup> and clearly refers to the mythological tale mentioned above. Furthermore, the celebration was initially fixed during the Meiji era in 1872 and after being abolished under post-war pressure from the occupation authorities, it was finally re-established as a national holiday in 1966. This achievement, as extensively explained by Ruoff, was the result of a long and controversial political campaign in which a different number of social actors respectively played a significant role. We found political exponents of the Liberal Democratic Party, as well as structured organizations such as the aforementioned Association of Shinto Shrines, which was «the most prominent agent in the re-establishment coalition»<sup>97</sup>, but also scholars, representatives from the business world or by the prefectural and municipal councils. More interestingly, from its inception after World War I to its formal re-establishment in 1966 through public polls, rallies and petitions, this campaign can be said to have enjoyed considerable popular support (Ruoff, 2001). In some periods, local mayors and individual associations expressed their dissatisfaction and even disapproval of the way the Liberal Democratic Party was dealing with the issue, even portraying the party as the «biggest barrier to the movement to legalize Foundation Day»<sup>98</sup>.

In line with this, another campaign should also be mentioned which saw the participation of almost the same actors on both sides of the first debate around Foundation Day. We are talking about the diverse acts, figures and movements that they supported the Reign-Name Bill in 1979. This is the legislation passed by the Japanese Diet with which the country has (re)adopted a dating system based on the duration of the imperial reigns. The question of the era name or *genko* is worth highlighting for two reasons. First, this case too was a case of very active and militant participation and campaigning, «one of the most extensive social movements in post-war Japan»<sup>99</sup>. To cite just one example, before the Diet formally approved the bill «forty-six of the forty-seven regional assemblies (*todofuken gikai*) and more than half – nearly 1'600 – of all village, town, and city assemblies in Japan had passed resolutions (*ketsugi*) urging the Diet to take action on this matter»<sup>100</sup>. Even more convincing is the fact that, at the time Japan was debating this bill, there were few other instances of countries adopting a system other than the Christian calendar. Indeed, a fascinating aspect common to these other countries, such as Israel and various Islamic nations, is that the alternative systems they adopted all referred to a religious tradition: the Jewish tradition in Israel and that of the Islamic tradition, which begins in the year of the *Hijra* when the Prophet Mohammed moved from Mecca to Medina. Again, therefore, we find a more direct comparison between the *Tenno* and religious figures from other

---

<sup>96</sup> K. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the Japanese Monarchy*, op. cit., p. 13.

<sup>97</sup> Ivi, p. 161.

<sup>98</sup> Ivi, p. 171.

<sup>99</sup> Ivi, p. 183.

<sup>100</sup> Ivi, pp. 183, 184.

traditions, rather than with modern monarchs. In addition to this, these first two examples have given us a first design cue of how much the figure of the emperor in Japan was and, in more recent times, has been connected to the State from various points of view. Indeed, the two bills approved by the Japanese Diet not only show a certain tendency to rely on some features of the model described by Waida, and therefore to bring out that sense of structural continuity suggested by Waida himself, but it can be said that the effects they produce have also had consequences in the daily life of the Japanese for which, especially in the case of the Reign-Name bill, even today many administrative documents are drawn up in accordance with this system.

In summary, this first case shed light on how the democratic and public arena in Japan is populated by a very articulated number of actors, some of whom have a fundamental religious orientation and, as is the case of the Association, a structure organization with offices and several branches. Furthermore, representatives of Japanese society, as partially confirmed by polls and local assembly resolutions, have shown at least a positive attitude to reinforce some features related to the mythological tale that presents the eternal lineage of the emperors as the founders of the country and, as some authors quoted here have argued, of the Japanese State. Moreover, with particular regard to the *Jinja Honcho* and the subject of this paper, one of its long-standing goals has been the redefinition of the religion-state separation enshrined in the Constitution, either in the sense of abolishing or providing a different interpretation that provides the «legitimacy» for a «renewed link with the state»<sup>101</sup>, argues Ruoff. Consistent with this, in a recent work Ernils Larsson insisted on the involvement of *Jinja Honcho*, through some of its top representatives (such as its President), in the «Citizens' Association for the Creation of a Constitution for Beautiful Japan»<sup>102</sup>, a working group established within the *Nippon Kaigi* association in 2014. *Nippon Kaigi* itself, described by Guthmann as a «confederation of political and religious movements»<sup>103</sup> and usually depicted as part of a nationalist perspective, «to establish popular support for constitutional reform»<sup>104</sup>, expressed his dissatisfaction with a «separation of state and religion that has gone too far»<sup>105</sup>. Not being able for the moment to access any concrete proposal for constitutional reform by this college, we just have to formulate a few last observations before moving on to the next case study.

As this second paragraph hopefully demonstrates, the orientation and activities of the *Jinja Honcho* represent a sort of blocking factor to the complete completion of a separation between the State sphere and the religious one, in broader terms. Guthmann will go even further by stating that this association, together with some

---

<sup>101</sup> Ivi, p. 288.

<sup>102</sup> E. Larsson, *Jinja Honcho and the Politics of Constitutional Reform in Japan*, in *Japan Review*, Vol. 30, 2017, pp. 227 – 252. p. 247.

<sup>103</sup> T. Guthmann, *Nationalist Circles in Japan Today: The Impossibility of Secularization*, in *Japan Review*, Vol. 30, 2017, pp. 207 – 225, p. 207.

<sup>104</sup> E. Larsson, *Jinja Honcho and the Politics of Constitutional Reform in Japan*, op. cit., p. 227.

<sup>105</sup> Ivi, p. 247.

others that he frames as «nationalist circles», are the main cause of the «impossibility of secularization» in Japan. In this regard, this essay does not entirely share Guthmann's hard line insofar the separation of State and religion is not here considered as «an end in itself» to use the words of Kobayashi. On the other hand, however, the presence of such an active actor within Japanese society is still notable, an actor which supports the divine lineage of the *Tenno* based on the mythological account we have reported above, an actor which successfully ran some political campaigns true to that narrative and against the backdrop of the anticipated constitutional separation.

#### *4.3. Imperial Succession Ceremonies*

This section is dedicated to the second case study, which concerns the recently occurred succession ceremonies that marked the accession to the throne of the new emperor in 2019. The leitmotiv of this section will be the link, the existence of which this contribution claims, between the representation of the *Tenno* as provided by these ceremonies, in the sense that it should, even today, be regarded as part of that unbroken imperial line, entrusted with the task of ruling the Japanese land by the Sun Goddess herself. The basis of this, therefore, is that since the origins of the imperial institution, its duties and above all its positions within society were ultimately legitimized, justified due to certain ritual functions that the emperor must perform as a descendant of divine beings. In this context, the ceremonies were a key part of this picture, as we shall see.

Precisely dating the origins of this process and grasping the inner meaning of the ceremonies that compose it, is something that seems to be beyond human possibilities for several reasons. On the one hand, these ceremonies seem to have existed «from remote past» and the only documentary source at our disposal are those texts such as the *Kojiki*, the *Nihongi* or the *Kogoshui* (806-7 AD), which are based on earlier documents that have been lost and which were, in turn, based on a «much older oral tradition»<sup>106</sup>. And so, even if a first testimony of the performance of the ceremonies can be dated «in the reign of Emperor Tenmu (r. 672 - 687)», as stated by Blacker<sup>107</sup>, some characteristics of the rites, such as «the absence of any metal»<sup>108</sup> in the construction of ritual structures, suggest that «origin may take us back to a prehistoric age»<sup>109</sup>. Additionally, an aura of mystery surrounds the crucial parts of these

---

<sup>106</sup> D. C. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, Tokyo, Sophia University Press, p. 2.

<sup>107</sup> C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijōsai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 17, 1990, pp. 179 – 197, p. 179.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Ibid.

ceremonies and even today we can only formulate hypotheses and follow the interpretations of eminent scholars.

Having said that, let us now go through a brief outline of the ceremonies that precede the *daijō-sai*, which are the *senso*, or the «ascent» as it is supposed that the throne as the throne is supposed to «not be vacant for even a single day», the *sokui-rei* or usually rendered as the “ascension to the throne”, the «enthronement»<sup>110</sup>. Noteworthy, for the purposes of this work, the most relevant ceremonies are those which constituted the accession and the Great Thanksgiving or *daijō-sai* for their symbolic value in relation to the emperor and his status within the constitutional settlement of the State-religion separation. Ultimately, it should be emphasized that since the adoption of the new constitution, in the aftermath of the end of the Second World War, on the rituals *senso* and *daijō-sai* we find no reference in the Manual for the Imperial Household issued in 1957, which only mentions *sokui-rei* as the «accession ritual»<sup>111</sup> for the succession. So, as far as we are concerned, these are performed based on the tradition of the imperial family but have no legal basis whatsoever.

#### *4.4. Senso or Accession, the Three Imperial Regalia and the “Enthronement”*

The central aspect of the *senso* ceremony is the inheritance of the so-called Imperial Regalia by the future emperor. The three sacred objects or regalia are the «Yata Mirror, the Yasakani Curved Jewels and the Kusanagi Sword»<sup>112</sup>. The sacred nature of these three emblems is underscored by how they are collectively described in Japanese translated as The Three Kinds of Divine Treasures. Given the scope of this article, we should consider the origin of these three objects which, as will be further explained, support the idea that the emperor has divine parentage. Before this, it should be noted that although throughout history the overall rite of succession has been subject to change (such as the time between different ceremonies) and in some periods (notably from 1466 to 1687) it was not at all estates, if we look at the most recent ones<sup>113</sup>, which took place respectively in 1989 with the then Crown Prince Akihito and in 2019 with Crown Prince Naruhito, there is certainly a kind of continuity in their execution, which will be used here as the main area of interest in this analysis. In relation to the three regalia, the most important is the Yata Mirror as it is thought to be a material representation of the Sun Goddess herself, Amaterasu-Omikami. The

---

<sup>110</sup> Jinja Honcho, *The Imperial Succession -MIYOGAWARI-*, 2018, available online at: <https://www.jinjahoncho.or.jp/en/miyogawari/>.

<sup>111</sup> E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, in *Ethnology*, Vol. 30, 1991, pp. 199 – 215, p. 206.

<sup>112</sup> D. C. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., p. 2.

<sup>113</sup> A. C., Mayer, *Recent Succession Ceremonies of the Emperor of Japan*, in *Japan Review*, Vol. 2, 1991, pp. 35 – 61.

sacred aura of this object is so intense that during the entire ceremony itself this mirror, unlike the other two objects, is not moved from the Ise temple where it is kept and venerated. For the purposes of this ceremony, therefore, a specific copy of it is used, kept in the central shrine of the Imperial Palace in Tokyo, the *Kashiko-dokoro*. However, even this replica has not moved from its place, and it is the becoming-emperor who on two occasions, once when the dates of *sokui-rei* and *daijo-sai* are formally fixed, and a second time during the Enthronement ceremony or *sokui-rei*, himself goes to *Kashiko-dokoro* and personally announces to Amaterasu-Omikami the successful succession. Even if this practice of referring events to the ancestors is a particular cultural characteristic of the Japanese people in general and not exclusively a matter of the imperial house, once again, here we find another testimony of how much, even today, the bond between the emperor and divine beings is objectified.

The other sacred object, closely linked to the mirror, given the common mythological episode from which the two originated, is the jewel or *magatama*. Indeed, both the jewel and the mirror referred to the event narrated by the *Kojiki* in which the Goddess of the Sun, offended by the divine brother Susanoo-no-Mikoto, withdrew to a cave causing the arrival of darkness in worldwide. Only thanks to the mirror and the jewel the other celestial creatures managed to attract the Goddess, bringing light back into the world. The jewel, as well as the sword<sup>114</sup>, are brought from the becoming-emperor in the process (mentioned above) of reporting the status of the succession to Amaterasu-Omikami. Once the three insignias have been inherited and the new era-name has been chosen, the *senso* can be said to be complete. The later *sokui-rei* involves a more private or religious ceremony and another one, which is described by Fosco Maraini as a more pompous civil celebration. The first has already been briefly outlined, when it was mentioned that on a specific occasion it is announced – both to the replica of the sacred mirror in the *Kashiko-dokoro* as well as to other Imperial Ancestors and to the *kami* of heaven and earth in two different buildings – the successful enthronement of what (only) after this rite, according to some scholars, can be officially called the new *Tenno*. In the latter event, however, the newly installed emperor is presented in front of a very prestigious audience made up of representatives of over 150 countries. A minor detail is reported by Maraini on the ceremonies that took place in 1990 concerning the height of the *takamikura* or throne for the emperor and the respective *michodai* for the empress with respect to the position of the Prime Minister who should greet the *Tenno* with the triple pronunciation of *banzai*. The question of the difference in height between the two positions is merely a question of reinforcing the idea of one figure, the emperor, as symbolically superior to the Prime Minister and possibly, according to some more conservative interpretations, the throne

---

<sup>114</sup> As far as we are concerned, the original sword was lost in the naval battle of *Danno-Ura* in 1185 and the one which has been used from 1210 until now is an ancient piece of the Ise-Jingu collection. Its symbolical value is thought to be, according to Holtom (1972), its reference to the militaristic features of the history of Japan. To quote his words, it was inevitable that such a populace «who lived by the sword should revere and deify the emblem of their power» (1972).

is a representation of Mount Takachiho, the place where Ninigi no Mikoto would have landed in his descent from heaven<sup>115</sup>. As a matter of fact, then, although the difference between the two has reduced (from 530cm to 130cm) it has nevertheless been kept minimal.

Before moving on to the last ceremony, it should be noted that the three sacred objects at the center of this first part and their transmission in the hands of the new emperor once again repeat or recall, as suggested by Waida, some act performed by the divine ancestors in mythical-sacred times. In this regard, the corresponding episode is the bestowal, the endowment of Three Sacred Treasures by the Goddess of the Sun to her nephew Ninigi so that he fulfills his task of «pacifying the terrestrial world»<sup>116</sup> and is for this reason that Holtom considers them «absolutely essential to the assertion of legitimate claim to the throne»<sup>117</sup>.

#### 4.5. *Daijo-Sai or Onamesai or the “Great New Food Festival/Great Thanksgiving Festival”*

Finally comes the third and most complex succession ceremony. In an older pronunciation, the *onamesai*, originates from an ancient «imperial harvest ritual» and the role of rice seems to be central here. In fact, in a very rice-based society like Japan, fertility has become one of the central elements of «all Shinto beliefs», the «chief celestial blessings demanded are those most desirable to farmers and fishermen»<sup>118</sup>. In this context, then, the early emperors «were magico-religious leaders ... whose political power rested upon an ability to solicit supernatural powers to ensure good crops»<sup>119</sup>. As Ohnuki-Tierney has shown, there is broad scholarly agreement that the most important role of the emperor was to secure these divine blessings «in behalf of the people»<sup>120</sup>. In this sense, the digression made in this article, which aimed to highlight this intermediation function between the two spheres, seems significant. The specific «annual harvest ritual» was called *niinamesai* and on a particular occasion, and precisely in the case of an imperial succession, it was transformed into *onamesai* which today is known as the third ceremony of the accession rituals, the *daijo-sai*<sup>121</sup>. In fact, as

<sup>115</sup> In F. Maraini, *L'Agape celeste*, op. cit., p. 31.

<sup>116</sup> Jinja Honcho, *Soul of Japan: An Introduction to Shinto and Ise Jingū*. Public Affairs Headquarters for Shikinen-Sengū, 2013, available online at: <http://www.jinjahoncho.or.jp/en/>.

<sup>117</sup> D. C. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., p. 5.

<sup>118</sup> G. B. Sansom, *Japan. A Short Cultural History*, Stanford, Stanford University Press, 2018, pp. 13 – 17.

<sup>119</sup> E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, op. cit., p. 200.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> As a matter of fact, the ceremonies do not completely coincide and the simple terminological shift from one ceremony to the other might deceive the reader in this respect. As pointed out by Holtom, Maraini as well as Blacker there are some similarities as much as some differences. For the

underlined by Holtom, basically in this ritual are «merged a primitive harvest festival and survivals of the original Japanese Enthronement rites»<sup>122</sup>. This connection between the emperor and rice cultivation is still alive today, although some of the rites connected to it have been transformed into ceremonies that the *Tenno* performed as private rites within the imperial estates. After having briefly evaluated a historical chronicle, we must now move on to the performance of this rite as it has been characterized in more recent times.

As far as we are concerned, the preparation of this peculiar rite begins in spring – between February and April – with the identification of two rice fields, based on a turtle shell divination, called respectively *yuki* and *suki* in which the rice that will then be offered during a specific part of the rite is grown with the «utmost care to prevent contamination by impurities»<sup>123</sup>. The two fields are indicatively located in the south-east and north-west areas of Kyoto, so much so that, due to their specific locations, they «symbolize the entire nation». Subsequently, the preparatory phase ends with the construction of a «sacred complex» known as *daijo-gu* and of two halls, the *yukiden* and the *sukiden* by specific carpenters (*miya-daiku*) in which «the main rituals will take place»<sup>124</sup>. As a further factor apparently confirming the Shinto nature of this rite, the emperor, members of the imperial family and «all others who participate directly» are subjected to a rite of purification before the initiation of *daijo-sai* as noted by Holtom<sup>125</sup>.

The whole ceremony is therefore divisible into three parts and it takes nearly three days to perform all of them. In order, the first ritual is called *chinkonsai* or *mitama shizume* usually translated as pacification of souls. This begins when the emperor's

---

purpose of this paper, though, there is no need to stress both of them, for which we refer to the cited works here.

<sup>122</sup> D. C. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., pp. 55 – 67.

<sup>123</sup> E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, op. cit., p. 200. On a brief note, the notion of purity and hence of impurity is a central one in Shinto beliefs. And indeed, as stressed by the Shinto master Motohisa Yamakage (2012) «the very source of Shinto, is a form of purification that has four aspects ('*seimei seichoku*')». *Seimei* has the meaning of having «a clean and happy attitude of inner mind ... without impurity», whereas *seichoku* stands for «right action or behavior as well as the social aspect of being right (that is, not committing any sin, crime or offense) and behaving with honesty, openness, and frankness toward others». The custom of «purification with water» that any visitors to Japan might have witnessed to is then expressed by the term *misogi* and is a matter of made clean our bodies but also «our heart and mind are purified at the same time». At the opposite side we found the notion of *kegare* which, by contrast, is comprised of those elements that interferes with this process of purification. In this sense, most of what is naturally expelled by our bodies is considered to be impure (Raveri, 2006). In relation to the ceremonies here analyzed and on remarking the importance of the concept of purification or *oharai* for Shinto, even the imperial couple, in the preparatory phase of the *daijo-sai* undergone certain rituals meant to purify them: it is the case of the *gyokei* rite for the emperor and the empress.

<sup>124</sup> C. A. Mayer, *Recent Succession Ceremonies of the Emperor of Japan*, in *Japan Review*, Vol. 2, 1991, pp. 35 – 61, p. 44.

<sup>125</sup> Look at J. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., pp. 95 – 112.

clothes and a sacred cord («life cord» or «great life master» according to Holtom) are taken to a special building called a *saiden* and the «clothes are shaken ten times»<sup>126</sup> plus «ten knots are tied in the white chord»<sup>127</sup>. In this phase, a female ritualist will perform a special dance which has its «mythological prototype» in the same episode quoted above «at the time of the withdrawal of the Sun Goddess» and a special dance was one of the tricks of the other divine beings adopted to lure her out, as reported by Holtom<sup>128</sup>. It is Maraini who gives us a convincing explanation of this part: he argued that it refers to the ancient belief in basis on which it is thought that human beings are endowed with a multitude of souls and the scope of the *chinkonsai* is precisely that of pacifying and reuniting the different souls of the emperor thanks to the delicate and intense ceremonies and which will take place shortly thereafter.

However, getting into the heart of *daijo-sai*, we should talk about the second phase of it, which is of paramount importance for the purposes of this article. The two buildings of the *yukiden* and the *sukiden* are the places where this sequence of the ritual takes place. Before entering the *yukiden*, however, the emperor should undergo a series of “purificatory baths” and subsequently, followed by the Sword and Jewel, will enter the building accompanied by ancient ballads or «magic music» (*furugoto*) «chanted by the *kataribe* 語部 minstrels»<sup>129</sup>. The furniture is said to be identical for both structures with the *shinza* in the center, a sort of sofa or bed, which is covered with a white silk (the *ofusuma*). A procession will then join the emperor bringing rice and sake (both coming from the respective rice field previously identified through divination), which will first be offered to the *Tenno* himself and then, in turn, he will offer them to the ancestral *kami* in very solemn and respectful way. Immediately after reciting some prayers, the emperor will feast on the same food and drink that he previously offered to the *kami*. As the ceremony progresses, the food is removed and the emperor has to wash his hands before repeating, as far as we are concerned, the exact same procedure in the other building *sukiden*, so that «by dawn the two rituals are finished»<sup>130</sup>. What follows over the next two days are the «state banquets in celebration of the enthronement»<sup>131</sup>. After briefly outlining the sequence of this particular ritual, comes an even more nuanced and intricate part: the interpretation(s) of its meaning(s).

For the purposes of this contribution, we will retrace only some aspects of the overall hermeneutical operation carried out by various eminent scholars, those that appear relevant to underline the criticality of this ceremony against the background of the alleged separation between religion and state. In this sense Blacker, in no uncertain

<sup>126</sup> C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijosai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, op. cit., p. 181.

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> J. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., pp. 95 – 112.

<sup>129</sup> C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijosai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, op. cit., p. 180.

<sup>130</sup> C. A. Mayer, *Recent Succession Ceremonies of the Emperor of Japan*, op. cit., pp. 44, 45, 46.

<sup>131</sup> J. Holtom, *The Japanese Enthronement Ceremonies with An Account of the Imperial Regalia*, op. cit., pp. 95 – 112.

terms, stated that «all scholars who have sought to interpret»<sup>132</sup> the symbolic value of the *daijo-sai* «agree that the ritual sequence enables the future emperor to pass from a human to a divine condition»<sup>133</sup> and Kokan seems to be of the same mind when he affirms that «the meaning of the *daijo-sai*»<sup>134</sup>, its «objective is the divinization of the emperor»<sup>135</sup>.

The line of interpretations is tripartite: one focuses on the *chinkonsai* or *mitama shizume* part and essentially depicts it as a process of «rejuvenation» of the emperor's soul, which in turn enables him to perform the ritual in *yukiden* and *sukiden* «at the height of spiritual power»<sup>136</sup>. The concept of soul is also relevant to the third line of interpretation, which is mostly represented by the works of Orikuchi Shinobu and his incredibly fascinating theory of the «imperial soul» or *tenno-rei*. In general, in ancient Japan it was believed that a soul could easily detach itself from its «receptacle», be it a human being or an object, it would «wax in the winter and wane in the spring»<sup>137</sup> and hence the specific purpose of the *mitama shizume* is to «recapture» the emperor's soul «which might have waned or have been ready to leave his body»<sup>138</sup>. However, Orikuchi will push this argument further and claim that the very core of *chinkonsai* is the «transmission» of the «imperial soul» which, during that rite, «enters the body of the new emperor»<sup>139</sup>. This transmission apparently took place when throughout the *chinkonsai* the emperor covered himself with the aforementioned white silk, the *ofusuma* and only when and only when he took off this «magic garment» could it be said that he is the new container or receptacle of the imperial soul. As noted by Blacker, again we find a reference to the mythological record as it is in the original *ofusuma* that the «Sun Goddess's grandson was wrapped during his journey to the human world»<sup>140</sup>. On the other hand, other authors have focused on the presence of a «court lady» and have hypothesized that he «engages in sexual intercourse with her»<sup>141</sup>, while others in turn, such as Tanaka Hatsuo, have suggested the idea of considering the «communion meal as the climax of the rite»<sup>142</sup> as a common trend within Shinto festivals, in which «kami are summoned, entertained, honoured, treated with every mark of hospitality, and finally requested for blessings before being sent back to their own world»<sup>143</sup>. All of

<sup>132</sup> C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijosai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, op. cit., p. 186.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> S. Kokan, *Priest, Shaman, King*, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 17, pp. 106 – 128, p. 124.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, op. cit., p. 201.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> As quoted in C. A. Mayer, *Recent Succession Ceremonies of the Emperor of Japan*, op. cit., pp. 50, 51.

<sup>140</sup> C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijosai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, op. cit., p. 191.

<sup>141</sup> E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, op. cit., p. 201.

<sup>142</sup> As quoted in C. Blacker, *The Shinza or God-seat in the Daijosai. Throne, Bed, or Incubation Couch?*, op. cit., p. 187.

<sup>143</sup> Ibid.

these hermeneutical schemes contain a central shared element which is an understanding of the emperor and ceremonies that clashes, this article argues, with a total or absolute interpretation of the theory of separation. To further substantiate this claim, however, we will now move on to a final paragraph with a comprehensive analysis of this case study.

#### *4.6 Analysing the second case-study*

In addition to the more evident consideration made by scholars such as Tanaka Hatsuo and D.C. Holtom about a communion meal between the “symbol of the state” and the *kami*, the brief hints that have been made in this second case study to what might appear to be mere details, such as the one on the *ofusuma* or that on the emperor’s throne as a symbol of Mount Takachiho, as well as the Three Sacred Treasures, all point in the same direction. This direction seems to be the one described by Waida, exposed in this work, namely the reference to an effectively recurring pattern available to Japan. The scheme could be summarized, as has been shown throughout this paper, as centered on the divine kinship of the *Tenno*, which appears to be the main and only source of legitimacy for the imperial institution itself in the broader context of the Japanese institutional and Japanese system and political landscape. In the sense that, as expressed by many authors, the first and most important characteristic of the imperial institution in Japan was «for the emperor not to rule»<sup>144</sup>, and Ishii Ryosuke, among others, underlined that the *Tenno* was in the end the «source of the right to rule»<sup>145</sup>, but this right was almost never exercised by the imperial institution, but by other political actors<sup>146</sup>. In line with this, the emperor’s position within Japanese society and throughout history has almost never been legitimized through the use of force rather, again, by referring to him as a member of that unbroken line and these ceremonies, even in 2020, reaffirm this concept. Consistent with this, therefore, all the examples cited above (i.e., the three treasures, the *ofusuma* etc.) are nothing more than a sort of correspondence with mythological episodes as narrated in the *Kojiki* or in other texts and reinforce this idea of a certain «structural continuity», as claimed by Waida. It goes without saying that this contribution argued that this continuity contrasts with the idea of a separation between the sphere of the State and that of religion and this criticality does not only concern the imperial institution itself, as it

---

<sup>144</sup> D. M. Earl, *Emperor and Nation in Japan: Political Thinkers of the Tokugawa Period*, Washington, University of Washington Press, 1974; F. Mazzei, *La costituzione Meiji. Il ruolo del Tennō*, in *Il Giappone*, Vol. 31, 1991, pp. 5 – 54.

<sup>145</sup> I. Ryosuke, *A History of Political Institution in Japan*, Tokyo, University of Tokyo Press, 1980, pp. 7, 8.

<sup>146</sup> In this sense, the *Tenno* seems to embody the concept of *auctoritas*, not exercising any *potestas*. For a definition of the concept, look at G. Preterossi, *Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2002; H. Arendt, *Tra passato e futuro*, Milan, Garzanti, 2017.

cannot be said to be a completely autonomous body from the State like, for example, the Catholic Church in Italy, indeed it is the «symbol» of the Japanese state and of the «unity of the people», as enshrined in the Constitution.

Concluding this second and last case study, in the description and analysis of it we were almost transported to another dimension where magical dances are performed, magical music is played, a meal is offered and shared with non-human or divine beings. To put it simply, any reference to the secular and political side, both of the “symbol of the state” (i.e., the *Tenno*) and in broader terms, appears very rare in this process. If anything, then, politicians and representatives of various countries are mere spectators of this representation of the Sacred or, at most, they applaud and praise the protagonist of this representation, as is the case of the Prime Minister who greets the *Tenno* with a triple *banzai* which is nothing more than a wish for a long life. According to Eisenstadt, it is precisely «in the combination of secular and religious, or rather sacral, Shinto ceremonies connected with the enthronement or death of emperors» that one can find evidence of an understanding of Japanese society «as symbolized by the emperor» as «having a strong sacral component – the separation between state and religion notwithstanding»<sup>147</sup>. Similarly, Bock, in commenting on these ceremonies, has advanced the proposition that the «distinction between the two areas», religion and State, «like other concepts introduced from an alien culture, is far from clear»<sup>148</sup>. Moving on to the observations and concluding comments of this work, the question raised by Nosco in 1990 does not seem to have found an adequate answer and for this reason it must be mentioned: «Why, if the emperor is not and does not regard himself as a divine descendant of the Shinto deity Amaterasu, should he participate in ceremonies which at least some believe will transform him into a living deity?»<sup>149</sup>.

##### *5. Conclusion. Some final remarks*

The first and most important point that has been made here is that the imperial institution, both in the events of the succession ceremonies which, again, took place only three years ago, and in the understanding of it by the multitude of actors social, among which we have highlighted the prominent role of the *Jinja Honcho*, who participated in the two campaigns described in the first case, seems to represent a sort of «blocking factor» for a complete and total separation of the spheres of state or politics and religion. If anything, it is precisely the institutional position, as envisaged by the Japanese Constitution, that suggests that the *Tenno*, as an object of investigation, should be considered within the limits set by the Constitution itself: an internal

<sup>147</sup> S. Eisenstadt, *Japanese Civilization*, op. cit., p. 40.

<sup>148</sup> As quoted in S. Eisenstadt, *Japanese Civilization*, op. cit., pp. 40, 41.

<sup>149</sup> P. Nosco, Editor's Introduction, in *Japanese Journal of Religious Studies*, Vol. 17, 1990, pp. 99 – 103, p. 99.

institution of the State and not external to it. As we have seen, the fundamental problem concerns some specific aspects of this institution, as observable in the ceremonies, which are intertwined with the mythological tale and the divine kinship models that appear to be highly problematic with a rigid conceptualization of separation. These contrasting elements, which this essay has brought together within the concept of unity theory and combined with the comments of Waida, demonstrate a certain continuity from the past to the contemporary. And since this presence is still evident today, it really seems that a significant operation of rethinking the institution in its essence is a fundamental step for those who support a necessary change of the status quo of it, if by essence we mean the unbroken line of emperors from *Jimmu Tenno* onwards.

Therefore, the main point was to underline how an analysis of these dynamics must consider the theory of unity as a relevant tool since it is not only linked to a distinctive aspect of the imperial institution since the dawn of time, but also because some social (and religious) actors, such as the Association of Shinto shrines, still maintain the validity of this theory today and the Japanese State itself, as demonstrated in the first case study, has adopted two legislations which have shown, although to a certain degree, reliance on this view.

Furthermore, another episode which confirms the inadequacy of an analysis that uses only the theory of separation to understand the Japanese reality, occurred a few years before the ceremonies described. In fact, the now Emperor Emeritus or *Joko*, who expressed his willingness to abdicate in August 2016, as reported in this work, made some interesting points in his public speech that deserve to be briefly mentioned. On that occasion he specified its position on the «first and foremost duty of the Emperor» as «the symbol of the State» which is, according to his understanding, “to pray for peace and happiness of all the people» and again «to always think of the people and pray for the people». In this respect, therefore, praying is interpreted as an essential activity for the emperor, although it does not fall within the official duties as listed by article 7 of the Constitution<sup>150</sup>. As expressed by Okuyama, «as long as the emperor

---

<sup>150</sup> Article 7: “The Emperor, with the advice and approval of the Cabinet, shall perform the following acts in matters of state on behalf of the people:

Promulgation of amendments of the constitution, laws, cabinet orders and treaties.

Convocation of the Diet.

Dissolution of the House of Representatives.

Proclamation of general election of members of the Diet.

Attestation of the appointment and dismissal of Ministers of State and other officials as provided for by law, and of full powers and credentials of Ambassadors and Ministers.

Attestation of general and special amnesty, commutation of punishment, reprieve, and restoration of rights.

Awarding of honors.

Attestation of instruments of ratification and other diplomatic documents as provided for by law.

Receiving foreign ambassadors and ministers.

himself is a public figure, his prayers can be regarded as something public, if not official»<sup>151</sup>. Once again, we are faced with a very ambiguous situation in terms of blurring the boundaries between religion and state, despite the separation provided by the Constitution.

On another note, this essay has also tried to show how the conception of religion as «the binary opposite of the secular»<sup>152</sup> is a conceptual category that is not reflected in the Japanese reality and is deeply influenced from the European developments described in this work. We shed light on the critical issues that emerge by analyzing the Japanese reality, against the background of the question of the separation of state and religion, in which the boundaries between secular and religious parts appear extremely blurred if not non-existent. A first instinct could indicate the direction of finding an alternative tool for further analysis and interpretation of this reality. Consistent with this, Van der Veer<sup>153</sup>, and with him Casanova (2018), have used the expression «religious field» to refer to a «broader construct within which ‘religion’ and ‘secularity’ are dynamically and interactively situated»<sup>154</sup>. Concepts such as religion, secularism, «but also magical spirituality» are considered to interact with each other and «their interrelation determines the religious field in any particular context»<sup>155</sup>. It is precisely this interrelation rather than an opposition that arguably gives this proposition an edge over, say, the understanding of religion as «the binary opposite of the secular».

Having recalled the salient points of this paper and given some possible hints for future research on similar topics, it seems certain that what we have described here as the essence of the imperial institution (i.e., the model of divine kinship) will still provide scholars with a living and complex example for the investigation of separation of state and religion in Japan.

\*\*\*

**Abstract:** The public speech of the then emperor Akihito in August 2016 in which he expressed his will to “abdicate” and the subsequent events that led to the imperial succession with all the scheduled ritual ceremonies shed light on the issue of

---

Performance of ceremonial functions?”

<sup>151</sup> M. Okuyama, *Religious Dimensions of the Japanese Imperial System in the Contemporary Social Situations*, in *Journal of the Nanzan Academic Society Humanities and Natural Sciences*, Vol. 13, 2017, pp. 1 – 21, p. 3.

<sup>152</sup> M. Horii, *Critical Reflections on the Religious-Secular Dichotomy in Japan*, op. cit., p. 260.

<sup>153</sup> P. Van der Veer, *The Modern Spirit of Asia. The Spiritual and the Secular in China and India*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

<sup>154</sup> J. Casanova, *Locating Religion and Secularity in East Asia Through Global Processes: Early Modern Jesuit Religious Encounters*, in *Religions*, Vol. 9, pp. 1 – 12, p. 2.

<sup>155</sup> Ibid.

Claudio Lasperanza

*The Japanese pontifex: a study on State-religion separation and its criticalities*

State-religion separation in Japan. This article delves into this topic through the analysis of two relevant case studies.

Since the separation of State and religion is enshrined in the Japanese constitution, this contribution will emphasize the importance of considering the so-called unity theory: an understanding of the relationship between these two areas (again, State/politics and religion) as interactive rather than oppositional. The two case studies will therefore demonstrate the soundness of this theory in the context of contemporary Japan.

Consequently, this work will show that the validity of the unity theory and the historical role of the Japanese emperor involve some significant criticalities in relation to the constitutionally provided separation.

**Keywords:** State-religion separation – Japan - imperial succession - comparative law - law and religion - orientalism

\*\*\*

**Claudio Lasperanza** – Dottorando, Friedrich Schiller Universität Jena  
([claudio.lasperanza@uni-jena.de](mailto:claudio.lasperanza@uni-jena.de))

## REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

## LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

**Autori:** in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

**Direzione:** la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

**Valutatori:** i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.