

# RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



*Rivista Quadrimestrale*  
**3/2024**

# *Rivista di diritti comparati*

*Rivista quadrimestrale*

*Anno VIII – N. 3/2024*

## DIREZIONE

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

## COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Sapienza Roma), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Palermo), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiars Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte 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) (Coordinatore), Silvia Filippi (Università di Perugia) (Coordinatrice), Nicola Cezzi (Sapienza Università di Roma), Giulia Chinaglia (Università di Torino), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università del Piemonte Orientale), Gianpiero Gioia (Sapienza Università di Roma), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano), Matteo Monti (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano)

## SOMMARIO

### *The Law As a Conversation among Equals by Roberto Gargarella: A Symposium*

GIUSEPPE MARTINICO, *On the shoulders of a giant. A Symposium on The Law as a Conversation Among Equals by Roberto Gargarella*

[pp. 1-3]

ROSALIND DIXON, *Conversation or Competition Among Equals*

[pp. 4-7]

GÁBOR HALMAI, *The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation. Review of Roberto Gargarella, The Law As a Conversation among Equals, Cambridge University Press, 2022*

[pp. 8-14]

TANIA GROPPi, *“El derecho como una conversación entre iguales” di Roberto Gargarella e il costituzionalismo sociale del Secondo Dopoguerra: un dialogo possibile?*

[pp. 15-25]

SERGIO VERDUGO, *The Law as a Conversation Among Equals. A Skeptical View*

[pp. 26-48]

ROBERTO GARGARELLA, *La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”*

[pp. 49-67]

## *Saggi*

ANTONIO RUGGERI, *Emergenze e transizioni, equilibri e squilibri istituzionali, riflessi sulle vicende della normazione e dei diritti fondamentali*

[pp. 68-89]

NICOLA CEZZI, *Uso della storia e interpretazione costituzionale. Appunti per una tematizzazione del rapporto attraverso le crisi del costituzionalismo*

[pp. 90-116]

CAMILLA CREA, *Obiettori disubbidienti vs diritto all'aborto. La postura italiana e il trend europeo*

[pp. 117-155]

LIDIA BONIFATI, *Constitutional Asymmetries and Mixed Legal Systems: New Itineraries of Legal Comparison*

[pp. 156-180]

## *Note e commenti*

ARIANNA ANGELI, *Il travagliato processo di riforma dell'organo di autogoverno della magistratura in Polonia tra accuse di tradimento e rischi di epurazione*

[pp. 181-203]

LUCIA MIGLIETTI, *La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti. Note comparative sul fenomeno del cd. sharenting negli ordinamenti francese e italiano*

[pp. 204-236]

RICCARDO MAZZA, *Alcune riflessioni sul contenzioso climatico a partire dal Giudizio Universale e dal caso KlimaSeniorinnen. Quale dimensione assume il principio di separazione dei poteri?*

[pp. 237-269]

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 Cracovia 30 - 00133 Roma

**ISSN:** 2532-6619

**On the shoulders of a giant. A Symposium on *The Law as a Conversation Among Equals* by Roberto Gargarella\***

*Giuseppe Martinico*

The *Rivista di Diritti Comparati* is pleased to host a special symposium devoted to Roberto Gargarella's book, *The Law as a Conversation Among Equals*.<sup>1</sup> Gargarella is a world-class scholar who has been influencing the debate at all latitudes for years, thanks to the depth of his ideas and, I might add, also thanks to his generosity, which makes intellectual exchanges with him truly accessible and always enriching. This combination of scientific and human qualities makes Roberto Gargarella one of the most interesting voices in the global academic debate. As a result, the *Diritti Comparati* team has already benefited from these qualities in the launch interview of our Vlog, conducted on that occasion by Anna Mastromarino.<sup>2</sup>

On this basis, it is indeed a pleasure to be able to coordinate a group of esteemed colleagues who have kindly agreed to engage in a critical analysis of some of the key insights presented in Roberto Gargarella's book. On behalf of the *Rivista*, I would therefore like to thank Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai and Sergio Verdugo who agreed to write for this symposium. Since Roberto is also a polyglot, in line with the international vocation of the *Rivista di Diritti Comparati*, we decided to hold a symposium with contributors.

The book takes its starting point from what Gargarella calls the “deterioration of constitutional democracy”<sup>3</sup> and allows the author to develop a series of, I would call them, thematic paths that have as their common thread, the attempt to mend the relationship between constitutionalism and democracy. This is obviously a very ambitious book, which seeks to contribute with a force of ideas to an enormous debate. It is no coincidence that Gargarella handles with great knowledge both classics of US and Latin American political thought, and details related to the most recent constitutional experiences from the most disparate corners of the world.

This garnish of knowledge, combined with the avoidance of an excessive load of bibliographical notes, makes the book a veritable mine that can be read in different ways. As I said, it is an ambitious book, but it succeeds in its aim, as our readers will see, by triggering a very interesting discussion.

It is a book designed to make people think and in this it delivers.

---

\* Commissioned Article.

<sup>1</sup> R. Gargarella, *The Law As a Conversation Among Equals*, Cambridge, 2022.

<sup>2</sup> The interview was released on 6 July 2021 and is available on our YouTube Channel at the following link: <https://www.youtube.com/watch?v=syaGLIWeucY>

<sup>3</sup> R. Gargarella, cit., p. XV.

Giuseppe Martinico

*On the shoulders of a giant. A Conversation on Law as Conversation by Roberto Gargarella*

In this volume Gargarella comes back to many of these fundamental issues, emphasising, for instance, the importance of deliberative democracy, a concept in which decision-making occurs through dialogue and confrontation between citizens. He argues that law should be the result of a conversation between equals, where everyone has the opportunity to express their opinions and contribute to the construction of norms. Also, the principle of equality is central to the book. Gargarella claims that law should reflect a dialogue between equals and that laws should be structured to respect and promote equality among all citizens.

Gargarella starts from the assumption that traditional theories of constitutionalism focus too much on the role of judges and constitutional courts and criticises them for this. He also suggests that these theories often ignore the role of democratic dialogue and can lead to an overlap of judicial power over legislative power, limiting democratic participation.

In this respect, when dealing with the question of the last say in constitutional interpretation, Gargarella proposes that instead of entrusting judges with the task of deciding major issues,<sup>4</sup> these should be resolved through inclusive dialogue among citizens.

Gargarella also promotes the idea that constitutional processes should be more inclusive and open to the direct participation of citizens. This approach aims to overcome the barriers that often exclude ordinary people from participating in political and constitutional decisions, making the process more democratic and representative. Finally, Gargarella introduces his main idea according to which constitutionalism should be seen as an ongoing “conversation” between citizens, rather than as a rigid set of rules imposed from above.<sup>5</sup> This dynamic approach to the law allows for greater adaptability and constant updating of rules according to the needs of society.

There are plenty of ideas that this book offers, but in a nutshell *The Law as a Conversation Among Equals* proposes a vision of constitutional law that emphasises equality, democratic participation and the need for continuous dialogue among all members of society.

The idea of organising this symposium came to me during a very long coffee with Roberto in Florence. We talked a lot about our research, as I wrote Roberto's generosity is boundless and goes beyond the power of speech, especially with younger or junior colleagues. I am very happy that the other editors of the *Rivista* have agreed to make this idea operational and effective.

Yours truly is an old-fashioned constitutional lawyer, who does not conceive of counter-majoritarian actors as anti or counter-democratic. Personally, I have always thought that Rawls<sup>6</sup> was right in saying that the courts crucially contribute to

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 183 et seq.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 246 et seq.

<sup>6</sup> “By applying public reason the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organised and well situated narrow interests skilled at getting

Giuseppe Martinico

*On the shoulders of a giant. A Conversation on Law as Conversation by Roberto Gargarella*

democracy, understood as something not reducible to the mere majority rule, not least because, as Kelsen put it, democracy is also the protection of minorities, the preservation of which is necessary in democracy for the very existence of the majority concept.<sup>7</sup>

In this I believe that constitutionalism takes the demands of democracy to another level, as the Canadian Supreme Court also reiterated in its famous 1998 Reference Re Secession of Quebec,<sup>8</sup> which, not by chance, I have tried to describe as having a great anti-populist flavour.<sup>9</sup> At the same time, however, I cannot but agree with Roberto Gargarella when he emphasises how the machinery of liberal constitutionalism has components (which he calls elitist) that today need to be revised. The crisis of liberal constitutionalism and that of constitutional democracy are two sides of the same coin, no doubt. And then as a reader, I must say that I was truly “enraptured” by the depth and capacity for argumentation of the author of this book, a book that enriches the very prestigious *Cambridge Studies in Constitutional Law series*, edited by David Dyzenhaus and Thomas Poole. For all these reasons, I ideally leave the floor to our symposium authors and Roberto Gargarella’s rejoinder, in the hope of having anticipated the rationale of this symposium, which will surely be enjoyed to the full by our loyal readers.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This short contribution introduces the symposium dedicated to Roberto Gargarella's book *The Law As a Conversation Among Equals*.

**KEYWORDS:** Constitutionalism – Democracy – Counter-Majoritarianism – Roberto Gargarella – Conversation – Symposium

\*\*\*

**Giuseppe Martinico** – Full Professor of Comparative Public Law, Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa, Italy. (giuseppe.martinico@santannapisa.it)

---

their way. If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic”, J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 2005, p. 233 et seq.

<sup>7</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, p. 61.

<sup>8</sup> Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217, <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>

<sup>9</sup> G. Martinico, *Constitutionalists' Guide to The Populist Challenge: Lessons*, in C. Closa Montero – C. Margiotta – G. Martinico (eds.), *Between Democracy and Law. The Amoralism of Secession*, Abingdon, 2019, p. 87 et seq.



## Conversation or Competition Among Equals\*

Rosalind Dixon

In his important new book, *The Law as a Conversation Among Equals*<sup>1</sup>, Roberto Gargarella offers a new vision for both democratic politics and democratic constitutionalism. Politics, Gargarella argues, should be more both egalitarian and participatory, and premised on a form of grassroots “conversation among equals” rather than elite Schumpeterian-style<sup>2</sup> competition or bargaining. Constitutionalism, in turn, should do more to enable and encourage this kind of participatory politics – through citizen assemblies as key part of a process of constitutional design and amendment, and “dialogic” models of judicial review that encourage and empower democratic participation.

Why? The current disillusion with democracy, Gargarella argues, is driven by a fundamental desire for – and indeed expectation of – voice and participation on the part of citizens, when current democratic and constitutional models remain largely non-participatory in nature. This mismatch has grown over time and is now in urgent need of redress if we are to restore faith in the democratic constitutional project.

Gargarella makes these arguments in his usual powerful and poetic way, drawing on constitutional history and theory from across the Americas (i.e., Argentina, Chile and the United States). First, he suggests that his ideas draw on understandings of constitutionalism that focus on structure over rights. Here, Gargarella’s previous important work on this topic features prominently. In doing so, Gargarella aligns himself with other 19<sup>th</sup> century thinkers such as Madison, who proposed that the “only effectual safeguard to the rights of the minority, must be laid in such a basis and structure of the Government itself”.<sup>3</sup> Second, he suggests that his ideas are a radicalization – or continuation – of Bruce Ackerman’s idea of “constitutional moments”.<sup>4</sup>

Gargarella also addresses potential critics head-on: Constitutional assemblies, he suggests, have now been adopted in a sufficient range of contexts to show their plausibility as a model for large-scale democratic deliberation. Further, they are not equivalent to constitutional plebiscites. Indeed, one is structured to promote deep and deliberative conversation among participants, where the other involves a relatively shallow form of participation, based on a single vote for a bundle of ideas, many of which citizens may disagree with.

---

\* Commissioned article. A previous version of this piece was published at the following link: <https://intl.jotwell.com/conversation-or-competition-among-equals/>

<sup>1</sup> R. Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge, 2022.

<sup>2</sup> J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, 1976.

<sup>3</sup> J. Madison, *Speech in the Virginia Constitutional Convention* (Dec. 2, 1829), in G. Hunt (ed), *The Writings of James Madison 1819–1836*, New York, 1910, p. 361.

<sup>4</sup> B. Ackerman, *We the People, Volume 1: Foundations*, Cambridge, Mass., 1991.

Finally, a turn to democratic deliberation does not require an abandonment of commitment to rights: Indeed, the foundation for a conversation among equals is a deep commitment to equality and self-government, and in the virtues of deliberation in promoting rights-respecting outcomes. In this sense, Gargarella takes a similar position to Jeremy Waldron<sup>5</sup> about the virtues of political over legal constitutional models of rights protection. But he also goes beyond political constitutional ideas and draws on public choice theory to highlight the degree to which rights may end up advancing powerful (rather than vulnerable) minorities, or even powerful government actors. Indeed, he notes my own previous argument that rights may be used to advance the interests of would-be authoritarian actors seeking to “bribe” civil society into lending support for anti-democratic or “abusive” constitutional change.<sup>6</sup>

These answers are persuasive. And the case Gargarella makes for dialogic constitutionalism on the part of courts is especially compelling. He also avoids the danger that one might fear arises from the title of the book – namely, the danger of treating judicial review, not just democracy, as a conversational practice. Gargarella envisages a weak, collaborative or responsive model of judicial review,<sup>7</sup> but also one that acknowledges the decisive and coercive nature of legal decision-making by courts.<sup>8</sup>

What I was less persuaded by is whether the models Gargarella presents – of elite and participatory democracy – are really the only game in town. There may in fact be true hybrid forms of elite and participatory democracy that offer a viable, and attractive, third way worthy of consideration along with Gargarella’s own preferred participatory model.

For instance, Chile’s recent participatory constitutional model produced a constitutional draft that was ultimately rejected by a majority of voters. The same was true for the republican constitutional proposal coming out of the 1988 Australian Constitutional Convention. But that Australian proposal came much closer to being adopted, and the Convention comprised a true mix of elite (appointed) and popularly elected representation. This mix also contributed to the success of the body in creating the kind of “synthetic” agreement Gargarella touts as a solution to intractable democratic disagreement.

More important, the Australian political model is one that combines representative democratic processes with a widespread mandate for democratic

---

<sup>5</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999.

<sup>6</sup> R. Dixon, *Constitutional Rights as Bribes*, in *Conn. L. Rev.*, 2018; R. Dixon – D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021; D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2013.

<sup>7</sup> M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, 2008; A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, 2023; R. Dixon, *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford, 2023.

<sup>8</sup> Cf. R. Dixon, *Dialogue and Deference*, in G. Sigalet – G. Webber – R. Dixon (eds.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, New York, 2019; R. M. Cover, *Violence and the Word*, in *Yale L.J.*, 1986.

participation: It has a system of compulsory voting backed by a mix of sticks and carrots. The sticks are a legal requirement to vote in all national, state, and local elections, or face a modest fine. The carrots are a work-friendly model of Saturday and postal voting, backed by social norms that support making voting enjoyable and accessible. The system also achieves more than 90% turnout at national elections. And it promotes equal access to the franchise for Australians from different racial and economic backgrounds. Instead of parties courting the party base, they seek to persuade the median voter. And instead of low-income voters being deterred from voting, they are encouraged to vote by the ease and accessibility of voting.

In addition, Australia adopts a system of ranked choice voting that minimizes extremist outcomes, and the chances that certain voters will have their vote thrown out, or “not counted”. These twin features of the Australian democratic model have also helped underpin democratic non-retrogression, and a relative degree of ongoing trust for democracy in Australia.<sup>9</sup> Where that trust has broken down, it has also helped facilitate the election of largely non-populist independent candidates and third-party candidates whose aim is to restore democratic integrity and faith in government.

The Australian model, however, is far from the deliberative conversation among equals which Gargarella champions. Gargarella is careful to note that vigorous competition and contestation can go hand in hand with the model of participation he envisages. But his ideal is deliberation not competition. And the Australian model is closer to an ideal of competition rather than conversation among equals.

Ultimately, Gargarella succeeds in making the case for a newly democratic, egalitarian politics, and an attempt to protect democracy against retrogression by reinvigorating it rather than wrapping it in constitutional cotton wool. In this sense he echoes recent arguments by Tushnet and Bugarič in favor of the virtues of pro-constitutional populism.<sup>10</sup>

My only question is whether that politics should be as participatory as Gargarella suggests, or rather a true hybrid of elite and citizen participation. A conversation among equals is an attractive idea, but perhaps a competition among equals has even greater promise.

\*\*\*

---

<sup>9</sup> R. Dixon – A. Gauja, *Australia’s Non-Populist Democracy? The Role of Structure and Policy*, in M.A. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018.

<sup>10</sup> M.V. Tushnet – B. Bugarič, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, New York, 2021.

Rosalind Dixon  
*Conversation or Competition Among Equals*

**ABSTRACT:** This article offers a critical analysis of *The Law as a Conversation Among Equals* by Roberto Gargarella. This book offers a new vision for both democratic politics and democratic constitutionalism.

**KEYWORDS:** Democracy – Deliberation – Participation – Competition – Australia

\*\*\*

**Rosalind Dixon** – Professor of Law, University of New South Wales, Faculty of Law  
(rosalind.dixon@unsw.edu.au).

**The Role of Undemocratic Constitutionalism in the  
Hungarian Autocratisation.  
Review of Roberto Gargarella, *The Law As a  
Conversation among Equals*, Cambridge University  
Press, 2022.\***

*Gábor Halmai*

SUMMARY: 1. Preliminary Remarks – 2. Undemocratic Democratic Transition? – 3. What and Who Is to Blame?

*1. Preliminary Remarks*

The book discusses the oldest and, in the times of democratic erosion, still the most topical tension in constitutional theory between constitutionalism and democracy. While looking for reasons of the crisis and approaches to resolve it for the benefit of both concepts, Gargarella from the outset rejects three options: a) to hold exclusively the would-be autocratic leaders responsible, and placing all hope in their removal, b) to condemn only the institutional system and to trust in the reestablishment of the old one, and c) to blame the apathy, indifference, or distaste of ‘people in general’, and aspire more effective elitist solutions. The result of this book’s analysis about the possible reasons of the current constitutional crisis is that it rather has to do with democratic deficit, the way leaders and institutions resist and block citizen control and decision-making power. Therefore, the author seeks after the possibilities how the people, as equals can review, reform or alter their constitutions to save the idea of constitutionalism.<sup>1</sup>

The limited ambition of this review is to apply the book's main claim to explain why the Hungarian government of Prime Minister Viktor Orbán’s Fidesz party was able to undermine the independent checks on its power so quickly and without

---

\* Commissioned article.

<sup>1</sup> Such democratic critique of constitutionalism is part of the broader theory of deliberative constitutionalism challenging traditional constitutionalism in the name of democracy. See R. Levy et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, 2018. Martin Loughlin’s book, published almost at the same time as Gargarella’s also considers constitutions as democratic instruments, without aiming to serve the principle of constitutionalism. See M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2022. Emphasizing the importance of the counter-majoritarian checks of democracy by reviewing the books of Loughlin and Gargarella see Mark Tushnet, *Review Essay: For Constitutionalism*, 4 September 2022, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4209674> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4209674>.

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*  
Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

meaningful pushback, transforming what until 2010 looked like a stable but imperfect democracy into an autocracy.<sup>2</sup>

In chapter 18 of the book, Gargarella uses mostly Latin American examples when writing about democratic erosion, but some scholars analysing the failure of traditional Western liberal democratic constitutionalism in other countries of 'third wave democratisation' come to similar conclusions. For example, Cas Mudde explains the regression in Hungary (and Poland between 2015 and 2023) with the undemocratic tools of legal constitutionalism used by the liberal elite during the democratic transition in 1989-1990. He claims that the undemocratic nature of resolving the most important economic and political issues of the transition, which were also the subject of the constitution-making process became legal issues (legalisation), and were taken out of the political arena, with no serious public debate and popular control (depoliticisation).<sup>3</sup> The liberal nature of this process is due to the fact that the anti-communist elite wanted to copy the Western idea of both economic and political liberalism, without being sure whether the population was aware of the social costs of economic liberalism, and the institutional consequences of political liberalism, and if they were, how many of them would have opted for economic and political liberalism.<sup>4</sup>

## 2. Undemocratic Democratic Transition?

This undemocratic legalism or legal constitutionalism after the Hungarian democratic transition, which the first Constitutional Court not coincidentally called a 'revolution of the rule of law',<sup>5</sup> was used against the explicit or assumed public opinion either with reference to provisions of the new comprehensively amended constitution of 1989, or even in the absence of constitutional rules for institutional approaches allegedly more coherent with the Constitution. The first occurred in the case of the abolition of the capital punishment in 1990,<sup>6</sup> and the second when the Parliament decided on the indirect election of the President of the Republic. In declaring the death penalty unconstitutional, the Constitutional Court referred to the constitutional provisions on the right to life and on human dignity, while in the second case it used

---

<sup>2</sup> I am not claiming that the democratic deficit is the most important reason for the backsliding, but maybe one of them. The two main causes discussed by the literature, and not unrelated to the reasons I describe here are: a) preference of economic development and the speedy increase of living standards, b) the lack of liberal democratic traditions.

<sup>3</sup> See C. Mudde, *Populism in Europe: An Illiberal Democratic Response to Undemocratic Liberalism*, in *Government and Opposition*, 2021, p. 577 ss., at 585.

<sup>4</sup> See, for this critique, first right after the transition, J. Szacki, *Liberalism After Communism*, Budapest, 1995; see also, subsequently, after the start of the backsliding I. Krastev – S. Holmes, *The Light that Failed. A Reckoning*, London, 2020.

<sup>5</sup> Hungarian Constitutional Court, 11/1992. (III. 5.) AB decision.

<sup>6</sup> Hungarian Constitutional Court, 23/1990. (X. 31.) AB decision.

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*  
Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

the questionable argument that the indirect election is more coherent with the parliamentary system of government than direct election. In both cases, the majority of the representatives of the people in the Parliament and the Constitutional Court agreed with the outcome, while the public opinion opposed it. In the case of the death penalty, almost a decade after the initial court judgment, the judges also ruled in another decision that it would be unconstitutional to hold a referendum on the capital punishment.<sup>7</sup> This claim of the Constitutional Court's exclusive authority to decide on the death penalty not only denies Parliament's constitutional power to amend the Constitution, but also ignores the fact that a two-thirds majority of the population still supported the capital punishment..<sup>8</sup>

The ignorance of the majority of public opinion and the lack of willingness to deliberate in these cases does not necessarily mean that the measure does not fit better the real interest of the public, as in the case of the statutory introduction of a minimal (equal to one euro) fee for hospital visits, which was rejected by the then opposition party Fidesz's populist referendum in 2008; it just refers to the undemocratic way of the unpopular decision. The list of questions that could not be put to a national referendum reflects this undemocratic legal approach of the 'democratic' transition. This list originally contained the ban on referendum regarding the "obligations set forth in valid international treaties and on the contents of laws prescribing such obligations".<sup>9</sup> In its decision 2/1993. (I. 22.) AB, the Constitutional Court, with a binding interpretation of the constitutional provisions on referendum, prohibited all referendum seeking to amend any provision of the Constitution. The fundamental theoretical question regarding referendum that the judges had to interpret here was how it, as a manifestation of popular sovereignty, related to representative democracy, the other form of popular power. The text of the Constitution, which was comprehensively amended in 1989, established that "in the Republic of Hungary supreme power is vested in the people, who exercise their sovereign rights directly and through elected representatives." The Constitutional Court first interpreted this passage as follows: "In the constitutional order of the Republic of Hungary the primary form of exercising popular sovereignty is representation." This approach essentially reflects the position that in a democratic state governed by rule of law the power

---

<sup>7</sup> Hungarian Constitutional Court, 11/1999 (V. 7.) AB decision

<sup>8</sup> In 2001, 68 % supported the death penalty. The survey also indicated that younger and higher-educated people were more critical, while religious people were more ready to accept. See TÁRKI, *Közép-európai közvélemény: Lakossági vélemények a közbiztonságról és a halálbüntetésről a közép-kelet-európai országokban*, 2001, available at: <https://www.tarki.hu/adatbank-h/kutjel/pdf/a556.pdf>. A survey conducted in 2015 has shown a slight decrease, when 58 % of the respondents believed that the death penalty would be necessary to use against murderers: Iránytű Intézet, *A Halálbüntetés Társadalmi Támogatottsága 2015 Júniusában*, 2015, available at: <https://iranytuintezet.hu/kutatas/a-halalbuntetes-tarsadalmi-tamogatottsaga-2015-juniusaban/>.

<sup>9</sup> Article 28/C (5) point b) of the Act XX of 1949 as amended by the Act XXXI of 1989.

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*  
Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

derived from the people is exercised through constitutional organs, primarily representative bodies. This approach represents an entrenchment of prior policy choices against current ones, which according to the deliberative constitutionalism literature is considered as a deprivation of the ability of the today's people to govern themselves.<sup>10</sup>

Another issue decided against popular will was transitional justice. Without having specific survey results, it became clear that in the first years of the democratic transition measures, such as retroactive justice, lustration, compensation and access to the files of the former secret police were important issues for the general public in coming to terms with the communist past.<sup>11</sup> Some of these issues, like the use of retroactive justice were decided by the Constitutional Court against the will of the parliamentary majority; in other cases, like in that of lustration, compensation, and access to the files, the representative of the people decided in agreement with the Court against public opinion. For instance, after the 2002 scandal of the (at the time) socialist Prime Minister Péter Medgyessy, when he was forced to admit that he had worked for the country's communist-era secret police intelligence services, there was disappointment with both the national approaches of the mild lustration and the limited access to the secret police files. A survey conducted the same year showed that around 60 per cent of respondents thought it was better not to hide but to reckon with the past.<sup>12</sup> Fifteen years later, while the Fidesz government misused the demands for transitional justice measures for its own political justice purposes,<sup>13</sup> they too rejected the calls for opening the files, while in another survey the majority of respondents supported the full publicity of Communist secret police documents.<sup>14</sup>

### 3. *What and Who Is to Blame?*

Also due to the lack of constitutional traditions and culture, in all of the mentioned cases the Hungarian public seemed not to be receptive towards

---

<sup>10</sup> As Mark Tushnet interprets Loughlin's and Gargarella's theory of constitutional democracy in his review, both authors say no to this deprivation. See M. Tushnet, *Review Essay: For Constitutionalism*, cit.

<sup>11</sup> See P. Kende, *Igazságtétel*, in *Beszélő*, 1992, no. 3, available at: <http://beszelo.c3.hu/cikkek/igazsagtetel>.

<sup>12</sup> The survey result is quoted in V. László, *Gergő és az árnyéka*, in *Beszélő*, 2002, no. 10, available at: [http://beszelo.c3.hu/cikkek/gergo-es-az-arnyeka#2002-f09-07\\_from\\_1](http://beszelo.c3.hu/cikkek/gergo-es-az-arnyeka#2002-f09-07_from_1).

<sup>13</sup> See G. Halmai, *Rule of Law Backsliding and Memory Politics in Hungary*, in *European Constitutional Law Review*, 2024, p. 602 ss.

<sup>14</sup> Survey of Republicon Institute between April 7-19, 2017, available at: [http://republikon.hu/elemzesek\\_kutatasok/170430-ugynok.aspx](http://republikon.hu/elemzesek_kutatasok/170430-ugynok.aspx).



Gábor Halmai

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*  
Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

undemocratic legal constitutionalism.<sup>15</sup> The sad experience of Hungary's once pioneer democratic transition is that the initial measures of transitional justice, undertaken without serious public consultation and support, did not help to reconcile the society and consolidate democracy. This also leads to the question of who is to blame for the lack of consolidation and backsliding. One possible argument is that politics has failed 'the people', who were only choosing an option that they were offered, and not the other way around.<sup>16</sup> This applies first and foremost to would-be autocrats, such as Viktor Orbán, who has always used populist arguments to achieve his nationalist, authoritarian aims, but also those benevolent liberal democratic parties and leaders, who imposed their ideas to the people, who were either not interested or ready to accept them. In other words, blaming exclusively the people cannot help to understand the crisis of constitutional democracy.<sup>17</sup>

In his latest book, *Democracy Rules*, Jan-Werner Müller also criticizes the convenient but ultimately very misleading response to democracy's decline: to blame the people.<sup>18</sup> He argues that ordinary folks, even if well-informed and yet plainly irrational, are always ready to be misled by demagogues; however, at the end of the day, the crucial decisions to empower dictators such as Hitler is made by parts of the conservative establishment of the day.<sup>19</sup> Regarding the today's right-wing populists, he claims that none of them has come to power without the collaboration of established conservative elites.<sup>20</sup> Müller also asserts that an increasing number of citizens at the lower end of the income spectrum no longer vote or participate in any other form in politics, and political leaders have no reason to care for those 'disadvantaged

---

<sup>15</sup> According to some authors, the potential of democracy in Hungary following the transition in 1989-90, (and also in the other new democracies of Central Europe), was diminished by technocratic, judicial control of politics, and the treasure of civic constitutionalism, civil society and participatory democratic government as a necessary counterpoint to the technocratic machinery of legal constitutionalism was lost. See, for this argument, P. Blokker, *New Democracies in Crises? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, London, 2013. Also Wojciech Sadurski argued that legal constitutionalism might have a 'negative effect' in new democracies and might lead to the perpetuation of the problem of both weak political parties and civil society: Id., *Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theories*, in A. Czarnota – M. Krygier – W. Sadurski (eds.), *Rethinking the Rule of Law After Communism*, Budapest, 2005, p. 9-24.

<sup>16</sup> See K. L. Scheppele, *The Party's Over*, in M. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018, p. 495 ss.

<sup>17</sup> For instance, Joseph Weiler blamed the Hungarian people for supporting Orbán: Id. – G. de Búrca, *Editorial*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, p. 315 ss. See, for a critique, V. Kazai, *Blaming the People is not a Good Starting Point*, in *Verfassungsblog*, 8 August 2020, available at: [https://verfassungsblog.de/blaming-the-people-is-not-a-good-starting-point/?fbclid=IwAR1CJYiPE\\_6uFalCGgHB9TKIDTk-ppcu3ZFnfAPpyoZYxGaSE5ccpugcCnw](https://verfassungsblog.de/blaming-the-people-is-not-a-good-starting-point/?fbclid=IwAR1CJYiPE_6uFalCGgHB9TKIDTk-ppcu3ZFnfAPpyoZYxGaSE5ccpugcCnw).

<sup>18</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, London, 2021, p. IX-XI.

<sup>19</sup> About major – and partly still existing – German firms' support of Hitler, see for instance the novel of É. Vuillard, *Ordre du jour*, Arles, 2017.

<sup>20</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, cit., p. 18.

Gábor Halmai

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

communities' who don't care to vote.<sup>21</sup> In Hungary the situation is even worse, since about 40% of the poorest and less educated part of the society overwhelmingly support Fidesz. Some of them do not vote, but some vote for the governing party without acknowledging that its policies are against their interest.<sup>22</sup> The phenomena is described by Claus Offe as participatory inequality, which is especially characteristic in states with high income inequality using austerity measures.<sup>23</sup>

This lack of participatory equality, together with the entrenched institutional system makes the Hungarian autocracy extremely resistant against democratic re-constitutionalisation. And this situation makes my outlook on Hungary as sceptical as Gargarella's general scepticism in the final chapter of the book. In addition to the inertia and lack of constitutional imagination, he mentions the ability of both the old power structures and the constituted authorities to resist, for example in Venezuela under Nicolás Maduro, which is very similar to Viktor Orbán's one-party autocracy in Hungary.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This review article aims to apply the main claim of Roberto Gargarella's book about the oldest and, in the times of democratic erosion, still the most topical tension in constitutional theory between constitutionalism and democracy to explain why the Hungarian government of Prime Minister Viktor Orbán's Fidesz party was able to undermine the independent checks on its power so quickly and without meaningful pushback, transforming what until 2010 looked like a stable but imperfect democracy into an autocracy. The reviewer claims that the lack of participatory equality, together with the entrenched institutional system, made the Hungarian autocracy extremely resistant to democratic re-constitutionalisation. And this situation makes my outlook on Hungary as sceptical as Gargarella's general scepticism in the last chapter of his book.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 31. Müller refers to the term 'two-third society', coined by Wolfgang Merkel for the bottom third, which has effectively disappeared from political life completely.

<sup>22</sup> See the result of the Medián Institute's survey commissioned by the RTL Klub TV station on the relationship between votes and incomes before the April 3 Parliamentary election on 30-31 March with a nation-wide survey of 1531 respondents. The survey is available at the link: <https://www.facebook.com/photo/?fbid=10220827131740798&set=a.1030493095277>; <https://www.facebook.com/median.hu/photos/a.1378324522412809/3275767579335151/>.

<sup>23</sup> C. Offe, *Participatory Inequality in the Austerity State: A Supply Side Approach*, in A. Schaefer – W. Streeck (eds.), *Politics in the Age of Austerity*, Cambridge, 2013. Also quoted by Müller, *Democracy Rules*, cit., at p. 193.

Gábor Halmai

*The Role of Undemocratic Constitutionalism in the Hungarian Autocratisation.*

Review of Roberto Gargarella, *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, 2022.

**KEYWORDS:** undemocratic constitutionalism – constitutional culture – autocratisation  
– Hungary

\*\*\*

**Gábor Halmai** – Part-time professor, European University Institute, Florence, Italy,  
Emeritus professor, Eötvös Loránd University, Budapest, Hungary  
(gabor.halmi@eui.eu)

**“El derecho como una conversación entre iguales”  
di Roberto Gargarella e il costituzionalismo sociale  
del Secondo Dopoguerra: un dialogo possibile?\***

*Tania Groppi*

SOMMARIO: 1. Un appello appassionato per salvare la democrazia – 2. Uno sguardo dall’Italia. – 3. Guardando avanti

*1. Un appello appassionato per salvare la democrazia*

Che cosa sta accadendo alle nostre democrazie? Questa è la domanda che serpeggia nel XXI secolo, e che “ossessiona” coloro che credono che la democrazia costituzionale sia, quantomeno, la “meno peggio” forma di organizzazione del potere che l’umanità ha conosciuto.

Tale domanda – e quella strettamente collegata: che fare? – è all’origine del volume di Roberto Gargarella, che denota, come rivela l’autore nella premessa, una profonda angustia, che lo ha portato a scrivere quasi di getto il volume, pensato, come ci racconta, in una notte. Ma, allo stesso tempo, il libro ci mostra anche una passione e una speranza, che sono palpabili attraverso tutto il testo. La passione per un sistema di governo che possa effettivamente dare a ogni essere umano, fino ai più piccoli, umili, marginali, la possibilità di esprimersi in condizione di parità con gli altri: Gargarella si schiera in tal modo per una visione “dal basso” del diritto, come strumento di liberazione dall’oppressione e dall’ingiustizia<sup>1</sup>. Una speranza, nel senso della possibilità di modificare profondamente quei meccanismi della democrazia costituzionale che, secondo l’autore, sono alla base del suo deterioramento: egli identifica una serie di cause strutturali, che si radicano nelle origini del costituzionalismo, specie nella sua versione dei “*founding fathers*” statunitensi, indicando la strada da seguire per superare tali carenze e contraddizioni.

In questo senso, il libro è un profondo richiamo, uno di quegli appelli che ogni tanto risuonano in modo quasi profetico (per i lettori italiani, mi viene in mente il grido di Giuseppe Dossetti, negli anni 1990: “Sentinella, quanto resta della notte?”), rivolto alla comunità globale dei giuristi affinché cambi sguardo sulla crisi democratica in atto. Secondo la maggior parte degli autori, specie costituzionalisti, la crisi attuale (benché definita di solito con riferimento alla democrazia: in inglese, ad esempio, si parla di “*democratic decay*”, “*democratic retrogression*”, “*democratic erosion*”, “*democratic backsliding*”) è principalmente una crisi del *rule of law* costituzionale, inteso come l’insieme di meccanismi

---

\* Articolo richiesto dalla Direzione.

<sup>1</sup> Per questa visione, G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 64.

volti a limitare i governi e le maggioranze politiche<sup>2</sup>. Esso viene attaccato e svuotato non con la classica tecnica dei colpi di Stato, ma attraverso processi di tipo nuovo, che comportano uno scivolamento graduale verso regimi non democratici. Le maggioranze politiche, e i governi che esse esprimono, non sono più disposte a sopportare i limiti, il sistema di pesi e contrappesi, che sono il cuore del costituzionalismo.

Gargarella ci porta invece a riflettere sull'altro pilastro della democrazia costituzionale, ovvero la sovranità popolare, per dirci che fin dalle origini del costituzionalismo essa è stata eccessivamente circoscritta, messa in un angolo, da un sistema elitista, in cui il timore delle maggioranze nascondeva in realtà una profonda sfiducia nel popolo: il sistema dei *checks and balances* e il *rule of law* costituzionale avrebbero costituito gli strumenti operativi, i grimaldelli mi viene da dire, di una tale visione.

Assai forti, ad esempio, sono le pagine nelle quali in modo molto netto Gargarella segnala che i giuristi si sono dedicati eccessivamente ai diritti fondamentali e alle corti, trascurando le tematiche legate alla partecipazione democratica, oppure critica sentenze e autori che hanno difeso la sottrazione al principio maggioritario delle decisioni in materia di diritti umani.

È lì, in questa compressione della sovranità popolare e del principio maggioritario, in questo deficit democratico mai sanato, che per l'autore si radica la crisi attuale, nella quale il popolo cerca invano, con i limitati strumenti di cui dispone – che si riducono al voto periodico per l'elezione dei propri rappresentanti: Gargarella parla al riguardo di *“extorsión electoral”* – di far sentire la propria voce. Da qui la disillusione nei confronti di un sistema di governo che viene definito “democrazia”, ma non lo è. Ciò determina non solo l'apatia politica, ma altresì il successo dei movimenti populistici, che propongono di rimettere il popolo al centro del processo decisionale, contrapponendosi alle vecchie élite che hanno mantenuto il potere per decenni, o finanche per secoli. Sulla base di tale lettura, Gargarella propone ai giuristi di lavorare sul pilastro democratico della democrazia costituzionale, per mettere a punto una “sala macchine” (secondo una felice espressione coniata dall'autore in un precedente lavoro: “sala de máquinas” in spagnolo, “engine room” in inglese)<sup>3</sup> finalmente all'altezza di una vera democrazia, e che egli riconduce a strumenti partecipativi e deliberativi atti a dar vita a una “conversazione tra eguali”.

---

<sup>2</sup> Rinvio, proprio per questa impostazione, a T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2022, no. 4, p. 65 ss.

<sup>3</sup> R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América latina (1810-2010)*, Buenos Aires, 2014; R. Gargarella, *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, Cambridge, 2010.

## 2. Uno sguardo dall'Italia

Per il lettore italiano, almeno per me, il volume apre prima di tutto un interrogativo: di che cosa stiamo parlando oggi quando parliamo di democrazia costituzionale? È vero che si tratta di un sistema di governo basato su due pilastri o per meglio dire due sfere (quella dove operano la sovranità popolare e il principio rappresentativo, e quella dove operano le istituzioni di garanzia, in primis la giustizia costituzionale, che diventa una istituzione necessaria in tale forma di Stato)<sup>4</sup>. Ma risponde tale sistema, per come positivizzato nelle costituzioni del Secondo dopoguerra, alle preoccupazioni e definizioni sorte in un'epoca completamente diversa, in un contesto completamente diverso come quello angloamericano di cui parla Gargarella (più “americano” che “anglo”, in realtà, dato lo spazio che rivestono nel volume, per ovvie ragioni, alcuni autori latinoamericani del 1800, oltre ai classici statunitensi, a partire da Madison e Jefferson)?

Mi spiego meglio: è vero che alcuni istituti ai quali ancora oggi facciamo ricorso, a partire dalla costituzione in senso moderno, la separazione dei poteri, il *rule of law*, la rappresentanza politica, il controllo di costituzionalità delle leggi e molti altri, traggono origine agli albori del costituzionalismo. Tuttavia, la loro configurazione è stata completamente trasfigurata da un fatto storico di dimensioni enormi, che il pugno di uomini (maschi, bianchi, proprietari, finanche proprietari di schiavi come è noto) che viene citato nel volume per descriverne la fase fondativa non potevano neppure immaginare, anzi, aborriscono: ovvero il suffragio universale, che è andato estendendosi a seguito delle lotte dei movimenti dei lavoratori e delle donne. Le novità che tale fatto storico senza precedenti ha determinato non hanno riguardato soltanto i diritti, ma anche le istituzioni, fino a determinare una nuova forma di Stato, definita dalla dottrina italiana e tedesca, come “Stato costituzionale” (o democrazia costituzionale)<sup>5</sup>, a partire dalle costituzioni del Secondo dopoguerra in Europa (al punto che si parla di “*Postwar constitutional paradigm*”)<sup>6</sup>.

Esso si radica sul tronco dello Stato liberale di diritto di origine europea continentale, allargandosi alla partecipazione democratica dei lavoratori e innestandovi

---

<sup>4</sup> I due circuiti possono essere ricondotti ai due principi che la dottrina anglosassone qualifica, rispettivamente, come *democracy and liberalism*, oppure, come fa Gargarella nel volume, *democracia y constitucionalismo*.

<sup>5</sup> Faccio riferimento a questa nozione come elaborata dalla dottrina italiana e tedesca: v. soprattutto P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; P. Häberle, voce *Stato costituzionale*, I) *Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000. V. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; G. Zagrebelsky, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006; E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006.

<sup>6</sup> L. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge, 2006, p. 89. Nella consapevolezza che, anche in Europa, esiste una varietà di costituzionalismi: ad es. S. Rehling Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 477 ss.

alcuni elementi del costituzionalismo statunitense<sup>7</sup>, finalizzati a garantire i diritti e le libertà nei confronti delle maggioranze politiche democratiche e della loro principale espressione giuridica, la legge. Tutto ciò allo scopo di dare risposta al carattere pluralistico della società di riferimento: l’obiettivo di tale forma di Stato è infatti il mantenimento della pace, della coesione sociale, della stabilità, dell’unità nelle società pluraliste, senza però negare o semplificare artificialmente la complessità e le differenze<sup>8</sup>.

In tale ambito, il carattere, “contromaggioritario” delle giurisdizioni<sup>9</sup> mira ad evitare il ripetersi di quanto accaduto dopo la Prima guerra mondiale, quando il tentativo di smantellare il costituzionalismo debole ed escludente fallì (Weimar *doct*) per la mancanza di strumenti di garanzia e di un equilibrato sistema di poteri. L’esperienza storica dei regimi fascista e nazista mostra, infatti, che maggioranze manipolate possono riuscire a mettere al bando, e finanche annientare, le minoranze<sup>10</sup>.

Sintetizzando, potremmo dire che lo Stato costituzionale nella sua versione più completa si caratterizza per: 1) un processo costituente democratico, di tipo pattizio, attraverso il quale le diverse componenti della società pluralista si accordano sul fondamento del loro vivere insieme; 2) la presenza di una costituzione intesa come norma fondamentale, posta alla base dell’ordinamento e garantita dalla sua rigidità (ovvero obbligatoria per tutti i poteri dello Stato, compreso quello legislativo); 3) la garanzia costituzionale di diritti e libertà, inclusi quelli economico-sociali; 4) la garanzia costituzionale della separazione dei poteri, intesa come separazione tra circuito della decisione politica e circuito delle garanzie (magistratura e giustizia costituzionale); 5) la democrazia elettorale, ovvero lo svolgimento di libere elezioni per la scelta dei titolari del potere di decisione politica; 6) l’apertura alla dimensione universale dei diritti umani, attraverso disposizioni costituzionali che attribuiscono particolare forza giuridica ai trattati e alle convenzioni internazionali; 7) il decentramento territoriale del potere.

Allargare lo sguardo oltre le Americhe, al costituzionalismo sociale europeo del Secondo dopoguerra potrebbe a mio avviso arricchire la riflessione e attenuare una serie di critiche che in nome della democrazia vengono portate al costituzionalismo. In particolare, l’esperienza repubblicana in Italia, a partire dall’Assemblea costituente, ci mostra quella che non esiterei a definire una vera e propria “trasfigurazione” di molti dei meccanismi del costituzionalismo, a partire dalla costituzione stessa. Essa cessa di essere “un insieme di limiti formali imposti all’attività del legislatore ordinario”, per

---

<sup>7</sup> Così E. Cheli, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 14.

<sup>8</sup> Oltre che in molte costituzioni nazionali, questa visione è fatta propria dai Trattati fondanti l’Unione europea e da vari documenti delle Nazioni Unite, tra i quali i *Sustainable Developments Goals*, adottati solennemente dall’Assemblea generale nel settembre 2015.

<sup>9</sup> Per usare la terminologia anglosassone. Roberto Toniatti ci ha mostrato perché è più adeguato il termine “non maggioritari”: R. Toniatti, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, p. 1155 ss.

<sup>10</sup> Al riguardo, G. Zagrebelsky, *Il “crucifige” e la democrazia*, Torino, 1994.

assumere il carattere di “un sistema compiuto di valori sostanziali”, la cui interpretazione non può essere ridotta a un’operazione di semplice tecnica giuridica<sup>11</sup>.

In un contesto pluralistico, la costituzione assume un carattere pattizio, rivolto all’integrazione del pluralismo<sup>12</sup>. Il patto costituente implica scrivere nella costituzione quello che unisce le componenti della società pluralista, sottraendolo alle maggioranze politiche di ogni giorno. Il carattere altamente democratico del processo costituente è la vera espressione della sovranità popolare. In Italia, leggere i dibattiti costituenti del 1946-1947, leggere i programmi dei partiti, immergersi nel dibattito politico e culturale di quegli anni lontani, ci fa comprendere questa pulsione profonda, questo bisogno di dare voce a chi, fino a quel momento, era rimasto senza voce. Una lettura appassionante.

Proprio per questo, la costituzione, “questa” costituzione, non mira proteggere lo status quo, ma guarda al futuro, e tutte le istituzioni sono orientate a una trasformazione della società, ovvero alla giustizia sociale<sup>13</sup>. Tali aspirazioni, che negli ultimi anni la dottrina del diritto comparato riconduce al “costituzionalismo trasformatore”, vengono codificate in norme giuridiche, che, non senza difficoltà, lotte e arretramenti, negli anni hanno trovato ampia, benché ancora parziale, attuazione. Emblematico al riguardo è l’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana, un vero “apripista” verso quell’eguaglianza sostanziale senza la quale nessuna “conversazione tra eguali” può esistere: esso prende in considerazione l’individuo nella realtà della sua vita e delle sue relazioni, economiche e sociali, rendendo legittimi, anzi necessari, interventi «diseguali», allo scopo di riequilibrare le condizioni di fatto in favore di quelli che «stanno in basso». Secondo tale disposizione, che non ha precedenti in costituzioni anteriori e nemmeno in quella della Repubblica di Weimar del 1919, spesso citata come primo esempio del costituzionalismo sociale<sup>14</sup>: «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

---

<sup>11</sup> Così, in riferimento alla Costituzione italiana del 1948, C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014 [1984], p. 2.

<sup>12</sup> G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018. Ovviamente, occorre ricordare la lezione di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 [1928].

<sup>13</sup> Vorrei rinviare in proposito ai molteplici contributi di Piero Calamandrei, come costituente e come studioso. Per una sintesi, P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei – A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, vol. 1, p. LXXXIX ss. Al riguardo, E. Bindi, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, in B. Pezzini – S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, Milano, 2016, p. 26.

<sup>14</sup> A. Giorgis, *Articolo 3, comma 2*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, vol. 1, p. 90. Infatti, l’articolo 151, comma 1, della Costituzione di Weimar stabiliva: «L’ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un’esistenza degna dell’uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli».



Questo principio sintetizza l'esperienza storica in cui si radica la Costituzione italiana, quella dell'antifascismo e della critica radicale allo Stato liberale ottocentesco: come ebbe a dire Aldo Moro in Assemblea costituente, «fino dalla prima riunione la Sottocommissione s'è trovata d'accordo su un punto: che la Costituzione deve avere un significato storico e una particolare funzione storica». Sempre in Assemblea costituente, significative sono al riguardo le parole di Amintore Fanfani: «noi partiamo dalla constatazione della realtà. Perché mentre prima, con la rivoluzione dell'89, è stata affermata l'eguaglianza giuridica dei cittadini membri dello stesso Stato, lo studio della vita sociale in quest'ultimo secolo ci dimostra che questa semplice dichiarazione non è stata sufficiente a realizzare tale eguaglianza»<sup>15</sup>.

In tale quadro costituzionale, i meccanismi di garanzia servono non come strumenti delle élite contro il popolo, ma per dare risposte al pluralismo insito in costituzioni “lunghe”, costituzioni in cui “non si istituzionalizza l'unità, ma una richiesta di unità”, come ebbe a scrivere Carlo Mezzanotte nell'insuperato lavoro su *Corte costituzionale e legittimazione politica*. Nell'esperienza italiana – evidenza Mezzanotte –, la Corte costituzionale è nata “dall'aspirazione profonda alla fondazione di una nuova unità di senso: un'aspirazione che in quell'alba ancora satura delle ombre demoniache della notte, neppure il più ostinato dei relativisti avrebbe saputo condannare”<sup>16</sup>.

La democrazia costituzionale, pertanto, cambia pelle rispetto alla democrazia maggioritaria: il “*socavamiento*” (per riprendere l'espressione di Gargarella) della regola di maggioranza non può essere definito una “negazione della democrazia”, ma semplicemente una diversa forma di organizzare il potere rispetto alla regola di maggioranza. Una forma assai più complessa, nella quale convergono diversi principi, diverse forme di legittimazione, diversi poteri dello Stato. Insomma, dobbiamo intenderci su come definiamo la democrazia. L'art. 1, della Costituzione italiana, in particolare il suo comma 2, mi pare emblematico di questa nuova forma di Stato: «Art. 1 – L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. *La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*» (corsivo mio).

E per comprendere il costituzionalismo europeo del Secondo dopoguerra c'è un'altra chiave di lettura che quello americano non consente di valorizzare, e che è il vero grande assente del volume di Gargarella: sono i partiti politici di massa, che hanno plasmato la vita democratica del 1900, e sono stati i veri motori della democrazia costituzionale in Europa, nell'ambito di forme di governo parlamentari, spesso di tipo consensuale o consociativo<sup>17</sup>. Tantissime lacune della “sala macchine”, ovvero della forma di governo (nell'Italia del Secondo dopoguerra ciò emerge con particolare chiarezza), erano soltanto apparenti, in quanto era la “costituzione materiale”, di cui ci parla Costantino Mortati<sup>18</sup>, fondata sui partiti, che si faceva carico di consentire quella “conversazione tra eguali” che le norme costituzionali scritte non prevedevano

<sup>15</sup> I due interventi sono citati da L. Basso, *Il principe senza scettro*, Milano, 1998 [1958], p. 133.

<sup>16</sup> Così C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 67.

<sup>17</sup> A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1984.

<sup>18</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 [1940].

pienamente. Penso qui sì ai grandi partiti politici come quello democristiano, comunista, socialista, capaci di mobilitare milioni di persone, anche attraverso i propri giornali e feste (come non ricordare la partecipazione attiva di così tante donne e uomini alle “Feste dell’Unità”!), ma anche a quelli più piccoli, le cui sezioni, sempre vive, animate, affollate di persone e iniziative, si potevano vedere anche nei più sperduti villaggi italiani. La “Repubblica dei partiti” di cui ci ha parlato Piero Scoppola<sup>19</sup> si è fatta carico del pilastro democratico, nonché di supportare la implementazione dei diritti sociali, sia pure con un certo ritardo rispetto all’entrata in vigore della Costituzione<sup>20</sup>. In molte parti d’Italia i partiti hanno trovato un radicamento locale capillare grazie a quelle virtù civiche ben messe in luce da Putnam, che hanno sostenuto una società civile attiva, nell’ambito di un sistema di autonomie, sociali e locali, ricco e articolato<sup>21</sup>.

Purtroppo, queste esperienze sono ignorate dal *mainstream* del costituzionalismo anglosassone, totalmente sbilanciato in favore di due casi che portano in direzioni diverse: quello degli Stati Uniti, il cui eccezionalismo emerge sempre più come “arretratezza costituzionale”, e quello del Regno Unito, eccezionale per l’assenza di costituzione scritta e rigida. Ma l’Italia, la Germania, il Portogallo, la Spagna, la Grecia, ci raccontano un’altra storia<sup>22</sup>, una storia che, come costituzionalisti italiani, dobbiamo contribuire a narrare e a collocare in posizione di pari dignità nello scenario comparato<sup>23</sup>. È abbastanza paradossale che alcune esperienze del *Global South*, Sudafrica, India, Colombia, Brasile, che hanno preso molto dal costituzionalismo sociale europeo, ma in contesti assai diversi, estremamente diseguali, in assenza di una tradizione di partiti politici, con forme di governo in alcuni casi iperpresidenziali, siano oggi al centro dell’attenzione globale, quando si parla, ad esempio di temi come la garanzia dei diritti sociali o l’attivismo delle giurisdizioni costituzionali<sup>24</sup>. Se, nella

<sup>19</sup> P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 2021 [1991].

<sup>20</sup> R. Romanelli, *L’Italia e la sua Costituzione*, Bari-Roma, 2023.

<sup>21</sup> R. Putnam (con R. Leonardi e R. Nanetti), *La tradizione civica delle regioni italiane*, Milano, 1993. Più recentemente v. R. Cartocci, *Mappe del tesoro. Atlante del capitale sociale in Italia*, Bologna, 2007.

<sup>22</sup> Tali esperienze sono ricondotte alla categoria del “costituzionalismo antifascista” da A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, p. 307 ss.; A. Somma, *L’ordoliberalismo e la cancellazione del costituzionalismo anti-fascista*, in *Critica marxista*, 2016, p. 49 ss.; Id., *Europa a due velocità. Post-politica dell’Unione europea*, Reggio Emilia, 2017, p. 37 ss.

<sup>23</sup> Anche scrivendo in inglese, con tutta la fatica che ciò comporta (e che mi scuso per non aver affrontato in questo breve commento). V. però almeno M. Cartabia – N. Lupo, *The Constitution of Italy: A Contextual Analysis*, Oxford, 2022 e, in prospettiva comparata, M. Dani – M. Goldoni – A. J. Menéndez (eds.), *The Legitimacy of the European Constitutional Orders. A Comparative Inquiry*, Cheltenham, 2023, e, specialmente, M. Dani, *The Democratic and Social Constitutional State as the Paradigm of the post-World War II European Constitutional Experience*, in M. Dani – M. Goldoni – A. J. Menéndez (eds.), *The Legitimacy* cit., p. 27 ss. e M. Wilkinson, *Constitutionalism in Postwar Europe: Revolutionary or Counter-Revolutionary?*, in M. Dani – M. Goldoni – A. J. Menéndez (eds.), *The Legitimacy* cit., p. 64 ss.

<sup>24</sup> Ma vedi ora M. Hailbronner, *Transformative constitutionalism: Not only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2017, p. 527 ss.; T. Groppi, *Il posto del diritto nel costituzionalismo*

ricerca di soluzioni alla crisi attuale, vogliamo ricostruire una storia del costituzionalismo, che includa le idee che ne sono all’origine e le esperienze che sulla base di tali idee sono state concretamente realizzate (lo chiamerei il “costituzionalismo reale”), non possiamo ignorare questa tradizione costituzionale, che ci racconta un’altra storia.

### *3. Guardando avanti*

E oggi? Nonostante il diverso punto di partenza, credo che la proposta di Gargarella sia di grande interesse anche per noi, figlie e figli del “*Postwar Paradigm*”.

Ci sono infatti diversi sviluppi che ci impongono una riflessione, mentre crescono anche intorno a noi quei fenomeni descritti da Gargarella riguardo alle Americhe, in termini di sfiducia e disincanto.

In primo luogo, è venuto meno lo strumento che avevamo nella nostra “sala macchine” non scritta per consentire alla volontà popolare di determinare l’indirizzo politico, i partiti politici di massa. Questo cambia tutto e rende attuale la riflessione intorno alla necessità di sanare la frattura tra aspettative popolari e risposte che le istituzioni sono in grado di dare. Come incanalare le richieste sociali, spesso espresse in forma di protesta da parte di movimenti spontanei, è una questione aperta. Possiamo ridare linfa, e come, nell’epoca della fine delle ideologie, ai partiti politici a vocazione generale? Dobbiamo orientarci verso forme parziali di rappresentanza, a partire dalle già sperimentate forme della rappresentanza di interessi? O dobbiamo seguire anche altre strade, che si affianchino alla rappresentanza politica, e quali?

È indubbio che, come sostiene Gargarella, manchiamo di immaginazione e dobbiamo elaborare nuove soluzioni. L’Italia, proprio per la sua tradizione basata su forti partiti di massa, è particolarmente indietro su questa strada, fermi come siamo, sul piano nazionale, a un unico strumento di partecipazione popolare diretta, il referendum: uno strumento “falsamente partecipativo”, che favorisce la polarizzazione, piuttosto che processi deliberativi e dialogici<sup>25</sup>. Con le parole di Gargarella, il referendum è una forma di “*participación sin deliberación*”. Per parte sua, anche in Italia la democrazia rappresentativa può essere letta secondo la metafora di Gargarella, come un “*traje estrecho*” che, venuto meno il ruolo integratore dei partiti politici, richiede di dare voce ai cittadini attraverso altre, più sofisticate e innovative, vie: il sovraccarico di domande che si cumulano sul momento elettorale genera quasi inevitabilmente frustrazione e confusione riguardo all’indirizzo politico per il futuro, oltre a rivelarsi inutile in termini di controllo popolare (quello che Gargarella chiama il

---

trasformatore. Una riflessione “oltre l’eguaglianza formale”, in AA.VV., *Scritti in memoria di Beniamino Caravita*, Napoli, 2024, p. 2375 ss.

<sup>25</sup> M. Luciani, *Il referendum abrogativo. Commento all’art. 75*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, p. 1 ss.; F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020.

“controllo esterno”) per far valere, retrospettivamente, la responsabilità politica degli eletti.

Resta rilevante la questione delle garanzie (di quello che Gargarella definisce il “sistema interno dei controlli”), che a mio avviso non possono essere considerate strumenti “elitisti”, in un’epoca in cui la volontà popolare è inquinata dalle reti sociali, dalla disinformazione, dalle interferenze straniere. Anzi, ancor più che in passato, si tratta di istituti (a partire dalle corti costituzionali per arrivare alle autorità indipendenti) imprescindibili a difesa del pluralismo e della stessa partecipazione democratica tra eguali.

Benché le esperienze comparate disponibili, alle quali fa riferimento il volume, restino ad oggi alquanto circoscritte, tutto ciò ci deve ancora più incoraggiare a cercare nuove soluzioni, a tutti i livelli. Continuo ad essere convinta che il livello di governo locale, così trascurato dai costituzionalisti, resti una palestra di partecipazione, il terreno più adeguato a una conversazione tra eguali. Mi piace citare al riguardo Eleanor Roosevelt, in uno dei suoi ultimi interventi alle Nazioni Unite, nel 1953, che a mio avviso cattura bene questa nozione di prossimità: “dopo tutto, dove iniziano i diritti umani?” – si chiese – “nei piccoli luoghi vicino casa, così vicini e così piccoli da non potersi individuare su nessuna mappa del mondo. Eppure, essi sono il mondo delle singole persone: il quartiere in cui si vive, la scuola che si frequenta, la fabbrica, la fattoria o l’ufficio in cui si lavora”<sup>26</sup>.

Nello stesso tempo, è evidente che le risposte che possono darsi in termini istituzionali, attraverso strumenti deliberativi o partecipativi, sono poca cosa rispetto alla grande sfida della nostra epoca, che è collegata al venir meno dei presupposti di una dialettica democratica, ovvero alla crescita delle diseguaglianze<sup>27</sup>.

La democrazia ha bisogno dell’eguaglianza, almeno di una certa dose di eguaglianza. È noto<sup>28</sup>. Ma ancor più delle diseguaglianze di per sé, la prospettiva europea ci mostra che è la loro *crescita* – in paesi nei quali, nel XX secolo, esse erano state decisamente ridotte – a produrre conseguenze sul funzionamento della democrazia<sup>29</sup>.

Infatti, l’aumento delle diseguaglianze, con l’accrescimento delle distanze tra individui e gruppi, indebolisce la coesione sociale e il senso di identità. Potremmo dire che la distanza, quand’è spinta all’estremo, genera una mancanza di compassione nei confronti degli altri esseri umani. Questo mina, a sua volta, lo stesso legame

---

<sup>26</sup> M. A. Glendon, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la dichiarazione universale dei diritti umani*, Macerata, 2009, p. 408.

<sup>27</sup> Ho cercato di sostenere questa visione in T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, 2021.

<sup>28</sup> R. Dahl, *La democrazia economica*, Bologna, 1989 [1985], p. 42; S. Lipset, *Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*, in *American Political Science Review*, 1959, p. 69 ss.

<sup>29</sup> T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014 [2013].

comunitario, favorendo la divisione e la polarizzazione<sup>30</sup>. Per cui il senso di appartenenza deve essere creato artificialmente. Ad esempio, attraverso l'emersione o il ritorno di forme di «nazionalismo tribale»<sup>31</sup> (nutrite da un complesso armamentario simbolico e spesso orientate contro gli immigrati), finalizzate a supplire all'assenza di una «reale» base di condivisione<sup>32</sup>.

Lo svanire della possibilità di migliorare la posizione economica propria o dei propri figli, le difficoltà della vita quotidiana derivanti dai tagli alla spesa pubblica, le incertezze di un futuro che sembra dipendere da variabili incontrollabili generano, nelle moltitudini dei cittadini delle democrazie costituzionali europee, una molteplicità di emozioni negative: risentimento, rancore, invidia, sfiducia, insicurezza, paura e finanche rabbia. Questa a mio avviso è la principale sfida. Come scrisse un grande giurista italiano, Piero Calamandrei, alla fine della Seconda guerra mondiale, poco prima di partecipare ai lavori dell'Assemblea costituente, “senza l'accompagnamento dei diritti sociali le tradizionali libertà politiche possono diventare in realtà strumento di oppressione di una minoranza a danno della maggioranza: sicché si può dire in conclusione che i diritti sociali costituiscono la premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche”<sup>33</sup>.

A differenza del mondo anglosassone, in cui il quadro costituzionale è sprovvisto di una base giuridica adeguata, in Italia, come in altri paesi riconducibili a quello che qui ho definito “costituzionalismo sociale”, principi di giustizia e strumenti per realizzarli sono sanciti normativamente nella Costituzione: una Costituzione che è frutto di un processo costituente democratico. Anzi, tale nucleo configura, per utilizzare un'espressione assai di moda in questi anni, “l'identità costituzionale” italiana. In altre parole, dobbiamo «trarre dall'oblio» le norme costituzionali. Parlando di norme giuridiche, questo significa ricordare che il diritto non è una variabile indipendente nel *mare magnum* delle politiche economiche e sociali, ma ha carattere prescrittivo, cioè deve improntare di sé programmi politici, elettorali e di governo, atti normativi di ogni ordine e grado, sentenze di ogni ordine e grado<sup>34</sup>.

Insomma, difendere e rendere effettive le promesse del costituzionalismo sociale è a mio avviso l'unica via per difendere la democrazia e creare le basi per una vera “conversazione tra eguali”. Difendere e sviluppare questa visione del diritto “dal basso” è il compito dei giuristi democratici e, per utilizzare il titolo di un altro, recente,

---

<sup>30</sup> Questa tematica era già chiaramente evidenziata in R. Dahrendorf, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari-Roma, 1995, specie p. 39 ss.

<sup>31</sup> Nel senso indicato da H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009 (ed. originale 1948), p. 317 ss.

<sup>32</sup> Non si tratta certo di una novità: hanno esplorato il tema, ad esempio, E. Hobsbawm, T. Ranger, *L'immenzione della tradizione*, Torino, 2002 (ed. originale 1983).

<sup>33</sup> P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, prefazione alla ristampa di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1965, p. 183 ss.

<sup>34</sup> Si sofferma decisamente sul carattere prescrittivo del principio di eguaglianza sostanziale contenuto nella Costituzione italiana L. Ferrajoli, *Manifesto per l'eguaglianza*, Bari-Roma, 2019, p. 122. V. anche G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari-Roma, 2013.

Tania Groppi

*“El derecho como una conversación entre iguales”*

libro di Gargarella, di un “diritto di sinistra”<sup>35</sup>. Ma si va poco lontani senza la politica, o, per essere più precisi, senza politici capaci di visione e amore per il bene comune. Utopia?

\*\*\*

**ABSTRACT:** This essay presents a critical analysis of Roberto Gargarella's book *The Law As a Conversation Among Equals*.

**KEYWORDS:** Constitutionalism – Democracy – Counter-Majoritarianism – Roberto Gargarella – Conversation

\*\*\*

**Tania Groppi** – Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico, Università di Siena, Italia. (tania.groppi@unisi.it)

---

<sup>35</sup> R. Gargarella, *Manifiesto por un derecho de izquierda*, Buenos Aires, 2023.

## The Law as a Conversation Among Equals. A Skeptical View\*

*Sergio Verdugo*

TABLE OF CONTENTS: 1. The infrastructure of democracy – 2. The Law as a Conversation Among Equals. – 3. A conversation without political parties. – 4. Justified approaches and inferred solutions. – 5. Constitution-making and the conditions for an equal conversation. – 6. On the limits of citizens' assemblies. – 7. Conclusion.

### *1. The infrastructure of democracy*

In previous years, academics, public intellectuals, and political authorities have extensively discussed how to face the crisis of democracy in the era of populism. The rise to power of politicians such as Donald Trump, Viktor Orbán, Jair Bolsonaro, and Hugo Chávez and his handpicked successor (Nicolás Maduro), as well as populist regimes such as those of Peronismo in Argentina, Modi in India, or López Obrador in México, to name a few, have triggered intense debates, including, for example, how to identify a populist,<sup>1</sup> whether the phenomenon of populism is taking place on a global scale or not,<sup>2</sup> how this phenomenon is harming the rule of law,<sup>3</sup> how populists can use mechanisms typically associated to constitutionalism to consolidate and advance their agendas,<sup>4</sup> how they copy each other,<sup>5</sup> how legal systems can be manipulated to allow

---

\* Commissioned article.

<sup>1</sup> J.W. Müller, *What Is Populism?*, Philadelphia, 2016.

<sup>2</sup> M.A. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford – New York, 2018; C.R. Sunstein (ed), *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America*, New York, 2018; W. Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge, 2022.

<sup>3</sup> T. Ginsburg – T. Moustafa (eds), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, 2008; W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; T. Drinóczi – A. Bień-Kacala, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, London, 2021.

<sup>4</sup> See, e.g., G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in Comparative Perspective* Cambridge, 2022; D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis Law Review*, 2013, p. 189 et seq.; D. Landau – R. Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, in *UC Davis Law Review*, 2020, p. 1313 et seq.

<sup>5</sup> R. Dixon – D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021.

for antidemocratic agendas to thrive,<sup>6</sup> what courts can do about it,<sup>7</sup> how to fight against the erosion of democratic regimes,<sup>8</sup> how the problem was exacerbated during the pandemic,<sup>9</sup> and so on.

In many ways, these problems of democracy are not new. Historical examples of populism, attacks against courts, and authoritarian backlashes abound. Authoritarian agendas have long led to what Fraenkel called the “dual state” in 1941. There are also sometimes justifications rooted in political theory – the political theories of influential intellectuals, such as Rousseau and the Nazi scholar Carl Schmitt, to name a couple, can be associated with approaches to the idea of *the people* that can be supportive of populist narratives.<sup>10</sup> If we consider crucial arrangements that support representative democracies – what Jan-Werner Müller calls the critical infrastructure of democracy<sup>11</sup> –, we can find that attacks against them are not new in historical terms. Focusing on correcting the infrastructure of democracy,<sup>12</sup> even in contrast with more optimistic approaches to mechanisms of direct democracy that offer to expand participation to deal with populism,<sup>13</sup> is an urgent but not new agenda.

The attack against competitive multiparty regimes, a critical element that must exist in every representative democracy, has existed since creating and using political parties was an actual possibility. In many ways, the question of how to save or recover a democratic regime entails a large number of additional questions, and, at times, they all appear to present themselves together in ways that make the discussion more challenging and raise methodological concerns we have not addressed sufficiently. Political parties are younger than modern democratic ideals – no parties existed in ancient Athens, parties were forbidden during the French Revolution, and the modern American party system was created after, not before, the establishment of the American Constitution. Still, democracy today is (still, to some degree at least) necessarily mediated by them, and for good reasons: competitive parties should check each other to the point of becoming a crucial tool of accountability. Their status as

---

<sup>6</sup> K.L. Scheppele, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, p. 545 et seq.; G. Halmai, *A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary*, in M.A. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford – New York, 2018; P. Blokker, *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, London, 2014.

<sup>7</sup> Compare T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge, 2017; S. Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, 2015.

<sup>8</sup> T. Ginsburg – A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.

<sup>9</sup> See, e.g., P. Riberi (ed), *Pandemocracy in Latin America. Revisiting the Political and Constitutional Dimension of the Pandemic*, Oxford, 2023; T. Ginsburg – M. Versteeg, *The Bound Executive: Emergency Powers during the Pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, p. 1498 et seq.

<sup>10</sup> See, e.g., A. Weale, *The Will of the People. A Modern Myth*, Newark, 2018.

<sup>11</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, London, 2021.

<sup>12</sup> See, e.g., B.E. Cain, *Democracy More or Less: America's Political Reform Quandary*, Cambridge, 2015.

<sup>13</sup> See, e.g., J.G. Matsusaka, *Let the People Rule. How Direct Democracy Can Meet the Populist Challenge*, Princeton, 2022.



repeat players in the political system helps encourage long-term agendas. Their adherence to holistic ideological platforms helps reduce information costs for the voters. This is not only an argument that allows citizens to delegate their share of political power more confidently into a second-best scenario of having representatives making decisions for them. Lowering the costs of democracy will enable citizens to find other ways of collegiality.<sup>14</sup> The parties' filtering mechanisms help select candidates representing the platforms citizens care about, even avoiding populist takeovers.<sup>15</sup> Their shared control of the political battleground helps to keep the politicians in check when deviations from an ideologically coherent agenda happen. Rival parties can (and should) even team up against the threat of an anti-democratic group threatening their ability to remain as repeat players in the long-term game of democracy. Parties provide political expertise and experience in negotiating and achieving compromises, reducing transaction costs in the political system in order to advance reforms that citizens care about without excluding too many politically significant social sectors in the process. They establish and institutionalize think tanks and affiliated intellectuals that can help improve public policies, even beyond the short-term calculations typically associated with electoral cycles. Moreover, they can provide a forum for citizens' participation and help institutionalize political regimes in ways that reduce the risks of personalizing politics. Building on the trustee relationship between citizens and politicians, and making sure that the citizens' preferences have a tangible impact on ordinary political processes by having them understand better the platforms offered by the parties, while encouraging parties to try to get closer to the median voter, are crucial goals we should promote.

Of course, parties never fully achieve their potential, and, especially in an era of populism, they can function in severely flawed ways. It is not controversial to claim that parties do not perform their tasks satisfactorily today – if they ever did – in many regions of the world, and we haven't discussed enough the reasons behind this significant problem nor how to repair the party systems. In many ways, the antiparty narratives that feed into the populist and authoritarian claims can also be the responsibility of the party leaders. The question of what makes parties function in desirable ways is crucial for today's democracies. It is not enough to focus on, say, the limitations of party ban mechanisms and the limited capabilities that courts have to protect democratic principles, despite the existence of persuasive justifications for judicial interventions when critical democratic processes have been harmed or an authoritarian backlash is imminent,<sup>16</sup> as these types of mechanisms can only achieve so

---

<sup>14</sup> One does not need to agree fully with Talisse's argument in *Overdoing Democracy* in order to accept the view that societies partly need to heal by finding common places that social institutions can partly provide: R.B. Talisse, *Overdoing Democracy. Why We Must Put Politics in Its Place*, Oxford, 2021.

<sup>15</sup> See, e.g., as to how this filtering mechanism was harmed in Fujimori's Perú and in the US., S. Levitsky – D. Ziblatt, *How Democracies Die*, New York, 2018.

<sup>16</sup> S. Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts* Cambridge, 2015; S. Gardbaum, *Comparative Political Process Theory*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, p.

far. Institutional incentives for collaboration and creating more responsive institutions should be the focus, as well as providing opportunities for democratic opponents to regroup and put speedbumps against authoritarian agendas – fourth-branch institutions can be helpful for this.<sup>17</sup> To be sure, this is no easy task. The problems of state capacity in contemporary jurisdictions largely undermine the perceived legitimacy of political institutions, and the problems of party systems are one condition – not the only one – influencing that problem.<sup>18</sup>

It seems likely that parties can function better when the electoral losers of today are can possibly and credibly win in the future, avoiding a winner-take-all situation and making politicians learn how to make the most of electoral uncertainty.<sup>19</sup> In other words, reducing the costs for electoral losers is vital to keep competitive democracies in place. But this is, of course, not enough. We should also consider that parties should compete against other parties and be fed by social movements. However, parties should not be replaced by social movements,<sup>20</sup> or individuals seeking to personalize institutional channels because, then, the advantages that parties can provide to representative institutions will deteriorate.<sup>21</sup> Social movements do not offer a holistic approach to how society should be organized, nor a coherent ideological platform capable of reducing the information costs of democracy, nor are they repeat players that are encouraged to offer a long-term approach to their policies and strategies, nor are they competitors necessarily interested in checking and making incumbent regimes accountable – except for the behaviors that connect with their area of interest. Specific individuals leading non-institutionalized movements are prone to develop anti-party narratives against the ruling parties without having the advantages that parties can offer

---

1429 et seq.; R. Dixon, *Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford, 2022; M.J. Cepeda Espinosa – D. Landau, *A Broad Read of Ely: Political Process Theory for Fragile Democracies*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, p. 548 et seq. Compare with R. Gargarella, *From “Democracy and Distrust” to a Contextually Situated Dialogic Theory*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020, p. 1466 et seq.

<sup>17</sup> T. Ginsburg – A. Huq, *Democracy’s “Near Misses”*, in *Journal of Democracy*, 2018, p. 16 et seq. See generally M. Tushnet, *The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, 2021.

<sup>18</sup> See a version of this argument in connection with the problem of political parties in S. Issacharoff, *Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty*, Oxford, 2022.

<sup>19</sup> For this reason, one of the latest books in these debates has played such an important role in explaining how political parties have evolved in the US and how the party system has lost the ability to produce loyal winners and loyal losers. See S. Levitsky – D. Ziblatt, *The Tyranny of the Minority*, New York, 2024.

<sup>20</sup> Elsewhere, I have shown how the risks have materialized using the case of the Chilean Constitutional Convention of 2022: see S. Issacharoff – S. Verdugo, *Populismo Constituyente, Democracia y Promesas Incumplidas: El Caso de La Convención Constitucional Chilena (2021-2022)*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1517 et seq.

<sup>21</sup> I have elsewhere how the personalization of representative institutions in Latin America has accompanied flawed constitution-making processes: see J.M. Díaz de Valdés – S. Verdugo, *The ALBA Constitutional Project and Political Representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 479 et seq.

and presenting a danger to the channels that are supposed to process the political conflict in civilized and respectful ways. The problems that social movements and specific leaders operating in a non-institutionalized way have existed always to some degree. The party mechanisms have sometimes been enough to contain the risks involved while making the most of social movements giving visibility of a specific social demand, or specific individuals pursuing the right leadership practices that democracies can benefit from. By channeling them in institutional ways, social movements and individuals do not need to harm democracies. But when the parties stop working as they should, democratic regimes suffer. The existence of weak and fragmented parties helps to partially explain, for example, how the self-coup of Fujimori in Perú became a turning point for Peruvian politics that made the country vulnerable to populists and authoritarians, and gradually established personalized and unstable political parties incapable of establishing a responsive political process.<sup>22</sup> Gridlock, populist narratives, and government interruptions have been the trend for many years in Perú. This raises the question of whether we should have a democracy without parties.<sup>23</sup> The question is fair because Gargarella seems nostalgic for Jefferson's alternative (RG 120), and Jefferson was not precisely a defender of political parties.<sup>24</sup> Nevertheless, the answer to the question of whether democracies can function without parties must be negative if no feasible and desirable alternative to political parties can be found, and the associated risks cannot be contained.

Whatever the answer to the problem of political parties is, we need to acknowledge that representative institutions cannot work well without them performing at a reasonable level. Most of the attacks we see today against democratic institutions are attacks against the parties' abilities to perform their tasks well. Think, for example, of the list of strategies developed by forms of "stealth authoritarianism," which most connect to attacks or directly or indirectly capturing the party system.<sup>25</sup> The establishment of dominant parties, the personalization of politics, the instrumentalization of parties as vehicles for a specific individual, the capturing of electoral commissions and electoral courts, the manipulation of electoral rules,<sup>26</sup> the reorganization and neglect of traditional think tanks and intellectuals fighting for more coherent ideological approaches, etc., are all attacks against party structures. As I said before, it makes sense to focus on how to respond to those attacks more effectively by finding ways to strengthen the parties and the conditions for political competition instead of finding ways to substitute them that can end up harming even more the institutional channels available to protect democratic principles. Despite their flaws

---

<sup>22</sup> S. Levitsky – M.A. Cameron, *Democracy without Parties? Political Parties and Regime Change in Fujimori's Peru*, in *Latin American Politics and Society*, 2003, p. 1 et seq.

<sup>23</sup> See, in connection with the Peruvian case, O. Sanchez-Sibony, *Democracy without Parties in Peru. The Politics of Uncertainty and Decay*, Cham, 2022.

<sup>24</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, London, 2021, p. 96.

<sup>25</sup> O.O. Varol, *Stealth Authoritarianism*, in *Iowa Law Review*, 2015, p. 1673 et seq.

<sup>26</sup> See, e.g., N. Cheeseman – B. Klaas, *How to Rig an Election*, New Haven, 2019.

and limited opportunities to strengthen them, we should not abandon that boat unless the new ship can provide sufficient mechanisms to protect such principles.

Another critical element of any democratic regime is freedom of speech, which has been routinely and constantly attacked by authoritarian and populist leaders. The fight for the rights of independent media and the opposition's freedom of speech has always been one of the most difficult – though essential – challenges for democratic regimes. Without this freedom, democratic opposition cannot be successful, rotation in power becomes less plausible, the media cannot investigate and denounce cases of corruption and other unethical behaviors, and so on. What, then, is new about the attacks that we see today compared to the attacks that parties and the media have received in the past? The era of social networks has changed how people express themselves and receive information; censorship channels have remained, and speech is not fought with other techniques that digital channels in a more globalized world allow. Populists and authoritarian leaders have found ways to support each other financially, protecting kleptocratic regimes.<sup>27</sup> Military assistance has become global, and the political relations of populist leaders have found support in broad campaigns.<sup>28</sup> The leaders can, directly and indirectly, communicate with the citizens without the need for mediation from political parties and the media; disinformation campaigns abound and have turned the parties into factions seeking specific interests and even turning them into kleptocratic associations that have helped to build what some have called a “mafia state.”<sup>29</sup> We must find ways to protect freedom of speech and other essential liberties. Courts can play a role in this, even if insufficient.

Many have discussed how to defend ourselves against attacks from undemocratic agendas in these contexts. What is the future of democracy? How should regimes protect themselves against attacks that are gradual in nature and even legal from a formalistic perspective? In his book, Roberto Gargarella invites us to see this debate from a different perspective. Instead of focusing on how to repair constitutional democracy using arguments connected to arguments that come from the defense of robust forms of constitutionalism, he suggests switching our normative commitments with the establishment of a new regulatory ideal called “The Law as a Conversation Among Equals” that should allow us to identify the best procedures.<sup>30</sup> And the answer, for him, lies far away from the traditional representational and judicial channels.

---

<sup>27</sup> A. Applebaum, *Autocracy, Inc. The Dictators Who Want to Run de World*, New York, 2024.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> B. Magyar, *Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary*, Budapest, 2016; M. López Maya, *Populism, 21st-Century Socialism and Corruption in Venezuela*, in *Thesis Eleven*, 2018, p. 67 et seq.

<sup>30</sup> I follow the 2022 Spanish version of his book: see R. Gargarella, *El Derecho Como Una Conversación Entre Iguales. Qué Hacer Para Que Las Democracias Contemporáneas Se Abran -Por Fin- al Diálogo Ciudadano*, Madrid, 2022. Hereinafter, I will use the acronym “RG” to refer to his book.

## 2. *The Law as a Conversation Among Equals*

In his well-written book, Roberto Gargarella expands on his known criticisms against robust forms of constitutionalism,<sup>31</sup> and suggests that democratic regimes' future should not be located in the traditional institutional channels of political representation and judicial intervention. According to him, those institutional forms cannot provide effective solutions to the crisis democratic institutions are currently suffering in the era of populism and democratic decay. He also argues, expanding on arguments he has made in other works in the past,<sup>32</sup> that these institutional mechanisms were perhaps always flawed and rooted in reasons inconsistent with true democratic ideals. The problems that we see today are not new.<sup>33</sup> It is time to innovate. Unlike other critics of constitutionalism,<sup>34</sup> Gargarella also focuses on known forms of constitutional dialogue (RG 251-275) – against which he rightly identifies certain limits (RG 272-274) – and, more importantly, on new, experimental forms of public participation that should be considered (RG 295-312). Gargarella is, to be sure, not the

---

<sup>31</sup> See, e.g., R. Gargarella, *Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism*, in T. Bustamante – B. Gonçalves (eds), *Democratizing Constitutional Law*, Cham, 2016; R. Gargarella, *La Revisión Judicial Para Las Democracias Latinoamericanas*, in R. Niembro – S. Verdugo (eds), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, Ciudad de México, 2019.

<sup>32</sup> See, e.g., how he has persuasively argued that the constitutional debate in Latin America should focus more on the political structures of collective decision-making instead of rights and how he has criticized the proponents for a robust regional human rights regime centred on the Inter-American Court of Human Rights. R. Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, 2013; Id., *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Problem of the “Engine Room” of the Constitution*, in P. Fortes and others (eds), *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions, and Rights*, London, 2017; Id., *Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay*, in *AJIL Unbound*, 2015, p. 115 et seq.; Id., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la “conversación entre iguales”*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, p. 1223 et seq.; Id., *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2013, p. 9 et seq. See, also, S. Verdugo, *Can the Idea of a Latin American Ius Constitutionale Commune Become a Failed Promise?*, forthcoming in *European Yearbook of Constitutional Law*, 2025.

<sup>33</sup> See, also, R. Gargarella, *The “New” Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins* in E. Ferrer Mac-Gregor and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, 2017.

<sup>34</sup> The list is long. An example is the Jeremy Waldron's paper, from which I partly borrowed the title of this reaction essay: J. Waldron, *Constitutionalism. A Skeptical View* in T. Christiano – J. Philip (eds), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Malden, 2009. Another, more contemporary example, is M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2022. Proponents of political constitutionalism and of popular constitutionalism can also be mentioned. Just to mention a couple, see L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999; R. Bellamy, *The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review*, in *European Political Science*, 2008, p. 9 et seq.

first scholar to focus on dialogue<sup>35</sup> and experimental forms of public participation.<sup>36</sup> What makes his book a valuable addition to the discussion on the crisis of democratic institutions and the exploration of possible solutions is the creation of a normative ideal that drives his prescriptions.

He joins the tradition of those using thought experiments to signal the normative ideal that political systems should try to achieve (in a somehow Rawlsian fashion) by showing how decisions should be made following a dialogue that treats and respects everyone as equals, starting with the analogy of a small community of immigrants that settles in an island (RG 29-34). (Gargarella connects this analogy with Hart's work, who used a similar thought experiment for a different purpose). In that place, the immigrants will discuss and agree on the primary rules of the society, and eventually, they will need to develop secondary rules that respect the equality conditions that should be present for an honest conversation to happen. People should be able to give their points of view, persuade each other, listen to arguments, and try to achieve a solution in good faith. They should also be open to revising their decisions when new reasons appear.<sup>37</sup> As Rosalind Dixon has argued, it is not competition but conversation what drives Gargarella's argument.<sup>38</sup> This is an important point to make because if the purpose is not to promote a competitive multiparty system trying to convince voters to elect them and achieving partisan deals to advance their agendas, but a dialogue among citizens trying to accomplish something closer to a consensual view, then the benefits that well-functioning parties can provide become less relevant. The point will be not to save the parties against the undemocratic agendas and try to find ways to recover their genuine democratic function, but to identify alternatives to the party system. Are the parties a sinking boat that direct forms of political participation should substitute?

One of the reasons we are not getting close to Gargarella's regulatory ideal – and perhaps we have never achieved it structurally, though Gargarella cites some episodes he considers valuable – is that it connects to how representative and judicial institutions have evolved until today. Those institutions were built under an idea of constitutionalism that Gargarella disagrees with, and we cannot get a complete diagnosis of today's problem without going back to how constitutionalism works as established by those who were always skeptical of the power of the people. The checks and balances system was established to fight against the possibility of empowering

---

<sup>35</sup> Other recent books are worth mentioning, though they offer a somehow different approach. See, e.g., A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, 2023.

<sup>36</sup> See, e.g., A.A. Guerrero, *Against Elections: The Lottocratic Alternative*, in *Philosophy & Public Affairs*, 2014, p. 135 et seq.; H. Landemore, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*, Princeton, 2020.

<sup>37</sup> Gargarella's conditions for his model include equality, disagreement, inclusion, deliberation, and an open dialogue that does not finish (RG, p. 35-39)

<sup>38</sup> R. Dixon, *Conversation or Competition among Equals*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, in this symposium.

citizens at large because they feared the dangers of factionalism (RG 67-71) and were trying to contain the risks of their time (RG 52-53), which are far away from the problems of contemporary multicultural democracies (RG 107). Note also that modern political parties did not exist then, even though they later became central to political institutions' operations.

According to Gargarella, the current challenges in the era of populism are not all new, nor are the causes. If we want to discuss a solution to these issues, then, we should go back and identify the institutional arrangements associated with democratic skepticism and replace the political dynamics caused by those robust versions of constitutionalism. Those institutional arrangements were also connected to the building grounds of political representation. According to Gargarella, we should stop trying to justify those institutions because they cannot achieve his regulatory ideal. Instead, we should focus on what should have been the priority in the first place: empowering people in ways that allow for a conversation among equals. Representation is a wrong solution, the argument follows, because it entails what Gargarella calls “electoral extortion” (RG 120-133). In Gargarella’s terms, electoral extortion is inevitable because it happens in every voting procedure where citizens are asked to favor specific choices. The choices require a simplification that entails a tragic choice. In order to favor their true preferences (say, establish publicly funded healthcare insurances), citizens must favor what they dislike (say, agree to have a monopoly of state-run healthcare providers). If politicians offering health insurances also offer the state-run system, then citizens who want the insurance will have no choice but to accept the state-run monopoly. Gargarella offers a solution to this problem – the method of a conversation among equals – and dismisses the ability of political parties to reduce the problems of electoral extortion, which seem to be, according to him, a problematic feature of any electoral mechanism. The problem, as I will show, is that well-functioning representative institutions are not supposed to work like this. The issue of electoral extortion is magnified precisely when representation is flawed.

I provide a skeptical approach to Gargarella’s strategy in the following pages. I won’t challenge, for now, the inherent desirable features of his regulatory ideal. Instead, I will argue that if we take his considerations seriously, the problems of the infrastructure of democracy won’t be solved just by looking at his *regulatory* ideal and identifying its mechanisms. Moreover, the critical arrangements of democracy can suffer as a result. It could be argued that the issue is precisely not to *save* the current representative and judicial institutions. Why waste our time and resources, for example, in trying to identify solutions about how we can fight back to recover the independence of strong courts capable of defending valuable democratic principles if we are not supposed to agree with having a robust independent court with the power of strong judicial review in the first place?

For Gargarella, the point is both about design and justifications. We are not supposed to go back to a robust *constitutional* democracy but to engineer a new political

system that can invigorate democratic forces. He is, to be sure, less interested in how to get there, as he says little about the actual strategy – perhaps via a constitution-making process – than in showing how collective decision-making procedures should look in the future. It would be wrong, in my view, to criticize his theory based on the real-world need to fight for judicial independence in places like Hungary, because judicial independence may – or may not – be instrumentally valuable to creating the conditions that will allow the regulatory ideal that Gargarella seeks. The point is that, eventually, a future post-Orbán constitutional court in Hungary should not try to speak on behalf of the people and substitute the citizens' preferences. The people should govern themselves freely and equally via the mechanisms that Gargarella identifies. For that reason, I believe that any criticism against Gargarella should rather focus on (1) whether the regulatory ideal should be considered as such or (2) whether the mechanisms he suggests are likely or not to be effective in achieving something close to that ideal. I focus on (2). Before, I must say a few words about Gargarella's political theory.

### *3. A conversation without political parties*

As explained before, Gargarella's proposed model considers political representation as one of the targets and not the solution. He explicitly endorses the view that representative democracy is a second best option compared to mechanisms of direct participation (RG 76, 97-102, 112-113). He claims that political representation was created as a manifestation of those skeptical of the people's rule. He, therefore, and as shown before, appears uninterested in fixing the problems of representative democracy's critical infrastructure. That would be a wrong strategy to follow, which could expand the problems of electoral extortion, representation, and counter-majoritarian institutions (see, e.g., RG 140-145, 206, 209, 232-236). This is why Gargarella's proposal neglects or deliberately rejects the benefits of political competition.

My main disagreement here is that representation should not be considered a second best to direct democracy. Moreover, I believe this idea does not necessarily lead us to support the Republican and anti-democratic views that existed during the generation of the American founders – who could not have imagined how the party system would grow nor how the infrastructure of representative institutions would evolve. By suggesting that representative democracy is the second best compared to direct democracy, Gargarella seems to assume that direct democracy can work well in terms of discovering the people's will – except, to be sure, of referenda, which he disagrees with (RG 245-246).<sup>39</sup> The people's will can hardly exist, as there is no such

---

<sup>39</sup> Gargarella's argument against referenda is quite strong, and I tend to agree with it, despite the fact that my own approach recognizes a limited value in treating citizens as veto players. Compare R. Gargarella, *Why Are "Exit Referendums" Undesirable? The Case of Chile (2020-2022)*, in *European Human Rights*



thing as a stable, organic, and unified collective preference,<sup>40</sup> and theories claiming their existence might have a dangerous interpretation exclusive to specific groups. There are good reasons to suggest that representative institutions are better placed to get closer to the citizens' preferences compared to mechanisms of direct democracy – I'll come back to this point later. The point, for now, should not be how to measure those preferences better but how we can make them engage with each other in ways that find common grounds and accommodation in responsive ways. Political representation is helpful not because it is a substitute for the people's will – that cannot be done – but because it establishes a forum for achieving principled solutions that can be inclusive of everyone's views in ways that direct democracy lacks. I will later explain that citizen assemblies – apparently, Gargarella's favored mechanism – can only offer a modest contribution to the problem.

From the perspective of political and representative institutions, the political process should not be approached, as Gargarella does when discussing the problem of electoral extortion, as a fixed two-stage process: (1) voters vote, and (2) representatives rule. According to this view, which follows a Roussonian line of criticism, citizens are free once every electoral cycle, and politicians do not need to follow their mandates if there are any. Nevertheless, in a well-functioning democratic regime, the political process is, and should be, more complex: voters vote on what mediating parties present to them after considering the options and negotiating about them openly while trying to identify the preferences of the median voter and persuading citizens at large of the benefits of their agenda. The parties then debate and compromise internally, agree on electoral alliances, and campaign to expand their political platforms in ways that never stop looking at the citizens' preferences. Sometimes, party leaders will lead changes and convince citizens to follow. After regular elections and representative institution members are elected, parties know which views are stronger than others. They then need to build alliances and achieve deals that seek to maximize their chances of being reelected while trying to continue trying to appeal to the median voter. Some proposals will be gridlocked, and others will be approved. For Gargarella, gridlock seems to be a feature associated with the existence of political parties (RG 143). Nevertheless, if we can design a system that better aligns the incentives for parties to become more socially responsive to changing social demands,<sup>41</sup> party systems can reduce the transaction costs associated with gridlock. In other words, the cause of legislative vetoes and

---

*Law Review*, 2023, p. 32 et seq.; S. Verdugo, *Referéndum y Proceso Constituyente: ¿Extorsión Electoral o Veto Ciudadano?*, in *Actualidad Jurídica*, 2023, p. 245 et seq.

<sup>40</sup> Elsewhere, I expanded on my position in this debate. See S. Verdugo, *Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 14 et seq.

<sup>41</sup> Consider, e.g., the discussion on T. Khaitan, *Balancing Accountability and Effectiveness: A Case for Moderated Parliamentarism*, in *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, 2021, p. 81 et seq. I offered a response based on the idea of responsiveness in S. Verdugo, *Moderated Parliamentarism, Effective Governments, and Legislative Gridlock*, in *LACL-AIDC Blog*, 2021, available at the link: <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/05/011-moderated-parliamentarism-effective-governments-and-legislative-gridlock>.

deadlocks is not the parties themselves. Legislative inertia and deadlocks are inherent features of any system with mechanisms of accountability, and we need to find ways to revise the infrastructure of democracy in order to provide the appropriate institutional incentives for cross-party collaboration. And there are strong reasons to suggest that the types of Presidential regimes that Gargarella uses as his examples – from the US to Latin American countries – are necessarily flawed.<sup>42</sup> Solutions may exist to this problem without throwing away political representation.<sup>43</sup> Even though Gargarella is aware of the problems of presidential regimes (RG 147-160), he does not discuss more precisely how this affects parliamentary democracies or whether the causes are the same. Perhaps he does not need to, as he ultimately disagrees with any form of political representation that centers on constitutionalism.

Gargarella could argue that mine is a romantic account of political processes based on representation – I have, after all, described how representation *should* work. Nevertheless, some representative institutions work better than others, and showing an ideal scenario is helpful for that aim, like Gargarella's regulatory ideal. It also helps to understand what makes a process work better than others. The point is that to reduce the problems of electoral extortion, we should focus on repairing the institutional incentives that have made these behaviors less likely. If the problems of democracy are not new, then we can be creative and look back, not only forward, into how to identify solutions and adapt them to present-day realities.

Again, this is not to say that participatory mechanisms such as citizen assemblies elected by sortition methods – a solution that partly looks at the past, an ancient past where political parties did not exist – are inherently wrong. Assemblies perform better when they pursue narrower and clearly defined goals and intend to complement – and not replace – representative institutions. I will come back to this point later. For now, it suffices to say that those mechanisms are poor substitutes for political institutions when pursuing broader projects, such as constitutional replacement processes working in a constrained period of time. The citizens' assemblies are hardly likely to engage in

---

<sup>42</sup> There is extensive literature discussing Juan Linz's well-known arguments against presidential regimes. See, e.g., J. Linz, 'Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?' in J. Linz – A. Valenzuela (eds), *The Failure of Presidential Democracy. The Case of Latin America*, vol 2, Baltimore, 1994; J. Linz, *The Perils of Presidentialism*, in *Journal of Democracy*, 1990, p. 51; S. Mainwaring – M.S. Shugart, *Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal*, in *Comparative Politics*, 1997, p. 449 et seq.; S. Ganghof, *Against Presidentialism*, in S. Ganghof, *Beyond Presidentialism and Parliamentarism*, Oxford, 2021; P. Chaisty – N. Cheeseman – T.J. Power, *Coalitional Presidentialism in Comparative Perspective. Minority Presidents in Multiparty Systems*, Oxford, 2018; S. Ganghof, *Beyond Presidentialism and Parliamentarism. Democratic Design and the Separation of Powers*, Oxford, 2022; S. Mainwaring – M. Soberg Shugart (eds), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, 1997.

<sup>43</sup> See B. Ackerman, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 2000, p. 633 ff, for an old example of the advantages of parliamentary regimes. I have also engaged in part of that debate in connection with the problems of the Chilean constitutional system. See R. Dixon – S. Verdugo, *Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial*, in *Estudios Públicos*, 2021, p. 31 et seq.

more profound, responsive, and informed debates with enough buy-in from political stakeholders when the agendas are too open, the timetable too ambitious, and the polarization too elevated not to need mediating institutions – among other problems that may exist.

#### *4. Justified approaches and inferred solutions.*

Gargarella seems to be aware of the limitations of his model and does not claim that his conversational regulatory ideal can be fully achieved. He tries to show real-world examples to illustrate how we can get close to the ideal and presents his argument in non-radical ways by appealing to reasons many can accept. For example, by criticizing referenda with well-known arguments, attacking the strong versions of constitutionalism by citing the example of the US Constitution and Latin American cases, or criticizing the constitution-making processes that have accompanied the democratic decay agendas in Latin America (RG 187-193, 246-249), Gargarella makes arguments that are consistent with other versions of democratic theory.<sup>44</sup> For example, it is easy to agree with him and disregard the constitution-making attempts of the so-called new Latin American Constitutionalism as genuine deliberative and inclusive processes that strengthen democracy.<sup>45</sup> Also, one does not need to agree with Gargarella's model to be skeptical of referenda, though a more nuanced approach can invite a more cautious diagnosis of the instrument. Authoritarian leaders can instrumentalize referenda,<sup>46</sup> referenda can easily be used to manipulate the decision-making process, it does not encourage the existence of compromises, negotiations, and common ground, they do not reflect whatever we think popular sovereignty is,<sup>47</sup> and they are better used with caution after "package deals" have been offered in a bipartisan way,<sup>48</sup> and not before, as a sort of popular veto power inviting politicians to try to identify compromises that citizens at large can accept.<sup>49</sup>

What is more challenging is identifying common causal mechanisms in all the examples Gargarella provides. True, most countries have been influenced by the types

---

<sup>44</sup> See, e.g., J.A. Lenowitz, *Constitutional Ratification without Reason*, Oxford, 2022; L. Trueblood, *Referendums as Representative Democracy*, Oxford, 2024.

<sup>45</sup> See, for example, how Alberto Coddou situates this "new Latin American Constitutionalism" in the family of constitutional thoughts that have existed in Latin America, and how it differentiates itself from other forms of constitutionalism such as Gargarella's. Alberto Coddou Mc Manus, *A Critical Account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism*, in *Global Constitutionalism*, 2021, p. 1 et seq.

<sup>46</sup> A. Fruhstorfer, *Referendums and Autocratization. Explaining Constitutional Referendums in the Post-Soviet Space*, in R. Albert – R. Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, 2022.

<sup>47</sup> R. Stacey, *The Unnecessary Referendum: Popular Sovereignty in the Constitutional Interregnum*, in R. Albert – R. Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, 2022.

<sup>48</sup> Z. Elkins – A. Hudson, *The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform*, *ibid.*

<sup>49</sup> L. Trueblood, *Brexit and Two Roles for Referendums in the United Kingdom*, *ibid.*

of constitutional ideas he rejects. From there, a long step is missing in arguing that the problem is judicial review and the electoral extortion of contemporary democracies. Indeed, one could think that the democratic problem appears in countries with weaker forms of judicial review, and, moreover, the problem in some cases connects to how judicial review mechanisms have become incapacitated or captured.<sup>50</sup> The issue is not how judges intervene in many cases but how they lack independence and incentives to protect democratic values. It is also not necessarily political representation but populism acting against mainstream channels of representation. If anything, those channels are victims, and not aggressors, of the forms of populism that we see today. Like the example of the Fujimori regime, which I cited above, the statement that, in its best light, when the critical infrastructure of democracy works well, representative democracy works well, is not disproven by Gargarella's book. This does not mean, to be sure, that his normative ideal or that his prescriptions are not helpful. But it does mean it is too soon to abandon the boat of representative institutions in favor of experimental political participation mechanisms we know less about, especially if, as I will show, those experiments are also subject to risks.

The fact that we can agree with Gargarella on some of his approaches to democracy does not mean that his prescriptions can necessarily be inferred from his more abstract arguments. The reasons can be understood with different applications, the problems can be presented in partial ways, and the mechanisms can have narrower – and more effective – applications. The main problem, if one digs deeper into his argumentative strategy, one can find arguments that underplay the value of supporting the infrastructure of democracy. Gargarella's book does not engage with them in profound ways. The lack of more extensive treatment for the benefits that political parties can give to democratic regimes is illustrative of how Gargarella is uninterested in repairing the channels of representation – which he did not value in the first place – and focuses on abandoning the ship to build a new one. Sure, one may still argue in favor of gradual paths seeking to achieve that agenda. But it is still an agenda that involves dismantling current institutions that have become crucial for democracy – there is no representative democracy without functioning parties – and that is no moderate claim to make.

##### *5. Constitution-making and the conditions for an equal conversation*

Gargarella defends a broad application of his proposed model, including for constitution-making (RG 237-250<sup>51</sup>). His model is not the traditional elected

---

<sup>50</sup> See, e.g., W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 63 et seq.

<sup>51</sup> Gargarella has also expanded on this issue in R. Gargarella, *Constituent Power in a "Community of Equals"*, in *Revus*, 2020.

constituent assembly, which he tends to criticize (RG 246-249), but something closer to the Icelandic and Irish experiments (RG 248-249). This is important because, according to the author, constitutional dialogue should not be reduced to exceptional situations of high politics (RG 42). Constitutional dialogue must always be possible. Gargarella's approach to constitution-making pushes us to consider a new *justification* for specific procedures that constitution-making should embrace and contemporary discussions about constituent power<sup>52</sup> and the post-sovereign model,<sup>53</sup> to name a couple of influential theories in the field, are yet to engage deeply with Gargarella's ideas.<sup>54</sup> In order to understand Gargarella's suggestion in a more situated way, it is helpful to first say a few words about contemporary constitution-making.

Constitution-making is a complex and challenging political task where crucial political arrangements are up for grabs. The purpose is to enact a new constitutional order that can respond to essential answers that contemporary societies care about. The issues will vary from country to country – in some, for example, abortion and housing rights may become critical; in others, they may not – and the political context and existing agendas will partly condition the debates that will take place in those jurisdictions. Nevertheless, all constitutional replacement attempts have in common the need to regulate the main collective decision-making processes of the jurisdiction, which entail an expansive focus on the secondary rules of the legal system. The organs in charge of writing the constitution will need to decide on the type of political regime, on (at least some) electoral arrangements, the recognition of core political principles like the separation of powers, the way those principles will appear in specific institutional forms, whether there will be fourth-branch institutions, etc. A discussion on fundamental rights is almost inevitable, and a debate on their number, types, content, and enforcement – if any – is there to follow. Modern constitution-making processes typically include a fixed timetable with specific deadlines, mechanisms to solve controversies, debate rules, how to form majorities, and complementary participatory mechanisms. Sometimes, substantive limits rooted in international law principles or political concessions to favor those who have the power to harm or veto the process can be established as a condition to open the constitution-making process.

One of the features of constitution-making processes, as opposed to mere constitutional amendment procedures, is that they have an open agenda. Those in charge of the constituent organ – a drafting committee, a constituent assembly, a foreign power, or a military junta – can set the agenda as they progress within the process. The more stakeholders the process includes, the more items will be added to

---

<sup>52</sup> See, e.g., J.I. Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, London, 2012; G. Pisarello, *Procesos Constituyentes. Caminos Para La Ruptura Democrática*, Madrid, 2014.

<sup>53</sup> A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, 2016.

<sup>54</sup> Elsewhere, I have engaged with these types of justifications and designs. Gargarella's argument requires a separate treatment. See S. Verdugo, *Why Do We Need a New Theory for Justifying and Designing Constituent Assemblies?*, forthcoming in *Theoretical Inquiries in Law*, vol 26, 2025.

the agenda. The variety of themes and options for constitution-making, combined with the existence of a large institution (imagine an assembly) in charge of drafting the constitution and the existence of several movements, factions or parties integrating that institution, are likely to make the constitutional project resemble more an omnibus bill rather than the types of more modest and brief constitutional drafts produced during the XIXth century. For this reason, some of Gargarella's examples – including the Canadian experiments and the Irish conventions – do not qualify as constitution-making, nor can they be used as examples of permanent institutions working in ordinary ways with open agendas. What Gargarella calls an accumulation strategy is often inevitable in the context of broad collective bodies working with open agendas with diverse stakeholders.<sup>55</sup> This accumulation has problems that Gargarella articulated in his paper, and I agree with him. Nevertheless, this strategy results from compromises and logrolling, which are likely to exist when processes that include rival organizations or diverse movements are present. The point of the conversation among equals is to diminish this type of political dynamic, often associated with traditional politics and political parties, because it is assumed that citizens can achieve an agreement in one direction. They can even achieve a sufficient consensus and sometimes decide not to vote. Why compromise if they can identify what is more desirable to everyone? If the conversation is in good faith, the argument goes, and citizens are open-minded and can persuade each other. There won't be a need for accumulation in this scenario, or at least, that strategy will be diminished.

The problem is that constitution-making is unlikely to happen in this way. Typically, constitution-making is triggered when high stakes are elevated, and countries are experiencing a deep political crisis.<sup>56</sup> Conditions are not ideal because democratic and electoral institutions, including political parties and established institutions such as electoral commissions, parliaments, political parties, and courts, are unlikely to function well. The risk of a populist takeover is fed by the instability that is typically associated with these moments.<sup>57</sup> It is possible to call upon some citizens to create a constitution in these contexts and give them the ability to discuss the constitutional order with an open agenda. It is even possible, though probably harder, to try to isolate them from the political conflicts that undermine the possibility of enacting a genuinely inclusive constitutional proposal in the first place. However, the context and features of this solution are likely to undermine the possibilities of success. First, citizens will need to get enough buy-in from veto actors in the process or be strong enough in

---

<sup>55</sup> R. Gargarella, *Constitution Making in the Context of Plural Societies. The "Accumulation Strategy"* in J. Elster – R. Gargarella – B.E. Rasch (eds), *Constituent Assemblies*, Cambridge, 2018.

<sup>56</sup> This is one of the paradoxes of constitution-making. See Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, in *Duke Law Journal*, 1995, p. 364 et seq.

<sup>57</sup> See, e.g., O. Doyle, *Populist Constitutionalism and Constituent Power*, in *German Law Journal*, 2019, p. 161 et seq.; D. Landau, *Constitution-Making Gone Wrong*, in *Alabama Law Review*, 2013, p. 924 et seq.; W. Partlett, *The Dangers of Popular Constitution-Making*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2012, p. 193 et seq.

order to impose a constitution against those veto actors. One of the reasons the innovative Icelandic experiment failed and the Chilean Constitutional Convention did not get enough support, was the lack of party support. These examples of failure are not unique, even if other examples have been largely omitted in the literature.<sup>58</sup>

In the case of Iceland, which Gargarella uses as a *good* example, and some scholars have romanticized,<sup>59</sup> the parties were unconvinced – for good or bad reasons.<sup>60</sup> Despite the appearance of an elected nonpartisan constituent assembly that could gather support from the citizens, the result was not as inclusive as many have tried to show. Perhaps an accumulation strategy was avoided to a certain extent, but the document was still criticized on technical grounds<sup>61</sup> and even on principled grounds that do not speak well of being the result of an inclusive conversation among equals.<sup>62</sup>

In the case of the Chilean Convention of 2022 – which Gargarella did not refer to in his book – the lack of substantive representation at the level of the Convention resulted in a constitutional proposal that neglected important sectors of the country, including mainstream centrist and rightwing parties. The citizens rejected the proposal in a referendum and, even though there are good reasons to be skeptical of referendums – Gargarella criticized the 2022 referendum – and some may think that the Chilean proposal was good enough – Gargarella himself supported the proposal – the constitution-making process could hardly be considered the result of a good faith conversation that was inclusive of everyone's views. The median voter's preferences were far away from crucial aspects of the proposal – or of how the proposal was presented – and they did not connect nor felt represented by the Convention. The

---

<sup>58</sup> For the types of failures that can exist in constitution-making, see, K. Zulueta-Fülscher, *How Constitution-Making Fails and What We Can Learn from It*, International IDEA Discussion Paper 2/2023, available at the link: <https://www.idea.int/publications/catalogue/how-constitution-making-fails-and-what-we-can-learn>; S. Issacharoff – S. Verdugo, *The Uncertain Future of Constitutional Democracy in the Era of Populism: Chile and Beyond*, in *University of Miami Law Review*, 2023, p. 1 et seq. For examples of failures of activation, see S. Verdugo – M. Prieto, *¿Cómo pueden fracasar los procesos constituyentes?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1387 et seq.

<sup>59</sup> H. Landemore, *The Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2015, p. 166 et seq.

<sup>60</sup> T.A. Eisenstadt – T. Maboudi, *Being There Is Half the Battle: Group Inclusion, Constitution-Writing, and Democracy*, in *Comparative Political Studies*, 2019, p. 2135 et seq.

<sup>61</sup> R. Rubio Núñez, *El proceso constituyente en Islandia: Un caso de éxito sin final feliz*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1474 et seq.

<sup>62</sup> J. Brennan, *Response to Landemore*, in J. Brennan – H. Landemore, *Debating Democracy. Do we need more or less?*, Oxford, 2022, p. 60: “despite all these advantages, the text the laypeople produced strikes me as obviously worse [...] They couldn't manage to de-establish the state Lutheran church in a country with extremely high rates of atheism and low levels of religious observance. Landemore discusses at some length why de-establishment was not a live option – many citizens wish to maintain the state church they do not attend. But that seems like a poor excuse, not a justification. Iceland's performance here was bad and they should feel bad.”

Convention probably ranked well in terms of descriptive representation,<sup>63</sup> to use Pitkin's typology,<sup>64</sup> but it performed badly in terms of substantive and ideological representation.<sup>65</sup>

Of course, it could be argued that the design of the Chilean process, or of the elected assembly in Iceland, did not reflect the ideals of the conversation among equals. Despite the fact that both were not driven by dominant party interests – independents dominated the Chilean Convention and non-partisan citizens the Icelandic process – it is still possible to claim that the problem is the use of electoral procedures. After all, Gargarella's criticisms are not only against referendums but also against political representation. In both cases, it could be argued that an electoral extortion existed because representational processes were used and, therefore, in the end, citizens outside the Chilean Convention or the Icelandic Assembly were given a complete proposal. If this is so, then the regulatory ideal of Gargarella is far from these processes. Perhaps his examples could connect better with the Icelandic forum used before the constituent assembly was installed in Iceland as a sort of pre-initiation device, or with the Chilean attempt that took place under the Bachelet administration. If this is so, then both can be challenged as ineffective because of their inability to secure enough buy-in. In the case of the Icelandic forum, an institution composed of 950 randomly selected citizens who gathered to set the agenda for the constituent assembly, only a few hours were dedicated to the actual discussion, which makes it hard to argue that the arguments and proposals were well reasoned and that people from different backgrounds and preferences engaged in a good faith conversation with enough levels of depth. If anything, those higher levels of deliberation should be attached to the process overall and perhaps to the crowdsourcing techniques used,<sup>66</sup> but not exclusively to the forum. Moreover, even in a complicated time in Iceland, it is possible to differentiate that case from other scenarios of constitution-making because the conditions for deliberation are probably improved, as in the forum, when consensus is more accessible to achieve due to low levels of social polarization – everyone in those bodies was rejecting the party system, and parties were not part of the process – in a society that is known for its history of civic participation and its ethnically homogeneous and highly developed composition. In the case of Bachelet's experiment in Chile, there were other problems that I will comment on in the next section.

---

<sup>63</sup> C. Le Foulon – V. Palanza, *Elecciones a La Convención Constituyente: Innovación y Renovación*, in *Puntos de Referencia - Centro de Estudios Públicos*, 2021.

<sup>64</sup> H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkley, 1967.

<sup>65</sup> See J. Fábrega, *Ordenamiento Ideológico En La Convención Constitucional Chilena*, in *Revista de Ciencia Política*, 2022, p. 127 et seq.; S. Verdugo, *El Poder Constituyente Impopular*, in *Actualidad Jurídica*, 2022, p. 207 et seq.

<sup>66</sup> A.A. Ninet, *Constitutional Crowdsourcing. Democratizing Original and Derived Constituent Power in the Network Society*, Cheltenham, 2021.



*6. On the limits of citizens' assemblies*

I have already explained why using randomly selected citizens' assemblies as a device with open agendas for constitution-making is not a good idea. It is, nonetheless, possible to argue that these institutions can function better when they follow a pre-established agenda that allows for a certain depth in the deliberations. In those scenarios, a key question is who sets the agenda. Scholars have reported that when there is sufficient engagement in items citizens care about, and the items are mediated by established institutions like parties or parliaments, citizens' assemblies can help build political capital to trigger a relevant change in society and even persuade legislators to adopt specific policies. The leading examples are the cases of abortion and same-sex marriage in Ireland (RG 301-302).<sup>67</sup>

Suppose these conditions are not met, though, the mediation of representative institutions is nonexistent, or there is not enough public interest in the items to be discussed. In that case, the conventions can fail to get enough political support. In the Irish case, the political parties played a crucial role in initiating the conventions and giving a legal form to the proposals made by the randomly selected citizens.<sup>68</sup> As an author has commented, "representative democracy is not always the best in finding solutions, but it's probably the best at producing – as in identifying – problems."<sup>69</sup> They also played a significant role in vetoing or not activating the recommendations that, in the end, failed, to the point that the positive cases cited above appear to be the exception rather than the general rule.<sup>70</sup> Moreover, the literature has yet to ultimately find ways to overcome some of the problems identified in the Irish conventions, which include issues of opacity and lack of attention to the risks of bias and the experts' participation.<sup>71</sup> To be sure, even if there are possible solutions to these problems,<sup>72</sup> they all invite more caution before claiming that these institutions represent some sort of will of the people and encourage us to think about how to use them in more targeted and effective ways.

---

<sup>67</sup> O. Doyle – R. Walsh, *Constitutional Amendment and Public Will Formation: Deliberative Mini-Publics as a Tool for Consensus Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2022, p. 398 et seq.; O. Doyle – R. Walsh, *Deliberation in Constitutional Amendment: Reappraising Ireland's Deliberative Mini-Publics*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, p. 440, et seq. However, consider E. Carolan – S. Glennon, *The Consensus-Clarifying Role of Deliberative Mini-Publics in Constitutional Amendment: A Reply to Oran Doyle and Rachael Walsh*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2024, p. 191 et seq.

<sup>68</sup> The Convention was, in a way, the result of compromise between the Fine Gael and Labour parties. See J. Suiter and others, *The First Irish Constitutional Convention: A Case of "High Legitimacy"?*, in *Participations*, 2019, p. 123 et seq.

<sup>69</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, London, 2021, p. 86.

<sup>70</sup> O. Doyle – R. Walsh, fn. 68.

<sup>71</sup> E. Carolan, *Ireland's Constitutional Convention: Behind the Hype about Citizen-Led Constitutional Change*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, p. 733 et seq.

<sup>72</sup> See, e.g., the recommendations and notes made by D.M. Farrell – J. Suiter, *Reimagining Democracy. Lessons in Deliberative Democracy from the Irish Front Line*, Ithaca, 2019.

It is also possible to show, as Carolan and Glennon have, that the citizens' assemblies' best case is identifying growing social consensus and not *building* consensus.<sup>73</sup> If this is true, then the conversation that happened internally in the assemblies and the evidence showing that ordinary citizens can change their minds in good faith,<sup>74</sup> is less important than the conversation that societies can have at large. The problem that this posits for Gargarella's theory is that these conversations that societies can have to accompany political processes happen informally in the context of both mainstream channels of representation and citizens' assemblies. It is unclear how citizens' assemblies are superior, especially if they are not contributing to *building* a consensus. On the contrary, representative institutions have significant potential in building that consensus. If the party system works reasonably well, then compromises and negotiations – the old-school techniques of good politics – should do the trick. Either way, the best possible reading of the Irish experience is not one in which citizens replaced representative institutions – when that actually happened, the experiences failed – but of citizens collaborating with representative institutions in politically situated debates with precise goals.

Alternatively, it is possible to design a bottom-up process in which political parties are bypassed, and citizens are invited to organize themselves to discuss constitutional proposals. This happened under Bachelet in Chile, a process that Gargarella emphasizes as a possible example of his conversation among equal regulatory ideal, even if it failed in the end (RG 302-303). Bachelet did not have enough buy-ins from the parties and decided to organize a process hoping the parties would eventually join. But they never did, and the process failed.<sup>75</sup> In the meantime, citizens met at 7,964 gatherings organized by themselves following guidelines designed from above,<sup>76</sup> and genuine conversations happened among those who decided to participate.<sup>77</sup> Nevertheless, Bachelet's process was far from achieving the conditions that Gargarella identifies. First, it had a self-selection problem. No one was obliged to participate, and only those with more intense preferences decided to organize themselves. Second, there was a problem with the depth of the deliberations. Citizens were given a list of dozens of items to discuss (such as whether there should be a constitutional court and whether we should recognize the right to education) in a short

---

<sup>73</sup> E. Carolan – S. Glennon, fn. 67.

<sup>74</sup> J. Suiter – D.M. Farrell – E. O'Malley, *When Do Deliberative Citizens Change Their Opinions? Evidence from the Irish Citizens' Assembly*, in *International Political Science Review*, 2016, p. 198 et seq.

<sup>75</sup> S. Verdugo – J. Contesse, *Auge y Caída de un Proceso Constituyente: Lecciones del Experimento Chileno y del Fracaso del Proyecto de Bachelet*, in *Derecho y Crítica Social*, 2018, p. 139 et seq.

<sup>76</sup> Comité de Sistematización, *Encuentros Locales Autoconvocados. Resultados Cuantitativos*: <[http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/d/f/d/dfd8c34ccc917e956fb440da32b9a200874a6aa655ed79e9bf6abb484ca68552/\\_home\\_aristoteles\\_documentos\\_PC\\_CCO\\_DT\\_19.pdf](http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/null/d/f/d/dfd8c34ccc917e956fb440da32b9a200874a6aa655ed79e9bf6abb484ca68552/_home_aristoteles_documentos_PC_CCO_DT_19.pdf)>.

<sup>77</sup> For a reliable description of the process, see M.H. Viñas – J.F. García, *El proceso constituyente de Bachelet en Chile (2015-2018): razones de un fracaso (previsible)*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1496 et seq.

timeframe (typically a handful of hours, sometimes over dinner or even cocktails). Even if there was probably a good faith type of conversation in most gatherings, the actual conversations were closer to an in-person poll on specific topics rather than an in-depth discussion. Third, Bachelet's experiment had a problem of both descriptive and substantive (ideological) representation. From a descriptive perspective, Santiago meetings (47.2%) and women (54%) were overrepresented.<sup>78</sup> The upper classes also were arguably overrepresented.<sup>79</sup> From a substantive perspective, most people participating were also more likely to agree with a constitutional change in the first place and perhaps sympathized with Bachelet herself. Fourth, Bachelet's constitutional proposal – which failed to be approved by legislators – was supposed to be based on the input of the citizens' gatherings. Nevertheless, it is almost impossible to trace Bachelet's document – written behind closed doors by experts who claim to have used the systematized input from the citizens' proposals – to the actual citizens' meetings.<sup>80</sup>

It could perhaps be argued that we can learn from Bachelet's experience and perfect the details of the process. Nevertheless, it is unclear how. Having such an open agenda was a problem that can only be solved if one is to cut the agenda. The lack of massive participation outside the richest neighborhoods is unlikely to be solved unless the activity turns mandatory – which would entail other problems – and the problem is more likely to grow if the experience is repeated too many times for too many items. The issue of self-selection, lack of descriptive and substantial representation, and others, are difficult to correct. Perhaps a different method should be tried.

A defender of the conversation among equals model, could claim that the important thing is not how these processes failed. After all, any process can fail, and many experiences of failures are out there. Moreover, it could be added that the regulatory ideal of the conversation Gargarella proposes is a normative standard and not a fixed methodology to follow. This is, of course, true. Nevertheless, if that is so, it is unclear what Gargarella's examples add to his argument. The other experiments he used in his book, which I have not expanded upon, have mostly failed – i.e., among others, the Australian Convention of 1998 (RG 297-298), the 2006 Ontario assembly for electoral reform and the 2005 British Columbia convention for electoral reform (RG 298-299) – which were interesting exercises of looking outside of the incumbent's interests, even if they failed. They cannot show much potential for applying his theory

---

<sup>78</sup> Comité de Sistematización, fn. 76.

<sup>79</sup> I could not find official data on this, but journalists reported it. See, e.g., <https://www.latercera.com/noticia/proceso-constituyente-santiago-providencia-y-nunoa-son-las-comunas-que-registran-mas-encuentros-locales/>; <https://ellibero.cl/actualidad/proceso-constituyente-las-10-comunas-que-mas-participaron-son-urbanas-y-de-clase-alta-pero-no-representan-al-3-de-su-electorado/>

<sup>80</sup> The available data shows numbers counting the times a concept was mentioned. See some important methodological criticisms in L. Sierra, *Críticas a La Sistematización y Metodología Del Proceso Constitucional*, in *Debates de Política Pública - Centro de Estudios Públicos*, 2017.

if the experiments he cites have limitations that constrain the possibilities and make the necessary conditions for an equal conversation difficult to achieve.

Sure, Gargarella could claim that in non-constitutional replacement procedures, the situation is less complicated, the stakes are lower, the polarization does not need to be elevated, and there are institutional ways to channel the conversation. Nevertheless, if we see fewer crises and lower stakes, the justifications for deviating from channels of representation are also lower. The use of participatory mechanisms in those contexts may be counterproductive because, when the crises are less severe and the stakes are lower, the citizens will have weaker preferences and, thus, be less inclined to participate spontaneously. If so, the lack of interest may undermine the inclusive and egalitarian conditions for the conversation among equals. Citizens need strong reasons to engage in the mechanisms Gargarella promotes. In Athens, for example, citizens participated partly because they were relieved from their regular duties and even paid to attend.<sup>81</sup> Having randomized assemblies may help partially solve this problem, but I am less optimistic about them than Gargarella. In the context of low-stakes issues, the problems of self-selection and lack of representativeness are likely to grow, and the lack of depth in the deliberations can risk becoming a central feature of these experiments if we use them too often and for too many items. Eventually, the public may even lose interest, and the assemblies can start operating without the necessary public attention, even lowering the accountability they need. It won't matter if the assemblies rank well in terms of descriptive representation. Substantial representation is not guaranteed, and the formation of a public will become more difficult to achieve. Following a more cautious, narrow understanding of these mechanisms makes sense. Let's use them exceptionally. It also makes sense to turn the focus to institutions of political representation, as they cannot be substituted.

### 7. Conclusion

As Dixon has argued, Gargarella's model is "not the only game in town."<sup>82</sup> Moreover, treating the proposal as the only game in town risks harming the critical infrastructure of democracy in ways that might make it even harder to recover. Before abandoning the ship of constitutionalism, political representation, judicial review – and fourth-branch institutions, I might add – it is worth asking whether the critical infrastructure can be repaired using even innovative solutions. Mandatory voting, independent electoral commissions, different legislative processes with more incentives for collaboration, ranked-choice voting procedures, new dynamics between the executive and legislative branches, different rules for the party system, more robust and smarter regulations for social media and the independent press, and narrower

---

<sup>81</sup> J.W. Müller, *Democracy Rules*, London, 2021, p. 56.

<sup>82</sup> R. Dixon, *Conversation or Competition among Equals*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, in this symposium.

spaces for experimental participatory mechanisms seem like reasonable solutions to explore. It is too early to abandon them in favor of experimental mechanisms we still know little about.

\*\*\*

**ABSTRACT:** In the context of the discussion about strengthening democratic regimes while facing the problems of constitutional and democratic erosion, Roberto Gargarella has offered a new regulatory ideal called “The Law As a Conversation Among Equals” to guide the discussion. He suggests placing our efforts of democratic recovery in new, more experimental forms of political participation, such as citizens’ assemblies. This essay argues that Gargarella’s valuable prescription for the problem may become self-defeating. If the main focus is not on helping the infrastructure of representative democratic regimes recover or heal, the focus on new experimental forms of political participation can even deepen the harm political systems are suffering. This is not to say that these new forms of political participation should always be avoided. As I will show, they should be used to complement and not replace representative institutions. I suggest a more modest, narrow, and cautious way to implement those participatory mechanisms. If the infrastructure of democracy is to be recovered, we should not avoid discussing issues such as the functioning of political parties, how fourth-branch institutions can impose limits and slow down processes of erosion while offering opportunities for democratic forces to regroup, and the way citizens access information and participate in the flawed marketplace of ideas.

**KEYWORDS:** Constitutionalism – Democracy – Citizens’ Assemblies – Roberto Gargarella – Conversation Among Equals

\*\*\*

**Sergio Verdugo** – Professor of Law at IE University Law School  
(sverdugo@faculty.ie.edu)

## La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado” \*

*Roberto Gargarella*

SUMARIO: 1. Agradecimientos preliminares– 2. Formas procedimentales del control judicial, y concepciones de la democracia – 3. Culpabilizar al pueblo...¿o sí? Racionalidad política y democracia – 4. Derechos sociales y “sala de máquinas” – 5. Palabras finales.

### *1. Agradecimientos preliminares*

En las páginas que siguen, voy a ofrecer algunas respuestas y comentarios a las amables reflexiones que han presentado algunos estimados colegas -Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, Sergio Verdugo- en torno a mi libro *The Law as a Conversation Among Equals*. Lo haré con un ánimo “conversacional,” tratando de continuar un diálogo que -con todos ellos- tuve la suerte de empezar hace años, y tengo la esperanza de continuar por un buen tiempo.

Antes de abocarme a mis respuestas y comentarios, quiero hacer un agradecimiento a la *Rivista di Diritti Comparati*, por la oportunidad que nos ha dado, y por el espacio que ha abierto para desarrollar esta conversación. De manera muy especial, quiero agradecer a mi buen amigo Giuseppe Martinico, por su enorme generosidad, de la que he tenido la suerte de beneficiarme en muchas ocasiones. Espero saber compensar debidamente su gentileza habitual, para conmigo.

Sobre el ideal regulativo, y la práctica de los partidos políticos: Romper el pacto de lectura

Sergio Verdugo es un ilustrado colega, con quien venimos discutiendo -y desacordando, a veces- desde hace años. Me unen con él muchísimos intereses comunes, algo que advertí, de manera especial, a partir del entusiasmo y las muchas dudas que ambos mostramos, frente al reciente proceso constitucional en Chile. Según entiendo, su mirada sobre mi emprendimiento teórico en general, y sobre *El derecho como una conversación entre iguales*, en particular, ha sido, habitualmente, escéptica. Así lo confiesa y reafirma, desde el título, en el texto que escribió sobre el libro, y que ahora comento. En lo que sigue, quisiera realizar algunas precisiones frente a su trabajo, con el secreto ánimo de conmovier, en algo, su escepticismo.

---

\* Artículo solicitado por la Dirección.

Según entiendo, el análisis de Sergio es fundamentalmente errado, por partir de un malentendido serio en cuanto a la naturaleza y los fundamentos de mi proyecto. Conforme a su análisis, el corazón de mi trabajo tiene que ver con la creación de un “ideal normativo” novedoso, a partir del cual derivo luego mis prescripciones sobre la práctica<sup>1</sup>. Críticamente, él considera que en mi trabajo me muestro “desinteresado” en hacer cualquier esfuerzo por “reparar el barco” que se encuentra dañado -el sistema representativo, los partidos políticos- por lo cual opto (algo irresponsablemente) por “abandonar el mismo y construir uno nuevo”. La tarea en la que, a partir de allí, me involucro implica, según él señala, “desmantelar las instituciones existentes que se han convertido en cruciales para la democracia” para reemplazarlas por otras nuevas, lo cual -concluye- “no es un reclamo moderado”, o uno que merezca ser sostenido.

El núcleo de ideas que acabo de transcribir, que describe la visión esencial de Sergio sobre mi proyecto, revela la base principal de su yerro. La cuestión es la siguiente: mi proyecto se parece muy poco al que Sergio describe. Ante todo: la crisis radical que afecta al sistema representativo, y el irreversible deterioro que sufren los partidos políticos no aparecen, en mi texto, como conjeturas o descripciones algo imprecisas, sino como supuestos. Subrayo: se trata de los supuestos sobre los que se asienta mi libro. Puedo estar empíricamente equivocado, o no, en mi análisis sobre la cuestión (el estado de nuestras democracias), pero se trata de puntos de partida que, en mi trabajo, simplemente, tomo como dados<sup>2</sup>. Luego, y a partir de dichas asunciones, comienzo mi estudio sobre algunas de las causas probables de tales cuestiones; sus preocupantes implicaciones institucionales; y algunas formas imaginables de hacerles frente.

Obviamente, la tarea de erigir nuestro trabajo sobre ciertos supuestos y fundamentos inicialmente definidos, no resulta extraña, sino muy común, en la reflexión académica. Se trata de una operación usual entre quienes nos dedicamos al análisis de la vida pública y sus instituciones. Dado el alcance siempre limitado de nuestros emprendimientos (por razones de tiempo, espacio, conocimientos, intereses),

---

<sup>1</sup> S. Verdugo, *The Law As a Conversation Among Equals – A Skeptical View*, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio. Salvo que se indique explícitamente lo contrario, los períodos citados en esta sección deben considerarse citas de este ensayo, tal como ha sido traducido al castellano por Roberto Gargarella.

<sup>2</sup> Sólo por mencionar un ejemplo de cuando me refiero a la cuestión, de manera explícita, en el primer capítulo del libro, sostengo que voy a tomar ciertos datos básicos de la vida política actual -el sentido de empoderamiento de la ciudadanía; la radical crítica que ella muestra frente a los representantes; la “angustia democrática”, la voluntad de tomar control de los propios asuntos, etc., etc.- como “supuestos” que “nos refieren a un *cambio de paradigma en términos democráticos*.”, R. Gargarella, *Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge, 2022, p. 47.

solemos insertar nuestra labor teórica dentro de ciertos marcos predefinidos, que invitamos a nuestros lectores a tomar como dados. No hace falta mucho esfuerzo para dar cuenta de la habitualidad e importancia de tales ejercicios: Jean Jacques Rousseau tomó como punto de partida de su trabajo a ciertos rasgos propios de la naturaleza humana, mientras que Thomas Hobbes tendió a asumir, para el suyo, los rasgos contrarios. John Locke, por su parte, presumió la existencia de un cierto contrato social; mientras que David Hume consideró como elementos dados, para su análisis social, el hecho de la escasez y ciertas disposiciones humanas. De manera similar, John Rawls tomó como base dada, para su estudio sobre la “teoría de la justicia,” la existencia de una sociedad bien ordenada; etc. En tal sentido, cuando leemos a autores como los citados -entre tantos otros- lo hacemos aceptando, al menos provisionalmente, los puntos de partida que ellos nos proponen. Luego, y a partir de allí, nos internamos en el análisis crítico o reconstructivo que ellos nos ofrecen.

Por lo tanto, leemos mal a Rawls, por ejemplo, si descartamos de entrada el valor de la teoría de la justicia, diciendo “la sociedad bien ordenada, en verdad, no existe”; o desmerecemos el trabajo de Rousseau, a partir de nuestro convencimiento de que “nadie firmó nunca ningún contrato social”. Reaccionando así, habremos malentendido a tales autores, y roto también el pacto de lectura que -legítimamente- ellos nos proponen. En sentido similar, yo le diría a Sergio que su crítica a mi libro también parte de romper el pacto de lectura que propongo en mi libro. Yo no “abandono” el barco del sistema representativo existente, mostrando un completo “desinterés” por repararlo; o por la ansiedad de correr hacia un mundo alternativo, más en línea con mis preferencias teóricas o ideológicas. Entiendo mi proyecto de modo muy diferente: en mi libro, *supongo* la existencia de una situación institucional trágica, cual es la crisis radical e irreparable del sistema institucional, y frente a ella me pregunto -con preocupación, angustia, escepticismo y dudas- qué alternativa institucional puede resultar aceptable y asequible; y luego busco argumentos para fundar tal alternativa.

El grueso de los comentarios de Sergio, según entiendo, tienen como fuente un malentendido como el señalado. Por tanto y, por ejemplo, cuando Sergio sugiere que en mi libro, esencialmente, construyo un “ideal regulativo” para luego, y desde ahí, disparar prescripciones institucionales, no puedo, sino, tomarme la cabeza. No es así (irresponsablemente) como concibo y practico la actividad académica. Lo que me interesa otra cosa: pretendo explorar alternativas institucionales, frente a la “angustia democrática” que me genera el contexto de debacle institucional en el que vivo -una debacle que arrastra a mi familia, a mis amigos, y a una mayoría de mis compatriotas.



A eso dedico mi actividad académica, y ese propósito es el que le otorga sentido a lo que hago. No practico la academia como deporte.

Es solo allí -una vez ubicado el contexto y definida la gravedad de la crisis democrática dentro de la cual inserto mi estudio- cuando cobra importancia, para mi proyecto, definir un cierto “ideal regulativo” (en mi caso, el de la “conversación entre iguales”). Mi expectativa es que dicho ideal (me) ayude a precisar la dirección posible de una respuesta institucional, frente a la crisis. Tal ideal regulativo no aparece, entonces, como un *deus ex machina*, como un invento que cae desde el cielo, con la pretensión de “arrasar con todo” lo existente. Muy por el contrario (y lamento que parezca necesario aclararlo): no forma parte de mi proyecto, como sugiere Sergio, ni terminar con “lo establecido”; ni emprender un ciego “ataque contra los regímenes multipartidarios competitivos”; ni “descuidar o deliberadamente rechazar los beneficios de la competencia política”; ni “abandonar (el barco) en favor de mecanismos experimentales de los cuales todavía sabemos muy poco”. Es decir, no me interesa atacar nada, ni destruir nada, ni abandonar nada: lo que busco es -asumiendo la presencia de tales males- pensar y fundar algunas respuestas institucionales posibles.

En tal sentido, motiva mi trabajo teórico el convencimiento de que muchas de las “fallas” institucionales que se han producido en nuestro tiempo (muy en particular, pero no sólo, en las Américas) tienen que ver con yerros en el diagnóstico, y yerros, también, en las respuestas que ofrecemos frente a las crisis. Según entiendo, tendemos a responder a los problemas que enfrentamos, a partir de prejuicios o impulsos intuitivos, apoyados, en el mejor de los casos, en los ejemplos de derecho comparado que tenemos más a mano. Mi propuesta, al respecto, es diferente (muy marcada por el trabajo de Carlos Nino, y la tradición de la filosofía política -igualitaria- en la que él se encontraba inscripto), y consiste en ordenar y examinar críticamente diversas alternativas institucionales, conforme a ciertos ideales regulativos que procuro justificar en primer término (en el caso de Nino, el ideal de la democracia deliberativa resultó crucial, para explicar y pensar el diseño del Juicio a las Juntas militares, en la Argentina; o la reforma constitucional en la que él trabajara).

Desde ya, los supuestos que tomamos como dados, para nuestra labor teórica, también pueden resultar, en última instancia, cuestionados. No cabe duda de ello: podemos impugnar el sentido de tomar como supuesto un “contrato social”, o proponer -contra Rawls- que la “teoría de la justicia” resulte testeada en contextos “no ideales” (como el de la “sociedad bien ordenada”). Sin embargo, este tipo de ejercicios de la crítica académica resultan por completo legítimos y, a la vez, diferentes del que describiéramos más arriba. Ocurre que, ahora, partimos de reconocer el perfecto

Roberto Gargarella

*La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”*

derecho del autor del caso, a ofrecernos un análisis particular, enmarcado en los supuestos que ha considerado apropiado. En otros términos, resulta completamente válido cuestionar -también, y en última instancia- los supuestos de los que un cierto autor parte: lo que no puede hacerse es atacar a esos supuestos, como si no lo fueran, o fueran otra cosa, distinta de “hipótesis de trabajo”.

De entre los supuestos de mi propio trabajo yo destacaría, en particular, dos de ellos: i) la crisis radical que afecta al sistema representativo; y ii) la irremediable decadencia que sacude a los partidos políticos. Se trata, según entiendo, de fenómenos vinculados entre sí, y que encuentran un robusto apoyo en la práctica que nos rodea. Sobre el primero de tales supuestos -la *crisis de representación*- señalo, en el comienzo de mi libro, que la “sociología política” a partir de la cual se pensaron y diseñaron las constituciones de nuestros países, ha cambiado radicalmente, y ofrezco algunas sugerencias al respecto (qué es lo que explica semejante cambio, y sus preocupantes consecuencias). Nuestros antecesores pudieron imaginar una Constitución capaz de garantizar la “completa” representación de una sociedad que entendían formada por pocos grupos, internamente homogéneos (la nobleza, los grandes propietarios, etc.). Dicha “pintura de la sociedad” resulta insostenible, en nuestro tiempo, en el marco de sociedades fundamentalmente multiculturales y heterogéneas. De allí la virtual imposibilidad de conseguir, institucionalmente, lo que antes se entendía posible: la “representación completa” de esa diversidad.

El mal señalado termina arrastrando, según entiendo, a los *partidos políticos*. Tal vez, y por ejemplo, a mediados del siglo XX, tuvo sentido pensar que el Partido Laborista, o el Partido Obrero, o el Partido Socialista, iba a defender los intereses de una parte significativa, tal vez mayoritaria, de la sociedad: esperablemente, los representantes obreros sabrían cuidar los intereses (homogéneos) de los trabajadores (y así, de una porción significativa de la sociedad). Lo mismo el Partido Conservador en relación con los intereses de la “nobleza”; o el Partido Liberal con los intereses de la alta burguesía. Hoy, esperablemente, los partidos políticos, y por razones como las señaladas (la diversidad, heterogeneidad, mutabilidad de los intereses sociales) van a mostrar una dificultad radical en representar a porciones significativas de la sociedad - y, sobre todo, mantener en el tiempo esa representación.

En tal sentido, el análisis que ofrece Sergio Verdugo sobre las instituciones de nuestro tiempo (y los partidos políticos, en particular) me resulta fundamentalmente errado. Sin dudas, pueden existir cantidad de buenos argumentos para justificar la existencia de los partidos políticos. Sergio menciona a varios de ellos: los partidos políticos podrán ser “jugadores repetidos;” ellos podrán filtrar y acomodar intereses; ellos podrán proveernos de experiencia; ellos podrían ofrecernos análisis expertos; etc.,

etc. Otra cosa es, sin embargo, que tengamos razones para encontrar tales expectativas verificadas en la práctica política de nuestro tiempo. En tal sentido, sus afirmaciones suenan tan problemáticas como las que pudiera haber hecho algún autor, varias décadas atrás, en defensa del “buen monarca”. Ese autor podría defender la importancia de contar con un buen monarca, sosteniendo que el mismo podría “ofrecer un sentido de unidad”; “vincularnos a las tradiciones e historia de nuestro país”; “llevar el sentido de responsabilidad sobre sus espaldas”. Sin embargo - deberíamos decirle a ese autor de décadas atrás, como a Sergio hoy- que lo que nos ofrece son meras expresiones de deseos (o posturas normativizadas, como reconoce el propio Sergio), vinculadas con una historia ideal o superada, que no tenemos razones para pensar que volverá a repetirse, en las nuevas condiciones de nuestro tiempo.

Resulta de particular interés, en este sentido, tomar al ejemplo del proceso constituyente chileno, que utiliza Sergio, como caso para testear la fortaleza de sus afirmaciones<sup>3</sup>. Para Verdugo, una de las grandes falencias del primer proceso constituyente chileno (que termina con un rechazo, en plebiscito, en el 2022) tuvo que ver con la abundante presencia de “candidatos independientes” y -correlativamente- con la debilidad y escaso lugar que en tal proceso se reservara para los partidos políticos tradicionales. Ahora bien, debiera resultar obvio, a esta altura, que la radical debilidad y falta de peso que mostraron los partidos políticos, en ese entonces, tuvo mucho menos que ver con la torpeza del diseño institucional impulsado por algunos, que con condiciones políticas y sociales insoslayables: los partidos políticos (en especial los de la derecha) ganaron poco espacio y peso, en las discusiones constitucionales inauguradas entonces, en razón del profundo descrédito que padecían, lo cual obligó (en pos de la legitimidad del proceso constituyente puesto en marcha) a buscar respaldo democrático más allá de los partidos, y más en sintonía con las demandas participativas de una sociedad entonces excepcionalmente movilizada. Este tipo de condiciones son las que, en mi libro, aparecen como supuestas: una extrema fragmentación de intereses; un extendido hastío social; una crisis radical en los partidos políticos. Quiero decir: el caso práctico, reciente, que más nos ha interesado a Sergio y a mí -el de Chile y su proceso constituyente- ayuda a verificar, antes que a refutar, los supuestos de mi trabajo, a la vez que hacen un llamado a que Sergio revise algunos de los suyos. En Chile, en efecto, los partidos políticos no mostraron su capacidad para aglutinar, procesar y filtrar intereses; ni supieron transmitir su saber experto; ni fueron capaces

---

<sup>3</sup> S. Issacharoff – S. Verdugo, *Populismo constituyente, democracia y promesas incumplidas: el caso de la Convención Constitucional Chilena (2021-2022)*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.; S. Verdugo – M. Prieto, *¿Cómo pueden fracasar los procesos constituyentes?*, *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.

de contribuir al debate público con su experiencia: ellos resultaron radicalmente repudiados por la vasta mayoría de la sociedad que -de modo absolutamente razonable- reconoció que tales entidades eran incapaces de garantizar cualquiera de esas virtudes prometidas.

Lo dicho resulta, reforzado (antes que moderado), cuando prestamos atención al segundo proceso constituyente chileno (el Proceso Constitucional 2023), surgido con posterioridad al pronto fracaso del primero. Ese segundo proceso se propuso, en efecto, “reparar” los errores y omisiones del primero, procurando (*contra* lo ocurrido en aquella primera ocasión) dar un lugar central a partidos políticos y comisiones de expertos (muy en línea con las búsquedas de Sergio). Sin embargo, debe notarse, el resultado obtenido no fue -como alguno pudo esperar- el éxito de una operación (que ahora sí, supuestamente) ofrecía una respuesta “responsable” o “adulta”, sino un nuevo y estrepitoso fracaso<sup>4</sup>. Así, emprendimiento del 2023 terminó por descuidar o dejar de lado una reflexión más comprometida sobre los requisitos que podían ser necesarios para dotar de legitimidad democrática al proceso que entonces se inauguraba. Una vez más, y según entiendo, los resultados fallidos de estos procesos no refutan ni afectan, sino que por el contrario refuerzan, los supuestos que tomo como dados en mi trabajo (la radical crisis de los partidos políticos, el hastío social, etc.). En cambio, creo que tales resultados (y, en particular, el fracaso de este segundo proceso) pone en cuestión -*contra* Sergio- el peso que debe otorgarse a partidos políticos y expertos, en eventos fuertemente necesitados de legitimidad democrática, como el relacionado con un proceso constituyente.

Un último punto que quiero mencionar se relaciona con el tipo de “alternativas institucionales” que comienzo a examinar en el final mi escrito: las “asambleas ciudadanas”. Siempre he mantenido un “optimismo escéptico” frente a las asambleas, y así lo he señalado cada vez que he reflexionado sobre las mismas -también, obviamente, en *The Law as a Conversation* (cap. 19). Según entiendo, en el marco de la catástrofe institucional en el que nos encontramos, tales asambleas nos ofrecen un material de estudio de enorme interés, que incluyen algunas notas esperanzadoras, según diré. Sin embargo, obviamente, no creo que alguno de los procesos asamblearios existentes, haya sido capaz de reflejar “perfectamente” “los ideales de la conversación entre iguales”. Sí me ha interesado, en cambio, llamar la atención sobre el sentido y valor de tales asambleas, y el lugar de interés que ellas pueden ocupar dentro de un “continuo” (en particular, en relación con el pobre lugar que pueden ocupar hoy

---

<sup>4</sup> D. Landau – R. Dixon, *Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo*, en *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 1 ss.

nuestras instituciones representativas, dentro de dicha escala). En tal sentido, pensar en el valor de las asambleas de ninguna manera significa entender a las mismas como soluciones óptimas; como respuesta para todos nuestros problemas institucionales; y, sobre todo, como solución *única* capaz de desplazar cualquier interés por cualquier otro tipo de alternativas (como si, por ejemplo, en el libro no defendiera ciertas formas de la *judicial review*; o ciertos modos de la separación de poderes -tal como sugiere Sergio en su comentario). Lo que en mi libro destaco, sobre el sentido y valor de las asambleas (por caso, en el capítulo 19 de mi libro), es que el funcionamiento efectivo de las mismas nos ayuda a desmentir cantidad de prejuicios y presupuestos errados, muy comunes en nuestro tiempo, en relación con la racionalidad política de la ciudadanía, o la importancia y posibilidad del debate público sobre cuestiones de derechos (pienso, por caso, en prejuicios relacionados con la incapacidad de la ciudadanía para informarse sobre, o entender, temas complejos; prejuicios conforme a los cuales la ciudadanía no va a motivarse para intervenir en discusiones públicas relevantes; prejuicios acerca de la imposibilidad/impertinencia de abrir la discusión sobre “derechos fundamentales” al debate democrático, etc.). Ése es, para mí, el principal aporte de asambleas, y el que más valoro en mi trabajo. Sergio se equivoca, por tanto, al dedicar tanto tiempo y espacio a criticar el funcionamiento efectivo de las asambleas ciudadanas (toda la sección 6 de su escrito). Dicha crítica resulta irrelevante, en el contexto de mi libro, ya que mi propósito no fue nunca el de mostrar la infalibilidad, o la perfección, o el incondicional atractivo de las mismas. Mucho menos que eso, mi propósito en cuanto a las asambleas fue en extremo modesto: lo que me interesó fue subrayar, simplemente, que la experiencia ya acumulada en torno a las asambleas nos ayuda a pensar, y a revisar críticamente, prejuicios y juicios errados, que las propias ciencias sociales han contribuido a instalar, en torno a las posibilidades reales de una conversación entre iguales<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Son muchas, en todo caso, las cuestiones que quedan pendientes de discusión, y que reservo para futuras conversaciones con Sergio. Menciono, en tal respecto, solo una de ellas. El punto -relativamente menor, pero importante- concierne lo que denomino “extorsión electoral”. La “extorsión electoral” que examino en mi libro refiere a una práctica común, pero no una regla propia, de los sistemas representativos y de votación. Me refiero a una “manufactura” y “manipulación” que los poderes concentrados (típicamente, los poderosos presidencialismos latinoamericanos) pueden poner en marcha, para obtener lo que, por otros medios democráticos, no podrían conseguir. Así, por ejemplo, al ofrecer “paquetes cerrados” al votante, que incluyan algo que muchos votantes desean (i.e., más derechos o protecciones sociales), y algo que ellos tienden a rechazar, pero que el poder de turno ambiciona (i.e., la reelección). Quiero decir, mis críticas al sistema representativo no anclan allí, sino en otras cuestiones y, sobre todo, mi escepticismo frente al mismo tiene menos que ver con la fuerza o exigencias de mi “ideal regulativo”, que con los supuestos en los que afincó mi trabajo, y que tiendo a

2. *Formas procedimentales del control judicial, y concepciones de la democracia*

Rosalind Dixon es una estimada colega, con quien venimos conversando sobre cuestiones institucionales desde hace mucho tiempo. Con ella tenemos algunos desacuerdos específicos relevantes, en torno al papel histórico de los tribunales constitucionales, y sobre todo, en torno al modo en que pensar la democracia. Ello, dentro de un amplio espectro de acuerdos que incluyen, de modo destacado, un común interés por re-adaptar a nuestro tiempo a concepciones procedimentalistas del control de constitucionalidad. Confieso que me congratula leer a Rosalind diciendo, algún tiempo luego de la publicación de mi libro, que el mismo tiene “éxito” en su ambición de avanzar un caso “a favor de una renovada política democrática e igualitaria,” y también, “en el intento de proteger a la democracia contra su retroceso, por medio de la re-vigorización de la misma, en lugar de envolverla en un ‘algodón constitucional’”<sup>6</sup>.

Rosalind llega a esa conclusión porque, según entiendo, ella comparte, genuinamente, parte central de mi diagnóstico, y confía en algunas de las respuestas que ofrezco. Coincidimos ambos, por ejemplo, en la preocupación frente a las situaciones de “erosión democrática” y *backsliding*; y acordamos también en advertir los riesgos que genera el “desacople” (*mismatch*) existente entre las expectativas sociales que existen (de “voz y participación, de parte de la ciudadanía”), y marcos institucionales que “siguen siendo largamente no-participativos, en su naturaleza”.

A la hora de pensar en instrumentos institucionales capaces de dar respuesta a los problemas de nuestro tiempo, ambos consideramos que los derechos constitucionales pueden jugar un papel importante, aunque -buscando escapar de toda ingenuidad institucional- reconocemos también los riesgos y abusos que esperablemente pueden generarse al respecto, particularmente en sociedades desiguales y con poder concentrado. A mí me interesó señalar, al respecto, el riesgo de que el poder de turno, frente a situaciones de crisis, conceda derechos mientras mantiene “cerradas las puertas de la sala de máquinas de la Constitución”<sup>7</sup>. Rosalind, mientras tanto, ilustró, de modo brillante, la extendida práctica presidencial de “otorgar derechos como sobornos” – “rights as bribes”<sup>8</sup>.

---

ver verificados en la práctica (i.e., la radical heterogeneidad de nuestras sociedades y, consecuentemente, las dificultades que existen para representarla institucionalmente).

<sup>6</sup> R. Dixon, *Conversation or Competition Among Equals*, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

<sup>7</sup> R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, 2014.

<sup>8</sup> R. Dixon, *Constitutional Rights as Bribes*, en *Connecticut Law Review*, 2018, p. 381 ss.

De modo más relevante, y tal como ya lo adelantara, Rosalind y yo coincidimos -junto con otros académicos- en valorar un acercamiento “procedimental” al control judicial, como el que recomendara John Ely, en 1980<sup>9</sup>. Ambos consideramos que los tribunales tienen un papel que jugar, en la protección de nuestras democracias que -justamente- puede y debe ser consistente con la prioridad que asignamos a -consistente con la prioridad que debe tener, en nuestras democracias constitucionales- la política democrática. Como ella no profundiza en esta cuestión, en su texto (Rosalind ha dedicado su libro *Responsive Judicial Review*, enteramente, a este tema), no voy a detenerme en el punto, pero al menos quisiera aprovechar la ocasión para señalar algún matiz importante que nos separa, en esta coincidencia. En mi libro, definiendo (como ella) un rol muy activo para los jueces, frente a situaciones de “erosión constitucional,” aclarando que presento tal “propuesta” como vinculada con el ideal regulativo de la “conversación entre iguales”. Inmediatamente, sin embargo, agregó que no confío en que, bajo la estructura de incentivos constitucionales con la que contamos (y, mucho menos, a partir de los desarrollos que esa imperfecta estructura ha ido generando, con el paso del tiempo), los jueces se comprometan con un tipo de soluciones como las que ambos preferimos. Tales alternativas no se encuentran bloqueadas o prohibidas por nuestras estructuras constitucionales, pero son desalentadas por ellas. Es decir, no es dable esperar -bajo las condiciones institucionales existentes- que los jueces adopten actitudes “reconstructivas” o “protectivas” de la democracia, aunque ocasionalmente podamos encontrarnos con decisiones judiciales atractivas, y que aparezcan dirigidas en tal dirección (volveré sobre el punto más adelante).

Rosalind, en cambio, parece desentenderse de lo que llamo la cuestión de la “motivación judicial” (¿por qué deberíamos esperar, bajo las condiciones presentes, que los jueces adopten nuestra concepción favorecida? -aquí, una concepción procedimental pro-democrática). Ello cuando -insisto- los jueces han pasado a ser parte integral del problema democrático que actualmente padecemos (ya sea por el modo en que, en muchos casos, han sido cooptados por el poder político, ya sea porque advierten los amplios beneficios que pueden obtener, desde su posición de privilegio, en el marco de instituciones muy frágiles).

Y algo más -más importante y más serio- sobre lo que, en el contexto de esta discusión, no puedo abundar: difiero con su postura en cuanto al contenido o dimensión del problema central de nuestro tiempo -el problema contra el cual los

---

<sup>9</sup> J. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, 1980. Ver, en particular, R. Dixon, *Responsive Judicial Review*, Oxford, 2023; S. Gardbaum, *Comparative political process theory*, en *International Constitutional Law*, 2020, p. 1429 ss.; S. Gardbaum, *Comparative political process theory II*, en *Global Constitutionalism*, 2024, p. 1 ss.

Roberto Gargarella

*La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”*

jueces deberían concentrar sus energías. Por una parte, ella acierta en hacer referencia al problema del *backsliding*<sup>10</sup> o la “erosión democrática”. Este problema -que yo llamaría, más bien, el *problema constitucional o del sistema de frenos y balances*, en lugar de, el problema de la “erosión democrática”- es, sin dudas, un problema crucial de nuestra época. Me refiero a la situación típica de Ejecutivos que, “desde adentro”, socavan poco a poco la estructura de los *checks and balances*. Sin embargo, a través de esa misma operación (acertada) ella se olvida de, o deja de lado, el que es -en mi opinión- el problema más importante de nuestra era. Me refiero al *problema democrático*, que es diferente (y no debe ser superpuesto con) el citado problema constitucional. El problema democrático va más allá de los mecanismos de “*checks and balances*”, y nos refiere a ciudadanos desencantados frente a la política; frustrados frente a su clase dirigente; y obstaculizados o no alentados, por el sistema institucional, para ganar poder de “decisión y control” (el “test de un sistema republicano,” según Thomas Jefferson). Según entiendo, el problema democrático es el problema institucional de nuestro tiempo (tanto o más que el problema constitucional).

Me detengo ahora, algún instante, en un último punto que destacaría del muy breve, pero a la vez muy rico, texto de Rosalind Dixon. Me refiero al tema de la democracia y el diálogo constitucional. Aunque los acuerdos con Rosalind también llegan (sorprendentemente, o no), a las asambleas ciudadanas, y a ciertas formas “lotocráticas” de la política democrática (y eso es mucho, y es muy importante), creo que vale la pena sacar a la luz, antes que opacar, los desacuerdos que mantenemos en dicha área. A la hora de presentar lo que Rosalind denomina “la única pregunta” o duda que mantiene, frente a mis planteos, ella hace referencia a una disparidad entre nuestros enfoques que alude, a decir verdad, a una cuestión “mayor”. Ella sugiere, en tal respecto, un sistema “híbrido” que no se asiente, exclusiva o fundamentalmente en la participación ciudadana, sino que combine dicha participación con formas (que reconoce como) “elitistas”. A partir de allí, ella habla de su preferencia por sistemas que organicen una “competencia entre iguales”, antes que una “conversación entre iguales.” Aunque el planteo que realiza Rosalind es -característicamente- amigable y amable (lo que la lleva a minimizar la cuestión), su sugerencia encierra, en realidad, y como anticipaba, una diferencia de mucho peso.

La idea de promover, ante todo, una competencia entre partidos políticos, es -obviamente, y debe reconocérselo así- muy diferente de la que parece propia de una “conversación entre iguales”. Ello, sobre todo, por tres razones. Primero, porque los partidos políticos nos ofrecen estructuras anquilosadas, esclerosadas, que -conforme

---

<sup>10</sup> T. Ginsburg – A. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018.



Roberto Gargarella

*La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”*

asumo en mi trabajo- se encuentran en decadencia y difícilmente puedan volver a ser lo que fueron a mediados del siglo XX (ya he hecho referencia a esta cuestión, más arriba). Segundo porque, obviamente, la “conversación” nos refiere a una práctica de naturaleza muy diversa de la “competencia” que no es meramente intercambiable con esta última. La “conversación” se basa en la idea de que la voz de cada ciudadano es relevante e irremplazable, porque -como ya señalara- cada uno puede ofrecer un punto de vista que los demás -esperablemente- van a tener dificultades en reconocer o sopesar en su debida importancia. Consultar a esos diversos puntos de vista, en su singularidad, resulta decisivo, particularmente en sociedades multiculturales y heterogéneas como las nuestras. De tal forma, no es dable esperar que, en un sentido relevante, los partidos políticos “representen” la diversidad social existente: el clivaje “izquierda-derecha”, por ejemplo, dice poco sobre lo que cualquier ciudadano sostiene respecto de una mayoría de cuestiones (la relación público-privado; los límites de la libertad de expresión; las políticas públicas en materia de género; el rol de los sindicatos; etc.). Finalmente, y en tercer lugar, diría que la concepción de la democracia que deja entrever el breve texto de Rosalind, nos refiere a una concepción muy restrictiva de la misma, a pesar de que (como es habitual en algunos de sus últimos trabajos), ella parezca oscilar entre la defensa de ideales y propuestas que parecen estar en tensión entre sí, o apuntar en direcciones contradictorias. En los pocos párrafos que le dedica a la cuestión democrática en su texto, Rosalind habla de “sistemas de voto compulsivo”; de los niveles de presentismo (*turnout*) de los votantes en las elecciones; de la importancia de seducir al “votante medio”; del “igual acceso al sufragio”; de la “competencia” (de los partidos en las elecciones) antes que de la “conversación”; etc. Todos esos indicios reafirman (a pesar de que ella valore experiencias como las de la Convención Constitucional en Australia 1988), que su acercamiento a la democracia, insistentemente, tiene que ver con una concepción esencialmente “minimalista” de la misma<sup>11</sup>. En dicha concepción, la idea de democracia queda reducida fundamental (aunque, insisto, no exclusivamente) a un sistema de elecciones periódicas. Para la concepción que yo defiendo, en cambio, democracia es lo que ocurre, fundamentalmente, *entre elección y elección*.

---

<sup>11</sup>A pesar de los esfuerzos en contrario que plantea, por ejemplo, R. Dixon, *Responsive Judicial Review*, Oxford, 2023.

### 3. No culpabilizar al pueblo... ¿o sí? Racionalidad política y democracia

Compartimos, con Gábor Halmai, la mayoría de las preocupaciones institucionales que se derivan de la crisis propia de las democracias contemporáneas. Esto no es extraño dado que venimos de países y regiones ( Hungría/Europa del Este; Argentina/América Latina) en donde dicha crisis ha adquirido dimensiones particularmente alarmantes. Nos angustian los fenómenos de “erosión democrática”; el “déficit democrático” que reconocemos en nuestros respectivos contextos; el discurso manipulativo que llega desde el poder (hablemos de Viktor Orbán, en Hungría; Jair Bolsonaro en Brasil; Javier Milei en la Argentina...); las falsas invocaciones al “pueblo” que hacen los líderes autoritarios (para luego imponer su propia voluntad, pero en nombre del “pueblo”); las restricciones a los derechos fundamentales; las violaciones de los intereses básicos de las minorías vulnerables, la directa persecución de grupos desaventajados; etc.

La posibilidad de mantener un nivel de acuerdos semejante no es obvia, dentro de la comunidad política, y mucho menos dentro de un ámbito académico como el nuestro, en donde solemos enfrentarnos o distanciarnos del resto, a partir de cuestiones menores -a veces, la mera vanidad. En todo caso, dentro de ese marco de intereses y miradas compartidas, quisiera destacar una cuestión en particular, que tiene la virtud tanto de referirnos a un acuerdo importante (que une a mi línea de trabajo con la de Gábor); como la de sugerir una diferencia también relevante, en relación con su enfoque teórico. La cuestión a la que me refiero es la relacionada con *Who is to Blame?*<sup>12</sup>, esto es decir: la pregunta relacionada con los sujetos a quienes corresponde culpar por la falta de consolidación y el *backsliding* que sufren nuestras democracias. Al respecto, Gábor realiza una serie de afirmaciones que distinguen a su postura de la que sostienen muchos de nuestros colegas. Con razón, él se resiste a “culpar al pueblo” de la declinación democrática. Citando a un trabajo de Jan-Werner Müller, sostiene que los ciudadanos del común son muchas veces engañados por demagogos; pero, sobre todo -y lo que es más importante- destaca que es el “*establishment* conservador” el que finalmente tiende a hacer posible el gobierno de los autoritarios. Junto con Kim Lane Scheppele, además, Gábor Halmai mantiene, acertadamente, que es “la política” la que fracasa en ayudar a la ciudadanía, en la vida pública, ya que deja a los ciudadanos comunes frente a opciones por completo inatractivas. Luego -concluye- cuando una de tales inatractivas opciones resulta electa, lo que corresponde hacer es señalar a los partidos políticos, antes que a los ciudadanos, por tan pobre resultado.<sup>13</sup>

A partir de este particular acuerdo, sin embargo, emerge un desacuerdo también relevante -al menos, en cuanto a su potencia, como fuente de nuevas diferencias. Gábor se refiere entonces la “ignorancia de la mayoría de la opinión pública”; alude a

<sup>12</sup> G. Halmai, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, K.L. Scheppele, *The Party's Over*, en M. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis*, Oxford, 2018, p. 495.

los ciudadanos como *plainly irrational*; habla de personas “siempre listas para ser engañadas por los demagogos”; las describe como “desinteresadas por votar”; y también presenta a tales sujetos como individuos que no se dan cuenta de que las políticas de gobierno afectan sus intereses; etc. Desacuerdo fuertemente con este tipo de afirmaciones, pero -debo agregar- ellas me resultan sorprendente, a la luz de otras consideraciones que introduce Gábor en su breve texto.

Ocurre que, en la parte primera de su escrito -referida a las “transiciones democráticas no-democráticas”- Gábor critica (con razón) al “sistema institucional arraigado”, y da cuenta de una situación grave que, en buena medida desmiente aquello que afirma en relación con la racionalidad política del ciudadano común, en la segunda parte. En la sección primera, en efecto, él nos comenta que fue la Corte Constitucional la que, por ejemplo -y a partir de una interpretación más bien extravagante de la Constitución, que resultaba además “contraria a la voluntad popular” - consideró que “el poder supremo” no residía en el pueblo (tal como lo establecía explícitamente la Constitución), sino en los órganos representativos. Del mismo modo, Gábor nos muestra de qué forma la Corte Constitucional, a veces en acuerdo, y a veces en desacuerdo con la mayoría parlamentaria, decidió -indebidamente- cuestiones fundamentales sobre justicia transicional, en contra del pensamiento y los reclamos -completamente razonables- de la mayoría ciudadana (por ejemplo, en favor de una mayor transparencia en el acceso a los documentos de la política secreta comunista). Quiero decir, los dos casos fundamentales que el mismo Gábor Halmai elige para ilustrar los desarrollos de la vida política de su país, desmienten, en lugar de reafirmar, lo que él sostiene, con mayor énfasis, en la segunda parte de su escrito: la incapacidad, la ignorancia, o el carácter manipulable de la ciudadanía. Sus ejemplos nos muestran otra cosa: ciudadanos razonables frente a instituciones colonizadas por el poder. En definitiva, es el propio Gábor Halmai quien, en la parte primera de su escrito, socava en lugar de respaldar, lo que él mismo sostiene en la segunda parte de su trabajo.

Más allá del hecho citado (la contradicción interna que se advierte en su artículo), lo cierto es que el tipo de críticas que Gábor enuncia, en relación con la (ir)racionalidad ciudadana, se contradicen con algunas afirmaciones que, en mi libro, aparecen como supuestos fundamentales. Permítanme, por tanto, reconocer y destacar brevemente esas diferencias. Desde el primer capítulo mismo de *The Law as a Conversation..*, adopto de manera explícita (lo que denomino) una posición “Milleana” en la materia, para sostener que “cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses.”<sup>14</sup> Una afirmación semejante no implica la necedad de considerar que cada persona es infalible, o plenamente consciente (omnisciente) sobre sus necesidades y posibilidades. Se trata, simplemente, de considerar, como lo hacía Mill -con absoluta sensatez- que “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”<sup>15</sup>. Esto quiere decir, sencillamente,

<sup>14</sup> Del mismo modo, y como señalara Robert Dahl, “en la ausencia de una fuerte demostración en contrario, cada persona debería ser asumido como el mejor juez de sus intereses”, R. Dahl, *Democracy and its critics*, New Haven, 1989, p. 100.

<sup>15</sup> J. Mill, *On Liberty*, London, 2003 [1859].

que aún cuando los demás pueden preocuparse, genuinamente, por la suerte de uno, ellos van a encontrar obvias dificultades para entender y sopesar, de modo apropiado, los intereses de cada uno de nosotros. Es decir, por más esfuerzo que hagan por reconocer nuestros puntos de vista, va a costarles entender de qué modo es que cada uno de nosotros *procesa* los problemas que afronta, o *cuánto peso* le asigna uno a las dificultades que enfrenta, o a las soluciones que otros les proponen para hacerles frente.<sup>16</sup> De este modo, mi posición sobre la cuestión se contrapone, decisivamente, con la que aparece implicada en la postura de Gábor: entendemos de manera muy diferente estas fundamentales cuestiones relacionadas con la racionalidad individual y colectiva. Dicha variación, según entiendo, tiene la potencia de extenderse a otros aspectos relevantes, vinculados con la filosofía política en la que apoyamos nuestros respectivos trabajos. Ello así, aunque los detalles de tales diferencias no queden evidenciados en esta particular porción del diálogo que desarrollamos.

#### 4. *Derechos sociales y “sala de máquinas”*

Con Tania Groppi nos conocemos hace pocos años, pero desde el primer momento hemos coincidido tanto en nuestra aproximación general al derecho, como en términos ideológicos. Según entiendo, ambos miramos al derecho críticamente, y desde una perspectiva (llamémosla así) fuertemente igualitaria<sup>17</sup>. Del escrito que presenta para este coloquio destacaría, en primer lugar, cierto diagnóstico compartido, en torno a los males (institucionales) que afectan a nuestra democracia. En particular, me interesa subrayar el común interés por pensar “la fractura que se da entre las expectativas populares y las respuestas que las instituciones están en grado de dar”<sup>18</sup>. En otros términos (más cercanos a los que fueron propios de la *Comisión Trilateral*, en 1975)<sup>19</sup> ambos estamos preocupados por “la sobrecarga de demandas” que se acumulan en los momentos electorales, y que “casi inevitablemente terminan por generar frustración y confusión”. A la vez (y ahora contra la que fuera la principal respuesta institucional ofrecida desde la “Trilateral,” que fuera la de restringir a la democracia) ambos proponemos el reforzamiento, o la re-vigorización de la democracia. La pregunta, obviamente, es cómo hacerlo.

---

<sup>16</sup> Conviene advertir, por lo demás, el modo en que los dos ejemplos que ofrece Gábor Halmai en su texto reafirman lo que acabo de señalar. Esto es: los ejemplos arriba referidos (que desmienten al propio Gábor) ayudan a respaldar la idea de que los ciudadanos pueden reconocer bien sus intereses - no por clarividencia, no por supra-racionalidad, no por dotes extraordinarias sino, simplemente, porque, como decía Mill, “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”, J. Mill, *On Liberty*, London, 2003 [1859].

<sup>17</sup> T. Groppi, *Oltre le gerarchie. Discutendo il futuro del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021.

<sup>18</sup> T. Groppi, “El derecho como una conversación entre iguales” di Roberto Gargarella e il costituzionalismo sociale del Secondo Dopoguerra: un dialogo possibile?, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2024, en este simposio.

<sup>19</sup> Ver M. Crozier – S- Huntington – J. Watanuki, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York 1975.

En cuanto al “qué hacer,” el escrito de Tania se dedica, en una extensa primera parte, a ofrecer un complemento a lo que digo en mi libro -un complemento que valoro y suscribo. Tania señala, con razón, que mi libro se concentra casi exclusivamente en el constitucionalismo americano (con particular atención en el constitucionalismo de América Latina) y, en tal sentido, descuida o no prioriza el estudio del derecho europeo -derecho éste que puede ofrecer ideas y posibilidades muy atractivas, a la hora de pensar en los problemas democráticos que estudio. Razonablemente, Tania no me “reclama” que incluya en mi libro lo que no he incluido (y no he incluido referencias sistemáticas al derecho europeo, simplemente, porque lo conozco y he estudiado menos, vis a vis al derecho americano, del que me considero experto). Lo que ella señala es que mi análisis y mis ocasionales propuestas podrían enriquecerse con una revisión más detallada de los desarrollos institucionales que se han ido dando en Europa -y, en particular, según su perspectiva, en Italia.

Más específicamente, Tania se ocupa de destacar el valor del “constitucionalismo social europeo”, en general y, en particular, el carácter “profundamente democrático” (antifascista, en sus orígenes) del constitucionalismo italiano -un constitucionalismo que, desde su artículo 1, proclama estar vinculado con una “república democrática, fundada en el trabajo”. A partir de allí, Tania defiende muchos de los mecanismos propios del constitucionalismo italiano y, muy en particular, “mecanismos de garantías”, como la Corte Constitucional que, en su opinión, no merecen ser considerados “instrumentos de la elite contra el pueblo” (una crítica que, en apariencia, podría derivarse de mis propios dichos), sino como una respuesta constitucional al pluralismo.

En principio, simplemente declaro que tomo su propuesta y consejo: creo que, en futuros trabajos, debería extender mi estudio comparativo a Europa, y nutrirme de los desarrollos y avances ejemplares que allí se dieron, en particular desde comienzos del siglo XX. Ahora bien, sobre los compromisos constitucionales y arreglos institucionales particulares que ella defiende en su texto -digamos, derechos sociales y tribunales activistas como la Corte Constitucional italiana- quisiera decir, al menos, dos cosas. En primer lugar, señalaría que tales creaciones no son ajenas a la tradición latinoamericana. Más bien, como Tania sabe, y como destaco en mi libro, el constitucionalismo social tiene su origen (y muchos de sus mejores desarrollos) en América Latina (i.e., con la Constitución de México de 1917). Mencionaría además, y lo que es más importante, que la jurisprudencia avanzada en la región (i.e., la elaborada por la Corte Constitucional de Colombia, que Tania conoce a la perfección) está a la vanguardia del derecho comparado sobre la materia.

Dicho lo anterior, y en segundo lugar, quisiera aclarar cuál es mi posición en la materia (una posición que estará marcada, siempre, por una clara perspectiva latinoamericana). Mi postura no es, de por sí, crítica acerca del valor de los derechos sociales, ni tampoco hostil a la labor de los tribunales constitucionales. Por el contrario, como sostengo en mi libro, considero que los derechos fundamentales deben ser entendidos como la cristalización/constitucionalización de compromisos que -en

tanto comunidad- decidimos asumir históricamente (de manera habitual, luego de procesos extensos, marcados por conflictos, disputas, movilizaciones, etc.). En tal sentido, veo a los derechos sociales como conquistas importantes, que expresan un acuerdo colectivo que implica afirmar algo como lo siguiente: “como sociedad, nos comprometemos a hacer nuestros mayores esfuerzos por garantizar, a futuro, la protección de estos intereses, que consideramos fundamentales y que hemos deshonrado en el pasado”. Este tipo de compromisos colectivos me resultan normalmente muy atractivos, y particularmente pertinentes, en el caso de los derechos sociales.

Dicho lo anterior, y ahora sobre los tribunales constitucionales o superiores, mi postura no es inamistosa, sino, ante todo, escéptica. Y es que i) no creo que las instituciones principales en la que delegamos el *enforcement* de esos derechos -los tribunales- se encuentren bien diseñadas (en términos de los incentivos institucionales que reciben, su modo de composición, etc.) para lograr los fines que buscamos; y ii) considero que, en particular, en las actuales condiciones de *democratic decay*, “erosión democrática,” etc., los tribunales no sólo tienen dificultades para convertirse en la solución del problema (i.e., la falta de aplicación y puesta en marcha de los derechos sociales), sino que han pasado a ser parte integral -central- del problema en juego.

Por supuesto, ello no ocurriría si -como se ilusiona Tania- contáramos con una “sociedad civil activa”, y con un sistema autonómico y federal intenso, rico y articulado. Pero lo cierto es que no contamos con tales condiciones, y no es dable que tales desarrollos virtuosos se consoliden en tiempos de desigualdades económicas crecientes, y poderes de decisión que se concentran. Lo que solemos encontrar a nuestro alrededor es -lamentablemente- la peor versión, la más regresiva, de instituciones que, ya en sus orígenes, aparecían diseñadas de un modo defectuoso. Otra vez, Tania podría intervenir aquí para distinguir los orígenes elitistas del diseño institucional americano, del origen más democrático del constitucionalismo italiano. Sin embargo, y aún aceptando que el caso americano es más preocupante y grave que el europeo, en muchos casos, me arriesgaría a señalar que, con el correr del tiempo, el problema que enfrentamos ha pasado a ser fundamentalmente el mismo. Juega a favor de mi postura el hecho de que hoy veamos -en América como en Europa- repetidas escenas de desencanto político; baja participación popular en las elecciones; una radical crisis de representación; y tribunales compuestos por elites -a veces más progresistas, a veces más conservadoras; etc.

Es en puntos como los señalados donde radica mi habitual observación sobre la “sala de máquinas”. Lo que sostengo es que durante décadas (sino siglos) hemos descuidado los modos en que ha quedado diseñada la sección referida a la organización del poder, en nuestras Constituciones (esencialmente, la “sala de máquinas”). Ello así, en parte, porque prestamos una excesiva, sino exclusiva atención constitucional a la inclusión de nuevos y mejores derechos (sociales, económicos, etc. -derechos, como dije, siempre necesarios), mientras que descuidamos la artesanía de la maquinaria de gobierno -descuidamos la reflexión relativa a qué herramientas institucionales

necesitamos para tornar probable la activación de los derechos que -orgullosamente- incorporamos en nuestras constituciones<sup>20</sup>.

Al respecto, agregaría que, lamentablemente, y por la razón que sea (elitismo, desconfianza, paternalismo, etc.) nuestras instituciones (judiciales) nacieron y/o se desarrollaron de formas que tienden a impermeabilizarlas frente al diálogo colectivo: ellas tienden a quedar separadas de la “conversación entre iguales”. En buena medida, podría decirse, ellas nacieron con la capacidad para actuar con autonomía frente a las quejas y desafíos ciudadanos. Los modos de acceso a la justicia resultan, en general, muy limitados; los jueces se encuentran -abierta, explícitamente- separados del debate público; sus miembros no son directamente responsables, frente a la ciudadanía; los magistrados suelen ser elegidos de manera indirecta, y suelen mantenerse en sus cargos por períodos extensos. Los jueces tienen, por lo demás, plena libertad para interpretar la Constitución a su criterio (a la vez que existen teorías interpretativas para todos los gustos); gozan de amplios privilegios; cobran sueldos extraordinarios; etc. Ese marco institucional de amplio acceso a privilegios y pocos controles, resulta hoy común, en América y en Europa, para describir al Poder Judicial, y ofrece (en mi opinión) el peor esquema de incentivos posible, para esperar una actuación “progresista” o igualitaria, por parte de los jueces. En contextos institucionales frágiles, como los latinoamericanos, lo que puede predominar es la corrupción, la dependencia política de los jueces, los procesos extorsivos por parte de estos (sobre la clase política o empresaria, en busca de aún mayores privilegios), etc. Esto no es incompatible con la existencia de (coyunturales) tribunales “progresistas” e independientes, pero tal resultado -debemos saberlo- no se convertirá en la regla ni en la situación esperable o más común. En contextos institucionales más sólidos, como el europeo, algunas de las patologías esperables en América pueden resultar más excepcionales, pero muchos de los (desafortunados) resultados que mencionara, también aparecen como previsibles (jueces que viven en el privilegio y que procuran, sobre todo, mantener esos privilegios). Otra vez, no se trata de un sesgo “anti-judicial”, sino de una crítica a la estructura de incentivos existentes, en nuestros marcos constitucionales.

Por lo dicho hasta aquí, mi temor y mi preocupación, frente a un escrito interesante, amigable y lúcido como el de Tania, es que el mismo termine descansando exageradamente en la buena disposición o la buena voluntad de nuestros representantes y jueces. No extraña, por tanto, que ella concluya su escrito reclamando la emergencia de funcionarios públicos “capaces de expresar amor por el bien común”. De forma entendible, ella cierra su trabajo con una palabra/pregunta, que dirige hacia nosotros, pero que también orienta hacia sí misma: “¿Utopía?”. Lamentablemente, debo responderle que “sí”: el planteo último de su trabajo es de carácter utópico, a la luz de la imperfecta, inapropiada, inatractiva, estructura de incentivos que todavía distingue a nuestras democracias constitucionales.

---

<sup>20</sup> A. Chilton – M. Versteeg, *How Constitutional Rights Matter*, Oxford, 2020.

Roberto Gargarella

*La “conversación entre iguales”: Un debate “abierto, continuo, inacabado”*

5. *Palabras finales*

Concluyo este breve escrito, a través del cual he procurado reaccionar, “dialógicamente”, frente a las interesantes observaciones que me plantearan distinguidos y queridos colegas, como Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, y Sergio Verdugo. Asumiendo que la tarea que nos reúne, refiere a un “diálogo abierto, continuo, inacabado”, en mi trabajo he ofrecido sólo algunas primeras ideas, destinadas a avanzar nuestra conversación sobre el problema que nos ocupa a todos -el problema democrático, que va de la mano de un sistema constitucional en crisis. Mis respuestas pueden considerarse, esencialmente, como incompletas: son muchos los temas adicionales que hubiera querido abordar, y que, por razones de tiempo y espacio, no he tratado. Pido disculpas por los temas que nos han quedado -que he dejado- en el camino. Confío, de todos modos, en que la conversación continuará, y guardo la secreta esperanza que el diálogo que hemos llevado a cabo en *Rivista di Diritti Comparati*, permitirá alguna mejora, en cada uno de nosotros, en relación con nuestras posiciones previas. Termino subrayando mi especial agradecimiento a Giuseppe Martinico, por la amabilidad y generosidad de su propuesta.

\*\*\*

**ABSTRACT:** In this article I offered some responses and comments to the kind reflections that some esteemed colleagues - Rosalind Dixon, Tania Groppi, Gábor Halmai, Sergio Verdugo - have presented on my book *The Law as a Conversation Among Equals*. I did so in a ‘conversational’ mood, trying to continue a dialogue that - with all of them - I was lucky enough to start years ago, and I hope to continue for a long time to come.

**KEYWORDS:** *The Law as a Conversation Among Equals*, constitucionalismo, democracia, desigualdad, derechos sociales

\*\*\*

**Roberto Gargarella** – Profesor de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella y de la Universidad de Buenos Aires y lidera el proyecto de investigación, financiado por la ERC, “Institutional Changes for Democratic Dialogue” (ICDD) en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona ([roberto.gargarella@upf.edu](mailto:roberto.gargarella@upf.edu)).



## Emergenze e transizioni, equilibri e squilibri istituzionali, riflessi sulle vicende della normazione e dei diritti fondamentali\*

*Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Notazioni di ordine generale ed introduttivo. – 2. Emergenze dotate di corto respiro temporale, emergenze che tendono a stabilizzarsi ed a commutarsi in transizioni e transizioni che non hanno origine da emergenze (esemplificazioni con riguardo al processo d'integrazione sovranazionale ed alla vicenda dei rapporti tra Stato ed autonomie territoriali, in ispecie regionali). – 3. La marcata tendenza al "riaccentramento" del potere e i travasi di quest'ultimo, viepiù consistenti nel tempo delle emergenze, di cui si è avuto (e seguita ad aversi) diffuso riscontro al piano dei rapporti sia degli organi della direzione politica *inter se* che di questi ultimi e gli organi di garanzia. – 4. I travasi di potere dalle sedi istituzionali ai tecnici ed agli scienziati, ancora una volta particolarmente vistosi in occasione delle emergenze ma ormai significativi anche nel tempo ordinario, a motivo della crescente connotazione tecnologica della vita di relazione, e lo scenario che dunque si prefigura dell'avvento, particolarmente evidente in non poche circostanze, di uno "Stato scientifico". – 5. Una finale, cruciale questione: qual è l'effettiva forza normativa della Costituzione davanti alle emergenze ed alle transizioni?

### *1. Notazioni di ordine generale ed introduttivo*

Tra i termini evocati dal titolo dato alla riflessione che ora si svolge s'intrattiene un rapporto complesso di mutua implicazione; e, invero, essi si fanno reciproco rimando e si presentano in combinazioni continuamente cangianti in ragione del mutare dei contesti e delle più salienti vicende istituzionali che in essi si affermano.

Qui si fermerà specificamente l'attenzione unicamente su tre punti, rimandando quindi per i necessari approfondimenti e l'esame di profili al momento non esplorati ad un'ulteriore prosecuzione dello studio. Il primo ha riguardo al modo di essere e di evolversi, rispettivamente, delle emergenze e delle transizioni; il secondo alle implicazioni che possono aversene al piano istituzionale, in ispecie agli squilibri che in esso si registrano in conseguenza del modo stesso; il terzo ai riflessi di questo stato di cose nei riguardi delle pratiche di normazione come pure dei diritti fondamentali.

È opportuno subito precisare che talune esperienze delle quali, specie di recente, si è avuto (e seguita ad aversi) riscontro si devono a cause plurime, alcune delle quali assai risalenti; e, però, nel tempo a noi più vicino si sono presentate (e si presentano) in forme particolarmente vistose, problematicamente conciliabili con il modello costituzionale e con esso anzi talora apertamente confliggenti, proprio per effetto delle

---

\* Testo rielaborato e corredato di minimi riferimenti bibliografici di un Intervento al *panel* su *Transizioni ed emergenze, squilibri istituzionali, riflessi al piano delle dinamiche della normazione*, nell'ambito della V Conferenza annuale di ICON-S Italian Chapter su *Lo stato delle transizioni*, Trento 18-19 ottobre 2024. Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

emergenze in parola. E si tratta allora di chiedersi se si diano le condizioni per un (sia pur parziale) ritorno alla normalità e quali dunque siano i rimedi allo scopo praticabili. Le indicazioni che, infatti, vengono dalle esperienze in parola (che nondimeno – giova subito avvertire – si presentano complessivamente confuse ed oscillanti) parrebbero essere nel senso dell'affermazione di un *trend* marcatamente volto alla stabilizzazione e persino alla crescita delle torsioni istituzionali di cui qui si discorre, perlomeno delle più rilevanti di esse.

Il punto è di particolare rilievo proprio in uno studio, quale quello che ora si avvia, specificamente dedicato alle più salienti differenze tra emergenze e transizioni, specie per i segni da esse lasciati sulle relazioni istituzionali e sui loro più rilevanti sviluppi. A prima vista, infatti, si è in presenza di vicende assai diverse le une dalle altre sotto più aspetti. Come subito si vedrà, tuttavia, i tratti tipicamente espressivi di ciascuna di esse tendono a sfumare ed a confondersi reciprocamente.

E, invero, le emergenze si connotano per la loro precarietà temporale, diversamente dalle transizioni che, pur nella varietà di significati e valenze che le connotano<sup>1</sup>, evocano l'idea di una trasformazione strutturale e che perciò, una volta pervenute a compiuta maturazione, comportano non di rado un taglio netto rispetto al passato e l'avvento di un contesto profondamente diverso da quello precedentemente invalso. Le emergenze sono, insomma, delle parentesi temporali, caratterizzate perciò da torsioni istituzionali momentanee e *quodammodo* necessarie, in vista del superamento – il più rapido ed indolore possibile – dello stato di crisi registratosi per cause le più varie nel fisiologico svolgimento delle dinamiche istituzionali ed ordinamentali, con riguardo cioè – per dirla ricorrendo ad etichette d'uso corrente – alle vicende della forma di governo e della forma di Stato<sup>2</sup>. Richiamano, dunque, alla mente la dittatura romana, imposta dal canone fondamentale,

---

<sup>1</sup> Riferimenti in A. SPADARO, *La "transizione" costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, a cura dello stesso S., Giappichelli, Torino 2000, 17 ss.; più di recente, v. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2014, 1° agosto 2014, 1 ss., con ricco corredo di richiami bibl., e, ora, F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024. Spunti ricostruttivi di particolare interesse sono infine venuti dai contributi al Seminario italo-spagnolo su *La Costituzione al tempo delle transizioni*, svoltosi presso l'Università Parthenope di Napoli dal 2 al 4 ottobre 2024.

<sup>2</sup> È interessante notare come l'attenzione tenda ad appuntarsi specificamente sulla prima forma, trascurando o, come che sia, lasciando in ombra la seconda, secondo quanto è peraltro testimoniato dal rilievo datovi dall'Associazione dei costituzionalisti che – come si sa – vi ha dedicato il convegno di Brescia del 27 e 28 ottobre 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*: quasi che solo le vicende relative alla forma di governo, non pure quelle concernenti la forma di Stato, meritino di essere costantemente riguardate nelle loro maggiori movenze e nei più rilevanti effetti. Solo assai di recente – come si sa –, specie in relazione al disegno di riforma Meloni volto ad introdurre il c.d. premierato elettivo, una nutrita schiera di studiosi si è interrogata (e s'interroga), pensosa ed inquieta, in merito all'incidenza che dalla sua approvazione potrebbe aversi al piano dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante. Consiglierei, dunque, di non trascurare proprio questo secondo versante, tornando a coltivarlo come si deve anche per gli aspetti evocati dal tema qui trattato.

non scritto, *salus rei publicae suprema lex esto*; e, al pari di Cincinnato, chi opera durante siffatto spazio temporale, specie laddove chiamato a responsabilità di governo di primo piano, non ha in animo di far luogo ad un rivolgimento dell'ordine istituzionale a proprio personale beneficio, rendendosi piuttosto disponibile all'esercizio del *munus* demandatogli per autentico spirito di servizio, in vista del ripristino, quanto più celere possibile, della normalità istituzionale.

Il nostro ordinamento ha conosciuto – come si sa – più volte esperienze che hanno obbligato i governanti di turno all'adozione di misure straordinarie o – come la Consulta le ha pudicamente ed eufemisticamente definite nella sent. n. 15 del 1982, in occasione di una stagione particolarmente sofferta per la Repubblica – “insolite”, non compatibili – a dirla tutta – con il dettato costituzionale, persino con i principi fondamentali iscritti nella Carta, e tuttavia giudicate non invalide proprio a motivo dell'emergenza al tempo esistente. Il giudice delle leggi si è, ad ogni buon conto, premurato di precisare che le stesse avrebbero perso validità una volta cessato lo stato di fatto che ne aveva giustificato (ed anzi imposto) l'adozione: a conferma, appunto, della sostanziale inconciliabilità delle misure in parola con le indicazioni risultanti dalla nostra legge fondamentale e, tuttavia, del bisogno di tenerle comunque ferme in relazione alla particolare congiuntura che ha obbligato a vararle.

Emblematico, al riguardo, un pensiero espressamente enunciato nella pronunzia sopra richiamata, avente ad oggetto – come si sa – la disciplina straordinaria varata al tempo del terrorismo rosso, un pensiero nel quale si ha palese riprova dell'attitudine del “fatto” a porsi – richiedendolo le circostanze – a parametro nei giudizi di costituzionalità. Gli enunciati della Carta somigliano, infatti, a dei “contenitori” che attingono a piene mani ad indicazioni venute, oltre che da fonti sottostanti<sup>3</sup>, direttamente dall'esperienza quanto è necessario per la loro incessante rigenerazione semantica. E si ha parimenti conferma della necessità di ricorrere – come si dirà meglio più avanti – al metro della ragionevolezza, in una delle sue più salienti espressioni, quale congruità cioè della norma al “fatto”, al fine della risoluzione di questioni particolarmente complesse, proprio a motivo del peculiare momento in cui si pongono e del modo con cui si presentano, evocandosi in campo plurimi interessi o beni della vita di cruciale rilievo e reciprocamente confliggenti, che pertanto richiedono la messa in atto di operazioni di bilanciamento parimenti complesse e non di rado sofferte.

Il richiamo a questa vicenda, particolarmente travagliata per il nostro Paese, i cui segni risultano ancora al presente nitidamente visibili, come pure talune ferite non

---

<sup>3</sup> Di cruciale rilievo, ancora oggi, la felice intuizione metodico-teorica già quasi un secolo addietro racchiusa nella *durchgehende Korrelation* elaborata da A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig - Wien 1929, la cui valenza specificamente si apprezza nel circolo ermeneutico in cui si dispongono i materiali normativi di cui si compone l'ordinamento. Non di rado, dunque, la *gerarchia positiva delle fonti* è soppiantata da una *gerarchia culturale delle norme*, a motivo del ruolo trainante svolto in sede di messa a punto semantica da taluni enunciati nei riguardi di altri, quali che siano gli atti che li racchiudono ed esprimono. Lo strumento che rende possibile e visibile tutto ciò – come si sa – è l'interpretazione.

rimarginate e verosimilmente non rimarginabili, appare altamente istruttivo ai fini dello studio che si va ora facendo, testimoniando che, accanto ad emergenze per fortuna ormai superate, se ne danno altre che invece perdurano, sia pure con toni non drammatici quali sono stati quelli degli inizi; allo stesso tempo, poi, si ha conferma del fatto che alcuni effetti da esse prodotti si sono radicati nell'ordinamento e nell'esperienza sociale, specie in alcune sue espressioni<sup>4</sup>.

*2. Emergenze dotate di corto respiro temporale, emergenze che tendono a stabilizzarsi ed a commutarsi in transizioni e transizioni che non hanno origine da emergenze (esemplificazioni con riguardo al processo d'integrazione sovranazionale ed alla vicenda dei rapporti tra Stato ed autonomie territoriali, in ispecie regionali)*

Ora, è interessante notare che, nel mentre talune emergenze, quale quella terroristica cui si è appena fatto cenno, si dimostrano davvero essere delle mere parentesi temporali nel fisiologico svolgimento delle dinamiche ordinamentali ed istituzionali, altre di contro tendono a stabilizzarsi e, però pure, a mutare pelle, finendo quindi con l'esibire tratti strutturali diversi da quelli inizialmente posseduti. È chiaro che, nel momento in cui ciò che è, in sé e per sé, transeunte si radica nell'ordinamento e nell'esperienza, appare del tutto improprio seguirlo a qualificarlo ricorrendo alla categoria dell'emergenza, nella sua ristretta e rigorosa accezione. È pur vero, poi, che l'emergenza stessa può presentarsi in modi e con toni ora più ed ora meno accentuati e vistosi; protraendosi nel tempo può, nondimeno, portare ad una transizione da una condizione ordinamentale complessiva ad un'altra; ed è solo riguardando a siffatte vicende *ex post*, nei tempi lunghi (e, dunque, in prospettiva storica), che può aversi riprova di come stanno effettivamente le cose.

A riguardo del rapporto tra emergenze e transizioni e dei modi di essere di queste ultime occorre, per vero, distinguere. Si danno, infatti, transizioni che non traggono origine da emergenze e che, però, possono trovarsi a dover fare i conti con esse<sup>5</sup>. Tra le une e le altre non sussiste, insomma, un rapporto di causalità necessaria; quando, però, le emergenze si risolvono in transizioni, ne orientano il verso e ne segnano i più salienti sviluppi. È interessante notare come sovente si seguiti a chiamarle ricorrendo all'antica ed usuale etichetta, specie in considerazione del loro vistoso ed inquietante modo di essere e di affermarsi, un'etichetta che tuttavia risulta ormai essere impropria

---

<sup>4</sup> Mi riferisco, in particolare, all'uso di strumenti apprestati dalla tecnologia per lo svolgimento di attività a distanza, quale si è avuto al tempo della pandemia da covid -19, di cui si dirà meglio a momenti: un metodo di lavoro, questo, rimasto – come si sa – pur dopo cessata la fase acuta dell'emergenza e che, ovviamente, con il temuto ritorno di quest'ultima, potrebbe tornare a rendersi utile o, addirittura, indispensabile.

<sup>5</sup> Ho avuto modo di anticipare alcuni concetti qui espressi nel mio *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, Editoriale, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 24/2024, 9 ottobre 2024, IV ss.

a motivo del carattere endemico delle esperienze cui si fa ora riferimento, del fatto cioè che esse si sono tradotte in vere e proprie transizioni ormai compiute o, come che sia, in corso di avanzato svolgimento.

Si consideri, ad es., l'emergenza climatica<sup>6</sup>. A giudizio di accreditati tecnici e scienziati, si sarebbe ormai superato ovvero si starebbe per superare il punto di non ritorno e si può solo tentare di contenere gli effetti di un processo comunque non pienamente reversibile. Le emergenze, poi, si riproducono a cascata, l'una traendo origine ed alimento dalle altre o, quanto meno, da alcune di esse. Così, il fenomeno delle migrazioni di massa<sup>7</sup>, che pure ha plurime cause che lo determinano, in parte si deve proprio alle disastrose condizioni ambientali che si hanno in taluni luoghi; e, ancora una volta, è da temere che la cosa non sia passeggera o, quanto meno, che abbia tempi lunghissimi davanti a sé prima di ricevere un nuovo assetto, se non pure di potersi in qualche modo risolvere.

Alcune transizioni hanno, comunque, tempi assai dilatati di maturazione, a volte astrattamente non predeterminati né predeterminabili, ed è perciò che conoscono tanto fasi di un sia pur relativo stato di quiete ordinamentale quanto fasi particolarmente travagliate, di emergenza appunto.

Taluni esempi tratti da vicende a tutti note sono particolarmente istruttivi a riguardo di questo stato di cose ed utili perciò al fine di dare concretezza al discorso che si va ora facendo.

Si pensi, dunque, alle profonde trasformazioni intervenute ed alle altre in via di svolgimento in seno alla Comunità internazionale<sup>8</sup>, per un verso sollecitate da

---

<sup>6</sup> Sulla transizione ecologica, v., tra gli altri, A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2/2022, 28 luglio 2022, 395 ss., e F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino 2023; altri riferimenti in AA.VV., *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, a cura di M. Immordino, N. Gullo e C. Celone, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. 517 ss., e, ora, in M. CECCHETTI, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla "straordinarietà" delle situazioni di fatto alla "ordinarietà" di un diritto radicalmente nuovo*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 17/2024, 24 luglio 2024, 64 ss.; dello stesso, v., inoltre, *La tutela ecologica nell'ordinamento italiano: tra politiche pubbliche e situazioni giuridiche soggettive, ovvero tra legislazione, amministrazione e giurisdizione*, relaz. alle XV Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *Ambiente e sostenibilità*, Savallettri di Fasano (BR) 27-28 settembre 2024, in *paper*; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *La tutela dell'ambiente, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, ora in *Dirittifondamentali.it*, 3/2024, 30 settembre 2024, 50 ss. Infine, v. F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, cit., laddove si rileva come il diritto dell'ambiente si ponga quale un caso emblematico di "emersione del diritto delle relazioni intergenerazionali intrinse di solidarietà" (49 ss.).

<sup>7</sup> ... a riguardo del quale, di recente e per tutti, i contributi che sono in *Biola Journal* ([www.teseo.unitn.it](http://www.teseo.unitn.it)), 4/2023, 20 dicembre 2023, ed *ivi*, part., V. MARZOCCO, *Le migrazioni ambientali. Considerazioni critiche su una definizione giuridica ambigua*, 137 ss. V., inoltre, ora, utilmente il contributo di P. COSTANZO, *Aspetti e problemi giuridici delle migrazioni climatiche*, alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La Costituzione al tempo delle transizioni*, sopra cit.

<sup>8</sup> ... fatte oggetto di studio accurato, in seno al nostro *panel*, da L. PANELLA, nel suo contributo dal titolo *I nuovi attori della Comunità internazionale e i mutamenti nei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale*.

trasformazioni interne agli Stati (in specie da alcuni di particolare peso) e, per un altro verso, foriere di ulteriori trasformazioni negli Stati stessi, con un moto circolare di mutua alimentazione che, peraltro, va talora soggetto a brusche accelerazioni. E si pensi ancora al processo d'integrazione sovranazionale, avviato con la nascita delle Comunità europee e che ad oggi, pur dopo la venuta alla luce dell'Unione, appare imperfetto né si sa se e quando perverrà a compiuta maturazione. Il carattere *in progress* dell'ordinamento (ieri comunitario ed oggi) eurounitario si riflette, poi, da un canto, nella peculiare struttura istituzionale di cui l'ordinamento stesso appare dotato<sup>9</sup> e nelle originali movenze che connotano le relazioni tra i suoi elementi costitutivi e, da un altro canto, nei modi parimenti peculiari in cui si atteggiavano le relazioni sia degli Stati membri *inter se* che degli stessi con l'Unione<sup>10</sup>. Peculiari risultano poi essere i modi con cui quest'ultima ha fatto fronte alle emergenze che ha dovuto man mano per la sua parte affrontare, quale da ultimo quella da covid-19. Il vero è, però, che, anche al di là delle situazioni di emergenza verificatesi, il quotidiano svolgimento dell'attività di governo in sede di Unione risente del carattere incompiuto del processo d'integrazione: non a caso, per fare ora solo un fugace cenno ad una annosa e spinosa questione, il metodo delle decisioni all'unanimità seguita a lasciare un segno profondo nelle più salienti dinamiche politico-istituzionali che prendono forma in ambito sovranazionale. L'origine internazionalistica dell'istituto eurounitario, col metodo pattizio che vi sta alla base, informa insomma ancora oggi il quotidiano andamento delle dinamiche stesse.

Un altro esempio particolarmente istruttivo di quanto si viene ora dicendo è quello concernente il passaggio registratosi, tra non poche oscillazioni, resistenze, contraddizioni, nell'assetto complessivo dell'ordinamento nel corso della vicenda storica che ha portato lo Stato italiano a conformarsi in struttura e funzioni non più come accentrato, qual era all'indomani della unificazione, bensì come decentrato e fondato sul riconoscimento e la promozione – secondo Costituzione, la massima possibile, alle condizioni oggettive di contesto, nella unità-indivisibilità della Repubblica – delle autonomie locali.

Ovviamente, non è qui possibile tornare ad illustrare neppure per sommi capi questa vicenda che, peraltro, presenta ad oggi alcuni lati oscuri sui quali stranamente, pure a distanza del tempo lungo ormai trascorso, tarda a farsi finalmente e in tutto chiarezza. La transizione da un modello di Stato accentrato ad uno decentrato è, nondimeno, sicura; sta di fatto, però, che, se si osserva più da vicino questa vicenda focalizzando l'attenzione ora su questo ed ora su quello dei plurimi profili di cui consta, ci si avvede che essa ha avuto (ed ha) nel complesso un andamento a fisarmonica, con varie movenze a seconda dei campi materiali, degli interessi che agli stessi fanno capo

---

<sup>9</sup> Una sua sommaria illustrazione dall'angolo visuale e per le peculiari esigenze ricostruttive del diritto costituzionale può, volendo, vedersi P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2022.

<sup>10</sup> Si è intrattenuto con opportuni rilievi su tutto ciò nel corso dei nostri lavori, dalla prospettiva del costituzionalismo digitale, O. POLLICINO, nel suo intervento dal titolo *Evoluzioni e torsioni istituzionali nell'ordinamento dell'Unione europea. Il "fattore" digitale quale osservatorio privilegiato di indagine*.

e del bisogno di assicurarne una composizione *quodammodo* appagante. La tendenza al riaccentramento, di cui peraltro si ha riscontro anche al piano dei rapporti interordinamentali<sup>11</sup>, pur dopo significative devoluzioni di funzioni sulla carta fatte alle Regioni ed agli altri enti territoriali, è stata (ed è), nondimeno, assai marcata, giovandosi peraltro del puntello apprestatole da una fin troppo benevola ed accondiscendente giurisprudenza costituzionale e, in genere, della “copertura” offertale dagli organi di garanzia, in ispecie – come subito si dirà – dai giudici (ma non si trascuri, al riguardo, neppure il ruolo giocato dal Presidente della Repubblica)<sup>12</sup>. Ed è chiaro che talune emergenze col tempo manifestatesi, quale quella sanitaria cui si è già fatto cenno, hanno concorso fattivamente a quest’esito.

La vicenda del riparto interno delle funzioni tra centro e periferia si è, poi, intrecciata con quella dei rapporti interordinamentali, segnatamente appunto con le Comunità europee prima e quindi con l’Unione; e così anche l’avanzata del processo d’integrazione sovranazionale, essa pure comunque avutasi in modo altalenante e tra non rimosse remore e contraddizioni, ha in sensibile misura inciso sull’assetto, parimenti oscillante, riguardante i rapporti intraordinamentali.

Un punto, nondimeno, può considerarsi in modo fermo fissato; ed è che, al di là di come sono andati svolgendosi i rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali (in ispecie, le Regioni), la transizione da un ordinamento accentrato ad uno decentrato può considerarsi – come si diceva – ormai compiuta. Ciò non toglie che si siano avute e seguitino ad aversi non poche né lievi torsioni del modello costituzionale, in ispecie – come si diceva – nel segno del riaccentramento di funzioni dapprima trasferite alle autonomie; una tendenza, questa, di cui peraltro si è avuto riscontro anche al piano dei rapporti tra Regioni ed enti locali, al di là di ogni diversa indicazione risultante dal quadro costituzionale che, specie dopo la novella del 2001, prefigura una tendenziale allocazione delle funzioni in capo ai Comuni.

---

<sup>11</sup> Non poco ha allo scopo concorso il ricorso a tecniche decisorie che, pur riguardando specificamente gli operatori di diritto interno (e, segnatamente, i giudici comuni nel loro rapporto con la Corte costituzionale), hanno altresì spiegato effetti sul versante delle relazioni interordinamentali. Così, ad es., la svolta segnata dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017, in ordine alle tecniche utilizzabili per la risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self-executing*, ha avuto effetti di rilievo lungo l’asse che collega i giudici comuni e la Corte costituzionale, portando ad un rilevante “riaccentramento” di funzioni in capo a quest’ultima; e, però, allo stesso tempo, non è stata senza conseguenze sul fronte dei rapporti con l’Unione, a motivo della contrazione vistosa patita dal principio dell’applicazione diretta delle norme sovranazionali in parola e della espansione conseguentemente avuta dal sindacato accentrato di “costituzionalità-eurounarietà”, se così lo si vuol chiamare.

<sup>12</sup> Mi sono in altri luoghi chiesto quale sia la ragione che ha indotto ad un utilizzo assai parco e francamente avaro del potere di rinvio delle leggi da parte del Capo dello Stato, persino laddove le stesse apparissero (ed appaiano) fortemente compressive delle istanze di autonomia. Un supplemento d’indagine sul punto mi parrebbe, per vero, assai opportuno.

3. *La marcata tendenza al “riaccentramento” del potere e i travasi di quest’ultimo, viepiù consistenti nel tempo delle emergenze, di cui si è avuto (e seguita ad aversi) diffuso riscontro al piano dei rapporti sia degli organi della direzione politica inter se che di questi ultimi e gli organi di garanzia*

Ora, va qui ribadito a chiare lettere che, malgrado le emergenze, il riaccentramento delle funzioni non avrebbe comunque dovuto aversi, quanto meno nelle forme esasperate e vistose di cui si è avuto (e, per taluni versi, seguita ad aversi) riscontro. Quest’esito, insomma, non avrebbe dovuto porsi quale il frutto perverso di una necessità ineluttabile. Sta di fatto, però, che le cose sono andate così; e non è un caso che se ne abbia testimonianza sul duplice versante dei rapporti tra lo Stato e i soggetti dell’autonomia per un verso, di ciascuno di tali enti al proprio interno per un altro verso.

Un banco di prova altamente attendibile è quello che si ha al piano delle esperienze di normazione, laddove l’obiettivo del riaccentramento, al fine di poter essere raggiunto, ha comportato una complessiva torsione del modello costituzionale<sup>13</sup>, addirittura un ribaltamento su se stessa della piramide delle fonti; ed è chiaro che, per ciò stesso, è venuta a trovarsi in stato di palese sofferenza la Costituzione, specie a motivo del fatto che talune discipline positive adottate in situazioni di emergenza hanno determinato vistose compressioni dei diritti di libertà, in disprezzo delle garanzie a questi ultimi riconosciute dalla Carta.

Si pensi, ad es., al ruolo di centrale rilievo giocato dai discussi (e discutibili) decreti del Presidente del Consiglio in occasione della pandemia da covid-19<sup>14</sup> (che peraltro – faccio notare di passaggio – s’inscrive in una generale tendenza alla “presidenzializzazione” del vertice dell’esecutivo, di cui si ha riscontro da noi come

---

<sup>13</sup> Possono ora vedersene illustrate le più salienti espressioni in A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell’Unione europea*, Bologna University Press, Bologna 2024.

<sup>14</sup> Copiosa la messa di scritti che ne hanno fatto variamente oggetto di esame: tra gli altri (e limitando ora i richiami unicamente ai contributi di maggior respiro), v. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, dello stesso, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al test di normatività*, in *Oss. fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2022, 37 ss.; M.A. GLIATTA, *L’uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Oss. fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 3/2021, 1191 ss.; M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d’emergenza?*, in *Costituzionalismo* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 1/2022, 4 aprile 2022, 52 ss.; A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss.; infine, M. SALERNO, *I DPCM di natura normativa tra pluralità di procedimenti e di fonti*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 1/2024, 22 aprile 2024, 161 ss. Vi ha fatto esplicito cenno S. AGOSTA, nel suo contributo ai nostri lavori, dal titolo *Dinamiche interne al Governo, a partire dall’emergenza pandemica*, rimarcando con pertinenti argomenti la centralità del ruolo giocato dal Presidente del Consiglio in occasione della diffusione del covid-19, espressiva peraltro di una generale tendenza alla sottolineatura del ruolo stesso nello svolgimento delle dinamiche che connotano la forma di governo.



altrove<sup>15</sup> e che peraltro potrebbe manifestarsi in forme esasperate per effetto dell'avvento del c.d. premierato elettivo<sup>16</sup>). Si può, per vero, comprendere, seppur non in tutto giustificare, che nella drammatica congiuntura avutasi al tempo della iniziale diffusione del virus non avrebbe, forse, potuto farsi diversamente. Non si trascuri, tuttavia, al riguardo, il rilievo mosso da quanti hanno fatto notare come non facciano ad ogni buon conto difetto gli strumenti idonei a far fronte a situazioni straordinarie di necessità e di urgenza, a partire appunto dai decreti-legge allo scopo espressamente previsti dalla Carta, che peraltro – si è tenuto altresì a rammentare – offrono garanzie di cui invece non si dispone in relazione ad altri strumenti, quali i decreti presidenziali suddetti, a partire dal coinvolgimento delle Camere al fine della stabilizzazione degli effetti prodotti da tali misure e senza escludere il sempre possibile ricorso al sindacato della Consulta. Un rilievo, quello mosso da chi ha inteso fare riferimento ai decreti-legge, che però non tiene conto del fatto che, in talune congiunture quale appunto quella registratasi in occasione della recente pandemia sanitaria, la situazione di fatto, pur nel perdurare dell'emergenza, muta in sensibile misura di continuo; e la stessa coppia di atti costituita dal decreto-legge e dalla legge di conversione può dimostrarsi inadeguata a farvi fronte, assistendosi alla convulsa sovrapposizione in un arco temporale assai ristretto di più discipline varate dal Governo, tale da rendere assai problematico lo svolgimento del controllo sulle stesse nella sede parlamentare<sup>17</sup>.

Di qui la conferma della bontà della tesi, nella quale da tempo mi riconosco, favorevole alla introduzione nella Carta, allo scopo opportunamente novellata, di un pugno di norme essenziali relative alla gestione delle emergenze, che nondimeno diano prova di saper conciliare la necessaria celerità nell'adozione delle misure idonee a farvi fronte con la trasparenza delle procedure che stanno a base della loro venuta alla luce, preservandosi in specie il controllo da parte delle sedi della rappresentanza politica,

---

<sup>15</sup> V., ad es., l'esperienza fin qui maturata in ordine alla gestione del PNRR in Italia e Spagna, a riguardo della quale un chiaro quadro di sintesi può vedersi in M.E. MARIANO, *L'impatto della governance del PNRR sull'assetto costituzionale: un confronto con l'esperienza spagnola*, contributo al Seminario italo-spagnolo su *La Costituzione al tempo delle transizioni*, cit.

<sup>16</sup> La c.d. collegialità nella definizione delle linee portanti della politica governativa versa da tempo in una condizione di palese sofferenza: specchio fedele della crisi lacerante in cui si trovano i partiti e testimonianza fedele della spiccata vocazione alla personalizzazione della lotta politica di cui si hanno plurimi e preoccupanti segni. Non a caso, d'altronde, si discorre da tempo (e, però, senza costrutto) del modo più adeguato per ridare nuova linfa vitale ai partiti e – fin dove possibile – di “democratizzarli” [indicazioni, ora, in G. MATUCCI, *Promuovere la democrazia nei partiti? Riflessioni a margine di alcune proposte di legge*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 23/2024, 25 settembre 2024, 176 ss., ed *ivi* ampio apparato di riferimenti di lett.].

<sup>17</sup> In tema, v., ora, P. CARNEVALE, *La legge di conversione “ospitale”. Qualche considerazione sul c.d. fenomeno della confluenza di più decreti-legge nella medesima legge di conversione*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2024, 3 settembre 2024, 1 ss. Sugli usi fatti della decretazione d'urgenza nell'esperienza più recente, con specifica attenzione alla gestione del PNRR, riferimenti possono ora aversi da A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il decreto-legge ai tempi del PNRR: verso una ordinaria straordinarietà*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 24/2024, 9 ottobre 2024, 156 ss.

condizione indefettibile per la tenuta della forma di governo e la salvaguardia della democraticità dell'ordinamento<sup>18</sup>.

Di questa tesi, tuttavia, non si vede segno alcuno nella progettazione delle riforme istituzionali in corso; in generale, l'esperienza fin qui maturata parrebbe non aver consegnato alcun insegnamento, specie per l'aspetto della predisposizione per tempo delle strutture idonee ad offrire accoglienza alle persone colpite dall'emergenza, senza che ci si debba poi trovare davanti all'angosciante situazione di selezionare quelle cui prestare le prime cure in base a criteri che, per razionali che possano a prima vista considerarsi, risultano comunque forieri di esiti laceranti e francamente insopportabili.

Un dato, anzi, si rende particolarmente manifesto e richiede di essere fatto oggetto di una speciale attenzione; ed è quello per cui le maggiori torsioni istituzionali, di cui si è avuto (e si ha) riscontro, portano tutte all'effetto della sostanziale emarginazione e del vero e proprio svilimento delle sedi che danno voce alla rappresentanza politica<sup>19</sup> ed al conseguente sovraccarico di altre sedi istituzionali, in specie di quelle in cui si amministra giustizia, in ciascuna delle sue articolazioni interne ed in tutte assieme, sollecitandosi pertanto i garanti ad un compito – si suol dire – di “supplenza” che dovrebbe restare loro estraneo<sup>20</sup> ed obbligandosi allo stesso tempo tutti – cittadini ed operatori – ad una disincantata, cruda riflessione circa il tasso di effettiva democraticità dell'ordinamento. In gioco, infatti, non è soltanto l'identità della forma di governo, perlomeno rispetto al figurino per essa prescelto in sede di redazione della Carta<sup>21</sup>, bensì (e ancora di più) l'identità della forma di Stato che, da molti, inequivocabili segni ormai da tempo esibiti dall'esperienza, parrebbe aver smarrito il suo originario significato ed andare confusamente e con non poco affanno alla ricerca

---

<sup>18</sup> Cfr. al punto di vista qui rappresentato quello di D. BRUNO, *La forma di governo alla prova delle emergenze. Itinerari di ricerca a partire dalla vicenda pandemica e bellica*, in *Nomos* ([www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it)), 2/2024, 28 giugno 2024, spec. al § 5.1.

<sup>19</sup> Ha di recente fatto il punto sul ruolo esercitato dalle Camere in seno alla trama istituzionale F. FABRIZZI, *Il Parlamento nella «democrazia decidente». Il ruolo delle Camere oggi*, Il Mulino, Bologna 2024, che si dichiara fiduciosa circa il possibile risveglio delle stesse dall'annoso letargo in cui versano, specie laddove fatte oggetto di talune mirate riforme istituzionali conducenti allo scopo. Dal mio canto, consiglieri maggiore cautela al riguardo; e le notazioni qui pure svolte, specie in ordine al degrado culturale della rappresentanza politica – come lo si è altrove chiamato – mi sembra che avallino il giudizio appena formulato.

<sup>20</sup> Rammento qui solo la efficace definizione datane dalla Consulta, per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, in relazione alla peculiare vicenda della mancata adozione da parte delle Camere di una disciplina attuativa del nuovo Titolo V, ma con notazione a mio avviso dotata di generale valenza, laddove cioè si è qualificata la “supplenza” che la Corte era stata chiamata ad esercitare come “non richiesta e non gradita”. Quanto, poi, al ruolo che i giudici comuni sono innumerevoli volte sollecitati a porre in essere, anche (e soprattutto) a motivo delle strutturali carenze esibite dagli organi preposti alla direzione politica specie nel far fronte alle plurime e gravi emergenze, ne ha ripetutamente ed approfonditamente detto a più riprese R.G. Conti: ancora da ultimo, in modo assai efficace, nel suo intervento ai nostri lavori, dal titolo *I sistemi processuali nel periodo dell'emergenza. Verso un nuova conformazione del ruolo del giudice?*

<sup>21</sup> Su di che, v., nuovamente, i contributi al convegno su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., nonché D. BRUNO, *op. cit.*

di uno nuovo, le cui sembianze si presentano per vero ad oggi appannate e, per più versi, oscure.

Come nella teoria dei vasi comunicanti la riduzione o lo svuotamento di uno si risolve immediatamente a beneficio di altri al primo contigui, così è pure per il potere politico; ed è legge vecchia quanto il mondo che il vuoto di potere lasciato, in modo indolore ovvero a forza, da un centro istituzionale che dapprima lo deteneva, va a beneficio di un altro o di altri pronti a prenderne il posto.

Ora, al piano istituzionale si è assistito (e si assiste) a plurimi travasi di quote consistenti di potere e, per ciò stesso, a squilibri diffusi per l'intera trama disegnata nella Carta<sup>22</sup>: in primo luogo, sul versante dei rapporti tra gli organi della direzione politica, nel senso sopra accennato della vistosa emersione del ruolo del Governo (e al suo interno, specificamente, del Presidente del Consiglio<sup>23</sup>), di cui una volta di più le esperienze di normazione rendono eloquente testimonianza, come avvalorano l'uso (ed abuso...) fattosi dello strumento della decretazione d'urgenza<sup>24</sup>, nonché degli atti del Presidente del Consiglio, cui si è già accennato<sup>25</sup>. Ancora una volta, le emergenze hanno acuito una tendenza – come si sa – già da tempo invalsa, concorrendo per la loro parte al suo crescente radicamento.

Un ulteriore, rilevante travaso si è poi avuto dagli organi istituzionalmente competenti alla direzione politica agli organi di garanzia, in ispecie ai giudici (e, ulteriormente specificando, alla Corte costituzionale); ed è chiaro che, nel momento in cui i garanti si fanno in circostanze viepiù ricorrenti decisori politici, se ne ha una complessiva torsione della natura e del ruolo da essi giocato nel sistema.

Non occorre, ancora una volta, fare qui richiamo di talune esperienze assai note. Mi limito solo ad un rapidissimo cenno in relazione ad un paio di punti.

Il primo è dato dall'azione sinergica, a tenaglia, che viene a determinarsi nel momento in cui i giudici comuni sollecitano la Consulta a far luogo a sostanziali rifacimenti dei testi normativi, trovando quindi in quest'ultima una sponda favorevole a dare seguito alla manovra da essi avviata; e non si trascuri, al riguardo, il ruolo di non

---

<sup>22</sup> Se ne tratta, ora, in A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. nella parte II.

<sup>23</sup> Non è, d'altronde, per un mero accidente che l'attenzione degli studiosi, proprio nel tempo a noi più vicino, sia tornata ad appuntarsi sull'organo, anche con contributi di respiro monografico (v., part., I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2018, e L. DELL'ATTI, *Genesis, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri*, ESI, Napoli 2022). Ha fatto il punto sui più recenti sviluppi della figura e dell'intero Governo S. AGOSTA, nel suo contributo al nostro *panel*, dietro cit.

<sup>24</sup> Per una recente messa a punto delle condizioni che ne giustificano l'adozione, v. Corte cost. n. 146 del 2024, con note di R. DICKMANN, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti. (Osservazioni a margine di Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146)* e F. FABRIZZI, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 22/2024, 11 settembre 2024, rispettivamente, 50 ss. e 73 ss.

<sup>25</sup> Non è, dunque, un caso che di questi ultimi si prefigurino un crescente utilizzo, com'è ora testimoniato dalle previsioni al riguardo contenute nella legge n. 86 del 2024, in materia di regionalismo differenziato.

secondario rilievo quindi svolto in fase discendente, di “esecuzione” (in senso lato) dei verdetti della Corte, laddove parimenti si è talora assistito ad un’attività che è essa pure da qualificare come “normativa” vuoi per il fatto che dalla Corte stessa non di rado si hanno indicazioni sommarie, *per principia*, e vuoi ancora per la manipolazione cui i verdetti stessi sono, ad ogni buon conto, andati (e seguitano ad andare) soggetti al momento della loro implementazione nell’esperienza<sup>26</sup>.

Non si tralascino, inoltre, i casi in cui, pur non evocandosi in campo la Consulta, si faccia luogo ad usi eccessivi o, diciamo pure, forzosi del canone della interpretazione conforme<sup>27</sup> e, in genere, delle tecniche interpretative<sup>28</sup>; ed è chiaro che, nel momento

---

<sup>26</sup> *Mutatis mutandis*, questo rischio si corre altresì sul versante dei rapporti interni all’ordine giudiziario, specificamente laddove non si faccia buon uso in fase discendente dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Cassazione, del quale ha riferito nel corso dei nostri lavori R.G. CONTI, nel suo contributo sopra cit.

<sup>27</sup> L’interpretazione conforme presenta ad oggi un volto oscuro, bisognoso di opportuna chiarificazione teorica; e, invero, come si è tentato di mostrare altrove, si fatica a comprendere (o, a dirla tutta, non si capisce affatto) quale ne sia la peculiare connotazione rispetto alle altre tecniche o specie d’interpretazione. Laddove, infatti, quest’ultima si mantenga – come sempre deve (o, meglio, *dovrebbe*...) essere – rispettosa degli argini linguistici degli enunciati, in nulla l’interpretazione in parola, a conti fatti, differisce rispetto a quella sistematica, a motivo della naturale attitudine di questa di distendersi ed abbracciare ogni materiale normativo avente efficacia in ambito interno. Se, poi, in nome della “conformità” dovesse piuttosto consumarsi il superamento degli argini suddetti, com’è chiaro non si sarebbe più in presenza di una “interpretazione” in senso proprio. *Tertium*, dunque, *non datur* [cfr. al punto di vista qui succintamente rappresentato quelli degli studiosi che maggiormente hanno avuto modo di occuparsi del tema, tra i quali v., part., M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., del quale, più di recente, v. *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 ss.; F. POLITI, *L’interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*<sup>2</sup>, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss.; G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; F. MODUGNO, *L’interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss. Infine, con specifica attenzione alla giurisprudenza, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.; D. PICCIONE, *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2024, 455 ss.; nella stessa *Rivista*, G. PARODI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, 6/2023, 2883 ss., e, dello stesso, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 22/2024, 63 ss.].

<sup>28</sup> I modi con cui il giudice mette in atto gli strumenti di cui dispone al fine dell’ottimale esercizio del *munus* affidatogli sono efficacemente rappresentati, ancora una volta, nel contributo ai

in cui il giudice comune dovesse rigettare questioni che avrebbero piuttosto meritato di essere portate alla cognizione del tribunale costituzionale, si farebbe, a un tempo, legislatore, per effetto della sostanziale riscrittura dei testi normativi, e giudice costituzionale, pronunciandosi al posto di questo<sup>29</sup>. Fanno da *pendant* a siffatte esperienze i casi in cui la Corte delle leggi fa luogo ad un sindacato – come dire? – di “equità”, in applicazione del canone della ragionevolezza, in una delle sue forme maggiormente espressive, quale congruità della norma al “fatto”, in buona sostanza elevando quest’ultimo a parametro di giudizio: un’esperienza, questa, di cui si è avuto largo riscontro, specie in materia penale, considerandosi eccessivamente elevato il minimo edittale della pena in relazione a reati di lieve entità ed abilitandosi pertanto il giudice comune ad abbassarlo in una non secondaria misura, secondo il suo prudente apprezzamento<sup>30</sup>.

Anche oltre l’ambito materiale ora evocato, il giudice costituzionale si mostra particolarmente attento alle istanze di tutela di diritti fondamentali lasciati sguarniti da colpevoli omissioni e complessive carenze del legislatore, piegando tuttavia allo scopo gli strumenti di cui è dotato, ben oltre – a me pare – il consentito dai canoni che governano il processo costituzionale<sup>31</sup>. Emblematico, al riguardo, l’abbandono del limite delle “rime obbligate”, convertite in quelle “possibili” o – come pure si è detto da una sensibile dottrina – nei “versi sciolti”<sup>32</sup>. Va, insomma, facendosi sempre più

---

nostri lavori di R.G. CONTI, cit., nel quale peraltro si dà conto delle trasformazioni intervenute nel ruolo del giudice stesso, anche per effetto delle emergenze cui si è trovato a dover fare fronte, e sono altresì con chiarezza illustrate alcune rilevanti novità registratesi nel giudizio della Cassazione.

<sup>29</sup> Inconvenienti di non poco conto possono poi registrarsi sul versante dei rapporti interordinamentali, specie laddove non dovesse farsi uso dello strumento di cooperazione costituito dal rinvio pregiudiziale, come pure per il caso che in fase discendente non si portassero a buon frutto le indicazioni ricevute dalla Corte dell’Unione e, ora, anche dal Tribunale di primo grado (le novità al riguardo registratesi e il loro complessivo significato possono vedersi nel contributo di R.G. CONTI sopra richiamato).

<sup>30</sup> Riferimenti sono, ora, nel mio *Verso una giustizia costituzionale di “equità”: quali i riflessi di ordine istituzionale?*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2024, 17 settembre 2024, 1063 ss.

<sup>31</sup> Su usi e abusi dei canoni in parola da parte della Consulta, con specifico riguardo ai giudizi in via incidentale, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 325 ss.

<sup>32</sup> La seconda formula si deve – come si sa – a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.; la prima può, tra gli altri, vedersi in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC*

vistoso lo squilibrio tra la c.d. “anima” giurisdizionale e quella politica che faticosamente convivono in seno alla Corte, per effetto del carattere viepiù accentuato e vistoso della seconda<sup>33</sup>.

Le emergenze, poi, ancora una volta, hanno fattivamente concorso a quest’esito, sollecitando e *quodammodo* obbligando i giudici in genere e la Corte in ispecie ad una innaturale opera di “supplenza” – com’è in uso da tempo chiamarla – la cui consistenza è testimoniata, a tacer d’altro, dalla invenzione di sempre nuove e viepiù affinate ed incisive tecniche decisorie (tra le quali, di recente, quella della doppia pronuncia inaugurata in *Cappato*).

4. *I travasi di potere dalle sedi istituzionali ai tecnici ed agli scienziati, ancora una volta particolarmente vistosi in occasione delle emergenze ma ormai significativi anche nel tempo ordinario, a motivo della crescente connotazione tecnologica della vita di relazione, e lo scenario che dunque si prefigura dell’avvento, particolarmente evidente in non poche circostanze, di uno “Stato scientifico”*

Un ulteriore travaso di potere si è poi registrato e va sempre più affermandosi dalle sedi istituzionali, siano esse di direzione politica che di garanzia, a beneficio di tecnici e scienziati, chiamati a concorrere fattivamente (e, a volte, con centralità di posto) all’adozione di decisioni gravide di valenza politica in relazione a questioni

---

([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss. In tema, v., inoltre, AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, a cura di E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi e A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2023; A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, spec. 297 ss.; P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos* ([www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it)), 3/2023, 1 ss.; notazioni di vario segno, poi, in più contributi al convegno di Como del 26 e 27 maggio 2023 su *I 70 anni della legge n. 1/1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Editoriale Scientifica, Napoli 2024. Infine, G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Giappichelli, Torino 2024, e G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell’unità in base ai principi*, in *Ass. cost.* ([www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)), *La Lettera, La Corte costituzionale nel sistema istituzionale*, 8/2024.

<sup>33</sup> Ne dà eloquente testimonianza l’attivismo che sempre più di frequente e con toni particolarmente intensi connota l’attività della Corte, specie in alcune sue espressioni [in tema, tra gli altri e di recente, E. CAVASINO, *La Corte mediatica e la Corte attivista: i nuovi volti della giustizia costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2024, 9 febbraio 2024, 242 ss. Quanto, poi, al precario equilibrio in cui stanno le due “anime” della Corte, v., almeno, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2017, e AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017].

scientificamente sensibili; la qual cosa va, peraltro, diffondendosi a macchia d'olio in ambiti materiali viepiù estesi man mano che i rapporti sociali si avvalgono in crescente misura del supporto di strumenti offerti dalla tecnologia e si giovano degli esiti della ricerca scientifica.

Non è un caso, d'altronde, che il rapporto tra scienza e politica per un verso, scienza e Costituzione per un altro, costituisca oggetto di un animato confronto che vede impegnati studiosi di varia estrazione<sup>34</sup>. Nessuno – credo – può mettere in dubbio

---

<sup>34</sup> Incontenibile la letteratura che ne ha fatto (e seguita senza sosta a farne) oggetto di esame da varie angolazioni e per parimenti varie esigenze teorico-ricostruttive: solo per una prima informazione, v., di recente, AA.VV., *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, a cura di P. Costanzo - P. Magarò - L. Trucco, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; AA.VV., *Diritti fondamentali e incidenza dei risultati provenienti dalla scienza: esperienze a confronto*, a cura di G. Campanelli, A. Lo Calzo e M. Ruiz Dorado, Pisa University Press, Pisa 2022; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2022; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali, *Potere digitale*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023), 410 ss.; *La forma quadrangolare della geometria del/i potere/i digitale/i e il passaggio ad un costituzionalismo digitale procedurale*, in *European Law Journal*, 14 agosto 2023, e *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, 3/2023, 569 ss., nonché ora il contributo ai nostri lavori, dietro cit., nel quale si mette in chiaro con opportuni rilievi l'incidenza esercitata dai c.d. poteri digitali nei riguardi delle complessive trasformazioni registratesi nella forma istituzionale dell'Unione europea. V., inoltre, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, 3/2023, 543 ss.; AA.VV., *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2023; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo<sup>2</sup>*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2023; M. LADU - N. MACCABIANI, *L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2023, 3 giugno 2023, 415 ss.; AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. di Carpegna Brivio e A. Sancino, Giappichelli, Torino 2023; F. CIRILLO, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2023, 12 luglio 2023, 666 ss., e, dello stesso, *Neuroprivacy. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Giappichelli, Torino 2023; A. VENANZONI, *Dalla frontiera americana alla frontiera elettronica: antiche e nuove libertà costituzionali nello spazio digitale*, in *Pol. dir.*, 4/2023, 595 ss.; M. PROIETTI - A. VENANZONI, *La sovranità digitale tra sicurezza nazionale e ordine costituzionale*, Pacini, Pisa 2023; AA.VV., *Diritto e tecnologia. Precedenti storici e problematiche attuali*, a cura di G. Di Rosa - S. Longo - T. Mauceri, ESI, Napoli 2024; AA.VV., *Processi politici e nuove tecnologie*, a cura di M. Calamo Specchia, Giappichelli, Torino 2024; N. MINISCALCO, *Intelligenza artificiale in movimento. L'impatto sui diritti costituzionali della smart mobility*, Wolters Kluwer, Milano 2024; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Giappichelli, Torino 2024; i contributi al convegno su *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, svoltosi presso l'Università "Kore" di Enna dal 21 al 23 novembre 2023, i cui Atti, a cura di P. Bargiacchi e F. Vecchio, possono ora vedersi in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)); P. VILLASCHI, *Rappresentante e rappresentato al tempo della rivoluzione digitale*, Giappichelli, Torino 2024; G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2024, 29 aprile 2024, 85 ss.; M.C. GIRARDI, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 17/2024, 24 luglio 2024, 150 ss.; nella stessa Rivista, V. DE SANTIS, *Identità e persona all'epoca dell'intelligenza artificiale: riflessioni a partire dall'LA Act*, 19/2024, 7 agosto 2024, 137 ss.; O. POLLICINO - P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Bocconi University Press, Milano 2024; A. FORMISANO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 22/2024, 11 settembre 2024, 112 ss.

che siamo in presenza di una transizione coinvolgente l'intera comunità e l'ordinamento che la governa sotto ogni aspetto. L'avvento e la diffusione dell'intelligenza artificiale, le cui applicazioni ed i cui riflessi sulla vita di relazione non sono ad oggi stati fino in fondo esplorati, s'inscrive in un quadro di profonde trasformazioni strutturali sia della società che delle pratiche giuridiche, in buona sostanza estese ad ogni campo materiale di esperienza.

Ancora una volta, la pandemia da covid-19 ha reso testimonianza dell'apporto di prima grandezza giocato da tecnici e scienziati laddove si tratti di far fronte ad emergenze che mettono a nudo strutturali carenze dei decisori politici, obbligati pertanto a rivolgersi agli esperti al fine di avere le necessarie indicazioni operative.

Si è poi avuta conferma di quanto si faceva poc'anzi notare a riguardo dell'utilizzo, al tempo dell'emergenza obbligato e divenuto poi utile una volta cessata la fase più acuta di quest'ultima, di strumenti apprestati dalla tecnologia allo scopo di assicurare la continuità, pur in una congiuntura non poco sofferta, della vita di relazione, praticamente in ogni campo di vita sociale (da quello del lavoro a quello della istruzione, della sanità, ecc.). Alcuni effetti conseguenti all'emergenza si sono, dunque, *quodammodo* stabilizzati, portando ad esiti di particolare rilievo costituzionale, sol che si pensi che il ricorso agli strumenti suddetti ha riguardato – nel bene come nel male – i diritti fondamentali, specie alcuni, altrimenti fatalmente condannati a restare in tutto o in parte inappagati.

Il vero è che scienza e tecnologia hanno giocato e seguitano in misura crescente a giocare un ruolo di prima grandezza nella dilatazione della c.d. “materia” costituzionale<sup>35</sup>, agevolando – per ciò che è qui di specifico interesse – la “invenzione” di nuovi diritti fondamentali e dotando di ulteriori risorse i vecchi in vista del loro ottimale appagamento pur alle difficili e, per molti versi, proibitive condizioni del tempo presente. È chiaro che, crescendo di numero i diritti, crescono altresì le occasioni di conflitto tra gli stessi, rendendosi viepiù problematica la loro composizione in modi complessivamente soddisfacenti. Ciò che, nondimeno, importa è che si offrano opportunità maggiori di un tempo in vista della valorizzazione della personalità dell'uomo; e la scienza e la tecnologia possono a ciò dare il loro fattivo,

---

Infine, v. i contributi su *Corti e Scienza* ospitati da *Biolaw Journal* ([www.teseo.unitn.it](http://www.teseo.unitn.it)), 2/2024, 28 giugno 2024, e, volendo, anche i miei *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2022, 4 febbraio 2022, 130 ss.; *Il doppio volto del rapporto tra scienza e diritti fondamentali (note minime su un'annosa questione)*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2024, 26 luglio 2024, 169 ss., e, con specifico riguardo al rapporto tra tecniche decisorie e diritti, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 3/2023, 24 novembre 2023, 477 ss.

<sup>35</sup> ... che, peraltro, si ha anche per ragioni indipendenti dallo sviluppo scientifico e tecnologico [in tema, può, volendo, vedersi il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Giappichelli, Torino 2019, 299 ss., nonché, già, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2017, 12 dicembre 2017].



non secondario concorso. È pure vero, però, che le stesse possono piegarsi ad usi distorti, ritorcendosi a mo' di *boomerang* contro l'uomo stesso, i suoi diritti, la sua dignità.

Scienza e tecnologia dispongono, poi, dell'attitudine a diffondersi a tutto campo ed a lasciare perciò un segno della loro pervasiva presenza presso ogni sede istituzionale, di direzione politica così come di garanzia. Se ne ha, d'altronde, eloquente testimonianza nel numero sempre maggiore di questioni portate alla cognizione della Consulta che, per l'uno o per l'altro verso, si presentano come scientificamente sensibili; e la Corte non ha mancato, in talune note e non di rado discusse occasioni, di rilevare che la Costituzione dà indicazioni nell'uno o nell'altro senso unicamente laddove si abbia un solido consenso nella cerchia degli esperti a favore di questa o quella soluzione: come dire, insomma, che la Costituzione è condannata a restare "muta" laddove la scienza non sia in grado di far sentire, forte e chiaro, il timbro della propria voce<sup>36</sup>.

La Costituzione – si è fatto notare da un'accreditata dottrina – è attraversata da un moto perenne, ovverosia è soggetta a continua, mai finita evoluzione<sup>37</sup>; così è pure – come si sa – per la scienza, perennemente obbligata a sottostare alla inesorabile legge popperiana della propria, eventuale falsificazione. Ancora una volta, è interessante notare che gli esiti man mano raggiunti da questa si riversano in quella, lasciando un segno marcato non soltanto – come si è veduto – sulle pratiche di direzione politica ma anche su quelle a finalità di garanzia; e proprio nei momenti cruciali, particolarmente sofferti, attraversati in occasione di talune emergenze se n'è avuta palmare riprova, secondo quanto è avvalorato dall'orientamento manifestato dal giudice delle leggi in relazione alla disciplina adottata per fronteggiare il terrorismo rosso, cui si è dietro fatto cenno,

Il vero è che, al di là di ciò che comunemente si ritiene, ogni giudizio di costituzionalità è permeato dal "fatto" e si traduce, in buona sostanza, in un apprezzamento – ahimè, a volte, eccessivamente discrezionale – di congruità della norma al "fatto" stesso, vale a dire in un sindacato di ragionevolezza che, dunque, si conferma essere – secondo la felice intuizione di una sensibile dottrina – "principio architettonico del sistema"<sup>38</sup>. S'inscrive, d'altronde, in quest'orizzonte teorico la tesi,

<sup>36</sup> Così, ad es., nella nota (e discussa) sent. n. 84 del 2016.

<sup>37</sup> Nel primo senso, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2013, 1° marzo 2013; nel secondo, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss., e, dello stesso, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 9/2018, 17 settembre 2018. Una densa riflessione sulle trasformazioni costituzionali può, poi, vedersi in V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, del quale v., inoltre, *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2024, 26 maggio 2024, 66 ss.

<sup>38</sup> La formula qui nuovamente, fedelmente trascritta si deve – come si sa – a L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005. Sul sindacato di ragionevolezza, *ex plurimis*

nella quale da oltre trentacinque anni mi riconosco, che vede nella “situazione normativa”, quale risultante da elementi normativi e fattuali assieme, l’oggetto del giudizio di costituzionalità<sup>39</sup>.

Ora, questioni in cui fatti e norme assumono una colorazione scientificamente connotata sono portate alla Consulta in numero ogni giorno crescente e in qualità viepiù rilevante, obbligando pertanto il giudice delle leggi ad attingere in considerevole misura ad indicazioni fornite dagli esperti, avvalendosi dei poteri istruttori di cui dispone, nonché, ora, delle indicazioni venute da alcuni *amici curiae*.

Nessuno è in grado di poter dire oggi quali sviluppi avrà questa vicenda nel prossimo futuro e quali ne potranno essere gli approdi; nondimeno, è da mettere in conto l’eventualità che prenda viepiù forma una sorta di *diritto costituzionale scientificamente connotato*. Lo stesso modello, da tempo paventato, di uno “Stato giurisdizionale” – come pure, con una certa improprietà di linguaggio, è da molti chiamato – potrebbe, a conti fatti, risolversi, in non poche circostanze, in quello di uno “Stato scientifico”. D’altro canto, se può convenirsi a riguardo del carattere bivalente della giustizia costituzionale, dotata – come si diceva – di una doppia “anima”, non può non convenirsi, per logica conseguenza, sulla esistenza di una terza “anima”, scientificamente connotata che, nondimeno, s’immette in seno alle prime due, dietro già richiamate, lasciando in ciascuna di esse il segno sempre più marcato della propria presenza e, dunque, *quodammodo* riplasmandole.

L’accavallarsi di plurime ed ingravescenti emergenze, che in modo perverso si ricaricano senza sosta a vicenda<sup>40</sup>, unitamente alle parimenti plurime e vistose transizioni concorre, poi, in fattiva misura al crescente rilievo del ruolo degli uomini di scienza e degli esperti in genere, secondo quanto si è veduto lungo tutto il corso dell’analisi che sta ora per concludersi. Il passaggio ad uno “Stato scientifico”, già da tempo in corso, potrebbe dunque registrare anche brusche accelerazioni e, specie sul terreno della salvaguardia dei nuovi diritti, dimostrarsi particolarmente evidente e gravido quindi di implicazioni a tutto campo, per gli sviluppi della vita di relazione come pure delle pratiche di diritto in genere, di produzione giuridica come pure di garanzia.

Si vedrà. È importante, ad ogni buon conto, far luogo ad un costante e scrupoloso monitoraggio delle pratiche suddette, in specie di quelle maggiormente salienti, al fine di avere indicazioni circa le trasformazioni costituzionali in atto, il loro

---

(e di recente), v. R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss., nonché, con specifica attenzione alle più salienti espressioni della giurisprudenza costituzionale, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, cit., 143 ss. e 154 ss.

<sup>39</sup> Ho cominciato a discorrerne ne *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano 1988, 55 ss.; v., inoltre, le precisazioni che sono in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, cit., 105 ss.

<sup>40</sup> L’emergenza, d’altronde, come fa giustamente notare una sensibile dottrina, “si declina al plurale” [M. CECCHETTI, *Emergenze e tutela dell’ambiente: dalla “straordinarietà” delle situazioni di fatto alla “ordinarietà” di un diritto radicalmente nuovo*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 17/2024, 24 luglio 2024, 64].

grado di avanzamento e, laddove già si abbia, la maturazione già raggiunta. Lo scenario della intelligenza artificiale, cui si è poc'anzi fatto cenno, potrebbe preludere all'avvento di uno *Stato costituzionale non umano* o, peggio, *disumano*; ciò che, però, sarebbe una contraddizione in termini, non riuscendosi ad immaginare uno Stato costituzionale non... *costituzionale*, ove si convenga a riguardo della centralità di posto detenuto dalla persona umana in seno alla organizzazione sociale ridisegnata dalla legge fondamentale venuta alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra e il ritorno ad un ordine non autoritario. Ciò che, nondimeno, importa è che la scienza, libera in ogni sua manifestazione, non si presti ad usi comunque ripugnanti con il modello di società e di Stato delineato nella Carta. Di qui la necessità che quanti ad essa si dedicano avvertano come particolarmente pressante il bisogno di prestare ossequio al dovere di fedeltà alla Repubblica, assiologicamente inteso e fatto valere al massimo del suo potenziale espressivo, alle condizioni oggettive di contesto<sup>41</sup>. Il dovere in parola grava – come si sa – su tutti i componenti la comunità; conformandosi però quest'ultima e l'ordinamento che la governa in misura crescente come scientificamente connotati, è chiaro che lo stesso assume una colorazione viepiù intensa proprio per gli uomini di scienza che devono, pertanto, avvertire come particolarmente pressante il bisogno di orientare i loro studi e conformarne gli sviluppi all'etica pubblica repubblicana, mai dunque perdendo di vista l'insegnamento per cui ogni pratica, scientifica e non, non può fare a meno dell'uomo e di porsi pertanto al suo servizio, non già contro l'uomo stesso, i suoi diritti fondamentali, la sua dignità.

5. *Una finale, cruciale questione: qual è l'effettiva forza normativa della Costituzione davanti alle emergenze ed alle transizioni?*

L'analisi svolta, pur nella stringatezza imposta a questa riflessione, offre elementi sufficienti per tornare a rivedere sotto una luce almeno in parte diversa rispetto all'usuale l'annosa e spinosa questione relativa alla effettiva forza normativa di cui la Costituzione dà mostra di essere dotata, specie laddove sia messa alla prova di gravi emergenze e vistose transizioni, quali quelle che sembrano segnare a fondo il tempo presente.

Si è veduto che le emergenze, nell'arco temporale più o meno lungo della loro durata, comportano rilevanti alterazioni di ordine istituzionale, con effetti non circoscritti ai soli equilibri caratterizzanti la forma di governo ma – ciò che più conta – estesi al piano dei rapporti qualificanti la forma di Stato. È chiaro che, nel tempo dell'emergenza, la Costituzione viene a trovarsi in una condizione di palese sofferenza; e con essa, perciò, tanto l'ordine delle competenze spettanti agli organi sia di governo

---

<sup>41</sup> Riferimenti alle più salienti articolazioni ed espressioni del dovere in parola possono aversi da A. MORELLI, che ne ha ripetutamente trattato, spec. ne *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

che di garanzia quanto (e soprattutto) i diritti fondamentali che – come si sa – sono il cuore pulsante dell’idea di Costituzione, quale mirabilmente scolpita nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. La Costituzione, nondimeno, dimostra di possedere risorse formidabili da mettere in campo al fine di superare l’emergenza e potersi quindi riaffermare integra nella propria identità. Un ruolo di prima grandezza è al riguardo giocato dai valori fondamentali dell’ordinamento cui dà voce la Carta, con particolare efficacia espressiva nei principi fondamentali e, quindi, negli enunciati restanti sia della prima che della seconda parte in cui essa si articola. Le emergenze, dunque, mettono, sì, a dura prova la legge fondamentale della Repubblica, ma la conferma della vitalità della stessa si ha proprio dal loro superamento al quale – sia chiaro – sono chiamati tutti a dare il loro fattivo concorso, istituzioni e cittadini (e persone in genere che vivono ed operano nel territorio dello Stato), ispirando la propria azione ai doveri di fedeltà alla Repubblica e di mutua solidarietà<sup>42</sup>.

Discorso diverso va fatto per le transizioni. Alcune di esse hanno portata ed effetti che si proiettano ben oltre i confini nazionali e, dunque, superano di molto le forze di cui si dispone in ambito interno per farvi fronte, pur dovendosi produrre ogni sforzo per gestirle come si conviene, accompagnandone ed orientandone i più salienti sviluppi. Così è, appunto, per l’emergenza (*rectius*, la transizione) climatica e per le migrazioni di massa, cui si è dietro accennato.

Altre transizioni, aventi carattere ordinamentale, hanno esse pure una dimensione tale da portarsi oltre le capacità del singolo Stato (per ciò che qui specificamente importa, del nostro). Si torni, ancora una volta, a pensare al processo d’integrazione sovranazionale in corso. È chiaro che il nostro Paese può (e deve) dare il proprio fattivo concorso all’ulteriore avanzata del processo in parola, orientandone, per la propria parte, gli sviluppi in modo da far sì che si mantengano rispettosi dei valori fondanti nei quali l’Unione stessa si riconosce (art. 2 TUE) e, con essa, gli Stati che ne sono membri, nei quali nondimeno i valori in parola si affermano in forme peculiari<sup>43</sup>.

Altre transizioni – si è pure fatto notare, trattando della transizione da uno Stato accentratore ad uno decentrato – presentano carattere intraordinamentale. A queste vicende, tuttavia, non sono stati (e non sono) estranei fattori aventi origine esterna, come pure le stesse non sono state (e non sono) prive di riflessi *extra moenia*; ed è bene

---

<sup>42</sup> ... il quale ultimo, peraltro, per un certo verso può essere visto quale una delle più genuine e qualificanti espressioni del primo, ovverosia come quest’ultimo *in action* [sul dovere di solidarietà la letteratura è ormai imponente: mi piace qui, nondimeno, fare richiamo dei numerosi studi dedicatigli nel volume dal titolo *In dialogo con Sergio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. Pezzini, Giappichelli, Torino 2024, nonché i contributi che sono nel numero *Special issue V 2024 su I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti].

<sup>43</sup> È pur vero che le cose non stanno del tutto così, dal momento che in alcuni Stati si riscontrano vistose deviazioni dal modello delle liberal-democrazie. Nel suo insieme, ad ogni buon conto, l’Unione si connota per il diffuso riconoscimento, di cui si ha effettivo riscontro, della vitalità del modello stesso, malgrado le prove che la stessa ha dovuto (e deve) affrontare in non poche circostanze.

che di tutto ciò si conservi memoria. D'altronde, è ormai provato che tra le esperienze che maturano al di fuori e quelle che si hanno all'interno dell'ordinamento si danno mutue e viepiù copiose implicazioni, al punto che tenere fino in fondo distinte le une dalle altre appare essere ingenuo e, comunque, oggettivamente forzoso.

Se, poi, le vicende alle quali si è qui fatto richiamo sono riguardate dal punto di vista degli effetti che se ne sono avuti (e si hanno) per i diritti fondamentali (e, per ciò pure, per la Costituzione), risulta assai complicato dare risposta alla domanda posta in relazione alla questione accennata all'inizio di queste notazioni finali. Si tratterebbe, infatti, di far luogo ad una riflessione di ordine generale a riguardo del senso complessivo del processo d'integrazione sovranazionale per un verso, del modo di strutturarsi dell'ordinamento al proprio interno per un altro, tenendo altresì conto delle oscillazioni e contraddizioni che hanno ininterrottamente ed a fondo segnato l'uno e l'altro nei loro più salienti sviluppi.

Certo si è, al tirar delle somme, che il tempo presente non appare complessivamente benigno per i diritti. È tuttavia vero che, soprattutto grazie ai progressi fatti dalla scienza e dalla tecnologia, nonché ad una più matura coscienza sociale, si è assistito alla invenzione di nuovi diritti e alla messa a punto di ulteriori e più efficaci garanzie a beneficio dei vecchi.

Ora, se, quanto alle emergenze, la conclusione è agevole da dare, a fronte dei *vulnera* assai gravi da esse recati ai diritti, con riguardo alle transizioni la stessa ha da essere più articolata, dal momento che, mentre alcune di esse, quale quella ambientale<sup>44</sup>, hanno comportato (e comportano) costi assai elevati per i diritti (e, di riflesso, per la Costituzione), altre, quali quelle legate alla integrazione sovranazionale *in progress* ed alle trasformazioni nella struttura dell'ordinamento, hanno avuto (ed hanno) riflessi in chiaroscuro per i diritti che, nondimeno, sono – come si diceva – cresciuti di numero ed hanno avuto opportunità di affermazione di cui, ancora in un recente passato, non hanno potuto disporre. Ci sono, insomma, transizioni *buone*, transizioni *cattive* e transizioni che possono essere buone e cattive allo stesso tempo, a seconda della prospettiva da cui sono osservate e per gli effetti in concreto prodotti, davanti alle quali, in specie, la Costituzione fa, per la sua parte, ciò che può per arginarne le manifestazioni maggiormente pregiudizievoli.

Il vero è, in conclusione, che occorre guardarsi dal rischio di dare una rappresentazione distorta della Costituzione e della sua forza: esaltarla, cioè, come svilarla oltre misura, tanto per il tempo ordinario quanto per quello delle emergenze e delle transizioni, siano o no queste ultime ormai pervenute a compiuta maturazione. Occorre, insomma, tenersi equidistanti sia dal dare una irenica (ma ingenua e, a conti fatti, forzosa) raffigurazione della Costituzione e sia pure dal corno opposto di sottostimarne oltre il giusto le risorse di cui è strutturalmente dotata. Certo si è che il contesto gioca un ruolo di non secondario rilievo per ciò che attiene alla “misura” della *vis* precettiva della Carta; ed è un'ulteriore conferma di quanto pesi il “fatto” per

---

<sup>44</sup> ... a riguardo della quale v., nuovamente, i contributi alle Giornate su *Ambiente e sostenibilità*.

Antonio Ruggeri

*Emergenze e transizioni, equilibri e squilibri istituzionali, riflessi sulle vicende della normazione e dei diritti fondamentali*

L'affermazione delle norme della legge fondamentale della Repubblica, a partire proprio da quelle espressive dei valori che sono stati a base della sua nascita e ne hanno accompagnato (e ne accompagnano) i complessivi e più significativi sviluppi.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The article dwells on the tendency, particularly marked and conspicuous in the present time, towards the 're-centralisation' of power and on the multiple and considerable forms of transfer of power. After pointing out the main differences between emergencies and transitions, as well as the variety of ways in which their relations are entertained and carried, the analysis focuses on the transfer of power from Parliament to the government and from the organs of political direction to the organs of guarantee (particularly, to judges) as well as to technicians and scientists. Finally, faced with such significant departures from the constitutional model, it has to be analysed the crucial question of the normative force with which the Constitution appears to be endowed.

**KEYWORDS:** Emergencies – Transitions – Law making – Fundamental rights

\*\*\*

**Antonio Ruggeri** – Professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina ([antonio.ruggeri@unime.it](mailto:antonio.ruggeri@unime.it))

## Uso della storia e interpretazione costituzionale. Appunti per una tematizzazione del rapporto attraverso le crisi del costituzionalismo\*

Nicola Cezzi

Nel vocabolario corrente, le origini sono un inizio che spiega.  
Peggio ancora: che è sufficiente a spiegare.

M. Bloch, *Apologia della storia, o del mestiere di storico*, 1949 (2009)  
cap. I, par. 4, p. 25

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il problema della costituzione antica. Il caso degli Stati Uniti d’America. – 3. Il concetto di uso della storia. – 4. Le crisi costituzionali. – 5. Storia nelle costituzioni liberali e in quelle del pluralismo. – 6. Il costituzionalismo tra scienza della cultura e interpretazione costituzionale. – 7. Originalismo e altri problemi aperti nel costituzionalismo. – 8. La frontiera. – 9. Sintesi.

### 1. Premesse

Si appuntano in questa sede primi elementi per una riflessione sulla dimensione storica all’interno dell’interpretazione costituzionale, alla ricerca di una forma di rinnovamento della cultura del costituzionalismo, periodicamente ritenuta in crisi<sup>1</sup>.

Per cultura del costituzionalismo qui si intende quella che accomuna la tradizione germogliata negli Stati Uniti d’America e certe risposte ai nazionalismi europei che nel corso del Novecento si sono ispirate a quella tradizione. Invero, se tali risposte si sono concretizzate in sistemi basati su *rule of law*, economia di mercato e rispetto dei diritti fondamentali, è opportuno rilevare che questi cardini non trovano esatta

---

\*L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Le opinioni espresse dall’A. sono personali e non impegnano in alcun modo l’Istituzione di appartenenza. L’articolo è parte del focus “*Storia costituzionale e comparazione*”.

<sup>1</sup> Da ultimo, la narrativa della crisi del costituzionalismo, e più precisamente quella sulla crisi dello stato costituzionale, intesa, da un lato, come incapacità degli attori di questa cultura di rispondere ai quesiti fondativi di una comunità o, dall’altro, come incapacità di recuperare (restaurare) i principi fondamentali attorno a cui si sarebbe costituita, è al centro rispettivamente dei lavori di G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Bari-Roma, 2023, e di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023. Per uno sguardo di insieme su questi e altri versanti della “crisi”, si v. da ultimo la raccolta di C. Pinelli, *Costituzionalisti del Novecento*, Macerata, 2024, che, in un’ottica meno indulgente verso questa narrativa, apre una via (8 ss.) tra «chi si accontenta di rifarsi al risalente motivo della costituzione tradita» e «chi la giudica superata in nome di una versione imbastardita di realismo giuridico».

corrispondenza nel costituzionalismo per così dire ‘originario’, quello cioè nordamericano. Per esempio, e in particolare, alla base del costituzionalismo statunitense col lemma *rule of law* si è storicamente indicato tanto il sistema di *judicial review* elaborato dalla Corte Suprema<sup>2</sup>, quanto l’idea di costituzione quale essenzialmente *Bill of Rights*<sup>3</sup>: per cui, nella sintesi di Alexander Hamilton, tutte le istituzioni e i principi organizzativi delineati dalla Costituzione americana sono ispirati e rivolti alla garanzia dei diritti fondamentali<sup>4</sup>.

La precisazione è utile ad apprezzare le peculiarità delle crisi dei rispettivi costituzionalismi (quello europeo e quello originario-americano), ma anche le possibili similitudini.

Da un lato, infatti, è stata anche di recente ribadita l’inadeguatezza della cultura costituzionalistica eurocontinentale a far proprio l’insegnamento del costituzionalismo originario, la prima sempre oscillante tra gli estremi del neo-positivismo e del neogiusnaturalismo<sup>5</sup>. Dall’altro, il costituzionalismo suppostamente originario, quello americano, ha da tempo dato segnali di crisi e, almeno da quando è implosa la dottrina dell’originalismo giudiziale è dubbio che i principi sanciti nella Costituzione del 1787 siano ancora in grado illuminare la vita pratica di quell’ordinamento.

Proprio muovendo dall’esperienza giuridica d’oltreoceano si propone qui di raccogliere primi appunti per riflettere sulle riletture della storia nel costituzionalismo, tematizzando un rapporto tra uso della storia e interpretazione costituzionale che, muovendo dalle crisi costituzionali, ne proponga delle soluzioni al di fuori degli schemi delle teorie postmoderne del diritto.

In particolare nel corso di questo lavoro si maturano due idee di fondo: l’idea che l’interpretazione costituzionale sia luogo di produzione di storia e l’idea che la storia/l’argomento storico siano un formante culturale<sup>6</sup> nella soluzione di controversie in materia costituzionale.

La prima idea è elaborata dall’osservazione (secondo paragrafo) della crisi di modernità attraversata dal costituzionalismo statunitense e dell’attitudine

---

<sup>2</sup> Sull’idea di “sistema” che connoterebbe la prima espressione *judicial review of legislation* negli Stati Uniti si v. P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and The Construction of America*, New Haven CT, 1997.

<sup>3</sup> Su cui v. C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Bologna, 1990, trad. ital. di V. De Capraris.

<sup>4</sup> Cfr. A. Hamilton, *Federalist* n. 86.

<sup>5</sup> Così A. Baldassarre, *Il Costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, Modena, 2020, 13, 35 ss., 50 ss.

<sup>6</sup> Si prende qui in prestito il lemma elaborato da R. Sacco (*Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I e II)*), in “The American Journal of Comparative Law”, vol. 39 1991, 1 ss., 343 ss.), come interpretato da A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in “DPCE online”, 2022, 750 ss., secondo la quale il formante culturale riunisce da un punto di vista lessicale le due prospettive di indagine rappresentate, per un verso, dall’autonomia del diritto nel teorizzare la circolazione dei formanti, e, per l’altro, dai numerosi nessi tra la dimensione giuridica e quella antropologica: con la precisazione che, diversamente dagli altri formanti, quello culturale «è più legato alle condizioni di luoghi determinati e dunque è meno mobile» (865).



dell'interpretazione costituzionale a farsi storiografia. Si riportano poi alcune manifestazioni e le prime teorizzazioni, da un lato, del c.d. uso della storia (terzo paragrafo), e, dall'altro, delle crisi costituzionali (quarto paragrafo). La seconda idea è estratta dall'osservazione (quinto paragrafo) degli spazi concessi alla storia nel costituzionalismo europeo. Si ricerca quindi (sesto paragrafo) uno strumento di lettura del rapporto tra storia e scienza/interpretazione costituzionale. Così impostata, la lente dell'interpretazione storica porta ad articolare (settimo paragrafo) alcuni degli interrogativi alla base dei discorsi sulla crisi del costituzionalismo; la stessa lente suggerisce poi di individuare (ottavo paragrafo) nel testo costituzionale un compendio di esperienze, epoche, concetti e principi che integrano la frontiera di legittimazione all'uso della storia da parte dell'interprete. Si ritiene, in sintesi, che le costituzioni del pluralismo presuppongano, per mantenersi, l'elaborazione di un certo rapporto con la storia.

## *2. Il problema della costituzione antica. Il caso degli Stati Uniti d'America*

Riflettendo sulla straordinaria longevità della Costituzione statunitense, sopravvissuta a oltre cent'anni di «smitizzazioni critiche» del documento e di tutte le verità che ai fondatori parevano auto-evidenti, a metà del secolo scorso Hanna Arendt era giunta a prospettare che l'autorità di questa repubblica americana sarebbe rimasta salda finché l'«evento» della fondazione (un popolo che deliberatamente fonda un nuovo stato) avesse continuato ad ammantare il risultato pratico di quell'atto, il documento costituzionale, di quell'aurea di timore reverenziale che ha difeso tanto «l'evento» quanto «il documento» dagli attacchi dei tempi e delle mutate circostanze; la repubblica sarebbe stata *mantenuta* («*A Republic, Madam, if you can keep it*», avrebbe detto Franklin all'uscita dalla Convenzione di Philadelphia nel 1787) finché l'atto stesso fosse stato *ricordato* ogni volta che fossero sorte questioni costituzionali nel senso più rigoroso del termine<sup>7</sup>. La stabilità della repubblica statunitense sarebbe dipesa dalla coltivazione del ricordo della sua fondazione, ovvero dalla capacità di ricollegare un conflitto costituzionale al rinnovamento del *pactum unionis*; forse, più in generale, dalla possibilità di fare di ogni questione di costituzionalità l'aggiornamento di un momento costituente.

Tuttavia già Arendt era consapevole della fragilità di questa prospettiva. Le smitizzazioni critiche cui si riferiva imperversavano dagli inizi del Novecento, con la pubblicazione di lavori espressivi della «smania di smascherare i Padri Fondatori»<sup>8</sup>, di scovare qualche secondo fine nella redazione della Costituzione. Questo afflato, secondo la studiosa, sarebbe stato dovuto al fatto che gli americani, culturalmente

<sup>7</sup> H. Arendt, *Sulla Rivoluzione* (1963), Torino, 2009, trad. ital. di M. Magrini, 234.

<sup>8</sup> *Ivi*, 106. Il riferimento è a lavori come quello di C. Beard, *An Economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York NY, 1913.

isolati per oltre un secolo, si erano affacciati al Novecento digiuni di pensiero post-rivoluzionario (di cui invece l'Europa avrebbe fatto esperienza, elaborando la questione sociale posta dalla rivoluzione industriale): affinché infatti il documento costituzionale potesse resistere al tempo, continuando ad essere temuto e riverito, affinché quell'atto deliberato di fondazione della libertà venisse *ricordato*, sarebbe stato necessario un sistema di nozioni concettuali (una teoria politica almeno, se non un insieme di filosofie politiche) entro il quale ulteriormente rielaborare quel ricordo. Uno sforzo di per sé molto esigente<sup>9</sup>. Era parere di Arendt che invece in America non fosse mai germogliata una teoria politica autoctona, preferendosi al più una speciosa importazione volta a «ripetere con l'inchiostro e la stampa ciò che in altri paesi era stato scritto col sangue»<sup>10</sup>.

Al di là degli inevitabili vizi di prospettiva<sup>11</sup>, l'intuizione di Arendt sulla mancanza di (originalità del) pensiero politico negli Stati Uniti può essere verificata osservando la storia di quel pensiero giuridico e in particolare la costruzione di una scuola storica americana a cavallo tra XIX e XX secolo, quando «i cargo di speculazione continentale» importati dall'Europa segnarono «il trionfo del ragionamento dogmatico sulla falsariga della pandettistica tedesca»<sup>12</sup>. Questo movimento sarebbe sfociato nel recupero di una imprecisata tradizione di *common law*, grazie alla quale la soluzione ai conflitti (la dichiarazione del diritto) poteva derivare dall'esperienza storica ed essere sigillata nelle *authorities* giurisprudenziali. Il ragionamento, versato sulla materia costituzionale – su un *topos* cioè che era ben documentato e studiato – produsse una monumentale storiografia che sarebbe stata all'origine di due fenomeni apparentemente contrari: avrebbe infatti fornito il materiale, da un lato, per mantenere, a partire dal tardo Ottocento, l'interpretazione costituzionale ancorata alla tradizione delle libertà

---

<sup>9</sup> Con Tocqueville, si potrebbe dire che era difficile pretendere un tale impegno teorico dalla società statunitense: cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America* (a cura di G. Candeloro, decima edizione, Milano, 2015), libro II (1835), cap. IX, 288 (sulla capacità di *ricordare*) e 302; v. più ampiamente libro III (1840), parte prima, cap. I, 423.

<sup>10</sup> Arendt, *Sulla Rivoluzione*, cit., 249 ss. Con Pocock – J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone. II. La 'repubblica' nel pensiero politico anglosassone* (1975), Bologna, 1980, trad. ital. di A. Prandi, 853-855 – si potrebbe aggiungere che la teoria politica americana sarebbe rimasta a uno stadio premoderno, quello che aveva accompagnato la mobilitazione per l'indipendenza dalla vecchia madrepatria, e per il quale la Costituzione era espressione di una comunità politica raziocinante, fuggita dalla storia per costruirne una che non ammettesse decadenza e corruzione.

<sup>11</sup> Su tutte, l'accento posto da Arendt sulla rivoluzione del *pactum unionis* e la svalutazione del momento relativo alla soggezione. Nello sguardo europeo sull'Ottocento americano pesa, più in generale, la mancanza di un'analisi sulla costruzione di una cultura giuridica autoctona e la svalutazione dei movimenti di massa, come quelli riuniti attorno all'amministrazione Jackson e alla cultura della frontiera (su cui si v. A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016), o come quelli riuniti attorno alla tradizione agraria degli stati del Sud (su cui v. R. Luraghi, *La spada e le magnolie. Il Sud nella storia degli Stati Uniti*, Roma, 2007).

<sup>12</sup> U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 235.

individuali ricavate da immemoriali ricordi di *common law*, censiti in *law report* e *casebooks*; dell'altro, dalla metà del Novecento, per trarre dallo stesso argomento una forza propulsiva verso nuove stagioni di diritti. Ad accomunare questi due fenomeni<sup>13</sup> è stato un approccio scientifico ai fenomeni sociali, che vorrebbe nobilitare nel *judicial review* della Corte Suprema federale l'idea di un *sistema* costituzionale.

Invero, tra le ragioni che hanno impedito il raggiungimento del tipo di razionalità nel discorso giuridico sotteso all'idea di *sistema*, vi è il problema della normatività di un testo fondativo sempre più antico: il «ricordo» evocato da Arendt promanerebbe infatti pur sempre da un compendio ideologico (repubblicanesimo classico, puritanesimo, giusnaturalismo, etc.) che, incentrandosi su una serie di dilemmi politici irrisolti e ciclicamente riproposti (*in primis*, quello tra federalisti e anti-federalisti), è stato assorbito in un testo che è divenuto sempre più dichiaratamente tipologico; un testo cioè in cui il realismo interno, che pure aveva ispirato gran parte del processo costituente, è stato posto al servizio dell'allegoria e del simbolo, in una prospettiva che nei secoli è giunta a superare la specifica temporalità e attualità storica nello stesso momento in cui la vuol assumere come referente<sup>14</sup>.

In altre parole, affacciatisi al mondo nel Novecento, la cultura costituzionale americana avrebbe fatto dell'interpretazione costituzionale quella che in Europa si sarebbe chiamata storiografia, ma in mano a non-storici (quali sono i giudici della costituzionalità) avrebbe prodotto quello che sarebbe stato definito *uso della storia*<sup>15</sup>.

Non casualmente, gli approdi polarizzanti oggi raggiunti dalla *constitutional adjudication* statunitense hanno prodotto le reazioni più perplesse da parte di quella dottrina, ogni giorno più incerta se abbandonare ogni sforzo ricostruttivo<sup>16</sup> o dichiarare l'esclusiva politicità del *judicial review*<sup>17</sup>.

### 3. Il concetto di uso della storia

Uno degli espedienti cui è possibile ricorrere per aggirare il problema della definizione del concetto di *storia*, e ritagliarne un'idea *utile* al di fuori del contesto scientifico-culturale deputato ad affrontarlo, è riflettere sulla qualificazione del concetto di storia per distinzione da ciò che gli somiglia ma non è. È quanto sembra avvenire con la coppia *storia-memoria*, dove il secondo termine è spesso usato per

<sup>13</sup> Una maggiore articolazione di questi tornanti di storia del pensiero giuridico è sviluppata in N.G. Cezzi, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in "Nomos", 3/2020.

<sup>14</sup> Il tema del rapporto tra testo e tempo nell'interpretazione della costituzione statunitense, inclusa la genesi delle *judicial doctrines* dell'originalismo e del *living constitutionalism*, è indagato in N.G. Cezzi, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli, 2019.

<sup>15</sup> C.A. Miller, *The Supreme Court and the Uses of History*, Cambridge MA, 1969.

<sup>16</sup> L.H. Tribe, *The Treatise Power*, in "Green Bag", 8, 2d, Spring 2005. Sul punto si veda lo spaesamento del mondo accademico statunitense recentemente raccontato da J. Wegman, *The Crisis in Teaching Constitutional Law*, in "The New York Times", 26 febbraio 2024.

<sup>17</sup> J.M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford-New York NY, 2020, 67 ss.

evocare una portata pedagogica e identitaria del primo, per depositarvi una certa dose di soggettività definita da vissuti collettivi o individuali<sup>18</sup>. L'intuizione che un concetto scientifico di storia possa coesistere con pratiche memoriali diffuse sembra poi essere alla base dell'idea di una *storia pubblica*<sup>19</sup>. Ancora, un tentativo di differenziazione si trova proposto nella coppia *memoria-ricordo*<sup>20</sup>. Infine, un comune terreno di caduta linguistica viene di solito trovato nel più generico participio *passato*.

In Europa di uso della storia si scrive soprattutto nel contesto delle scienze umanistiche, col riflesso di intendere l'*uso* quasi sempre come un *abuso*, come se il primo non possa che implicare il secondo.

Per tutti, si può ricordare il caso della *Historikerstreit* sul periodo nazista, accesi nella Germania degli scorsi anni '80. Nell'ambito di questo dibattito, Habermas ha elaborato l'immagine dell'uso «pubblico» della storia: vi incorre chi parla di storia «in prima persona»<sup>21</sup>, fuori dalle sedi accademiche deputate, proponendosi obiettivi politico-pedagogici espliciti. È parere di Habermas che non vada confusa «questa arena, in cui siamo tutti in causa, con la discussione degli studiosi che, nel corso del loro lavoro, devono assumere il punto di vista della terza persona»<sup>22</sup>. E ciò non solo per il differente tipo di registro che è richiesto da un'indagine scientifica rispetto a una «polemica giornalistica», ma anche per evitare manipolazioni nel contesto politico a danno della propria «indipendenza scientifica»<sup>23</sup>.

La posizione di Habermas sembra caratterizzarsi, da un lato, per una pregiudiziale sulla cultura di massa, ritenendosi la dimensione pubblica critica soppiantata da quella manipolativa<sup>24</sup>; dall'altro, per un'idea di attività scientifica come scelta della terza persona, caratterizzata dalla presa di distanza dall'oggetto indagato e dal controllo dei propri pregiudizi.

Problematizzando questa posizione, la questione dell'uso pubblico della storia è stata tematizzata in Italia da uno studio curato da Gallerano, col fine di proporre una dilatazione oltre l'identificazione con uno uso politico in senso stretto, tantomeno con uso politico manipolatorio. Gallerano muove dall'assunto che, a differenza della tradizione ebraica prima e cristiana poi, la storiografia greco-tucididea ha mostrato

---

<sup>18</sup> Cfr. diffusamente p. Ricoeur, *La memoria, la storia, l'oblio* (2000), Milano, trad. ital. D. Iannotta, 2003

<sup>19</sup> Cfr. S. Noiret, *A proposito di Public History internazionale e dell'uso-abuso della storia nei musei*, in «Memoria e Ricerca», a. XXVI, 54, nuova serie, n. 1, 2017.

<sup>20</sup> Ma è una distinzione che a volte rasenta l'opportunità, come nel caso della separazione tra un Giorno della Memoria (istituito con L. 211/2000) e un Giorno del Ricordo (istituito con L. 92/2004). Il rapporto tra pratiche memoriali e diritto costituzionale è stato indagato di recente da A. Mastromarino, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

<sup>21</sup> J. Habermas, *L'uso pubblico della storia*, in G.E. Rusconi (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, 1987, trad. ital. di A. Orsi, 106.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> J. Habermas, *Epilogo*, in Rusconi, *Germania: in passato che non passa*, cit., trad. ital. di R. Cazzola, 156, 164.

<sup>24</sup> Cfr. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Bari-Roma, 1988, 213.

come «l'utilità pubblica della storia [sia] la sua giustificazione originaria, in quanto attività che regola e definisce i rapporti tra memoria e oblio», e come «nella definizione di tali rapporti il peso dominante [sia] assegnato alla tutela della comunità», ovvero alla «politica»<sup>25</sup>. Di qui deriverebbero, in primo luogo, una dimensione scientifica *sui generis* della storiografia, la cui dimensione cognitiva si affianca e si mescola con quella affettiva, «intrisa di valori, predilezioni, scelte non o pre-scientifiche»<sup>26</sup>; e, in secondo luogo, la centralità del rapporto conflittuale tra memoria e storia: «la memoria collettiva e di gruppo, che è propriamente quella che attiva larga parte dell'[uso pubblico della storia], lavora lungo sentieri obbligati ed esclusivi, definiti da urgenze individuali o collettive imprevedibili e discontinue»<sup>27</sup>. Su tali premesse, Gallerano si è proposto di indagare i possibili «luoghi di produzione» di questo «incrocio tra storiografia, filosofia e scienze sociali» che definisce il fenomeno dell'uso pubblico della storia<sup>28</sup>.

Nello spazio di quella ricerca, tra i luoghi di produzione dell'uso della storia non compare il tribunale, che pure costituisce «un *locus classicus*»<sup>29</sup> in cui si consuma il dibattito attorno al mestiere dello storico confrontato a quello del non-storico (il giudice, in questo caso)<sup>30</sup>. Dibattito che sollecita continue riflessioni almeno da quando si discute di giustizia penale internazionale, nell'ambito della quale è centrale il trattamento giurisdizionale delle controversie storiche; da questo filone di analisi, poi, assumono sempre maggior autonomia gli studi sulla di *transitional justice*; così come crescente è l'attenzione richiesta dai fenomeni del negazionismo e dei discorsi d'odio e dal bilanciamento tra diritto di cronaca, rievocazione storica e protezione dei dati personali<sup>31</sup>.

#### 4. *Le crisi costituzionali*

Alla luce dell'esperienza statunitense, nel presente lavoro si ritiene che un tribunale e un giudice che distaccano nel discorso sull'uso pubblico della storia siano anche quelli versati nell'interpretazione costituzionale.

---

<sup>25</sup> N. Gallerano, *Storia e uso pubblico della storia*, in Id., (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1995, 22. Ad esempio, Tucidide (*Le storie*, I,1, versione a cura di G. Donini, Utet, Torino, 2014), nel raccontare la guerra del Peloponneso, avvertiva: «gli avvenimenti precedenti alla guerra e quelli ancora più antichi erano impossibili a investigarsi perfettamente per via del gran tempo trascorso e, a giudicar dalle prove che esaminando molto indietro nel passato mi capita di riconoscere come attendibili, non li considero importanti né dal punto di vista militare né per il resto».

<sup>26</sup> Gallerano, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 23.

<sup>27</sup> *Ivi*, 27.

<sup>28</sup> *Ivi*, 8.

<sup>29</sup> Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio* cit., 457.

<sup>30</sup> Per alcuni riferimenti di orientamento v. da ultimo C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico* (1991), Macerata, 2020.

<sup>31</sup> Su questi temi v. da ultimo gli atti del IX Convegno annuale di Diritti Comparati dal titolo *Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria*, pubblicati in "Diritti Comparati", 1/2024.

Agli occhi degli storici questo rilievo – l'uso della storia nel generale discorso costituzionalistico e in particolare nell'ambito delle vertenze sulle regole fondative di una data comunità – non è nuovo. Alcuni casi di studio, ad esempio, sono stati raccolti da Finley, con riguardo all'idea di «Costituzione degli antenati»<sup>32</sup>.

Va precisato che l'impostazione seguita da Finley è dichiaratamente antitetica alla visione greco-tucididea della storia e quindi ogni riferimento al suo *uso* porta in sé il connotato di uno stigma. Ripercorrere le tracce del suo ragionamento permette comunque di trarre delle osservazioni esplicative del rapporto tra costituzioni e storia utili ai fini di questa riflessione.

L'appello alla Costituzione degli antenati, secondo Finley, ha sempre rappresentato una risorsa argomentativa di grande impatto nella competizione politica. Lo studioso si sofferma su tre esempi di usi di questo concetto.

Il primo è quello verificatosi ad Atene alla fine del V secolo a.C., quando, avviandosi verso la sconfitta nella guerra con Sparta, la città per pochi mesi sperimentò un colpo di stato oligarchico. In questo contesto Finley colloca il dibattito su leggi e costituzione degli antichi, invocate alternativamente da chi (Clitofonte) proponeva una riforma degli strumenti della democrazia andando a recuperare “le leggi dettate da Clistene”, e da chi (Alcibiade) denunciava questo sforzo come sovvertimento di quelle stesse leggi. Anche forse alla luce dell'uso anfibologico di questo argomento storico, fallito il colpo di stato, gli ateniesi ritennero giunto il momento di esaminare la disordinata massa di leggi e decreti che si era andata accumulando e di pubblicare un codice organico di legge che coprisse tutti i campi. La definitiva sconfitta inflitta da Sparta interruppe questa compilazione, che sarebbe ripresa solo alcuni anni dopo.

Un secondo episodio riguarda la crisi costituzionale tra re e Parlamento nell'Inghilterra del XVII secolo. I sostenitori del diritto comune come Coke poterono facilmente risalire alle “leggi fondamentali” e all’“antica Costituzione” precedente alla conquista normanna, che formavano lo schema politico entro cui si credeva che il *common law* funzionasse immune dall'esercizio del privilegio regale. In questo caso la manipolazione pubblica della storia è più evidente agli occhi di Finley, poiché «tutti i ragguagli [forniti da Coke] sulle istituzioni prima e dopo la conquista normanna e sulla Magna Carta erano completamente falsi»<sup>33</sup>.

Il terzo caso vede protagonisti gli Stati Uniti d'America, che «hanno la Costituzione degli antenati per eccellenza»<sup>34</sup>. L'episodio rievocato da Finley si iscrive negli anni del New Deal, segnati da grandi mutamenti nella conformazione del governo federale, e ruota attorno alla figura di Thomas Jefferson: la sua autorità in quegli anni veniva infatti rivendicata a sostegno delle proprie tesi tanto dal Partito Repubblicano quanto dal Partito Democratico (guidato da Roosevelt); e ciò nonostante il fatto che – nota Finley – per le questioni sostanziali su natura e ruolo del governo, e per la

<sup>32</sup> M.I. Finley, *Uso e abuso della storia. Il significato, lo studio e la comprensione del passato* (1971), Torino, trad. ital. B. MacLeod, 1981, 40 ss.

<sup>33</sup> *Ivi*, 49.

<sup>34</sup> *Ivi*, 50.

direzione che Roosevelt stava imprimendo al Paese, si sarebbe dovuto scegliere per Padre Fondatore l'uomo che fu l'antitesi di Jefferson, ossia Alexander Hamilton. In questo caso, comunque, essendo il passato americano ben documentato e studiato, «la scelta delle citazioni appropriate sostituì la falsificazione come arma tattica»<sup>35</sup>.

I tre episodi sono accumulati da alcuni elementi ricorrenti. È comune la convinzione che una tesi derivata dall'antichità sia valida in un dibattito costituzionale contemporaneo. In tutti i casi il passato remoto viene concretizzato e personalizzato in un idolo. A considerarli dal punto di vista di un osservatore esterno, tutti i dibattiti vertono su questioni riguardo alle quali si potrebbero individuare ben definite divergenze di interessi e finalità, su cui è possibile discutere razionalmente; ciononostante si decide di far leva sull'argomento patetico del passato. In generale, tanto nell'assemblea popolare ateniese quanto nel Parlamento inglese che nel Congresso americano, richiamarsi ai tempi degli antenati e derivarne elementi a sostegno delle proprie tesi consente di superare le barriere, siano esse di classe, di cultura o di inclinazione politica.

Nel seguito della trattazione Finley si occupa poi dell'influenza di questi dibattiti sulla storia del pensiero delle rispettive epoche. Un'influenza ritenuta bassa se non nulla, come testimonierebbero, per il caso ateniese e per quello inglese, rispettivamente i lavori di Aristotele e Hobbes: entrambi, nei relativi contesti, non attribuirono alla storia un valore paradigmatico (con le parole del filosofo inglese, essa può fornire solo «fatti esemplari», non «argomenti sul giusto»<sup>36</sup>). Scarsa incidenza quei dibattiti avrebbero avuto anche con riguardo al problema della nascita della storiografia, che avrebbe seguito tutt'altre strade. Anzi, rileva Finley, tra uso della storia e storiografia si porrebbe un'incompatibilità di fondo: la ricerca critica, la «storiografia professionale», rappresenta infatti «un potenziale pericolo per la “sublime e vigorosa non-storicità” della tradizione», può «minare un'interpretazione comune del passato», rischiando di renderlo «inutilizzabile»<sup>37</sup>. Finley ritiene invece inutile esaminare le suddette questioni (impatto di quei dibattiti sulla storia del pensiero e statuto scientifico della storiografia) con riguardo al caso terzo caso, quello americano, «data la problematicità in cui si trova oggi il pensiero politico»<sup>38</sup>.

Alla luce dei casi di rapporto tra storia e diritto costituzionale appena esemplificati è possibile ricavare due ordini di osservazioni.

Da un lato, al sorgere di una controversia (soprattutto di una *crisi*) costituzionale, che verta cioè sulle regole fondative di una comunità politica, si riscontra il ricorso all'argomento storico; o, per dirla con Finley, si fa un certo uso della storia. Casi come quello della *Historikerstreit* tedesca non sembrano dunque eccezionali<sup>39</sup>, e forse quando

---

<sup>35</sup> *Ivi*, 52.

<sup>36</sup> *Ivi*, 65.

<sup>37</sup> *Ivi*, 71-72.

<sup>38</sup> *Ivi*, 68.

<sup>39</sup> Invece, secondo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 104, casi quello tedesco sembrano essere «meri accidenti storici», in cui «vicende storiche affatto particolari inducono gli operatori giuridici» a

si versa nella materia costituzionale sono inevitabili, soprattutto se questa materia scaturisce dalle rovine di una stagione politica che si intende non ripetere<sup>40</sup>. Dall'altro, infatti, quando questa storia è documentata in un testo costituzionale, naturalmente proiettata alla durata se non alla perennità, segno tangibile del cominciamento di quella comunità, nella soluzione di quel genere di controversie si riscontra l'argomento del recupero delle origini attraverso la documentazione storica (anche in questo caso, dal punto di vista dello storico-di-professione, facendone un certo *uso*).

##### 5. *La storia nelle costituzioni liberali e in quelle del pluralismo*

Venendo alle culture costituzionali dell'Europa continentale, l'utilità di testare la tenuta di queste osservazioni può muovere dal rilievo che esse sono accomunate da un dato di fondo: «l'ormai avvenuto distacco della vita costituzionale attuale dall'epoca costituente»<sup>41</sup>.

In questo contesto è centrale l'impronta della tradizione giuspositivistica, che della negazione della storia come fattore comprensivo del fenomeno giuridico ha nutrito la scienza giuridica: tanto la codificazione dei rapporti civili quanto la costituzionalizzazione dei rapporti politici rappresenterebbero, infatti, la consapevole ascrizione del diritto all'ambito di azione di una specifica volontà coscientemente contrapposta all'irrazionalità e alla spontaneità del movimento storico-politico.

---

ritenere che «i valori sarebbero direttamente presenti nella costituzione e che tra loro si darebbe una gerarchia generale e materiale», ciò che per l'autore è un'affermazione che difetta di «plausibilità logica» (sul punto si tornerà *infra* nota 94).

<sup>40</sup> Così J. Collings, *Evil Past and Judges' Power in Germany and South Africa*, in F. Biagi, J. O. Frosini, J. Mazzone (a cura di), *Comparative Constitutional History*, Vol. II: *Uses of History in Constitutional Adjudication*, Leiden-Boston, 2023, 70 ss., secondo cui nell'esperienza costituzionale tedesca e in quella sudafricana «il mantello della memoria» è usato dalle corti costituzionali per assicurarsi autorevolezza.

<sup>41</sup> G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, ora in Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 234. Si prende questo dato come constatazione di fatto, per segnare un punto di partenza per delineare un ruolo della storia quale fattore costituente e quindi formante culturale nella soluzione di controversie costituzionali. In un altro lavoro (*Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, ora in Id., *Intorno alla legge*, cit., 297-298) Zagrebelsky identifica epoca costituente ed epoca «dei nostri maestri», e unisce a questa identificazione un ricordo monitorio: in quell'epoca, infatti, «l'unità (potenziale) di senso era trovata nella concezione della costituzione come progetto che aveva da essere realizzato», e l'atteggiamento di quei maestri implicava «autonomia e indipendenza da ogni altro potere», rivendicate in nome della Costituzione. Oggi, secondo l'autore, non sarebbe più così e i costituzionalisti si troverebbero in balia di una Costituzione che «ha cessato di essere la loro costituzione in senso materiale e non è più un dato iniziale, da integrare nel suo contenuto per svolgerlo nella pratica, ma è diventato un testo da interrogare per ricavare risposte». Nell'ambito della presente riflessione, invece, si prescinde da questa lettura dell'epoca costituente italiana, e in generale da analisi che tendono a elevare la pacificazione raggiunta all'indomani della ratifica di un patto costituzionale ad assunzione di progettualità unanimemente condivisa: per una lettura alternativa si v. infatti C. Pinelli, *Generazioni*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 199 ss., ora in Id., *Costituzionalisti del Novecento*, cit., 381 ss.



I *révolutionnaires*, d'altronde, con l'avvio di nuovi calendari, avevano concepito una comunità senza passato, nata dalla frattura rivoluzionaria, e con un futuro predeterminato nello stesso documento fondativo. Inoltre, da questa parte dell'Atlantico si ebbe ben presto consapevolezza della caratteristica versatilità del giusnaturalismo scaturente dall'idea di costituzione scritta: già nel costituzionalismo statunitense, infatti, si era visto come l'immutabilità della costituzione, derivante dal suo carattere ricognitivo del diritto naturale (come la intendeva Adams), potesse rovesciarsi nel suo contrario, ovvero nel diritto altrettanto naturale di ogni generazione di ricominciare da capo (come nella visione di Jefferson). In Europa invece, rimase disattesa la promessa di un potere costituente sempre attivo (sancita dall'articolo 28 della Dichiarazione premessa alla Costituzione dell'anno III) e si decise di sottrarre la costituzione alla necessità storica e, a differenza di quanto accaduto in America, di "porre fine alla rivoluzione".

Il contatto con la storia e con le sue ragioni era allora stato «filtrato e monopolizzato dalla volontà costituente» e per questa via si sarebbe manifestata la sua sovranità: la storia costituzionale avrebbe dovuto cedere il passo, al più, a una «storia delle costituzioni»<sup>42</sup>.

D'altro canto la separazione tra diritto e storia costituzionale era già nelle premesse del razionalismo hobbesiano: questo, incentrato su una volontà passata e ormai espressa, che permette al più solo una ricostruzione storiografica, «richiede sempre il ricorso a una rinnovata espressione della volontà del sovrano»: si smarriva così anche per questa via il momento dello sviluppo del diritto, che veniva posto «quasi fuori dalla storia»<sup>43</sup>.

La reazione a questo pensiero prese il nome di storicismo. Ma anche questo movimento sarebbe sfociato in una forma di positivismo, declinato come positivismo della situazione concreta, che non si pone il problema del diritto del futuro e cerca il diritto del presente nel passato. Anche lo storicismo conoscerà cioè una stagione caratterizzata dall'aspirazione a fissare leggi di sviluppo che si vorrebbero di carattere *scientifico*. Più precisamente, a un primo storicismo, preromantico, secondo cui «il problema della storia non può svolgersi entro gli schemi della causalità», ne sarebbe seguito uno che avrebbe rifiutato di sviluppare le conseguenze del primo e, sotto l'influsso di quell'elemento giusnaturalistico che era rimasto latente, fece dell'idea dell'individualità soltanto un mezzo al fine di magnificare l'universalità della ragione: da quel momento lo storicismo cessò di essere un canone d'interpretazione e «si risolse in una pericolosa "filosofia della storia"»<sup>44</sup>.

I due positivismi, quello legalista e quello storicista, sono ritenuti paralleli e in entrambi i casi la scienza del diritto è posta in «posizione passiva» e servente rispetto a

<sup>42</sup> Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 185.

<sup>43</sup> Così T. Ascarelli, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. Ascarelli, M. Giannotta (a cura di), *Testi per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1960, 17, 25, 61-62.

<sup>44</sup> Così A. Giuliani, *I due storicismi*, in "il Politico", vol. 18 n. 13/1953, 336-338. Sul punto v. anche B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, 26, 30.

un'autorità sovrana, sia essa l'autorità di un legislatore o di un'assemblea costituente, sia essa quella della storia<sup>45</sup>.

Ebbene, un pensiero giuridico così impostato avrebbe avuto difficoltà a interpretare controversie e crisi costituzionali nell'era del pluralismo. Questa, infatti, frutto del processo di democratizzazione avviato all'inizio del XX secolo, fondava finalmente la garanzia di diritti e poteri su una non più prescindibile *forma* costituzionale, pur nell'assunzione del carattere progettuale dei nuovi testi<sup>46</sup>: le costituzioni escono così sovraccaricate di «un compito di unificazione politica», compito che negli ordinamenti liberali era stato consegnato alla compattezza dello stato monoclasse, e che invece ora è divenuto «intrinsecamente problematico, perché destinato a misurarsi con la conflittualità e gli antagonismi della società»<sup>47</sup>.

In altri termini, nell'era dello Stato costituzionale le costituzioni non si spiegano più come meri pezzi di legislazione né come concentrati rattrappiti di storia. Non sono meri atti legislativi, in quanto compendiano un'attività tanto creativa (il nuovo inizio a cui assoggettarsi) quanto responsiva (rispetto ai casi difficili e alle crisi della vita costituzionale). Le costituzioni non rappresentano più neanche mere accelerazioni storiche, perché sono in grado di registrare le continuità e le discontinuità di una comunità dal punto di vista storico, fondate sugli eventi trascorsi in funzione del futuro, così da poter essere considerate esse stesse «strumento di memoria»<sup>48</sup>. Ciò vale sia per quello che *dicono* che per quello che *tacciono*<sup>49</sup>.

Più ampiamente, sviluppando l'intuizione secondo cui esiste un terreno comune su cui poggia la cultura liberale occidentale, si è suggerito che il costituzionalismo

---

<sup>45</sup> Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 211.

<sup>46</sup> Con riferimento alla redazione del testo costituzionale della Repubblica italiana, si è detto che la questione se le parti della Costituzione contenenti «un programma di interventi dello Stato» volti a trasformare l'assetto della società dovessero essere incluse nel testo costituzionale, «non era una questione meramente tecnica»: si trattava infatti di «decidere il passaggio dello Stato di diritto di stampo classico alle nuove concezioni dello Stato sociale potesse ancora conciliarsi con la pura e semplice restaurazione dei modelli costituzionali ottocenteschi; o se invece non occorresse tener conto, anche a livello di costituzione formale, dei grandi rivolgimenti intervenuti in tutto il continente europeo fin dai primi anni del secolo» – così C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in Aa.Vv. *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 154-155.

<sup>47</sup> P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo*, ora in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 20. Sul punto v. anche la ricostruzione di Habermas, *Fatti e norme*, cit., 275 ss.

<sup>48</sup> A. Mastromarino, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 10. Secondo Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in «Rivista AIC», 4/2022, 107, «l'eccedenza assiologica della Costituzione sollecita la considerazione anche del patrimonio memoriale».

<sup>49</sup> Ad esempio, con specifico riferimento al problema del riconoscimento di «nuovi diritti», secondo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 159-160, laddove la Costituzione non «parla», lasciando aperte plurime ed equivalenti alternative di soluzione del caso, il silenzio «non equivale a impossibilità di decidere sulla domanda, bensì [...] a obbligazione di rigettarla». Diversa l'impostazione di Zagrebelsky in *Tempi difficili per la Costituzione* cit., 70, secondo cui, con Joseph de Maistre, «tutto ciò che vi è di più fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non potrebbe essere scritto» e i giuristi sanno bene che in questo «non scritto» «sta la radice delle loro comuni credenze e certezze, ma anche dei loro dubbi e dei loro contrasti».

contemporaneo possa ritenersi figlio di due logiche: quella secondo cui esiste una «costituzione politica», che guarda al particolare e al locale, che si occupa di sovranità e di volontà, e quella secondo cui esiste una «costituzione della politica liberale», espressione di principi generali di buon governo, di diritti universali e ragione<sup>50</sup>. Una lettura simile sembra poi sottesa alla proposta di chi ricostruisce il percorso di tutela dei diritti umani come una traiettoria che passa da un'astrazione generale e universale dei diritti a una contestualizzazione specifica nell'applicazione ai singoli ordinamenti<sup>51</sup>. Negli ordinamenti dello Stato costituzionale, si potrebbe aggiungere, le due logiche sono tenute a coesistere, nella tensione volta a delineare una propria identità costituzionale, se è vero che «nello spazio pubblico l'articolazione di un discorso sull'identità costituzionale può contribuire a canalizzare in maniera costruttiva le dinamiche che investono il conflitto e il consenso nelle attuali democrazie pluraliste»<sup>52</sup>.

#### 6. *Il costituzionalismo tra scienza della cultura e interpretazione costituzionale*

Nel quadro di questi riferimenti – assunta cioè l'inadeguatezza del metodo (giuspositivismo, legalista o storicista) a manovrare lo strumento (costituzioni del pluralismo) con cui risolvere crisi costituzionali – è possibile comprendere un modo di intendere la scienza/interpretazione della costituzione nel quale la storia acquisisca la centralità di formante culturale. Tale opportunità può essere colta dalla proposta di Häberle incentrata su una dottrina della costituzione come scienza della cultura<sup>53</sup>.

Questa dottrina si propone di integrare quanto le singole scienze delle norme e della realtà sociale concepiscono in modo eccessivamente separato, soprattutto quando trattano della costituzione: la scienza del diritto, infatti «non è l'unica ad avere, in qualità di 'scienza della cultura', compiti e metodi specifici». Anche la storia può essere scienza

---

<sup>50</sup> B.L. Berger, *Children of two logics: A way into Canadian constitutional culture*, in "I•CON", vol. 11 n. 2, 2013, 336-337.

<sup>51</sup> Cfr. L. Bégin, *L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la «contextualisation»*, in "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", vol. 53, 2/2004, 63 ss. Corrispettivamente – con M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in Astrid online, 10, ora in Id., *Costituzionalismo*, Bari-Roma, 2008 – si può rilevare che «Il costituzionalismo dei diritti, che si espande in modo irreversibile oltre i confini statali e nazionali, non potrà a lungo ignorare l'appartenenza politica». Qui il tema si intreccia con la complessità della cultura giuridica eurocontinentale, che si trova inevitabilmente a condividere i *fora* dell'interpretazione di principi e valori comuni (cfr. A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016).

<sup>52</sup> A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in "Costituzionalismo.it", 2/2020, 56. Sul punto v. di recente F. Cortese, *L'identità furiosa e il diritto pubblico*, Modena, 2023, 9, secondo cui «il bisogno di affermazione identitaria non è esclusivamente un dato di realtà rispetto al quale assumere un contegno anche giuridico. Esso è anche un *prodotto del diritto* o, meglio, dell'ordinamento giuridico, della sua conformazione complessiva e della *tecnologia* che esso mette a disposizione della società».

<sup>53</sup> P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), Berlin, 2. Aufl., 1998 (parzialmente tradotta in Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, trad. ital. di J. Luther, 2011).

della cultura: «direttamente come ‘storia della cultura’ o indirettamente come storia specificata e interpretata dalla cultura»<sup>54</sup>.

Approfondendo la direttrice secondo cui storia e costituzione sono componenti di una scienza della cultura, la prima anche in quanto filtrata dalla cultura giuridica, si può porre in rilievo il ruolo della giustizia costituzionale nella seconda metà del XX secolo: un ruolo che non può essere più ritenuto di sola garanzia, ma altresì di «assorbimento» e di «selezione» delle istanze del pluralismo sociale, di volta in volta identificate nel «composito firmamento dei valori costituzionali»: davanti a un tale scenario, per non perdere di vista «un approccio scientifico culturale», diventa essenziale allo studio del diritto costituzionale «la comprensione dello spessore storico e della complessità sociale degli istituti e dei problemi di questa disciplina»<sup>55</sup>.

Se poi, nell’ambito di una società aperta degli interpreti della Costituzione<sup>56</sup>, la sensibilità della dottrina a un metodo storico va ritenuta ormai imprescindibile<sup>57</sup>, esplorare quella maturata nell’ambito della giurisprudenza costituzionale diventa cruciale: i giudici, infatti, lungi dal rappresentare un’*élite* tecnocratica, partecipano piuttosto ad un processo che rinvia a *fora* nei quali essi concorrono con legislatori, amministrazioni, opinione pubblica, partiti, e organizzazioni degli interessi.

Sembra supportare lo sviluppo di questo approccio anche una certa riflessione critica sui limiti della conoscenza storica. Secondo Ricœur, in particolare, bisogna muovere dalla posizione di terzo che tanto lo storico quanto il giudice pretendono di occupare nello spazio pubblico, aspirando l’uno a verità, l’altro a giustizia. A tale posizione si deve collegare un «voto di imparzialità», il quale a sua volta non può che far capo a una filosofia critica della storia «nella misura in cui l’ambizione di verità e di giustizia è oggetto di una vigilanza di frontiera»: ciò implica, tra l’altro, che alla luce di quella frontiera il voto di imparzialità va accettato con la consapevolezza dell’«impossibilità di un terzo assoluto». Alla coppia del giudice e dello storico Ricœur affianca allora un altro soggetto, il cittadino: il suo intervento non è mai compiuto, «e questo lo mette sul lato dello storico»; al contempo egli è alla ricerca di un giudizio sicuro, «che vorrebbe definitivo come quello del giudice»; sotto tutti i riguardi, dunque,

---

<sup>54</sup> *Ivi*, dalla traduzione italiana, 74-75.

<sup>55</sup> P. Ridola, *Gli studi di diritto costituzionale*, ora in Id., *Esperienza, Costituzione, Storia*, Napoli, 2019, 397-398.

<sup>56</sup> Su cui da ultimo v. P. Ridola, *Le suggestioni e l’influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, in G.F. Ferrari, S.M. Moraldo (a cura di) *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus. La Germania tra integrazione europea e sovranismo*, Berlino, 2021, 83.

<sup>57</sup> Si pensi al magistero scientifico di Mario Galizia, di recente ricordato nel convegno per il centenario dalla nascita (Sapienza Università di Roma, 15 novembre 2021: si v. in particolare P. Ridola, *Mario Galizia e storia costituzionale*, in “Nomos”, 3/2021). Sul tema si v. anche A.A. Cervati, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in “Diritto romano attuale”, 2/1999, M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt a.M., 2018, 74 ss., e G.F. Ferrari, *Comparazione e storia*, in “DPCE”, 2/2021.

il cittadino resta l'arbitro ultimo, «il portatore militante dei valori 'liberali' della democrazia costituzionale»<sup>58</sup>.

Ancora, contaminando ulteriormente queste letture, si può ricordare la riflessione antropologica di De Martino, il quale, tracciando un arco che va dall'alba dell'umanità alla cultura occidentale del dopoguerra, propone l'interpretazione della cultura come un sistema di difesa collettiva contro la perdita di presenza e la concomitante perdita del mondo<sup>59</sup>. Dopo le stagioni dei simboli mitici e religiosi, secondo l'antropologo, sarebbe stato il Cristianesimo a trasformare il compimento religioso nel tempo storico: il simbolo religioso cristiano, in particolare, avrebbe rivestito la storicità di metastoria mitica e la promessa di redenzione avrebbe creato uno spazio sicuro per l'azione umana. Ma con l'avvento della modernità, e con il suo approdo agli smarrimenti di senso della prima metà del XX secolo, anche la religione come esperienza collettiva vissuta non sarebbe stata più utile, lasciando spazio a quella che De Martino chiama l'apocalisse culturale<sup>60</sup>. Di qui la proposta di una riappropriazione critica delle proprie tradizioni attraverso l'interpretazione della cultura, volta alla rappresentazione di una fine futura come un nuovo inizio che infonda nel presente l'energia etica necessaria per affrontare e superare le crisi esistenziali: dando cioè allo spettro dell'apocalisse culturale una forza trasformativa.

In conclusione, l'interpretazione costituzionale iscritta dalla *Verfassungskultur* nella dimensione processuale e pubblica della costituzione si può proporre come spazio di assorbimento e selezione delle istanze sociali in un contesto pluralista, divenendo «un compito che spetta non solo a giudici e giuristi, ma anche a cittadini»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio* cit., 455, 479-480.

<sup>59</sup> La riflessione è stata svolta da Ernesto De Martino in vari momenti nel corso degli anni '70, senza giungere a una pubblicazione organica. Di recente è stata riorganizzata in E. De Martino, *La fine del mondo*, Torino, 2019.

<sup>60</sup> Secondo De Martino, *op. cit.*, 360, «Due antinomici terrori governano l'epoca in cui viviamo: quello di "perdere il mondo" e quello di "essere perduti nel mondo". Per un verso si teme di perdere, non tanto con la morte ma nel corso della stessa esistenza, lo splendore e la gioia della vita mondana, l'energia che spinge verso i progetti comunitari della vita civile, verso la tecnica e la scienza, la solidarietà morale e la giustizia sociale, la poesia e la filosofia; per un altro verso si considera il mondo come pericolo che insidia il più autentico destino umano, e quindi come tentazione da cui salvarsi. Da una parte il mondo appare come un paradiso perduto di partecipazioni vissute, si maledice la tecnica e la scienza che ci hanno dato in cambio di Helios lo stupido sole dell'astronomia, dall'altra la catastrofe appare proprio nel volersi chiudere nell'orizzonte mondano; chiusura e angustia per cui anche il mondo della terrena esistenza è destinato a sprofondarsi, esaurendo nel nulla il suo dissennato slancio prometeico. E ancora: la "fine del mondo" ora si ricollega alla tradizione giudaico-cristiana della fine di questo mondo e dell'avvento del Regno, ora si presenta nei termini laici e mondani della fine di un certo particolare mondo storico (la fine della civiltà borghese), e ora infine si orienta verso un nullismo più o meno disperato che, nelle sue forme estreme, quasi sembra toccare i confini della psicopatologia».

<sup>61</sup> Così, a proposito della dottrina häberliana, A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 10/2019, 90.

### 7. *Originalismo e gli altri problemi aperti del costituzionalismo*

È stato tuttavia avvertito che la costituzione come prodotto della cultura da un lato non è diritto positivo, nel senso del positivismo giuridico prima visto, ma dall'altro non indica una teoria soltanto descrittiva e neanche una filosofia costituzionale. Tale idea di costituzione, infatti, è stata ritenuta capace in astratto di unire tutte e tre queste cose insieme, poiché si avvale di ogni dato potenzialmente capace di esprimere «fattori costituzionali culturali» (testi costituzionali, giurisprudenze, dottrine economiche, classici della letteratura, capolavori della musica e delle arti figurative, eventi e date storiche). Insomma, potendovi trovare di tutto, la scienza culturale della costituzione rischia di diventare «semplice copertura dello *status quo* e dei poteri che lo determinano»: rischia di prestare il fianco a un incontrollato *uso della cultura*<sup>62</sup>.

L'avvertenza sembra così rinnovare il timore di un'emarginazione del fenomeno giuridico (giuridico-costituzionale in particolare) davanti alla realtà economica<sup>63</sup>: nel caso dell'interpretazione costituzionale, tale emarginazione deriverebbe dall'idea di ritenere irrimediabilmente persa la presunzione di legittimità dell'originario patto costituzionale.

Quanto questo rischio sia prossimo al pericolo si evince dalle aporie raggiunte da certe combinazioni, pur dichiaratamente scientifico-neutrali, tra analisi del testo scritto e comprensione della sua storia.

Ritornando sull'altra sponda dell'Atlantico, il pensiero va all'originalismo statunitense, qui inteso come originalismo di movimento<sup>64</sup>, che propone nel testualismo l'esclusiva chiave di interpretazione costituzionale, l'unica coerente con la separazione dei poteri e la rigidità della costituzione; un testualismo che, applicato a un sistema di valori graficamente espressi in un documento sempre più lontano nel tempo, diventa testualismo storicistico. Alla base di questa dottrina stanno, da un lato, l'idea che la legge costituzionale, non diversamente dalla legge ordinaria, sia un mero testo enunciante un comando, da discernere e pianamente applicare, tenendo conto della logica maggioritaria con la quale il legislatore ha raggiunto quella determinazione; dall'altro, l'idea che questo comando si enunci in ottica puramente antagonista al cambiamento: una «super-legge» il cui unico scopo è quello di «impedire il cambiamento», fissando certi diritti «in modo tale che le future generazioni non

<sup>62</sup> Zagrebelsky, *Stato costituzionale*, cit., 121, 126.

<sup>63</sup> Di recente si è parlato in proposito di «postdiritto»: secondo A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2 ed., Torino, 2019, 18 ss., il giurista aveva saputo reagire ai limiti del suo sapere, venuti allo scoperto con l'affermazione della società industriale, rinvenendo «fuori dai confini del diritto romano i fondamenti per disciplinare fenomeni non costringibili entro schemi individualistici», ma oggi, a non impegnarsi in una reazione, il giurista rischia di ridursi a custode «delle sole norme sulle norme, relative all'interpretazione o alla validità delle regole», senza influenza sulla «sostanza delle relazioni di cui le norme di occupano».

<sup>64</sup> E non come tecnica o metodo, ritenuto – da Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria* cit., 121 – «ideologicamente del tutto adiaforo», dal momento che il segno ideologico dell'originalismo «dipende dal segno ideologico della Costituzione cui si applica».

possano eliminarli facilmente»<sup>65</sup>. Ora, se è vero che la rigidità delle costituzioni è caratteristica intrinseca del costituzionalismo contemporaneo<sup>66</sup>, soprattutto nel punto in cui riflette il *pactum unionis* nella definizione degli assetti di governo (la c.d. costituzione politica o dei poteri di cui si è parlato), più complessa, e comunque di dubbia scindibilità da questo primo approdo, è la considerazione del valore della tassatività dei riferimenti testuali ai diritti.

Nel caso americano, d'altronde, almeno con riguardo alla costituzione dei diritti, l'applicazione della dottrina originalista equivarrebbe a negare l'esistenza delle «trasformazioni epocali di portata sistemica» sperimentate sull'originario impianto liberale di quell'ordinamento<sup>67</sup>: questo verrebbe così scardinato da quel tracciato coerente con «processi fondativi aperti ad una molteplicità di apporti, processi costituenti che riflettono quell'istanza di equilibrio, di “modération politique”, che, da Montesquieu in poi, è un motivo conduttore delle teorie costituzionali pluralistiche»<sup>68</sup>. Non può non ricordarsi a questo proposito la più recente giurisprudenza della Corte Suprema a trazione originalista che proprio quelle trasformazioni epocali di valenza sistemica ha di recente scardinato; dopotutto, già significativo era il lamento dell'originalismo di movimento, quando ancora era minoritaria tra i nove giudici di Washington, per le libertà perse in nome di un'interpretazione evolutiva della Costituzione<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Così nella declinazione dell'originalismo proposta da A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System. The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. Gutmann (a cura di), *A matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton NJ, 1997, 40. Sulle specificità della dottrina di questo campione dell'originalismo cfr., tra gli altri, N.G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in “Diritto pubblico”, 3/2016.

<sup>66</sup> Anche se nel costituzionalismo americano la distinzione tra rigidità e flessibilità era, in origine, «senza senso», come ricordato da Baldassarre, *Il Costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, cit., 14.

<sup>67</sup> Così P. Ridola, *Metodo comparativo e storia costituzionale nell'opera di Giovanni Bognetti*, ora in Id., *Esperienza Costituzione Storia*, cit., 46.

<sup>68</sup> P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, ora in Id., *Esperienza Costituzione Storia*, cit., 315.

<sup>69</sup> Oggi – secondo Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., p. 41 – non si può più «ammettere in giudizio una prova di colpevolezza ottenuta con una perquisizione illecita», non si può più «invocare Dio durante le cerimonie di fine anno nelle scuole pubbliche», non si possono più «bloccare le erogazioni previdenziali non appena vi è prova di frode», né «prevedere l'esistenza di titoli proprietari come condizione per votare». Da altro punto di vista, secondo Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 121, questo approdo – ovvero la declinazione in senso conservatore dell'originalissimo statunitense – è dovuto al fatto che quella Costituzione «non conosce e non contempla quella dimensione giuridico-costituzionale in cui si sarebbe sviluppato, nel Novecento, lo Stato sociale». Questa posizione fa il paio con quanto lo stesso Luciani, in *Ogni cosa al suo posto*, cit., 160, sostiene circa il non detto costituzionale: secondo l'A. «il preteso difetto di tutela non è altro che una scelta selettiva dell'ordinamento, assunta al suo massimo livello (costituzionale)». Sullo stesso tema, si ricordi la lettura di Habermas, *Fatti e norme*, cit., 275-284, secondo cui la *rights revolution* statunitense, dal New Deal alla giurisprudenza degli anni Sessanta e Settanta, andava «presa come una sfida a interpretare d'accapo i principi dello Stato di diritto alla luce delle nuove esperienze storiche», ricordando che dagli esiti di

Con le sentenze degli ultimi anni, ben può dirsi che la Corte Suprema americana ha cancellato e riscritto intere pagine di storia costituzionale.

Recuperando un punto di vista antropologico, si potrebbe ritenere che il movimento originalista, al collasso delle grandi narrative alla fine della storia, ripercorra la reazione all'apocalisse culturale analizzata da De Martino; dove però la mancanza di una riappropriazione critica delle proprie tradizioni rende tali richiami regressioni intellettuali e politiche mascherate da espiazione.

Ma il numero delle operazioni intellettuali, volte a celare in un metodo di interpretazione dichiaratamente neutrale esplicite opzioni ideologiche, si potrebbe arricchire di altre considerazioni<sup>70</sup>.

Ai fini di questa riflessione l'esempio appena ricordato può bastare a isolare, da un punto di vista teorico, i poli rappresentati, da un lato, dalla «configurazione di matrice giuspositivistica del primato della Costituzione sulla legge» e dall'idea di «un diritto costituzionale essenzialmente imperniato su regole» e, dall'altro, dalla «tendenza a non ridiscutere le premesse delle interpretazioni» dei giudici costituzionali «che più manifestamente si allontanano dal testo»<sup>71</sup>. E serve ad allertare sui modi di intendere l'interpretazione costituzionale in quest'altra sponda dell'Atlantico, dove quello dell'applicazione diventa un problema fondamentale di fronte alla supposta non-attuazione del testo costituzionale: l'avvertenza sta nel fatto che, nel tempo in cui tutto è interpretazione, i metodi non sono più la guida sicura, ma rappresentano «possibilità», che «aprono» e «non chiudono»; in questo tempo, cioè, contano più le domande e chi le pone, e si tratta sempre più spesso di domande non di «diritto» ma di «potere costituzionale»<sup>72</sup>.

Per individuare allora la specificità dell'interpretazione costituzionale nell'era del pluralismo e conciliarla con l'ineludibilità del problema storico, è necessario rifuggire da semplificazioni e ripetizioni.

In questo senso dall'esperienza statunitense si potrebbe apprendere che a minimizzare quello che Ascarelli ha chiamato il limite del sistema hobbesiano (un patto costituente incentrato su una volontà ormai espressa, da sottoporre al più a

---

questa rivoluzione Cass Sunstein aveva fatto «discendere soltanto la necessità che [...] si crei un nuovo consenso su come realizzare i principi della costituzione americana».

<sup>70</sup> La pretesa dell'originalismo di evitare posizioni etiche nell'interpretazione costituzionale è stata definita «fraudolenta» da A. Vermeule, *Beyond Originalism*, in "The Atlantic", 31 marzo 2020.

<sup>71</sup> C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AaVv, *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004, 1665 ss., ora in Id, *Costituzionalisti del Novecento*, cit., 232-233.

<sup>72</sup> Zagrebelsky, *Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, cit., 297. Questa ammonizione è legata dall'autore alla constatazione polemica dell'allontanamento dall'idea di Costituzione come progetto, che aveva ammantato di unità potenziale di senso «l'epoca dei nostri maestri». L'osservazione, per quanto basata su una lettura del progetto costituzionale italiano criticabile (giacché, come detto, da più parti si segnala come invece una unità potenziale di senso nell'epoca costituente non si potesse rintracciare – cfr. Pinelli, *Generazioni*, cit.), è qui richiamata per segnalare un'utile avvertenza circa i discorsi sul metodo.



ricostruzione storiografica) si finisce per leggere nella carta solo un certo passato, da far rivivere nella giurisprudenza, erigendo così il giudice della costituzione a custode non più di una costituzione ma di una storia.

L'approdo originalista, peraltro, solo in apparenza risolverebbe il dilemma della legittimazione del *judicial review* in un ordinamento costituzionale che, come quello statunitense, non lo preveda testualmente ma solo logicamente, e alimenta piuttosto la semplificazione teorica del carattere contro-maggioritario della Corte Suprema<sup>73</sup>: poggiandosi sulla teoria contro-maggioritaria, che da un punto di vista eurocontinentale non sembra rappresentare una difficoltà «insormontabile»<sup>74</sup>, l'originalismo si arresta al rilievo del sovraccarico di diritto giurisprudenziale, quasi fosse una caratteristica esclusiva del costituzionalismo americano, e quindi alla constatazione dell'esistenza di dimensioni conflittuali del discorso costituzionale, non concependone il carattere intrinseco a questo, né le potenzialità costruttive. È opportuno riconoscere piuttosto che la dimensione conflittuale integra uno scenario fisiologico della democrazia costituzionale<sup>75</sup>, una dimensione che peraltro si manifesta con evidenza proprio nelle diverse rappresentazioni del passato offerte dagli stessi poteri pubblici<sup>76</sup>.

Sulla stessa china originalista si rischia, poi, di rinnovare lo stucchevole dibattito sulle capacità del giudice, il quale non può permettersi di fare lo storico<sup>77</sup>, non può permettersi di fare il politico<sup>78</sup>, ma non è neanche mera bocca del legislatore<sup>79</sup>. E se è vero, come ricordato da Ricœur, che il confronto fra il ruolo dello storico e quello del giudice costituisce un *locus classicus*, è anche vero che tale confronto spesso viene appiattito sul momento della ricostruzione del *fatto*, quasi mai sulla pronuncia *in diritto*. Un *locus* peraltro dominato dal grande tema del secondo Novecento (i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità) e quindi incentrato su quella che è ritenuta la maggiore delle differenze che connotano il giudizio storico e il giudizio giudiziario, per cui il primo sarebbe volto a indagare azioni collettive, il secondo ad accertare responsabilità individuali<sup>80</sup>. Ci si potrebbe chiedere, invece, se gli steccati in parola restino validi anche quando il giudizio verta sull'interpretazione costituzionale, dove vengono piuttosto in

<sup>73</sup> Invero, così come per le idee che fanno appello al *self-restraint* e alle virtù passive del giudice, va condivisa l'osservazione secondo cui «i limiti di una Corte nascono dall'intero sistema e non da un puro atto di volontà»: così A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 21.

<sup>74</sup> Così M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, cit., p. 10.

<sup>75</sup> In una prospettiva generale v. G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

<sup>76</sup> Cfr. la distinzione tra uno Stato-antiquario, uno Stato-collezionista e uno Stato-mediatore proposta da A. Mastromarino *Stato e Memoria*, cit., 65-69.

<sup>77</sup> Così B. Croce, *Recensione a G. Calogero*, in "Critica", 1937, 376 ss.

<sup>78</sup> Così P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in "Rivista diritto processuale civile", vol. XVI, parte 1, 1939, 105 ss.

<sup>79</sup> Così G. Calogero, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.

<sup>80</sup> Cfr. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale* (2002), Bologna, trad. ital. di S. Allegrezza, 2004.

rilievo comportamenti o azioni di istituzioni ed entità (*il legislatore*), e dove soprattutto un testo, approvato secondo logiche extra-maggioritarie (più che contro-maggioritarie), è al tempo stesso parametro di giudizio e *fatto* storico.

Allo stesso tempo l'esperienza originalista mostra come il ricorso al *mero* fatto storico può anche fungere da maschera per il giudice costituzionale, che sostanzialmente inzeppa la sentenza di citazioni – da resoconti storici, dizionari, precedenti, etc. – senza mai rispondere alla questione costituzionale posta dalla controversia: con particolare riferimento alla più recente giurisprudenza della Corte Suprema, è stato notato come l'originalismo presupponga «una declinazione autoritaria» del rapporto tra passato e presente, che finisce per «deresponsabilizzare l'interprete»<sup>81</sup>.

La tematica verrebbe ad arricchirsi ulteriormente se si considerassero anche le partiche memoriali messe in atto dalle istituzioni pubbliche, dove l'uso del passato è dichiaratamente orientato e guidato, in quanto «strumento per garantire allo Stato legittimazione e continuità attraverso la costruzione di un'identità e, quindi, di unità del popolo»<sup>82</sup>.

Tra gli studi storici, peraltro, spiccano quelli sul senso che gli attori politici sviluppano e impongono della «composizione strutturale» del tempo di cui si fa esperienza<sup>83</sup>.

Andrebbero tematizzati anche i problemi posti dai percorsi di riconoscimento dei diritti fondamentali, al di là degli esempi offerti dall'esperienza statunitense<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in "Diritto pubblico", 2/2023. Sul punto v. M.D. Rosen, *Limit or License in Constitutional Adjudication?* in Biagi, Frosini, Mazzone (a cura di), *Uses of History in Constitutional Adjudication*, cit., 13 ss., secondo cui quel genere di argomento storico minimizza l'apporto del giudice.

<sup>82</sup> Così A. Mastromarino, *Stato e Memoria*, cit., 13, secondo cui ogni pratica memoriale istituzionale, in quanto atto politico, non può sfuggire a criteri di «merito costituzionale», al pari di qualunque altra attività dei pubblici poteri, e deve rispettare un «obbligo di devozione costituzionalmente sancito» (*ivi*, 91, 95). Sembra rimanere ancora inevasa la questione di quale sia il parametro del giudizio di costituzionalità (quale storia, scritta dove/da chi) e quale sia la natura della sanzione (illegittimità storico-costituzionale?), su cui v. di recente A. Mastromarino, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del Giorno della Memoria*, in "Rivista AIC", 1/2022, 73 ss.

<sup>83</sup> C. Clark, *I tempi del potere. Concezioni della storia dalla Guerra dei Trent'anni al Terzo Reich* (2019), Roma-Bari, 2022, trad. ital. di D. Scaffei, 5 ss. Ad esempio, con riferimento all'esperienza dello Stato bismarckiano, Clark ricorda come «con la parola "storia", anche la parola "Stato" aveva conosciuto un'espansione concettuale senza precedenti», e ciò grazie all'influenza della filosofia hegeliana, che aveva fatto dello Stato non solo il luogo della sovranità e del potere, ma «il motore che genera la storia, o addirittura l'incarnazione storia stessa» (155).

<sup>84</sup> Si pensi all'esperienza costituzionale canadese, caratterizzata nei due tornanti storici rappresentati dal Constitution Act del 1867 (ispirata al compromesso politico e alla tutela degli interessi particolari) e dalla Charter of Rights and Freedoms del 1982 (che parla il linguaggio dell'universalismo), portando quella giurisprudenza a distinguere differenti livelli testuali in gioco nell'interpretazione costituzionale quando si verte su diritti: alcuni di questi, «figli di una contingenza storica», non possono assurgere al rango di diritti fondamentali (così la Corte Suprema canadese nel caso *Adler v. Ontario* 3

Su un livello teorico-generale, guardando al tema delle norme di natura programmatica contenute nel testo costituzionale, e accogliendo la distinzione tra attuazione (che spetta al legislatore) e mera applicazione (che spetta al giudice) della Costituzione<sup>85</sup>, rimarrebbe poi il dubbio che nelle costituzioni del pluralismo almeno il giudice impegnato nell'interpretazione costituzionale (in particolare il giudice che ne ha la titolarità esclusiva) possa partecipare alla prima: ci si potrebbe cioè chiedere se, posto che l'attuazione della Costituzione è preclusa alla giurisdizione ordinaria, di *attuazione* si possa invece occupare la giurisdizione costituzionale davanti all'inerzia del legislatore o, più semplicemente, davanti al mero decorso del tempo che rende anacronistica una data azione/omissione legislativa.

Il quesito varrebbe a maggior ragione in quei contesti, come nel caso italiano, in cui l'identità del giudice costituzionale, irrisolta tra i piani della legalità legale e della legalità costituzionale<sup>86</sup>, ha condotto questo giudice inizialmente a convalidare dall'esterno le decisioni delle istituzioni politiche, «soprattutto nella fase in cui l'attuazione di queste è stata guidata dalle finalità di attuazione costituzionale», per poi lasciarlo incerto quando questa fase è venuta meno, nella ricerca di «un fondamento ultimo del proprio agire che possa fare a meno della centralità dell'attuazione ad opera del legislatore democratico»<sup>87</sup>. Evidentemente la questione acquista significativo rilievo con riguardo alla partecipazione dei giudici costituzionali a un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali in Europa: in questo contesto si danno esperienze, come quella tedesca, che testimoniano di come la posizione di indiscussa centralità del giudice costituzionale possa affermarsi anche rispetto al grado di attuazione costituzionale realizzato col «continuo inveroamento» dei diritti affidato, insieme alla

---

S.C.R. 609, 1996, 29-30). Sul tema v. di recente A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018.

<sup>85</sup> Per la quale v. M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in "Rivista AIC" 1/2013, 6, 11 (v. ora anche Id., *Ogni cosa al suo posto*, cit., 152-154). Solo per assonanza si può qui ricordare il dibattito statunitense sul c.d. *departmentalism*, su cui v. E.S. Corwin, *Court over Constitution*, Princeton NJ, 1938, e K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. Historical, International, and Comparative Perspectives*, Princeton NJ, 2007. Con particolare riferimento all'esperienza italiana, sul tema della storia dell'attuazione e dei tentativi di riforma della Costituzione, si v. da ultimo R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Roma-Bari, 2023.

<sup>86</sup> Cfr. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 149 ss.

<sup>87</sup> Così, con riferimento al giudice italiano delle leggi, G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Tem e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, 41. Invero, a questa osservazione si può unire la constatazione che una delle funzioni essenziali svolte dalla Corte costituzionale italiana all'indomani della sua istituzione è stata quella di revisionare la normativa previgente alla stregua dei nuovi principi costituzionali, assolvendo così a un ruolo di «grande supplenza» nei confronti di un legislatore per lungo tempo non adeguato a questo compito, nonché nei confronti delle altre giurisdizioni: così Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 29.

garanzia di piena effettività della costituzione, ad altri attori, inclusi quelli appartenenti alla giurisdizione ordinaria<sup>88</sup>.

Distacca quindi lo studio della giustizia costituzionale come terreno di sviluppo di storia costituzionale, a maggior ragione se si considerano le corti costituzionali a loro volta come istituzioni storiche<sup>89</sup>.

### 8. La frontiera

È difficile negare che quanto ora posto in termini di quesiti teorici abbia trovato riscontri positivi nella pratica di alcune pronunce giurisprudenziali. Ciò non toglie che le dimensioni del rapporto tra storia e interpretazione costituzionale restino sfuggenti e in grado di suscitare continue incertezze e vere e proprie polemiche, come accade tutt'ora nella polarizzazione dell'ordinamento statunitense. Lì, da ultimo, come visto, la Corte Suprema, ora composta in maggioranza da giudici a trazione originalista, ha adottato importanti decisioni, ampiamente annunciate dal movimento originalista, che sul giornale dell'American Historical Association sono state ritenute «astoriche» e «dilettantistiche»<sup>90</sup>, mentre tra i giudici dissenzienti si rilevava che la «*law office history*» praticata dai giudici di maggioranza è cosa diversa dalla storia studiata sul serio<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in Repetto, Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., 77 ss., 83. E peraltro l'esatta inclusione del Tribunale costituzionale tedesco nell'ambito delle giurisdizioni superiori è stata ritenuta una scelta i cui limiti si sarebbero palesati una volta ammessa «la peculiarità e la natura intrinsecamente politica dell'interpretazione costituzionale»: così P. Ridola, *Le suggestioni e l'influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, in G.F. Ferrari, S.M. Moraldo (a cura di) *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus*, cit., 75.

<sup>89</sup> Second J. Collings, *Why Should Comparative Constitutional History Compare*, in "University of Illinois Law Review", 2/2017, «la giustizia costituzionale è foro di memoria collettiva». Sul tema v. da ultimo i contributi raccolti in Biagi, Frosini, Mazzone (a cura di), *Uses of History in Constitutional Adjudication*, cit.

<sup>90</sup> Così J.H. Sweet, *Is History History? Identity Politics and Teleologies of the Present*, in "Perspective on History", 17 agosto 2022 (per un raffronto v. N. Irti, *Scelte politiche e consapevolezza storica*, in "Il Sole 24 Ore", 23 maggio 2022).

<sup>91</sup> Breyer J. *dissenting in NYSRPA v. Buren* (597 U.S. \_\_ 2022), 26, secondo il quale gli storici si impegnano in metodi di ricerca e approcci interpretativi incompatibili con la risoluzione delle moderne questioni giuridiche, politiche o economiche. Sul punto v. anche W. Partlett, *Historiography and Constitutional Adjudication*, in "Modern Law Review", 86/2023, che risponde alla tesi separazionista sostenuta dagli originalisti – secondo cui la critica storiografica è irrilevante ai fini dell'argomentazione storico-costituzionale – proponendo invece una panoramica di casi in cui la metodologia specifica della storiografia è utile e anzi dovrebbe essere utilizzata da parte di giuristi. Da ultimo v. J.M Balkin, *Memory and Authority: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, New Haven CT, 2024, secondo cui la storia si intreccia con diverse forme di argomentazione costituzionale (testuale, strutturale, teleologica, precedenziale, ecc.) e l'uso della storia è modellato dalla tipologia di argomentazione prescelta, con una dipendenza reciproca tra teoria e storia: ciascuna tipologia di argomentazione fornisce un filtro o una lente attraverso cui si percepisce la storia, influenzando ciò che si considera rilevante o significativo.

Ai fini di questa riflessione, da quanto si è detto, sembra comunque possibile definire alcune impostazioni per lo sviluppo di una ricerca.

Assunte come invarianti l'esistenza di un testo costituzionale scritto, l'argomento storico come formante della sua attuazione e la rigidità grafica del documento (si è dunque fuori dai primi due episodi richiamati da Finley, e si eccettuano le esperienze in cui la materia costituzionale può prescindere da una forma costituzionale come quelle di *common law*<sup>92</sup>), l'interpretazione costituzionale può ritenersi un luogo di produzione di uso della storia. Con tutte le cautele e le responsabilità conseguenti.

In primo luogo, il problema del rapporto tra interpretazione e storia, quando ad essere interpretata è una costituzione *antica*, è fisiologicamente diverso rispetto a quello che si pone quando lo stesso rapporto è stato appena avviato all'indomani del momento costituente. In quest'ultimo caso, come visto, il problema dell'interpretazione è stato orientato dall'idea di costituzione come acceleratore della storia (l'anno zero, che mette il punto su un certo passato) e sostanzialmente, se si pone, è comunque risolto dalla vicinanza, se non coincidenza, tra la comunità che ha redatto e quella che si sottopone al testo<sup>93</sup>.

Quando invece l'allontanamento dalla stagione costituente è ormai maturo, in assenza di una teoria politica trainante, quella forza determinativa delle future manifestazioni di potere pubblico può esprimersi in senso conservativo o innovativo, a seconda appunto di come si *usa* il testo/la storia costituzionale.

Inoltre, se si ammette che nessuna operazione può ritenersi neutrale da un punto di vista ideologico (non esiste uso *pubblico* della storia che non sia *politico*) allora anche per l'interprete della costituzione, così come per lo storico, si pone la necessità di

---

<sup>92</sup> Quanto a queste ultime, e più precisamente con riguardo agli elementi identificativi del *common law constitutionalism*, è stato notato (G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 241, 244) che il *common law constitutionalism* si caratterizza per il legame col passato e la centralità del testo. Il passato non solo fornisce elementi esperienziali, ma rappresenta anche una dimensione gnoseologica. Diversamente dal sistema europeo-continentale, il testualismo nel *common law* non è un costrutto concettuale, ma un banco di prova per verificare la stabilità dei risultati raggiunti. Come è stato affermato a commento di questa riflessione (G. Repetto, *Intorno al common law constitutionalism*, blog di *Diritticomparati*, 12 marzo 2021, 6-7) nel costituzionalismo di *civil law* la tradizione non ha funzione validativa, essendo spesso criticata nelle costituzioni programmatiche, e la centralità del testo costituzionale, in questo contesto, riflette l'adesione ai valori oggettivi del patto costituzionale. Su questi temi v. da ultimo F. Nania, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali nel Regno Unito. Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act*, Roma, 2023.

<sup>93</sup> Si tratta, tuttavia, di un'assunzione difficilmente dimostrabile. Anzi, è più facile dimostrare il contrario. Nonostante, infatti, Zagrebelsky (*Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 297), guardando all'«epoca costituente» italiana, abbia indicato un'unità potenziale di senso nell'idea di costituzione come progetto che aveva da essere realizzato, idea attorno alla quale i maestri di quell'epoca si sarebbero riuniti, o nonostante ricostruzioni come quella di Kahn (*The Reign of Law*, cit.), con riferimento all'ordine costituzionale statunitense, sembrano descrivere una certa unità nell'interpretazione costituzionale nei primi decenni dalla fondazione – nonostante tutto ciò, in entrambe le esperienze è possibile individuare, sin dai primi giorni di vita costituzionale, un alto tasso di conflittualità sul modo di intendere il nuovo ordine appena avviato.

individuare quella “frontiera” indicata da Ricœur entro la quale è pienamente legittimo l’uso della storia. Da questa frontiera il giudice della storia costituzionale non può escludere il cittadino, che, come ricordato dallo stesso autore, è interprete militante dei valori racchiusi in quel patto.

Ciò vale soprattutto per quei patti storicamente nati col pluralismo già incorporato nelle premesse fondative, i quali si connotano, tra l’altro, per la coesistenza di regole e principi. Muovendo dalla dottrina che articola la distinzione tra i due lemmi, i principi sono stati descritti come formulazione sintetica delle matrici storico-ideali dell’ordinamento<sup>94</sup>. A elevarli poi come elemento qualificante di queste costituzioni, si può proporre che in una costituzione basata sui principi, «l’interpretazione è l’atto che mette in rapporto un passato costituzionale assunto come valore e un futuro che si pone come problema da risolvere nella continuità»<sup>95</sup>.

Le costituzioni del pluralismo si fondano dunque sul problema del rapporto con la storia, quella situata nel momento costituente e quella che l’interpretazione costituzionale produce. Così inteso, anche lo sforzo dell’interprete costituzionale sembra potersi iscrivere nel solco di uno degli insegnamenti vichiani, quello dell’inversione «del processo formativo nel processo interpretativo»: un lavoro che, «invertendo l’iter genetico, risalga all’energia formativa», scoprendo una «corrispondenza fra l’originario fare demiurgico e il posteriore riconoscere ermeneutico»<sup>96</sup>. Così come di ispirazione vichiana è l’insegnamento secondo cui la ragione matematizzante, assoluta, funzionale, non può essere separata e isolata dallo

---

<sup>94</sup> In parte diversa la posizione di Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 98-106, che muove dalla distinzione tra valori e principi costituzionali: i primi appartengono al mondo materiale dell’etica e sono ordinati secondo sequenze a priori, i secondi invece appartengono al mondo formale del diritto e sono ordinabili a posteriori; i primi richiedono adesione, mentre i secondi richiedono solo osservanza (sul punto v. già J. Habermas, *Fatti e norme*, 1992, Roma-Bari, 1996, 285 ss.). Tuttavia lo stesso Luciani, nel sostanzialmente coevo *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 106-107, scrive che «la prospettiva storica che l’interpretazione costituzionale deve assumere è fatalmente anche prospettiva memoriale perché l’eccezione assiologica della Costituzione sollecita la considerazione anche del patrimonio memoriale». Se ne dovrebbe dedurre che il “plusvalore morale” attribuito ad accidenti storici, come quello che secondo Luciani connota l’esperienza tedesca (v. *supra* nota 39), può aver spazio nell’interpretazione costituzionale solo se traslato in un “principio”.

<sup>95</sup> G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 237-238. Secondo C. Pinelli, *Il dibattito sull’interpretazione costituzionale*, cit., 240, con le Costituzioni europee del secondo Novecento la convivenza costituzionale avrebbe dovuto fondarsi anche «su un testo costruito attorno a principi, in modo da affidare un orizzonte di possibilità agli apprendimenti maturati dalle interazioni fra persone libere nel corso di più generazioni», principi che in quanto tali sarebbero stati caratterizzati da «imperfetta capacità previsionale, ma proprio per questo dotati della flessibilità necessaria ad affrontare condizioni di incertezza», assumendo in questo modo «la consapevolezza di limiti anche di ordine cognitivo della ragione umana». Sul punto si v. di recente anche A. Lucarelli, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in “Rivista AIC”, 3/2022, 61.

<sup>96</sup> E. Betti, *I principi di scienza nuova di G. B. Vico e la teoria dell’interpretazione storica*, in “Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell’economia, diritto sociale”, vol. X, 1957, 49.

sviluppo storico ed è nel rapporto tra *verum* e *factum* che la dialettica storica si sviluppa attraverso i suoi conflitti<sup>97</sup>.

Con queste precisazioni, è possibile tornare a vedere nella dottrina della costituzione come scienza della cultura quella linea di frontiera entro la quale iscrivere la sopravvivenza e la legittimazione dell'interpretazione costituzionale. Nell'ambito di questa visione, infatti, identità, compiti e limiti della scienza e dell'interpretazione costituzionale, lungi dal rimanere indifferenziati in una scienza della cultura, si propongono nel metodo dell'analisi per livelli testuali (*Textstufenanalyse*), ovvero in «un esame dei testi delle costituzioni effettuato alla luce della storia e delle culture a cui quei testi risalgono», in un movimento che «esce dal testo per poi ritornarvi» per portare alla luce i diversi strati temporali e culturali che lo avvolgono<sup>98</sup>.

Si potrebbe così tentare di superare la polarizzazione in cui le dottrine del postmoderno – *originalismo vs. living constitutionalism* su tutte<sup>99</sup> – hanno radicato il dibattito sull'interpretazione costituzionale, sviluppando l'intuizione secondo cui la diffusione dell'idea di postmoderno ha rappresentato l'ammissione dell'incapacità di trovare «un modo migliore per pensare alla nostra posizione nell'espansione del tempo storico»<sup>100</sup>.

### 9. Sintesi

La riflessione sul ruolo della storia nell'interpretazione costituzionale ha preso le mosse dalla constatazione della crisi periodica del costituzionalismo, ed è stata esaminata attraverso il confronto tra il modello americano e quello europeo.

Si è analizzata dapprima la problematica stabilità della Costituzione statunitense e la sua manutenzione nel tempo. Si è visto, in particolare, come l'interpretazione di stampo originalista abbia sviluppato un approccio storico che, pur essendo simile alla storiografia, è in realtà praticata da non-storici e passa per “uso della storia”.

Si è quindi esplorato il concetto di uso della storia, distinguendolo da quello di memoria e analizzando il dibattito europeo sull'argomento. Si è visto come spesso l'uso della storia sia visto come un abuso soprattutto quando di storia si parla nella sfera pubblica (*Historikerstreit*).

È stato così approfondito il ricorso all'argomento storico durante le crisi costituzionali, ricordando tre casi emblematici (Atene, Inghilterra del XVII secolo e Stati Uniti nel New Deal) che ben espongono la difficoltà di utilizzare la storia come strumento di soluzione delle controversie.

---

<sup>97</sup> G. Azzariti, *Vico e le forme di governo. Una concezione materialistica della storia*, in “Rivista AIC”, 4/2018, 605 ss.

<sup>98</sup> Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, cit., 90-91.

<sup>99</sup> Ma v. diffusamente G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Bologna, 2001, trad. ital. di C. Colli.

<sup>100</sup> Clark, *I tempi del potere*, cit., 209.

Passando alla cultura costituzionale europea, si è visto come questa, influenzata dal giuspositivismo, abbia tendenzialmente separato la storia dal diritto costituzionale. Tuttavia, con l'avvento del pluralismo e della democratizzazione, si è resa necessaria una riconnessione con la storia, considerata come elemento fondamentale per comprendere l'evoluzione delle costituzioni.

Vari approcci teorici nella seconda metà del Novecento sono stati avanzati per rispondere a questa necessità. Quelli elaborati da Häberle, Ricœur e De Martino in particolare insistono sul ruolo della cultura e della memoria collettiva nella costituzione e nel mantenimento dell'identità di una comunità, non potendo ridursi la cultura un elemento accessorio, ma rappresentando questa il fondamento su cui si basano le strutture sociali, politiche e giuridiche. Un filo conduttore sembra potersi individuare nell'integrazione di storia, cultura e diritto all'interno di una interpretazione costituzionale che sia condotta secondo logiche non contro- ma extra-maggioritarie.

Con queste impostazioni si è quindi passati a riflettere sulle sfide e i limiti dell'interpretazione costituzionale storica, specialmente in contesti in cui la distanza dal momento costituente si allarga. Prendendo in particolare spunto dalla problematica esperienza dell'originalismo americano, si è sottolineata l'importanza di definire una frontiera legittima nell'uso della storia nell'interpretazione costituzionale per superare gli spaesamenti a cui simili approcci, tipici del pensiero postmoderno, hanno condotto.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The paper explores the interplay between the use of history, constitutional crises, and the development of constitutional thought, highlighting the ongoing relevance of historical arguments in constitutional discourse. Moving from the US experience, where the concept of use of history has become intertwined with constitutional interpretation, while in Europe the same concept is often associated with potential abuse, the paper proposes two main ideas: that constitutional interpretation is a site of history production and that history serves as a cultural formant in constitutional disputes. These ideas are discussed through cases studies on the use of history (from ancient Athens, 17th-century England, and 20th-century America), through the short circuit of the US originalism, and through the analysis of the spaces granted to history in European constitutionalism. It is finally suggested that the interpretation of constitutions requires the development of a conscious relationship with history to maintain legitimacy and relevance in the contemporary context.



**KEYWORDS:** Use of History – Constitutional Crises – Constitutional Interpretation – Originalism – Postmodern legal theories

\*\*\*

**Nicola Cezzi** – Consigliere parlamentare della Camera dei deputati  
(cezzi\_n@camera.it).

## Obiettori disubbidienti vs diritto all'aborto. La postura italiana e il *trend* europeo\*

Camilla Crea

SOMMARIO: 1. Il fragile diritto all'aborto tra narrazioni e contro-narrazioni politiche e religiose nel discorso transnazionale. - 2. Lo scenario europeo frammentato e il nodo gordiano del sistema italiano. - 3. L'obiezione di coscienza 'indifendibile' tra standard internazionali disattesi e decisioni ineffettive. - 4. L'argomento kantiano: l'uso privato della coscienza e i suoi limiti. - 5. L'argomento storico: genealogia della regolazione dell'aborto prima della decriminalizzazione. Il potere discorsivo e il ruolo della Chiesa cattolica. - 6. *Segue*. Resistenze persistenti vs aperture giusgenerative della Corte costituzionale. - 7. La legge sull'interruzione di gravidanza e i suoi compromessi storici. Paternalismo o modello discorsivo? - 8. L'obiezione di coscienza (s)regolata e le rinnovate strategie comunicative cattoliche e conservatrici. - 9. L'argomento empirico: i dati e i contro-dati sui rifiuti di coscienza indifendibili. - 10. L'argomento politico-filosofico: l'effetto paranoico dell'obiezione di coscienza dissidente di massa. - 11. Le corti domestiche e il diniego debole di *complicity-based conscience claims*. La radicalizzazione della cultura dell'obiezione. - 12. Paesi europei in movimento (Spagna e Francia) vs. paralisi ostativa italiana. Il tema dell'aborto e la scena politica perduta.

### *1. Il fragile diritto all'aborto tra narrazioni e contro-narrazioni politiche e religiose nel discorso transnazionale*

Il tema dell'aborto è un tema simbolico che induce ad una profonda riflessione sulla natura umana, sulla cittadinanza delle donne, sul controllo biopolitico della sessualità e del corpo femminile e, più in generale, sulle complesse dinamiche sociali tra individui e tra individui e stato. In quanto *locus* critico portatore di distinte ed opposte visioni del mondo, non sorprende che la sentenza della Corte Suprema americana nel caso *Dobbs*<sup>1</sup>, che ha ribaltato i precedenti federali di *Roe v. Wade*<sup>2</sup> e *Planned Parenthood v. Casey*, negando la copertura costituzionale del diritto all'aborto, abbia avuto una eco internazionale assai significativa.

---

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

<sup>1</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 597 U.S. 215 (2022).

<sup>2</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Questa storica decisione ha avuto un impatto incommensurabile nel contesto statunitense, tanto da rappresentare una vera e propria 'ossessione', un simbolo della estrema polarizzazione sociale sul tema dell'aborto (M. Ziegler, *Roe: The History of a National Obsession*, New Haven-CT, 2023, p. X). Per i riferimenti all'altro precedente federale *v. Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Per un dibattito sulle derive antidemocratiche e illiberali in materia di aborto con riguardo all'Europa e, in particolare all'Italia, v. *Il Forum. La legge 194 non si tocca*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2022, p. 157 ss.; nonché, *post Dobbs*, i contributi raccolti in L. Busatta, M.P. Iadiccio, B. Liberali, S. Penasa e M. Tomasi (a cura di), *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*, Special issue, *BioLaw Journal*, 2023.

Questa sentenza ha infiammato e diviso l'opinione pubblica e il dibattito politico negli Stati Uniti, un paese nel quale l'accesso all'interruzione di gravidanza era già da tempo particolarmente critico, soprattutto per le donne appartenenti a minoranze, e/o in condizioni di povertà, e/o residenti in contesti rurali. La posizione iperliberale rivoluzionaria, accolta negli anni '70 e favorevole alla libertà di autonomia riproduttiva, è stata progressivamente ridimensionata, e talvolta perfino svuotata, da leggi restrittive approvate a livello federale e di singoli stati che autorizzano il personale medico a rifiutare di praticare l'aborto o la sterilizzazione per motivi morali o religiosi<sup>3</sup>. *Dobbs*, tuttavia, non è un prodotto isolato dell'*American social fabric*, perché ha riaperto il dibattito globale ed europeo sull'aborto e sulla giustizia riproduttiva.

E' noto, infatti, che le minacce ai diritti sessuali e riproduttivi hanno un chiara valenza transnazionale. Le reti dei movimenti anti-aborto o *anti-choice* o *pro-life*, che agiscono in nome dell'ordine naturale della società<sup>4</sup> contro la 'la cultura della morte', si collocano nel più ampio fenomeno globale dei movimenti *anti-gender*. Queste reti discorsive si legittimano attraverso argomenti costituzionali e tramite la retorica ambivalente dei diritti umani<sup>5</sup>; si fondano sul medesimo «discursive and strategic alphabet»<sup>6</sup> e perseguono un comune obiettivo, ovvero la lotta contro la ideologia di genere (o *genderism*), nel mirino di molteplici gruppi conservatori nazionali, sovente

---

<sup>3</sup> D. NeJaime e R. Siegel, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in S. Mancini e M. Rosenfeld (a cura di), *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge, 2018, p. 187, spec. p. 191; F. Fabbrini, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in 18 *Colum. J. Eur. L.*, 2011, 1 s. Per un quadro aggiornato dei regimi giuridici in materia di aborto negli Stati Uniti, *post Dobbs* cfr.: *Interactive Map: US Abortion Policies and Access After Roe*, Guttmacher Institute, in <https://states.guttmacher.org/policies/>.

<sup>4</sup> N. Datta, "Restoring the Natural Order": *The Religious Extremists' Vision to Mobilize European Societies Against Human Rights on Sexuality and Reproduction*, Brussel, 2018, p. 19 ss. Per critiche ragionate alla retorica dell'ordine naturale v., A. Merton, *Enemies of Choice: The Right to Life Movement and its Threat to Abortion*, Boston, 1981; e, inoltre, C.M. Condit, *Decoding Abortion Rhetoric: Communicating Social Change*, Urbana, 1990.

<sup>5</sup> Il lessico dei diritti umani è uno strumento di comunicazione e argomentazione del quale si avvalgono, con differenti significati, sia i fautori che gli oppositori dei diritti riproduttivi e del diritto all'aborto: S.R. Kaufman e L.M. Morgan, *The Anthropology of the Beginnings and Ends of Life*, in 34 *Annual Review of Anthropology*, 2005, p. 317, e p. 328; R. Rebouché, *Abortion Rights as Human Rights*, in 25 *Soc. Leg. Stud.*, 2016, p. 765 ss.

<sup>6</sup> D. Paternotte e R. Kuhar, *The Anti-Gender Movement in Comparative Perspective*, in R. Kuhar e D. Paternotte (a cura di), *Anti-Gender Campaigns in Europe Mobilizing against Equality*, Lanham, 2017, p. 253 s.; D.K. Williams, *The International Pro-life Movement*, in M. Ziegler (a cura di), *Research Handbook on International Abortion Law*, Cheltenham-UK, 2023, p. 243 ss. Le costruzioni sociali sulla famiglia, il genere e la maternità sono un costante campo di battaglia, semantico e semiotico: Pontifical Council for the Family, *Lexicon: ambiguous and debatable Terms regarding Family Life and ethical Questions*, Virginia-USA, pubblicato in italiano nel 2003 e poi tradotto in molte altre lingue; v., ancora, nell'ambito dello European Center for Law and Justice, G. Puppincck, *The lie of the right to abortion* (speech delivered at the European Parliament, on 5 July, 2022), in <https://eclj.org/abortion/eu/the-lie-of-the-right-to-abortion>.

legati a compagini ed esponenti del mondo cattolico<sup>7</sup>. Le narrazioni a sfondo religioso hanno decostruito e ricostruito i discorsi sull'aborto intrecciandosi, in sostanza, con ondate locali populiste. All'interno di questo scenario globale, lo schema concettuale 'movimenti *anti-gender*' appare idoneo a descrivere il trend europeo assai più di paradigmi quali 'polarizzazione' o *culture wars*<sup>8</sup>, gemmate all'interno dell'esperienza americana, in concomitanza con la storica ascesa della *Christian Right*. Sicché, un loro trapianto in altri contesti rischia di produrre fallaci esportazioni di idee e tassonomie, sociali e culturali<sup>9</sup>, che appartengono alle peculiarità del sistema americano.

La reazione delle istituzioni europee a *Dobbs* è stata immediata. Il Parlamento ha emanato una risoluzione di condanna di questa decisione, prendendo atto sia del diffuso e surrettizio finanziamento di movimenti anti-abortisti a livello globale promosso da ONG e *think tank* conservatori della destra cattolica statunitense, sia del rischio che la sentenza della *Supreme Court* possa incoraggiare i gruppi *anti-choice* a potenziare le loro pressioni sui governi e le corti nazionali affinché limitino l'accesso all'interruzione di gravidanza<sup>10</sup>. Al timore di ribaltare gli esiti di anni di riforme a favore dei diritti riproduttivi, si è accompagnata la proposta di introdurre espressamente un diritto universale all'aborto legale e sicuro all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>11</sup>.

Più di recente, anche la Commissione Europea<sup>12</sup> – in concomitanza con l'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul e in risposta all'Assemblea nazionale francese – non ha potuto non ammettere che l'accesso all'aborto, anche nel vecchio continente, è sotto minaccia.

Senonché, tali pregevoli dichiarazioni formali e di principio potrebbero rimanere lettera morta. Un emendamento alla Carta di Nizza potrebbe non arrivare mai o richiedere tempi assai lunghi<sup>13</sup>. La Convenzione europea dei diritti umani, a sua volta,

---

<sup>7</sup> E. Kováts, *The Emergence of Powerful Anti-Gender Movements in Europe and the Crisis of Liberal Democracy*, in M. Köttig, R. Bitzan e A. Petö (a cura di), *Gender and far right politics in Europe*, Basingstoke, 2017, p. 175.

<sup>8</sup> R. Post e R. Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, in 42 *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*, 2007, p. 373, e 379.

<sup>9</sup> D. Paternotte e R. Kuhar, *The Anti-Gender Movement*, cit., p. 254; S. Mancini, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in 2 *BioLaw Journal*, 2021, p. 257, e p. 259.

<sup>10</sup> Resolution on Global Threats to Abortion Rights: The Possible Overturning of Abortion Rights in the US by the Supreme Court, Eur. Parl. Doc. (B9-0299/2022) § M.–N. (2022).

<sup>11</sup> Motion for a Resolution on the US Supreme Court Decision to Overturn Abortion Rights in the United States and the Need to Safeguard Abortion Rights and Women's Health in the EU, EUR. PARL. DOC. (B9-0365/2022) § I., J.2.–3. (2022), ove si propone l'inserimento di un nuovo art. 7a, nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

<sup>12</sup> EU Commission, 'Reply to national Parliaments' opinion' C (2023)3952 (June 12, 2023); v., inoltre, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, C.E.T.S. 210 (ratificata dall'UE il 28 giugno 2023).

<sup>13</sup> I. Isailović, *Dobbs in the EU: Not Just an American Story*, in *Verfassungsblog*, 19 agosto 2022 (<https://verfassungsblog.de/dobbs-in-the-eu>).

non riconosce espressamente un diritto all'aborto e lascia agli Stati membri un ampio potere autonomo di scelta e di regolazione, data la forte carica etica e morale del tema.

D'altro canto l'Europa è caratterizzata da un sistema multilivello di protezione dei diritti umani in cui fonti nazionali, sovranazionali (UE) e internazionali si intrecciano. Questa regolamentazione costituzionale multilivello dei diritti umani si fonda sul pluralismo giuridico e l'eterarchia<sup>14</sup>, piuttosto che sui tradizionali modelli del monismo e della gerarchia.

Inoltre, benché la maggior parte degli Stati europei abbia liberalizzato o depenalizzato l'aborto negli ultimi decenni, all'interno di complessi processi di costituzionalizzazione, permangono in ciascun paese molteplici ostacoli culturali, economici, oltre che normativi. I vari regimi giuridici domestici sono frammentati, in quanto legati allo specifico contesto nazionale, alla sua storia, ed alla evoluzione interna tra sistemi discorsivi autonomi ma comunicanti e dinamici: società/cultura; etica/morale/religione, dimensione politico-istituzionale e diritto.

Ciò spiega perché il tema dell'aborto è uno spazio di analisi privilegiato nel quale il discorso giuridico comparato dovrebbe aspirare a combinare, da un lato, la valutazione dinamica di formanti impliciti (crittotipi, secondo il lessico di Rodolfo Sacco<sup>15</sup>) quali, appunto, le ideologie<sup>16</sup> politiche o anche religiose, di là dai formanti giuridici; dall'altro, le narrazioni, poiché ogni tradizione giuridica «is part and parcel of a complex normative world» e include «not only a corpus juris, but also a language and a mythos - narratives in which the corpus juris is located by those whose wills act upon it». I miti costruiscono relazioni tra l'universo materiale e normativo e, soprattutto, aiutano a comprendere quell'insieme di azioni normative che possono essere collegate con schemi di significato estratti, a loro volta, da schemi di significato del passato<sup>17</sup>.

## 2. *Lo scenario europeo frammentato e il nodo gordiano del sistema italiano*

Le minacce maggiori all'aborto, come è noto, si registrano in alcuni paesi europei nei quali persistono o riemergono modelli repressivi.

---

<sup>14</sup> Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in 36 *Common Market Law Review*, 1999, p. 703, 707; e M. Huomo-Kettunen, *Heterarchical Constitutional Structures in the European Legal Space*, in 6 *Eur. J. Legal Stud.*, 2013, p. 47 s. La complessità del quadro europeo si ripercuore anche sulla libertà e la giustizia riproduttiva, producendo un sistema di regolazione stratificato che consolida forme di disegualianza intersezionale nell'accesso all'aborto: I. Isailović, *EU Abortion Law After Dobbs: States, the Market, and Stratified Reproductive Freedom (February 20, 2024)*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2024-09, reperibile in <https://ssrn.com/abstract=4732837>.

<sup>15</sup> R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 343, spec. p. 384 ss.

<sup>16</sup> D. Kennedy, *Political Ideology and Comparative Law*, in M. Bussani e U. Mattei (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 35 e p. 38.

<sup>17</sup> R. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harvard Law Review*, 1983, p. 4, 7, e 9.

Lo stato di Malta, ad esempio, è da sempre stato caratterizzato da un divieto assoluto. L'aborto è ancora un reato. La questione è diventata particolarmente critica nel 2022<sup>18</sup>, quando una donna americana, in vacanza sull'isola, non è riuscita a sottoporsi ad un intervento di aborto terapeutico presso le strutture sanitarie, con gravi ripercussioni sulle sue condizioni di salute. Dopo questo evento tragico il governo locale ha emendato il codice penale<sup>19</sup>. Tuttavia, anziché legalizzare l'interruzione di gravidanza in caso di rischio per la salute della donna, le nuove norme hanno introdotto una unica eccezione al divieto penale, essenzialmente limitata al solo caso di rischio per la vita della gestante senza includere altre ipotesi. L'eccezione si applica, inoltre a condizione che il pericolo per la vita della gestante sia attestato da tre medici, senza alcuna possibilità per la donna di scegliere e consultare propri medici di fiducia. Invero, il modello repressivo maltese si comprende alla luce della forte presenza della componente cattolica nel contesto sia sociale, sia politico. La religione ufficiale dello stato di Malta è quella cattolica apostolica romana, così come l'art. 2 della Costituzione maltese indica espressamente. Inoltre, i movimenti *pro-life* hanno influenzato e influenzano fortemente il paese, con il sostegno del Partito nazionalista, grazie a discorsi assai più convincenti rispetto alle strategie comunicative degli oppositori (*pro-choice* e movimenti femministi)<sup>20</sup>. Gli emendamenti al modello repressivo non sembrano, dunque, rappresentare un miglioramento davvero significativo. Non a caso, questi emendamenti hanno suscitato serie preoccupazioni a livello sovranazionale, al punto che membri del *European Parliamentary Forum for Sexual and Reproductive Rights*<sup>21</sup> hanno subito lanciato un appello al governo locale affinché provveda ad introdurre una legge sull'aborto effettivamente conforme agli standard internazionali di tutela dei diritti umani.

In Polonia, uno dei paesi più conservatori d'Europa, pure fortemente influenzato dalla Chiesa cattolica nel suo ruolo di custode dell'identità nazionale<sup>22</sup>, una decisione della Corte Costituzionale del 2020<sup>23</sup> ha sancito l'incostituzionalità delle

---

<sup>18</sup> A. Taub, *How an Abortion Ban Trapped a Tourist on Malta*, N.Y. TIMES, 23 giugno 23, 2022, in <https://www.nytimes.com/2022/06/23/world/europe/malta-abortion-andrea-prudente.html>.

<sup>19</sup> Criminal Code (Amendment No. 3) Act, 2023 (Act No. XXII) (Malta). V. Gazzetta tal Gberna' Malta Nru. 21,078 (30 June 2023), che ha introdotto un nuovo art. 243 nel Codice penale domestico.

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, M. Briguglio, *Malta's Abortion Reform*, The Malta Independent, 6 luglio 2023, in <https://www.independent.com.mt/articles/2023-07-06/blogs-opinions/Malta-s-abortion-reform-6736253143>.

<sup>21</sup> V., Letter from Members of Euro. Parl., Nat'l Parl. & MEPs for Sexual and Reproductive Rights to Robert Abela, Prime Minister of Malta, 8 August 2023, in [https://www.epfweb.org/sites/default/files/2023-08/Letter\\_Malta\\_July%202023.pdf](https://www.epfweb.org/sites/default/files/2023-08/Letter_Malta_July%202023.pdf).

<sup>22</sup> La Polonia sembra rappresentare un esempio speculare rispetto all'Irlanda. Entrambi gli stati sono storicamente connotati da un forte influsso della religione cattolica. Tuttavia, le riforme hanno portato nel tempo ad esiti opposti; repressione nel primo caso, liberalizzazione nell'altro: S. Calkin e M.E. Kaminska, *Persistence and Change in Morality Policy: The Role of the Catholic Church in the Politics of Abortion in Ireland and Poland*, in 124 *Feminist Rev.*, 2020, p. 86, 88 s., 92 s. V. sul punto, A. Baraggia, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2022, p. 1 ss.

<sup>23</sup> Poland, Constitutional Tribunal (TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY), Case No. K 1/20 [2020], 22 October 22, 2020, in <https://trybunal.gov.pl/s/k-1-20>; A. Mlynarska-Sobaczewska,

disposizioni che consentivano l'interruzione della gravidanza per menomazione fetale grave e irreversibile o malattia incurabile che mette a rischio la vita del feto” (i.e.: ragioni legate a patologie dell'embrione). L'impatto di una sentenza così fortemente 'illiberale'<sup>24</sup> è stato enorme e devastante. La Corte europea dei diritti dell'uomo non riesce ancora a ribaltare questo stato di cose, nonostante i recenti ricorsi a Strasburgo, per l'assenza del diritto all'aborto nel testo della convenzione (se non nei limiti del diritto alla vita privata e familiare), e per l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli stati sulle questioni morali di inizio vita<sup>25</sup>.

Per contro, la Repubblica di San Marino, storicamente dominata da gruppi politici conservatori e da una maggioranza cattolica molto marcata<sup>26</sup>, sembra rappresentare un esempio virtuoso. Il micro-Stato ha depenalizzato l'interruzione volontaria di gravidanza nel 2022 a seguito di un referendum<sup>27</sup>. Tuttavia, questo paese fa parte del Consiglio d'Europa, non dell'Unione europea, sicché non costituisce, in senso tecnico, un modello da considerare all'interno della UE. Inoltre, rispetto alla nuova legge permissiva occorrerà verificarne la concreta implementazione.

Di là dai menzionati casi estremi di regressione o persistente criminalizzazione, nei vari paesi europei persistono plurimi ostacoli all'esercizio effettivo del diritto all'aborto sia sul piano normativo, sia in termini di pratiche, formali e informali, di attuazione delle procedure di interruzione volontaria di gravidanza. Periodi di attesa e consultazioni mediche obbligatorie, requisiti burocratici e procedurali per l'accesso al servizio, obiezione di coscienza degli operatori sanitari rappresentano alcune delle barriere maggiormente critiche. Dunque, anche su questa sponda dell'Atlantico, l'aborto resta un diritto fragile, o fragilizzato<sup>28</sup>.

---

*Unconstitutionality of Access to Abortion for Embryo-Pathological Reasons*, in 10 *International Human Rights Law Review*, 2021, p. 168 s.

<sup>24</sup> Cfr. A. Bień-Kacala e T. Drinóczi, *Abortion Law and Illiberal Courts: Spotlight on Poland and Hungary*, in M. Ziegler (a cura di), *Research Handbook on International Abortion Law*, cit., p. 283.

<sup>25</sup> V., J. Kapelańska-Pregowska, *The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation*, in 23 *Health and Human Rights*, 2021, p. 213 ss. La Corte europea dei diritti umani ha rigettato alcuni recenti ricorsi che miravano all'abolizione della disciplina polacca in materia di *eugenic abortion*: A.M. v. Poland, App. No. 4188/21 (8 June 2023), in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-225355%22%5D%7D>.

<sup>26</sup> W. Veenendaal, *Politics of the Four European Microstates: Andorra, Liechtenstein, Monaco and San Marino*, in G. Baldacchino e A. Wivel (a cura di), *Handbook on the Politics of Small States*, Cheltenham-UK, 2020, p. 150 ss.

<sup>27</sup> Legge, 7 settembre 2022, n. 127, Regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza (<https://www.consigliograndeegenerale.sm/on-line/home/lavori-consiliari/verbali-sedute/scheda17177841.html>).

<sup>28</sup> Per un utile *sketch* comparativo delle riforme in materia di aborto, e dei trend in chiave globale, v. R.J. Cook e B.M. Dickens, *Abortion*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham-UK, 2023, p. 3 ss. Quanto ai database sui regimi normativi nazionali in materia di aborto nel contesto europeo cfr.: Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 'Women's sexual and reproductive health and rights in Europe', Strasbourg, 2017 (<https://rm.coe.int/women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe-issue-pape/168076dead>); Centre d'action laïque, 'État des lieux de l'avortement en Europe', 2019 (<https://www.laicite.be/app/uploads/2019/07/avortement-en-europe-2019.pdf>). Per una mappa comparativa globale si rinvia, inoltre, a: Center for Reproductive Rights (CRR), 'The World's Abortion Laws',

Partendo da queste premesse, questo saggio si concentrerà sull'accesso all'aborto in Italia, con particolare riguardo all'obiezione di coscienza del personale medico, che appare indifendibile sia alla luce di taluni approcci filosofico-teoretici, sia con riguardo agli attuali regimi internazionali di protezione dei diritti umani.

Le principali domande alle quali si cercherà di fornire risposta sono le seguenti: l'obiezione di coscienza all'aborto è davvero basata sul cattolicesimo, che costituisce la *conventional religious wisdom* del tessuto sociale nazionale? In che modo e in quale misura le narrazioni a sfondo morale e le regole cattoliche e conservatrici fanno parte del *nomos* che ha plasmato e, forse, ancora plasma la legge italiana sull'aborto e l'azione delle istituzioni politiche domestiche negli ultimi decenni?

Per rispondere a questi quesiti utilizzeremo l'argomento storico, cercando di selezionare, nel confronto con le prospettive femministe, il punto di vista e il ruolo della Chiesa cattolica e dei suoi attori, in particolare nel periodo di approvazione della legge sull'aborto; l'argomento empirico, ossia i dati e i controdati che mostrano le criticità operazionali del diritto all'interruzione di gravidanza correlate all'abuso di massa dell'obiezione di coscienza; l'argomento normativo, ossia l'evoluzione del dibattito sull'obiezione di coscienza all'interno del discorso giuridico domestico; l'argomento comparativo, ossia l'analisi del *trend* politico-giuridico interno rispetto ad alcune altre esperienze giuridiche europee.

L'obiettivo è svelare il processo di legittimazione di pratiche sanitarie che hanno di fatto tramutato l'obiezione di coscienza del personale sanitario nelle procedure di aborto da 'eccezione' al diritto statutale, in regola operazionale generale che agisce al di fuori del circuito democratico, incidendo in modo sproporzionato sui diritti di terzi, e perpetuando tratative costruzioni sociali che stigmatizzano sia le donne che intendano abortire, sia i non obiettori.

### 3. *L'obiezione di coscienza 'indifendibile' tra standard internazionali disattesi e decisioni ineffettive*

Nel mosaico comparativo frammentato del vecchio continente, l'Italia si pone in una posizione grigia e ambigua, in ragione del divario sostanziale tra *law in action* e *law in the books*<sup>29</sup>, tra regole formali e regole operazionali. Il sistema giuridico ha infatti legalizzato, dal 1978, l'interruzione di gravidanza, stabilendo una serie di condizioni e procedure per l'accesso a questo servizio sanitario. Tuttavia, sin dall'approvazione della legge si è assistito ad un processo di sabotaggio sostanziale, dovuto ad una molteplicità di fattori legati all'interpretazione e implementazione concreta della legge. Pertanto,

---

(<https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>); e, ancora, World Health Organization (WHO), 'Global Abortion Policies Database' (2018-) (<https://abortion-policies.srhr.org/>).

<sup>29</sup> R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in 44 *American Law Rev.*, 1910, p. 12 s.



L'impatto della normativa non può essere valutato attraverso un mero *black-letter approach*.

La spada di Damocle<sup>30</sup> è, in particolare, la pratica diffusa dell'obiezione di coscienza da parte del personale medico all'interno di un paese dove forte è l'influenza della Chiesa cattolica romana. L'esenzione dall'obbligo di prestazione del servizio abortivo è giustificata da un imperativo etico/religioso riconosciuto dal legislatore (art. 9, L. 194/78)<sup>31</sup>.

La disciplina prevede, dunque, una esplicita interferenza di sistemi discorsivi altri dal diritto: la morale e la religione, infatti, nonostante la secolarizzazione culturale del paese, incidono sulla effettività dell'accesso all'aborto che di fatto, grazie alla presenza di un numero considerevole di obiettori, è negato in molteplici aree regionali del paese.

L'abuso dell'obiezione di coscienza nei casi di aborto è, in verità, un problema che riguarda anche altri paesi<sup>3233</sup> tra i quali la Francia, la Spagna, l'Austria, il Portogallo, la Romania. Tuttavia, nel contesto europeo, è proprio l'Italia ad essere da tempo sotto particolare vigilanza.

Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) ha denunciato in più occasioni le criticità dell'Italia: nel 2014, a seguito di una denuncia collettiva della ONG *International Planned Parenthood Federation-European Network* (IPPF EN)<sup>34</sup>, ha affermato che l'obiezione di coscienza nelle procedure di aborto viola il diritto alla tutela della salute e alla non discriminazione sanciti nella Carta Sociale Europea (art. 11, § 1, da

---

<sup>30</sup> Su questi aspetti, v. E. Caruso, *Abortion in Italy: Forty Years On*, in 28 *Feminist Legal Studies*, 2020, p. 92; L. Busatta, *Abortion Law in Italy: A Pluralist Legislation Lacking Effectiveness?*, in F. Portier-Le Cocq (a cura di), *Debates Around Abortion in the Global North*, New York, 2022, p. 97, 102; F. Minerva, *Conscientious Objection in Italy*, in 41 *Journal of Medical Ethics*, 2015, p. 170 e 172; G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, p. 815 ss.

<sup>31</sup> Legge n. 194, 22 Maggio 1978, n. 140.

<sup>32</sup> C. Zampas e X. Andión-Ibañez, *Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice*, in 19 *European Journal of Health Law*, 2012, p. 233; A. Heino et al., *Conscientious Objection and Induced Abortion in Europe*, in 18 *European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, 2013, p. 231 s. Nei paesi nordici (i.e.: Svezia, Finlandia e Islanda), probabilmente con un minore livello di cultura sessista, l'obiezione di coscienza nelle procedure di aborto in ospedali pubblici è vietata: C. Fiala et al., *Yes We Can! Successful Examples of Disallowing 'Conscientious Objection'*, *ivi*, vol. 21, 2016, p. 201 ss.

<sup>33</sup> B. Marques-Pereira, *Abortion in the European Union*, Foundation for European Progressive Studies and the Karl Renner Institute in association with London Publishing Partnership, Brussels, 2023, p. 17 s.

<sup>34</sup> Collective Complaint, International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy, No. 87/2012, (ECSR, Sept., 3 2012); Resolution CM/ResChS(2014)6, ECSR, International Planned Parenthood Federation-European Network (IPPF-EN) v. Italy, No. 87/2012 (Apr. 30, 2014). V. sul punto, M. D'Amico, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy* (Collective Complaint No. 87/2012), in M. D'Amico e G. Guiglia (a cura di), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli, 2014, p. 219 ss.

solo e in combinato disposto l'art. E), data la mancanza di professionisti non-obiettori negli ospedali pubblici, che limita illegittimamente l'accesso all'interruzione di gravidanza. Le donne, infatti, sono costrette a trasferirsi in altre regioni o all'estero, il che significa aumentare sia i rischi per la loro salute mentale o fisica, sia i livelli di disuguaglianza, che derivano anche dalla combinazione di fattori socio-economici e geografici (*i.e.*: discriminazione intersezionale e multipla)<sup>35</sup>. La legge nazionale sull'aborto, secondo il CEDS, è, dunque, inefficace in quanto il suo art. 9, comma 4 obbligherebbe, invece, tutte le strutture sanitarie pubbliche a fornire i servizi di aborto 'in tutti i casi', anche quando il numero di obiettori di coscienza è elevato.

Ancora, nel 2016<sup>36</sup>, dopo un reclamo collettivo presentato, questa volta, dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), il Comitato ha sottolineato che l'accesso all'aborto è quasi impossibile in alcune regioni del paese. In questa seconda decisione è stata altresì rilevata una violazione dell'art 1, § 2 della Carta sociale, che tutela le condizioni di lavoro, in ragione del trattamento differenziato esistente tra operatori sanitari obiettori e non obiettori, nonché una violazione dell'art. 26, § 2 (dignità del lavoro), poiché il governo italiano non avrebbe posto in essere adeguate misure preventive di formazione e sensibilizzazione per proteggere il personale non obiettore dalle molestie morali e dalla discriminazione che subisce nei contesti lavorativi.

Da allora nulla è realmente cambiato, nonostante si registri un formale calo nazionale del numero di aborti negli ultimi decenni.

Il Comitato europeo dei diritti sociali, nei successivi *follow-up* alle decisioni menzionate, ha continuato a rimarcare le medesime criticità. Nel 2018<sup>37</sup>, in particolare, si evidenzia che la riduzione del numero interruzioni di gravidanza non è di per sé un dato determinante in quanto potrebbe essere il risultato di ostacoli all'accesso ai servizi di interruzione di gravidanza quali, in particolare, il numero elevato di obiettori e la loro distribuzione sul territorio nazionale, che può a sua volta dar luogo al ricorso ad aborti clandestini (così come rilevato, peraltro, dallo stesso Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel sesto rapporto periodico dell'Italia del 2017)<sup>38</sup> (§ 531). Permane, quindi, un livello significativo di discriminazione e di rischio per la salute delle donne: nonostante alcuni miglioramenti generali, «persistono ancora grandi

---

<sup>35</sup> K. Lukas e C.Ó. Cinneide, *Gender Equality Within the Framework of the European Social Charter*, in R.J. Cook (a cura di), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2023, p. 219, 232.

<sup>36</sup> Resolution CM/ResChS(2016)3, ECSR, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v Italy, Complaint No 91/2013.

<sup>37</sup> ECSR, 'Follow-up to Decisions on the Merits of Collective Complaints – Findings 2018', 31 December 2018, § 153, p. 113-ss. (<https://rm.coe.int/findings-2018-on-collective-complaints/168091f0c7>).

<sup>38</sup> Ibid.; v., inoltre, United Nations Human Rights Committee, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Italy, UN Doc. CCPR/C/ITA/CO/6 (1 May 2017). Analoghi rilievi critici sull'obiezione di coscienza nelle procedure di aborto in Italia sono stati sollevati in United Nations Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding observations on the seventh periodic report of Italy, UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/7 (24 July 2017).

disparità a livello locale, soprattutto perché un certo numero di medici non obiettori non sono assegnati ai servizi di aborto o non lavorano a tempo pieno» (§ 537). Non vi è, inoltre, alcuna prova adeguata di un impegno da parte del governo nazionale finalizzato a garantire una protezione efficace dei medici non obiettori nell'ambiente di lavoro contro azioni discriminatorie, offensive o ingiuriose<sup>39</sup> (§§ 537-8).

Ancora, a marzo 2021<sup>40</sup> (e successivamente nel 2023) emerge una surrettizia violazione dei principi della Carta sociale, derivante da una poco chiara analisi dei dati soprattutto a livello regionale. I report del Governo, infatti, non riescono a dimostrare che le disparità locali nella prestazione del servizio di IVG siano state effettivamente ridotte, né che il numero di personale medico delle strutture sia adeguato<sup>41</sup>. Non è possibile sapere, inoltre, in che modo i sistemi sanitari regionali stiano in concreto operando per garantire un accesso all'aborto efficiente, sicuro ed egualitario. Mancano informazioni specifiche sul numero e sulla percentuale di richieste di aborto non eseguite per mancanza di ginecologi o altro personale sanitario non obiettore.

Le contro-osservazioni presentate dal CGIL, sulla base dei dati temporalmente successivi rispetto a quelli del Governo, infatti, hanno rilevato un aumento del numero di ginecologi obiettori a livello nazionale (69%), con picchi percentuali estremamente preoccupanti al Sud (oltre 70% di media regionale, fino al 92,3% nella regione Molise)<sup>42</sup>. Anche il numero degli anestesisti obiettori è allarmante: il tasso è pari o superiore al 60% come media regionale. Questo è un elemento significativo se si considera che in Italia oltre il 50% delle procedure di IVG richiede la presenza di anestesisti essendo ancora prevalente l'aborto chirurgico. Inoltre, le evocate contro-osservazioni, come rilevato nella decisione del CEDS, precisano che non ci sono dati sugli aborti clandestini, né sul numero di obiettori all'interno del personale che opera nei consultori familiari, ai quali spetterebbe il compito di fornire servizi di assistenza e prevenzione alle donne che intendano abortire. Il monitoraggio sul mancato accesso all'interruzione di gravidanza nei singoli ospedali e nelle varie regioni, dovuto alla presenza di obiettori di coscienza, è parimenti inadeguato. Di conseguenza, i dati nazionali appaiono insufficienti o incongruenti, sovra o sottostimati.

E' innegabile che *il legal reasoning* delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali difetta di qualcosa di essenziale. Non è focalizzato sulle esperienze delle donne, né sulla autonomia e autodeterminazione nelle scelte sessuali e riproduttive. Non si adopera una prospettiva di genere che sarebbe, forse, potuta emergere integrando l'argomentazione con il riferimento ad ulteriori regimi e standard internazionali a protezione dei diritti umani<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> ECSR (2018), cit., p. 114.

<sup>40</sup> ECSR, 'Follow-up to decisions on the merits of collective complains. Finding 2020', 25 March 2021, p. 187 ss. (<https://rm.coe.int/findings-ecrs-2020/1680a1dd39>).

<sup>41</sup> Ibid., p. 189.

<sup>42</sup> Ibid., p. 189.

<sup>43</sup> E. Bribosia, I. Isailovic e I. Rorive, *Objection ladies! Taking IPPF-EN v Italy (ECSR) one step further*, in E. Brems e E. Desmet (a cura di), *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*,

Un approccio normativo, multilivello e integrato avrebbe potuto tener conto di taluni trend significativi. I regimi e gli standard internazionali a tutela dei diritti umani, invero, non richiedono che gli stati concedano l'obiezione di coscienza al personale sanitario nel contesto dei servizi di aborto e di riproduzione. Tuttavia, laddove l'ordinamento giuridico domestico sia dotato di una clausola di coscienza, è necessario che tale ordinamento preveda e sia in grado di attuare *frameworks* normativi, di controllo ed *enforcement* capaci di garantire che l'esercizio del rifiuto non comprometta né ostacoli l'effettivo accesso delle donne alla interruzione di gravidanza<sup>44</sup>. Ciò significa che gli Stati sono tenuti ad adottare, come minimo, alcune misure di protezione sostanziale quali, ad esempio: garantire adeguata disponibilità e distribuzione di operatori sanitari non obiettori; vietare l'obiezione di coscienza istituzionale; stabilire sistemi rapidi di indirizzamento delle donne-pazienti a personale non obiettore e in concreto disponibile; divulgare informazioni sui diritti di assistenza all'aborto; individuare chiari limiti giuridici all'obiezione di coscienza, istituendo solidi meccanismi di monitoraggio, supervisione e applicazione per garantire la conformità delle prassi con le normative vigenti<sup>45</sup>.

#### 4. *L'argomento kantiano: l'uso privato della coscienza e i suoi limiti*

Nonostante i limiti e l'incompletezza dell'argomentazione, le menzionate decisioni del CEDS relative all'Italia hanno l'indubbio merito di aver svelato l'abuso seriale dell'obiezione di coscienza, che ha convertito questo strumento in un dispositivo bio-politico di sabotaggio della legge nazionale sull'interruzione di gravidanza e, dunque, di violenza e discriminazione strutturale nei confronti di molte donne e dello stesso personale sanitario non obiettore.

---

Cheltenham- UK/Northampton-MA, 2017, p. 262 s.; nonché, con ulteriori riflessioni, E. Bribosia e I. Rorive, *Seeking to Square the Circle: A Sustainable Conscientious Objection in Reproductive Health Care*, in S. Mancini e M. Rosenfeld (a cura di), *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge, 2018, p. 401 ss.

<sup>44</sup> Cfr.: *European Human Rights Jurisprudence on State Obligations to Guarantee Women's Access to Legal Reproductive Health Care*, Center for Reproductive Rights, Geneva, 2018 ([https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/GLP\\_Refusals\\_FS\\_Web.pdf](https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/GLP_Refusals_FS_Web.pdf)), p. 6 s.; Res. CM/ResChS(2015)13 of the Committee of Ministers on Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE) v. Sweden, Complaint No. 99/2013 (17 June 2015), § 70; le recenti decisioni gemelle della Corte edu, ECtHR, Grimmark v. Sweden, Application no. 43726/17, 11 February 2020; ECtHR, Steen v. Sweden, Application no. 62309/17, 11 February 2020, con i commenti di W. Brzozowski, *The Midwife's Tale: Conscientious Objection to Abortion after Grimmark and Steen*, in 10 *Oxford Journal of Law and Religion*, 2021, pp. 298, 301; e di S. Zaami et al., *The Highly Complex Issue of Conscientious Objection to Abortion*, in 26 *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, 2021, p. 349 s.

<sup>45</sup> *European Human Rights Jurisprudence on State Obligations to Guarantee Women's Access to Legal Reproductive Health Care*, cit., p. 8; e, soprattutto, WHO, *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health systems*, II ed. Geneva, 2012, p.69, spec. p. 96.

La questione essenziale da considerare è che il rifiuto per motivi di coscienza o religiosi, nonostante i vigenti obblighi internazionali sui diritti umani a carico degli stati è divenuto, in alcuni paesi, tra i quali l'Italia, un ostacolo 'indefensible' all'accesso sicuro e tempestivo ai servizi di aborto, come provocatoriamente ha affermato l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)<sup>46</sup> nelle sue ultime *Guidelines*.

L'argomento filosofico consente di guardare il problema da un ulteriore angolo visuale e, per certi aspetti, di semplificarlo quanto meno su un piano teorico.

Nel 1783 il filosofo Immanuel Kant tentava di rispondere ad un interrogativo: cosa è l'illuminismo? (*Was ist Aufklärung?*)<sup>47</sup>. La risposta, ben nota, è che questo concetto indica l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità o immaturità a lui stesso imputabile. La condizione costitutiva per affrancarsi dal giogo della minorità è la libertà «di fare pubblico uso della propria ragione in tutti i campi», in quanto fondamento necessario e ineludibile per il dibattito pubblico e lo sviluppo della conoscenza.

Kant, tuttavia, effettua una importante distinzione: l'uso pubblico della propria ragione è diverso dall'uso privato. Il primo, infatti, è l'uso che un uomo «ne fa in quanto studioso, davanti all'intero pubblico dei lettori». L'uso privato, invece, è quello «che a un uomo è lecito esercitare in un certo ufficio o funzione civile a lui affidata»<sup>48</sup>. Il primo deve essere libero, altrimenti il processo di uscita dell'uomo dallo stato di immaturità colpevole non potrà compiersi. Per contro, l'uso privato potrà essere soggetto a limitazioni senza per questo intaccare siffatto processo.

«Ora, in alcune attività che riguardano l'interesse della cosa comune [*gemeinen Wesen*] è necessario un certo meccanismo per il quale alcuni membri di essa devono comportarsi in modo puramente passivo, così che il governo, tramite un'armonia artefatta, diriga costoro verso pubblici scopi, o almeno li induca a non contrastare tali scopi. Qui però non è certamente permesso ragionare; al contrario, si deve obbedire»<sup>49</sup>. In sostanza, l'uso privato della ragione nell'ambito di un certo ufficio o funzione civile può essere limitato per finalità pubbliche. Ed ecco un esempio paradigmatico: i sacerdoti che non sono d'accordo con alcune dottrine della Chiesa dovrebbero agire e rivolgersi alle loro congregazioni in conformità con gli insegnamenti fondamentali della Chiesa, essendo stati assunti per questa finalità. Le cose cambiano quando gli stessi sacerdoti parlano o scrivono come studiosi rivolgendosi al grande pubblico. In questo caso la libertà di usare la ragione è illimitata.

---

<sup>46</sup> WHO, *Abortion Care Guidelines*, Geneve, 2022 (Recommendation no. 22), p. 60. V., inoltre: WHO, *Abortion Care Guideline. Web Annex A. Key International Human Rights Standards on Abortion*, Geneve, 2022, p. 18; Center for Reproductive Rights, *WHO's New Abortion Guideline: Highlights of Its Law and Policy Recommendations*, 2022, p. 13.

<sup>47</sup> I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, trad. in italiano a cura di F. Di Donato della originaria versione tedesca [I. Kant, «*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*» in *Berlinische Monatsschrift*, 04 (Dezember), 1784, p. 481 ss.], in *Bollettino telematico di filosofia politica* ([http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant\\_7/ar01s04.xhtml#ftn.idm981](http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s04.xhtml#ftn.idm981)).

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

Se trasponiamo un tale esempio dagli ecclesiastici al personale medico-sanitario accade qualcosa di paradossale. Entrambi agiscono in contesti professionali. Pertanto, anche i medici dovrebbero garantire la prestazione dell'attività di assistenza sanitaria ai loro pazienti all'interno delle strutture nelle quali operano.

Se si parte dal presupposto che questo parallelismo ideale possa adattarsi al nostro ragionamento, questo dovrebbe implicare che i disaccordi di coscienza non possano interferire con i doveri professionali, poiché la libertà di coscienza non darebbe diritto «to special accommodation ... In particular, it does not entitle us to refuse to perform the duties assigned to enable the delivery of public goods while enjoying all the benefit of employment».<sup>50</sup>

C'è qualcosa in più che è possibile apprendere da Kant. Non sempre la coscienza è illuminata. Quando la coscienza ha internalizzato costruzioni sociali o religiose è artificiale e immatura. Ciò significa che non si è in grado di utilizzare il proprio intelletto «senza la guida di un altro»<sup>51</sup>, rimanendo imbrigliati in uno stato di minorità. Non si è, in siffatti casi, agenti (moral) autonomi; non si è in questi casi, illuminati. Ebbene, quando i professionisti sanitari aderiscono acriticamente a dottrine e credenze religiose o sociali nel processo decisionale, la loro coscienza andrebbe considerata artificiale e, dunque, non meritevole di protezione. Ed è noto che le convinzioni religiose costituiscono la base più comune per giustificare il rifiuto di coscienza in ambito sanitario.

Seguendo la logica kantiana, il medico obiettore che davvero ritenga di non poter svolgere la prestazione richiesta dal proprio ruolo professionale dovrebbe, in sostanza, cercarsi un altro impiego<sup>52</sup>. In fondo, diventare medico, e in particolare ginecologo o ostetrico, è una scelta volontaria.

L'obiezione di coscienza, inoltre, come si argomenterà nel prosieguo della riflessione, non è una forma di 'disobbedienza civile'. Gli obiettori di coscienza sono altro dai disobbedienti civili. Questi ultimi palesano la loro integrità morale accettando le potenziali conseguenze negative derivanti dalle loro azioni, comunicando apertamente e motivando la loro resistenza politica finalizzata a contrastare o modificare le leggi esistenti ritenute ingiuste. Al contrario, il personale medico obiettore, quanto meno in Italia e nel contesto delle procedure di aborto, non è tenuto ad un dissenso pubblico e aperto. Il costo del rifiuto morale individuale di fornire la

---

<sup>50</sup> J. Kennett, *The Cost of Conscience: Kant on Conscience and Conscientious Objection*, in 26 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2017, 69, 74; M. Cholbi, *The Right to Die and The Medical Cartel*, in 1 *Ethics, Medicine, and Public Health*, 2015, 486, 492.

<sup>51</sup> I. Kant., *o.l.u.c.*

<sup>52</sup> J. Kennet, *o.u.c.*, p. 76. Le teorie politiche liberali articolano la differenziazione tra disobbedienza civile e obiezione di coscienza sulla base di molteplici argomenti, non sempre convergenti: J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 263; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971, p. 293; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge-MA, 1977, p. 249; in diversa prospettiva, K. Brownlee, *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, Oxford, 2012; K. Brownlee, *Conscientious Objection and Civil Disobedience*, in A. Marmor (a cura di), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York, 2012, p. 527 ss.

prestazione sanitaria ricade, in tal modo, esclusivamente sui pazienti, in particolare sulle donne, il cui diritto alla salute e alle cure è compromesso o addirittura negato. Il costo ricade anche sul personale non obiettore, creando uno stato di immunità<sup>53</sup>, dunque, un privilegio esclusivo per chi rifiuta.

Anche dal punto di vista teorico e filosofico, l'obiezione di coscienza del personale sanitario sembra, quindi, difficilmente difendibile.

Ed è proprio questo il punto: l'argomento filosofico aiuta a svelare il complesso conflitto che esiste tra operatori sanitari e pazienti, soprattutto quando l'obiezione di coscienza collide con il diritto all'aborto. Una questione cruciale, questa, che storicamente attraversa il sistema sociale, giuridico e culturale domestico<sup>54</sup>.

##### 5. *L'argomento storico: genealogia della regolazione dell'aborto prima della decriminalizzazione. Il potere discorsivo e il ruolo della Chiesa cattolica*

L'avvio del dibattito sull'aborto in Italia viene solitamente datato agli inizi degli anni '70, in ritardo rispetto al contesto americano e nord-europeo. La spinta al cambiamento avviene attraverso i movimenti femministi<sup>55</sup> per l'emancipazione del corpo femminile e la lotta al patriarcato e, in particolare, del 'Movimento di liberazione della Donna', ispirato all'omonimo movimento americano nato qualche anno prima, e dal supporto del partito politico dei radicali. Il fine era risolvere un problema sociale, prima ancora che etico: la clandestinità dell'interruzione di gravidanza, con i correlati

---

<sup>53</sup> H. LaFollette, *My Conscience May Be My Guide, but You May Not Need to Honor It*, in 26 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2017, p. 44 ss.

<sup>54</sup> Per una ricerca storica assai accurata non può che rinviarsi a G. Scirè, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano, 2008; v. anche G. Galeotti, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003 e, con significativi spunti critici rispetto alla sedicente dimensione metastorica dell'aborto in Italia, A. Gissi e P. Stelliferi, *L'aborto. Una storia*, Roma, 2023.

<sup>55</sup> Sulla complessità ed eterogeneità dei movimenti femministi nel contesto nazionale, con particolare riguardo alla seconda ondata e all'emersione dei fondamenti del c.d. femminismo della differenza, nella assai ampia letteratura cfr.: F. Lussana, *Il movimento femminista in Italia. Esperienze, storie, memorie*, Roma, 2012; M.A. Bracke, *Women and the Reinvention of the Political: Feminism in Italy, 1968-1983*, New York, 2014; P. Stelliferi, *An Apparent Victory? The Struggle for Abortion in Italy Prior to the 194/1978 Law*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient*, 2/2022, pp. 97-121; A. Cavarero, *Il pensiero femminista, un approccio teorico*, in A. Cavarero e F. Restaino, *Le filosofie femministe*, Torino, 1999, p. 111 ss.; M.L. Boccia, *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, Milano, 2002; le riflessioni, originate negli anni '70 di Carla Lonzi, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, a cura di A. Buttarelli, Ariccia, 2023, spec. pp. 15 ss., 23 ss.; *Libreria delle donne di Milano. Non credere di avere dei diritti*, Torino, 1983; inoltre, per una attenta indagine in chiave costituzionale e comparata (i.e.: Stati Uniti, Germania e Italia) sulle tecnologie riproduttive, filtrata attraverso i fondamenti teorico-filosofici del pensiero femminista sia liberale, sia di impronta socialista e marxista, v. A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, 2020, Milano.

rischi per la salute delle donne, che affliggeva soprattutto le classi più povere e favoriva deprecabili forme di 'turismo abortivo'<sup>56</sup>.

In quegli anni l'aborto era un reato che figurava tra i 'Delitti contro l'integrità e sanità della stirpe' (Titolo X, Codice Rocco)<sup>57</sup>, in linea con il lessico totalitario del fascismo<sup>58</sup>, orientato al controllo bio-politico e alla promozione demografica delle nascite attraverso *bonus* e incentivi alla maternità. L'attacco alla vita era, per il regime, un attacco all'interesse supremo della nazione; l'identità etnica e la potenza della nazione assorbiva la stessa idea di società<sup>59</sup>. La procreazione era un dovere patriottico. Pertanto, diritto (penale), politica (eugenetica di sostegno alla purezza e alla crescita della razza) e cattolicesimo trovavano una convergenza discorsiva di valori e di intenti. Era possibile sottrarsi alla responsabilità penale soltanto in presenza della scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

Perfino la distribuzione di contraccettivi era criminalizzata. Il pensiero cattolico dominante riteneva che il 'sistema della continenza' periodica, tramite il metodo Ogino-Knaus, fosse l'unico possibile mezzo di prevenzione di gravidanze indesiderate. Soltanto nel 1971, una sentenza della Corte costituzionale ha legalizzato la pillola anticoncezionale<sup>60</sup>, abrogando l'art. 553 c.p. che puniva «la propaganda dei mezzi atti a impedire la procreazione». Questa norma era stata fino quel momento considerata legittima perché conforme ai *boni mores* nazionali, ossia ad una morale pubblica essenzialmente coincidente, all'epoca, con i costumi cattolici.

La Chiesa ha evidentemente giocato, e tutt'ora gioca, all'interno del dibattito sul tema, un ruolo oppositivo fondamentale in alleanza con gruppi politici conservatori. L'aborto è condannato<sup>61</sup> in quanto contrario alla vita che è tale, tendenzialmente, sin dal concepimento, dunque disumano. L'origine di questo dogma cattolico viene

---

<sup>56</sup> S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56; A. Tafuro, *Italian Girls in Trouble». Abortion Travels and Transnational Abortion Referral Networks (Rome, London, Paris, 1967-1981)*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, 2/2022, p. 123 ss.

<sup>57</sup> Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe, abrogato dalla L. 22 maggio 1978, n. 194, art. 22. V. sul punto, T.E. Contieri, *Integrità e sanità della stirpe (Delitti contro la)*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, VI, p. 1191 ss., ove si evidenzia che il nuovo codice aveva introdotto sanzioni per l'aborto assai più severe della legislazione precedente contenuta nel Codice Zanardelli del 1889.

<sup>58</sup> V. De Grazia, *How Fascism Ruled Women: Italy 1922-1945*, Berkeley, 1992; D.D. Roberts, *Myth, Style, Substance and the Totalitarian Dynamic in Fascist Italy*, in 16 *Contemp. Eur. Hist.*, 2007, p. 1 ss.

<sup>59</sup> D. Horn, *Social Bodies: Science, Reproduction, and Italian Modernity*, Princeton, 1994, p. 83 s.

<sup>60</sup> Corte cost., 10 marzo 1971, n. 49, Racc. uff. corte cost., 1971, che ha ribaltato la sua progressiva posizione (Corte cost., 4 febbraio 1965, n. 9, Racc. uff. corte cost., 1965), entrambe reperibili in <https://giurcost.org/>.

<sup>61</sup> P. Sardi, *L'aborto ieri e oggi*, Brescia, 1975; R. Hensman, *Christianity and abortion rights*, in 5 *Feminist Dissent*, 2020, p. 155 ss. I cattolici *pro-choice* hanno sovente cercato di dimostrare la non monoliticità e univocità delle posizioni cattoliche sulla personalità dell'embrione e del feto. L'analisi storica ha rilevato una varietà di prospettive, alcune delle quali non considerano la vita come sacra sin concepimento (J. Hurst, *The History of Abortion in the Catholic Church: The Untold Story*, Washington, DC, 1983).



rintracciato nella storica bolla di Papa Sisto V, *Constitutio Effraenatam*, del 1558 che vietava qualsiasi forma di aborto, definito come la «morte prematura e l'uccisione (...) di un'anima creata a immagine di Dio e di figli... prima che possano ricevere dalla natura la loro porzione di luce»: un «atto abominevole e malvagio»<sup>62</sup>. Alla violazione del divieto seguiva la scomunica dalla fede e un processo per omicidio davanti ai tribunali sia ecclesiastici che civili.

Invero, recenti studi sulla storia dell'aborto nell'Italia all'inizio dell'età moderna, attraverso un'analisi approfondita di microstorie e narrazioni, soprattutto femminili, hanno svelato le dinamiche e gli atteggiamenti sociali complessi e ambivalenti nei confronti delle interruzioni forzate e/o volontarie della gravidanza, rilevando il divario significativo tra le dichiarazioni ufficiali delle autorità e le concrete pratiche e credenze sociali, assai meno ostili. Sicché non appare possibile affermare «an absolute and timeless antiabortion culture, that exemplary 'Catholic Italian' and 'traditional family' society some today might wish to conjure for political ends»<sup>63</sup>.

Tuttavia, nonostante questa naturale ambiguità sociale attorno ad un tema tanto delicato, e la possibile strumentalizzazione del pensiero cattolico, specie da parte dei movimenti *pro-life*<sup>64</sup> e *pro-family*, le comunicazioni ufficiali predominanti delle autorità ecclesiastiche sono rimaste, inevitabilmente, pressoché costanti.

Solo per menzionare alcuni documenti simbolici del '900, basti citare l'enciclica '*Casti Connubii*' (1930) di Pio XI<sup>65</sup> che si opponeva a qualsiasi forma di interruzione della gravidanza anche in casi di rischio per la salute della madre, accusando l'emancipazione femminile (sociale, economica e anche 'fisiologica') di privare la donna della dignità e di corrompere la famiglia. Analogamente Pio XII<sup>66</sup>, in un congresso del *Fronte della famiglia* del 1951, ribadiva che il diritto alla vita è una derivazione diretta e immediata da Dio, escludendo che qualsiasi membro della società civile o del mondo scientifico possa decidere su di esso, o bilanciare la vita della donna con quella del feto.

Il concilio Vaticano II, nella costituzione pastorale '*Gaudium et spes*' del 1965 ascriveva l'aborto e l'infanticidio ai *nefanda crimina*<sup>67</sup>. Ancora, nel 1968, l'enciclica

---

<sup>62</sup> J. Christopoulos, *Abortion in Early Modern Italy*, Cambridge-MA, 2021, p. 12 (libera traduzione in italiano nel testo).

<sup>63</sup> J. Christopoulos, *o.n.c.*, p. 14.

<sup>64</sup> Per una analisi degli aspetti morali dell'aborto nella storia delle società occidentali, di là dalle opposte narrazioni dei movimenti *pro-life* e *pro-choice* v., M. Mori, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino, 2008.

<sup>65</sup> Enciclica di Papa Pio XI sul matrimonio cristiano, *Casti Connubii*, 31 dicembre 1930 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>66</sup> *Discorso di Sua Santità Pio PP. XII ai partecipanti al Convegno del «Fronte della famiglia» e della Federazione delle associazioni delle famiglie (27 Novembre 1951)*, in *Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII, XIII, Tredicesimo anno di Pontificato (2 marzo 1951 - 1 marzo 1952, Tipografia Poliglotta Vaticana)*, p. 413 ss. Per ulteriori dettagli, G. Verrucci, *La Chiesa cattolica in Italia dall'unità ad oggi*, Roma-Bari, 1999, p. 56 s.

<sup>67</sup> Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, *Gaudium et Spes*, Papa Paolo VI, 7 dicembre 1965, § 51. ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

*Humanae vitae*<sup>68</sup> di Paolo VI riaffermava espressamente il divieto alla contraccezione<sup>69</sup> e all'aborto volontari ed artificiali. Si dichiarava, in conformità con i fondamenti della dottrina cristiana sulla vita umana e il matrimonio, che «è assolutamente da escludere, come via lecita per la regolazione delle nascite, l'interruzione diretta del processo generativo già iniziato, e soprattutto l'aborto diretto, anche se procurato per ragioni terapeutiche»; si condannava «la sterilizzazione diretta, sia perpetua che temporanea, tanto dell'uomo che della donna» e financo «ogni azione che, o in previsione dell'atto coniugale, o nel suo compimento, o nello sviluppo delle sue conseguenze naturali, si proponga, come scopo o come mezzo, di impedire la procreazione». Lo stereotipo sotteso a questa strategia di comunicazione è la sovrapposizione tra donna e madre: la donna è tale esclusivamente per la sua vocazione a generare figli e per la sua dedizione, incondizionata ed esclusiva, alla famiglia.

#### 6. *Segue. Resistenze persistenti vs aperture giusgenerative della Corte costituzionale*

Il diritto penale canonico del 1917 (can. 2350), inoltre, prevedeva espressamente la scomunica *latae sententiae* contro la madre e 'chiunque procurasse l'aborto'<sup>70</sup> (*qui abortum procurat, effectu secuto*), ossia l'autore, il coautore o qualsiasi complice necessario (can. 1329, commi 1 e 2)<sup>71</sup>. L'aborto diretto e intenzionale era un crimine, non anche quello involontario (mero effetto collaterale di altra azione) o spontaneo. Questa disciplina, peraltro, è rimasta inalterata<sup>72</sup> sino ad oggi, nonostante la riforma del Codice di diritto canonico del 1983.

Ancora agli inizi degli anni '70, la posizione ufficiale della chiesa in Italia non distingueva tra morale e diritto (penale). Dopo la rivoluzionaria sentenza *Roe v. Wade*<sup>73</sup> della *Supreme Court* americana, che aveva liberalizzato l'aborto sulla base del diritto alla *privacy* della donna contro l'intromissione statale, una dichiarazione ufficiale delle

---

<sup>68</sup> Enciclica del Sommo Pontefice Paolo VI, *Humanae Vitae*, 25 luglio 1968, § 14 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>69</sup> *Humanae vitae* ha avuto un notevole impatto anche sui leader spirituali americani, nonostante la contraccezione fosse diffusa nel paese già dalla metà degli anni '60: L.W. Tentler, *Catholics and Contraception: An American History*, Ithaca, 2004, p. 265 ss.

<sup>70</sup> P. Cipriotti, *Aborto. Diritto canonico*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 140 s.

<sup>71</sup> J. Sanchis, *L'aborto procurato: aspetti canonistici*, in *Ius Ecclesiae*, Rivista internazionale di diritto canonico, 1989, p. 663 ss.

<sup>72</sup> Can. 1397-8, Codice di diritto canonico ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>73</sup> La decisione *Roe v. Wade*, per quanto rivoluzionaria, è stata oggetto di significative critiche in quanto fonda la protezione del diritto all'aborto essenzialmente sulla *privacy* e sul sapere elitario dei medici piuttosto che sull'eguaglianza e autonomia delle donne: R.B. Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in 63 *North Carolina Law Review*, 1985, p. 375; C.A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in 100 *Yale Law Journal*, 1991, p. 1281. Per una analisi degli argomenti utilizzati dalla *Supreme Court of the United States* nelle sue ultime sentenze in materia di aborto, valorizzando il punto di vista femminista v. A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, p. 1 ss., 12 ss.

istituzioni cattoliche ribadiva un convinto ostracismo a qualsiasi intervento legislativo<sup>74</sup> di legalizzazione dell'interruzione di gravidanza. In particolare, l'episcopato, nel 1974, elaborava un testo dettagliato, la 'Dichiarazione sull'aborto procurato'<sup>75</sup>, che la stampa, in specie comunista e socialista, aveva addirittura definito atto di ingerenza della Chiesa sullo Stato, e incitamento alla 'disobbedienza civile' del personale sanitario per ragioni di coscienza<sup>76</sup>.

Il quadro normativo del tempo cominciava, invero, timidamente a cambiare, stemperando le rigidità di un diritto di famiglia ancorato ai paradigmi della famiglia patriarcale. L'introduzione del divorzio e la riforma del diritto di famiglia aprivano le porte ad una maggiore considerazione della condizione femminile e ad un approccio legislativo più liberale. La dottrina giuridica e la magistratura, a loro volta, promuovevano una rilettura anti-formalista degli istituti giuridici e, con essa, una transizione progressiva verso la stagione del 'costituzionalismo' del diritto dei privati<sup>77</sup>.

In questo quadro di cambiamento endogeno dell'*Italian style*<sup>78</sup>, è la Corte costituzionale, non il legislatore, a dare impulso concreto alla decriminalizzazione dell'aborto, allineandosi ad un clima globale di *judicial activism* delle corti costituzionali nazionali sul tema<sup>79</sup>.

La storica decisione del 1975 dichiara parzialmente incostituzionale l'art. 546 del codice penale<sup>80</sup>, relativo all'aborto procurato. Applicando la tecnica del bilanciamento di diritti<sup>81</sup>, la Corte ha affermato che la protezione del feto non può avere una priorità assoluta sulla vita e la salute della madre (art. 32 cost.) ove messe in pericolo dalla continuazione della gravidanza. Inoltre, ha dichiarato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». L'argomento dell'assenza della personalità/soggettività giuridica evoca, peraltro,

---

<sup>74</sup> G. Scire, *L'aborto in Italia*, cit., p. 41.

<sup>75</sup> 'Dichiarazione sull'aborto procurato', Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, 18 Novembre 1974 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>76</sup> *Nuovo no della Chiesa all'aborto*, 'Avanti', 26 Novembre 1974, p. 2 ([https://avanti.senato.it/js/pdfjs-dist/web/viewer.html?file=/files/reader.php?f%3DAvantiIII/AVANTI\\_ROMA/1974/1974\\_10-11-12/1974\\_11\\_26\\_276\\_Edizione-romana.pdf](https://avanti.senato.it/js/pdfjs-dist/web/viewer.html?file=/files/reader.php?f%3DAvantiIII/AVANTI_ROMA/1974/1974_10-11-12/1974_11_26_276_Edizione-romana.pdf)).

<sup>77</sup> P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss.

<sup>78</sup> Secondo la concettualizzazione proposta da J.H. Merryman, *The Italian Style I: Doctrine*, in 18 *Stanford Law Review*, 1965, p. 39 ss.; Id., *The Italian Style II: Law*, in 18 *Stanford Law Review*, 1966, p. 396, e 400 ss.; Id., *The Italian Style III: Interpretation*, *ivi*, p. 583 ss.; utile precisare che il formalismo e il positivismo della cultura e della tradizione giuridica italiana si spiega alla luce della reazione al regime fascista: G. Calabresi, *Two Functions of Formalism: In Memory of Guido Tedeschi*, in 67 *University of Chicago Law Review*, 2000, p. 479, spec. p. 482.

<sup>79</sup> *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali: Usa, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, 1976.

<sup>80</sup> Corte Cost, 18 Febbraio 1975, n. 27, in <https://giurcost.org/>.

<sup>81</sup> G. Brunelli, *L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BioLaw Journal*, Special issue, 2023, p. 17 ss.

quanto statuito proprio nel caso *Roe v. Wade*: l'impossibilità di qualificare il feto in termini di *legal person* supporta il non riconoscimento di autonomi diritti costituzionali.

La decisione della Corte costituzionale viene subito definita ipocrita e aberrante dai periodici cattolici gesuiti<sup>82</sup>. La sua potenza è stata in ogni caso dirompente e rivoluzionaria, nel segno di un potere normativo non soltanto giuridico, bensì fortemente giusgenerativo<sup>83</sup>, ossia trasformativo. Per la prima volta si incide sulla legislazione penale fascista che criminalizzava l'aborto, traslando il discorso dal piano sociale delle lotte e delle mobilitazioni per la liberazione delle donne, in particolare dei movimenti della seconda ondata del femminismo, ad un luogo politico e giuridico. Non si parla, invero, di libertà di autodeterminazione delle donne nelle scelte procreative, né di *privacy*, né di eguaglianza, né di corpi delle gestanti, bensì di protezione della salute di un soggetto già formato. Tale argomento giuridico è, in certo senso, paternalistico e di vittimizzazione della donna, considerata debole, vulnerabile, da proteggere. Tuttavia, era l'unico capace, in quel momento storico, di offrire una giustificazione normativa e valoriale all'aborto, senza sovvertire gli equilibri politici, anzi rinsaldando il legame legittimante tra «essi e l'ordine costituzionale»<sup>84</sup>.

I giudici costituzionali aprono, così, un varco per il legislatore nazionale, indicando una via possibile da seguire, sia pur rimanendo ancorati ad una logica oppositiva di bilanciamento dell'interesse della donna e del nascituro.

#### *7. La legge sull'interruzione di gravidanza e i suoi compromessi storici. Paternalismo o modello discorsivo?*

Inizia così la lunga marcia verso l'approvazione della legge. Nonostante la resistenza del mondo cattolico e dei gruppi politici alleati, nonostante vari referendum popolari abrogativi e proposte di legge rimasti lettera morta, dopo anni di dibattiti e arresti, la legge n. 194 viene promulgata nel 1978. Il contesto politico era devastato dall'emergenza del terrorismo, dopo il sequestro di Aldo Moro da parte delle Brigate rosse, al punto che gli stessi attori statali consideravano il problema dell'aborto come un tema sociale cruciale ai fini della stabilizzazione del paese.

La legge è considerata una delle più importanti conquiste dei movimenti femministi (e del Partito radicale), anche se perfino le voci femministe erano all'epoca divise<sup>85</sup> tra chi era favorevole ad una parziale decriminalizzazione o alla creazione di un

<sup>82</sup> S. Lener, *Sei proposte di legge sull'aborto*, in *La Civiltà Cattolica*, 21 giugno 1975, p. 553 ss.

<sup>83</sup> R. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, cit., p. 40.

<sup>84</sup> S. Niccolai, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. Bin, G. Brunelli e P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 563, 570.

<sup>85</sup> Cfr.: M.A. Bracke, *Feminism, the State, and the Centrality of Reproduction: Abortion Struggles in 1970s Italy*, in *42 Social History*, 2017, p. 524 ss.; T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998, p. 63 ss.

quadro di regolazione legislativa e chi, invece, in termini più radicali, preferiva lo spazio vuoto dell'«impolitico»<sup>86</sup> al fine di interrompere l'egemonia culturale e giuridica maschile e costruire una nuova politica<sup>87</sup>. In fondo, appare difficile negare che sia la decriminalizzazione, sia la legalizzazione siano strategie normative accomunate da un comune effetto: entrambe hanno trasposto il dibattito sulla riproduzione all'interno dell'arena pubblica e politica, così rafforzando il potere bio-politico, regolatorio e discorsivo, dello stato sugli individui e, in particolare, sui corpi delle donne.

Il testo è il frutto di un compromesso con il mondo cattolico che emerge già nel titolo della legge («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza») e nei suoi primi articoli. L'aborto si configura quale servizio sanitario riservato agli ospedali pubblici, e si colloca nel quadro di valori prioritari quali la procreazione cosciente e responsabile, il valore sociale della maternità, e la «tutela della vita umana sin da suo inizio»<sup>88</sup>. In nessun caso, inoltre, l'interruzione di gravidanza può tradursi in un dispositivo di controllo o limitazione delle nascite. Lo stato e le regioni, i sistemi sanitari e i consultori familiari sono tenuti ad impegnarsi per promuovere una scelta consapevole delle donne e, in sostanza, a scoraggiare l'interruzione della gravidanza.

Del resto, un analogo compromesso è alla base della stessa Costituzione italiana nella quale convergono, in un modo per certi versi paradossale, le istanze oppostive del partito comunista, che aspirava a una democrazia pluralista, e il punto di vista della Democrazia Cristiana la quale, invece, promuoveva i valori tradizionali della famiglia e della maternità<sup>89</sup> ed era stabile alleata dei movimenti cattolici ostili alla liberalizzazione dell'aborto.

Non c'è, dunque, nella trama normativa, un diritto soggettivo all'aborto libero e su richiesta<sup>90</sup>, se per diritto soggettivo si intende una situazione giuridica soggettiva atta ad esprimere una piena signoria del volere delle donne. E' più facile e più corretto parlare di una 'concessione' legislativa condizionata (*i.e.*: in presenza di alcuni limiti temporali e di requisiti - procedurali e/o sostanziali - l'interruzione di gravidanza

---

<sup>86</sup> P. Hanafin, *Refusing Disembodiment: Abortion and the Paradox of Reproductive Rights in Contemporary Italy*, in 10 *Feminist Theory*, 2009, p. 239 s., richiamando le 'Categorie dell'impolitico' di Roberto Esposito).

<sup>87</sup> L. Cigarini, *La politica del desiderio*, Parma, 1995, p. 119, spec. p. 195.

<sup>88</sup> Art. 1, Legge 194/1978.

<sup>89</sup> Tanto per menzionare alcune ambiguità: l'art 3 cost. sancisce la parità tra uomo e donna, là dove l'art. 29 cost. definisce la famiglia come 'associazione naturale fondata sul matrimonio', richiamando un modello familiare etero-patriarcale ed etero-normativo; l'art. 31 cost., inoltre, assegna un ruolo centrale alla maternità nella società.

<sup>90</sup> Cfr. B. Pezzini, in *Il Forum. La legge 194 non si tocca*, in La Rivista "Gruppo di Pisa", 2022, p. 171 s.; nel dibattito privatistico, E. Navarretta, *Il danno ingiusto*, in *Diritto civile* Lipari-Rescigno, vol. IV, Milano, 2009, p. 175 s.; P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 64 (commento a Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754). Sullo schema giuridico del diritto soggettivo e la sua evoluzione nel sistema giuridico domestico, v., in particolare, M. Graziadei, *Diritto soggettivo; potere; interesse*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri e R. Sacco (a cura di), *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2001, p. 3 ss.

diviene legale), o discorrere di un modello di aborto «per giusta causa»<sup>91</sup>, dovendosi necessariamente bilanciare l'interesse della gestante e quello del concepito. La violazione dei requisiti di legge, infatti, produce una regressione allo stato di criminalizzazione<sup>92</sup>, essendo previste sanzioni sia amministrative, sia penali. In ogni caso i servizi di aborto si inseriscono, in teoria, in un sistema nazionale sanitario pubblico, universale<sup>93</sup> e gratuito, che il governo nazionale sarebbe tenuto a garantire a tutte le donne.

L'espressione 'diritto all'aborto' – secondo il significato, accolto dal pensiero liberale, di paradigma di autonomia e autodeterminazione della donna nelle scelte procreative – si è radicata nel dibattito femminista domestico ma ha una accezione essenzialmente politica, non giuridica. Non c'è un diritto all'aborto, ossia un diritto di libera scelta della donna, nella legge, né nella Costituzione<sup>94</sup>. Si riconosce una copertura costituzionale della interruzione volontaria di gravidanza ma, per lo più, questa copertura resta confinata nelle anguste maglie del diritto alla salute psico-fisica della donna.

In linea con un approccio di parziale legalizzazione, è possibile chiedere e ottenere un aborto volontario, entro i primi 90 giorni, ma a condizione che ci sia un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna derivante dalla prosecuzione della gravidanza.

In realtà, il legislatore del 1978 ha richiamato diverse tipologie di problematiche idonee a giustificare la richiesta di interruzione: questioni di natura strettamente medica, anomalie o malformazioni del concepito, ma anche situazioni economiche, sociali o familiari della donna, nonché specifiche 'circostanze in cui è avvenuto il concepimento' (*i.e.*, una sorta di aborto sociale). Tuttavia, ognuna di queste circostanze/eventi deve sempre essere causalmente ricondotta all'interno del meta-requisito di 'un serio pericolo per la salute psico-fisica' della donna<sup>95</sup>. In sostanza, dunque, l'aborto volontario possibile sembra essere solo quello terapeutico, perché soltanto in caso di minaccia alla salute o alla vita della donna il sistema giuridico italiano concede il sacrificio del feto<sup>96</sup>.

Inoltre, sia la gravidanza, sia la volontà della donna di procedere alla interruzione richiedono una attestazione di un medico, del consultorio o della struttura sanitaria,

---

<sup>91</sup> L.V. Moscarini, *Aborto. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 2 s.; A. D'Atena, *Commento all'art. 9*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1978, p. 1650 ss. L'aborto successivo ai 90 giorni è quello tecnicamente definibile come terapeutico, distinto, dunque, anche se non meno problematico dall'aborto infra-trimestrale: M.P. Iadiccio, *L'aborto terapeutico. Un tema a minore densità problematica?*, in *Nomos*, 2022, p. 4 ss.

<sup>92</sup> Art. 19, l. 194/1978.

<sup>93</sup> M.P. Iadiccio, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 115.

<sup>94</sup> S. Niccolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *www.costituzionalismo.it*, 2, 2005.

<sup>95</sup> Art. 4, l. 194/1978.

<sup>96</sup> P. Hanafin, *Conceiving Life: Reproductive Politics and the Law in Contemporary Italy*, Farnham, 2007, p. 6.

nella quale si invita la donna ad un periodo di riflessione di sette giorni<sup>97</sup> (*mandatory waiting time*). Centrale è il ruolo di assistenza, informazione e sostegno affidato ai consultori familiari pubblici. Le gestanti minori d'età, per accedere al servizio abortivo devono avere l'assenso preventivo di chi esercita la responsabilità genitoriale o, in mancanza, del giudice tutelare<sup>98</sup>.

Seguendo un approccio di gradualità della 'gravità' dell'aborto, dopo 90 giorni, l'interruzione della gravidanza è autorizzata laddove sussista un 'grave' pericolo per la vita della donna o la sua salute data la presenza di processi patologici accertati tra i quali anomalie o malformazioni del feto<sup>99</sup>.

Una lettura femminista esalta la matrice paternalistica di queste disposizioni legislative. La donna è debole e immatura, e va protetta, assistita e consigliata dallo Stato attraverso i consultori e il personale medico tenuti a rilasciare il certificato di autorizzazione all'aborto. La maternità e la continuazione della gravidanza sono sempre l'opzione migliore<sup>100</sup>. Da un punto di vista giuridico e comparato, invece, più probabilmente il testo della legge, anche come interpretato successivamente dalla Corte costituzionale domestica, può essere visto come un esempio di modello di aborto c.d. 'discorsivo'<sup>101</sup>: la donna sceglie, ma soltanto se adeguatamente consapevole della sua scelta tramite un intervento informativo e di consulenza necessario da parte dello Stato.

#### 8. *L'obiezione di coscienza (s)regolata e le rinnovate strategie comunicative cattoliche e conservatrici*

All'interno di questo quadro normativo si colloca la disposizione sull'obiezione di coscienza, la quale rappresenta la più paradigmatica espressione dell'influenza della chiesa cattolica e dei suoi dogmi sulle politiche riproduttive in Italia. L'art. 9 della legge sulla interruzione di gravidanza legittima il personale sanitario<sup>102</sup> a sottrarsi dal compimento delle procedure e delle attività «specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza». L'esonero non si estende alle attività di assistenza antecedenti o successive all'intervento abortivo. In ogni caso l'obiezione riguarda il singolo medico, non la struttura ospedaliera pubblica, che è obbligata a

---

<sup>97</sup> Artt. 5 e 6, l. 194/1978.

<sup>98</sup> Art. 12, l. 194/1978

<sup>99</sup> Art. 6, l. 194/1978.

<sup>100</sup> E. Caruso, *The Ambivalence of Law: Some Observations on the Denial of Access to Abortion Services in Italy*, in 124 *Feminist Review*, 2020, p. 183, spec. p. 187.

<sup>101</sup> M. D'Amico, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 95 ss. Il modello 'discorsivo' italiano sembra seguire quello affermatosi nella Germania post-riunificazione: M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, p. 35.

<sup>102</sup> Come noto, all'interno del sistema sanitario nazionale solo personale specializzato in ginecologia o ostetricia, che opera in strutture pubbliche, può praticare aborti. Una categoria professionale, dunque, assai limitata: F. Minerva, *Conscientious Objection in Italy*, cit., p. 170 ss.

garantire questo servizio sanitario universale, poiché è vietata la c.d. obiezione di struttura o *institutional conscientious objection*<sup>103</sup>. L'obiezione, inoltre, non può operare se, data la particolarità delle circostanze, l'intervento del personale medico o ausiliario «è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo».

Di là da queste limitazioni, il rifiuto è sostanzialmente senza condizioni: non c'è un obbligo di motivazione; manca qualsiasi obbligo di prestazione sostitutiva a carico dell'obiettore, il quale deve semplicemente presentare una espressa dichiarazione della sua volontà di obiettare. La legge, peraltro, non richiede che il personale obiettore debba, in tempi ragionevoli, indirizzare la donna verso medici non obiettori disponibili a praticare la procedura.

Vi è di più. Secondo una concezione dinamica della coscienza, il personale sanitario può revocare ma anche sollevare l'obiezione di coscienza in qualsiasi momento<sup>104</sup> della sua carriera.

L'art. 9 era una chiara 'concessione' alle pressioni dei cattolici, ma non è stata sufficiente a placare gli animi più intransigenti. Papa Paolo VI, già nella prima udienza generale dopo la promulgazione della legge, si rivolgeva ai fedeli invitandoli all'obiezione di coscienza per evitare la scomunica<sup>105</sup>. La strategia discorsiva cattolica, una volta approvata la legge muta in sostanza il suo oggetto: l'appello costante all'obiezione di coscienza generalizzata diviene il *leitmotiv* ridondante.

La conferenza episcopale italiana, in una nota pastorale, dichiarava non a caso che l'aborto è un peccato gravissimo, è una espressione di 'disordine morale', un omicidio inaccettabile, e che la legge civile emanata dallo stato italiano è essa stessa intrinsecamente immorale e ingiusta, perché promuove la scelta egoista delle sole donne, ossia una cultura dominata dalla 'logica della violenza', e una concezione privatistica e di piacere della sessualità, in contrasto con i principi basilari della Chiesa e della convivenza civile<sup>106</sup>. Una legge così ingiusta non può autorizzare, né scusare le coscienze di chiunque procuri o partecipi all'aborto. L'ingiustizia non crea né diritti, né doveri per le coscienze. Il diritto all'obiezione, al contrario, si fonda sulla tutela della dignità e della libertà personale ed è esso stesso un dovere dei medici di fronte ad una legge che viola il valore fondamentale della vita umana<sup>107</sup>. Pertanto, la nota pastorale afferma la necessità di estendere il diritto-dovere di obiezione all'interruzione di gravidanza a tutto il personale medico (non soltanto, dunque, a ginecologi e ostetriche), ai direttori sanitari e ai membri dei consigli di amministrazione degli ospedali e delle

---

<sup>103</sup> E. Sepper, *Taking Conscience Seriously*, in 98 *Virginia Law Review*, 2012, p. 1501 s., spec. p. 1539 ss.; e K. Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, Oxford, 2017, p. 259.

<sup>104</sup> A. Pugiotta, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1992, p. 240 ss.; nonché F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2012, p. 117 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2013, p. 142 ss.

<sup>105</sup> Paolo VI, La Santa sede, Udienza generale, 7 giugno 1978 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>106</sup> *La Comunità cristiana e l'accoglienza della vita umana nascente*, in *Notiziario della conferenza episcopale italiana*, n. 10, novembre-dicembre 1978, p. 149, 153, 156, 158, 159 ([www.chiesacattolica.it](http://www.chiesacattolica.it)).

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 165 s.



case di cura, e infine anche ai giudici tenuti ad autorizzare l'interruzione della gravidanza per le minorenni. La legge è in contrasto con la Costituzione e andrebbe superata<sup>108</sup>.

Già, dunque, si intravedeva nella norma sull'obiezione di coscienza uno dei più potenti strumenti per bloccare<sup>109</sup> l'accesso all'interruzione di gravidanza. La libertà di obiettare disinnescava la libertà di non obiettare e, in generale, l'applicazione della legge.

I medici obiettori, a fine anni '70, erano la stragrande maggioranza. Gli enti ospedalieri erano (e sono tuttora in parte) legati alla Chiesa. La stampa di quegli anni dava notizie tragiche di denunce a ospedali e medici (nelle regioni del Lazio e del Molise, ad esempio) che si erano rifiutati di effettuare l'aborto o di assistere donne colpite da una grave emorragia durante una interruzione di gravidanza<sup>110</sup>. Gli stessi consultori familiari, creati per prevenire l'aborto e sostenere le donne e la maternità erano (e sono) vicini ai movimenti e alle associazioni *pro-life*<sup>111</sup>.

La legge n. 194, in ogni caso, aveva creato malcontento sia tra i sostenitori di un aborto totalmente libero, sia tra i suoi oppositori conservatori. Gli attacchi dei cattolici più severi, in un clima di appelli continui di Papa Giovanni Paolo II 'a difesa della vita'<sup>112</sup>, cercavano peraltro di trasformare surrettiziamente i discorsi religiosi in dispositivi legittimati dai principi costituzionali. Questa ulteriore strategia discorsiva affermava, infatti, che le disposizioni sull'aborto violano il diritto alla vita del nascituro (art. 2 cost.), il principio di eguaglianza, perché discriminano tra soggetti nati e non ancora nati (art. 3 cost.), l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 cost.), in quanto l'interruzione della gravidanza è rimessa alla scelta delle donne senza dover ascoltare l'opinione dei padri, la salute del nascituro (art. 31 cost.), infine i doveri dei genitori verso i figli, anche se ancora non nati (art. 30 cost.)<sup>113</sup>.

Nel 1981 i movimenti *pro-life* propongono due *referendum* abrogativi<sup>114</sup> della legge: uno aspirava alla soluzione estrema, ossia l'abrogazione della legge e il ritorno allo

---

<sup>108</sup> Ibid., p. 166 ss.

<sup>109</sup> S. Rodotà, *Ai medici cattolici, obiettori sull'aborto*, La Repubblica, 7 giugno 1978; Id., *Aborto: come bloccare il sabotaggio*, Panorama, 5 Luglio 1978.

<sup>110</sup> G. Scirè, *L'aborto in Italia*, cit., p. 182.

<sup>111</sup> In questo senso appare degno di rilievo il recente emendamento alla disciplina dei consultori, introdotto dall'art. 44 *quinquies* della Legge, 29 aprile 2024, n. 56, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), in (GU n.100 del 30 aprile 2024 - Suppl. Ordinario n. 19). Tale disposizione consente alle regioni, nell'organizzazione dei servizi consultoriali, di avvalersi «anche del coinvolgimento di soggetti del Terzo settore che abbiano una qualificata esperienza nel sostegno alla maternità», in tal modo rafforzando (poiché già possibile anche prima dell'emendamento) la presenza di movimenti per la vita all'interno di queste strutture.

<sup>112</sup> *Si alla vita per fermare la 'cultura della morte'*, La civiltà cattolica, 2 Maggio 1981, p. 209 ss.

<sup>113</sup> G. Scirè, *o.u.c.*, p. 187 s.

<sup>114</sup> A. Gissi, *Destiny, Duty, Self-Determination. Abortion in Twentieth-Century Italy*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, 2/2022, p. 47, 60 ss., e G. Perico, *I referendum sull'aborto*, Aggiornamenti sociali [Seriale], Anno XXXI, no. 9/10, 1980, p. 569 ss.

'status quo ante' di criminalizzazione dell'aborto, ma viene ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale<sup>115</sup>; l'altro suggeriva una soluzione meno estrema ma comunque di forte limitazione della legge. Un terzo referendum, presentato dal partito politico dei radicali, aspirava, invece, alla piena legalizzazione dell'aborto.

La legge resta in vigore e inalterata, poiché prevale una netta vittoria del 'no' sia alla proposta radicale, sia a quella minimale<sup>116</sup>. Lasciare viva questa legge rappresentava un atto sociale e di partecipazione politica dei cittadini necessario, anche se non sufficiente per garantire l'effettività dell'aborto, che continuava ad essere sostanzialmente negato soprattutto nelle regioni con il più alto numero di obiettori<sup>117</sup>.

#### 9. L'argomento empirico: i dati e i contro-dati sui rifiuti di coscienza indifendibili

Il pensiero della Chiesa di Roma, come noto, non ha avuto significativi cambiamenti negli ultimi decenni nonostante l'adozione di un linguaggio più moderno<sup>118</sup> e una rielaborazione, pur sempre cattolica, dei significati di parole e concetti utilizzati dagli oppositori. Il progressivo richiamo, da parte di cattolici e conservatori, ad argomenti non soltanto a protezione dei nascituri, ma anche delle stesse donne<sup>119</sup>, si combina, pur sempre con la persistente ostilità verso qualsivoglia procedura abortiva.

L'invito ad una obiezione di coscienza istituzionale, inoltre, è rimasto il sottotesto costante per l'applicazione dei dogmi cristiano-cattolici. Le narrazioni ridondanti

<sup>115</sup> Corte cost., 1 febbraio 1981, n. 26, in Racc. uff. corte cost., 1981 (<https://giurcost.org/>).

<sup>116</sup> G. Scirè, *o.u.c.*, rispettivamente, p. 211 ss., e 253.

<sup>117</sup> S. Rodotà, *E' compito dello stato combattere le 'mammane'*, La Repubblica, 16 maggio 1981.

<sup>118</sup> J.-P. Schreiber, *En conclusion : Église et sexualité*, in C. Vanderpelen-Diagre e C. Sägeser (a cura di), *La Sainte Famille. Sexualité, filiation et parentalité dans l'Église catholique*, Brussels, 2017, pp. 223-232; D.E. Buss, *Robes, Relics and Rights: the Vatican and the Beijing Conference on Women*, in 7 *Social and Legal Studies*, 1998, p. 339 ss. Tra i vari documenti e discorsi ufficiali reperibili sul sito del Vaticano ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)) si rinvia, in particolare, a: Lettera di Giovanni Paolo II alle famiglie, *Gratissimam sane*, 2 febbraio 1994; Lettera alle Donne, Giovanni Paolo II, 29 giugno 1995; Enciclica *Veritatis Splendor*, Giovanni Paolo II (circa alcune questioni fondamentali dell'insegnamento morale della Chiesa), 6 agosto 1993; Enciclica *Evangelium Vitae*, Giovanni Paolo II (sul valore e l'inviolabilità della vita umana), 2 marzo 1995. Giova segnalare che questi documenti ufficiali si collocano in un contesto storico preciso, a cavallo tra la Conferenza mondiale sui diritti umani, organizzata dalle Nazioni Unite a Vienna nel 1993, e la quarta e ultima Conferenza mondiale delle donne che ebbe luogo a Pechino del 1995. V., ancora, Discorso di sua Santità Benedetto XVI ai membri del movimento per la vita italiano, 12 maggio 2008. I toni e i discorsi di Papa Francesco appaiono più moderni e moderati rispetto ai suoi predecessori: Esortazione apostolica, *Evangelii Gaudium*, Papa Francesco, 24 novembre 2013, §§ 213-214; Papa Francesco, Udienza Generale, 22 aprile 2015. V. tuttavia, più di recente, *Papa: aborto è omicidio, i medici che lo praticano sono sicari*, Il sole 24ore, 29 settembre 2024.

<sup>119</sup> J. Lemaitre, *Catholic Constitutionalism on Sex, Women, and the Beginning of Life*, in R.J. Cook, J.N. Erdman e B.M. Dickens (a cura di), *Abortion Law in Transnational Perspective Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014, p. 239, 243 ss., 249 ss.; R.B. Siegel, *The Right's Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman-Protective Antiabortion Argument*, in 57 *Duke Law Journal*, 2008, p. 1641 ss.

si costruiscono attorno al rispetto dell'ordine naturale trascendente e oggettivo, al richiamo ora al diritto naturale che assorbe e conforma il lessico dei diritti umani secondo la visione cattolica, ora alla cultura della vita e, nondimeno, alla libertà di coscienza intesa, essenzialmente, in un'epoca post-secolarizzazione, come libertà religiosa dei credenti.

Tutte queste narrazioni si oppongono alla filosofia dell'Illuminismo<sup>120</sup> fondata sulla ragione immanente dell'uomo, e alle istanze *pro-choice* fondate sui diritti e le libertà riproduttive delle donne. Tutte queste narrazioni sono matrici di comunicazione che hanno contribuito, nel contesto nazionale (e, con le dovute contestualizzazioni, globale), ad un clima sociale favorevole all'obiezione; hanno costruito, decostruito e ricostruito una coalizione di discorsi performativi per conformare la soggettività femminile e i comportamenti sociali. L'appello al rifiuto per motivi di coscienza, quale diritto e dovere di disobbedire alle leggi civili favorevoli all'interruzione di gravidanza, rappresenta uno degli strumenti semiotici e operazionali più pervasivi per promuovere e rafforzare una sostanziale stigmatizzazione<sup>121</sup> dell'aborto sia per le donne, sia per chi lo procura.

Il breve *excursus* storico e l'ostracismo della Chiesa cattolica convergono, dunque, sul nodo gordiano dell'obiezione di coscienza. Questo dispositivo rappresentava, non a caso, uno degli aspetti oggetto di maggiori critiche da parte dei movimenti femministi<sup>122</sup> di inizi anni '80. Persino alcune vignette satiriche, raccolte negli archivi storici delle donne, descrivevano con ironia la lunga trafila nel cercare ospedali con medici non obiettori disponibili e come, dopo vane ed estenuanti ricerche, le gestanti si rivolgevano al loro parroco il quale, icasticamente, non poteva che ammettere che, queste povere donne «erano state parecchio sfortunate»<sup>123</sup>.

Dopo oltre 40 anni dall'approvazione della legge, come emerso anche dalle decisioni del CEDS<sup>124</sup> relative all'Italia, la clausola di coscienza resta indifendibile.

Secondo i più recenti documenti ufficiali del Ministero della Sanità, in base ai dati riferiti dalle regioni sino al 2020, la media nazionale degli obiettori tra i ginecologi è del 64,6% (con picchi superiori al 70% in 9 regioni sino ad un massimo dell'84,5%), del 44,6% tra gli anestesisti (con picchi superiori al 50% in 10 regioni sino ad un massimo del 75,9%) e del 36,2% per il personale non medico (con picchi superiori al 50% in 10 regioni sino ad un massimo del 90%). Si osservano, inoltre, ampie variazioni

---

<sup>120</sup> Cfr., in particolare, Enciclica *'Veritatis Splendor'*, cit., § 32.

<sup>121</sup> M. Bengtsson Agostino e V. Wahlberg, *Adolescents' Attitudes to Abortion in Samples from Italy and Sweden*, in *33 Soc. Sci. Med.*, 1991, p. 77.

<sup>122</sup> M.A. Bracke, *Feminism, the State, and the Centrality of Reproduction*, cit., p. 525.

<sup>123</sup> *Vignetta di 'Passe Partout' tratta da Abbiamo conquistato una legge contro l'aborto clandestino, difendiamola tutti. Le donne dicono No ai due referendum*, Comitato provinciale referendum 194, 1981, Bologna (<https://bibliotecadelledonne.women.it/wp-content/uploads/sites/4/2019/06/Carta-scritti-e-parole-attorno-aborto-1978-1981.pdf>).

<sup>124</sup> V., *retro*, paragrafo 2.

regionali per tutte e tre le categorie<sup>125</sup> e anche serie criticità in merito alla raccolta e all'invio dei dati da parte delle strutture ospedaliere. Inoltre, a livello nazionale soltanto il 63% delle strutture sanitarie con un reparto di ginecologia e ostetricia effettuano interventi di interruzione di gravidanza, e in alcune aree territoriali la percentuale è ridotta sino al 30%<sup>126</sup>, con un impatto significativo sull'incremento di lavoro per il personale medico non obiettore. Anche i successivi dati ufficiali del Ministero della salute, resi noti nel 2023, tendono a confermare le medesime carenze e inefficienze<sup>127</sup>.

Il tasso di aborti volontari di donne italiane (e straniere residenti) è in costante diminuzione e si attesterebbe tra i più bassi d'Europa. Quest'ultimo dato, tuttavia, appare incongruente rispetto ad ulteriori dati, peraltro non aggiornati, quali da un lato lo scarso uso di contraccettivi all'interno del paese, dovuto anche alla non gratuità della loro distribuzione<sup>128</sup>; dall'altro, la stima incerta di aborti clandestini (che nel 2016 si attestava tra 10 e 13.000<sup>129</sup>), la quale andrebbe verificata anche alla luce di quei recenti studi europei che hanno rilevato, negli ultimi anni, un significativo numero di *abortion travels from Italy*<sup>130</sup>.

Contro-dati elaborati attraverso forme di accesso civico sembrano peraltro dimostrare che l'abuso seriale dell'obiezione di coscienza è ancor più critico rispetto a quanto risulta dai documenti ufficiali<sup>131</sup>, poiché l'analisi aggregata offerta dal Ministero non consente di far emergere i casi di *institutional refusals* ad opera di intere strutture sanitarie.

Lo stesso aborto farmacologico<sup>132</sup> – il quale consentirebbe di evitare l'intervento chirurgico, se praticato entro le prime nove settimane, e potrebbe ridurre, almeno sul piano organizzativo, l'impatto dell'obiezione di coscienza –, in realtà, non è accessibile in egual misura nelle varie regioni e, in ogni caso, richiede una prescrizione medica e la pillola RU486 deve essere somministrata all'interno di ospedali pubblici o altre

---

<sup>125</sup> Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge 194/78 contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza – dati finali 2020, 8 giugno 2022, Tabella n. 28, p. 56, 58 ([https://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6\\_2\\_2\\_1.jsp?lingua=italiano&id=3236](https://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=3236)).

<sup>126</sup> Ibid., p. 58.

<sup>127</sup> Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge 194/78 contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza – dati 2021, 6 ottobre 2023 (reperibile in [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_3367\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3367_allegato.pdf)).

<sup>128</sup> Schillaci: *gratuità pillola contraccettiva a valutazione Aifa*, 19 luglio 2023, *Il sole 24ore*.

<sup>129</sup> Relazione del Ministro della Salute (dati 2021), cit., p. 21 ([www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)).

<sup>130</sup> S. De Zordo et al., *Gestational Age Limits for Abortion and Cross-Border Reproductive Care in Europe: A Mixed-Methods Study*, in 28 *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 2021, p. 838 ss.

<sup>131</sup> C. Lalli e S. Montegiove, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194). Perché sono nostri e perché ci servono per scegliere*, Milano, 2022, p. 5; per una analisi qualitativa dei dati T. Autorino, F. Mattioli e L. Mencarini, *The Impact of Gynecologists' Conscientious Objection on Abortion Access*, in 87 *Social Science Research*, 2020, p. 14 ss., i quali dimostrano come l'obiezione di coscienza produca un allungamento significativo dei tempi di attesa per accedere alle procedure di interruzione di gravidanza.

<sup>132</sup> E. Caruso *'Much Ado About Nothing?' The New Policy on Early Medical Abortion (EMA) in Italy*, in 7 *The Italian Law Journal*, 2021, p. 653 s.

strutture sanitarie autorizzate (o consultori familiari). Il paradigma medico-legale, dunque la necessaria ospedalizzazione e medicalizzazione delle procedure di interruzione di gravidanza resta, al momento, in Italia, dominante e assoluto<sup>133</sup>.

10. *L'argomento politico-filosofico: l'effetto paranoico dell'obiezione di coscienza dissidente di massa*

A fronte di un tale quadro di dati, appare opportuno muovere da un'analisi quantitativa ed empirica ad una valutazione qualitativa, filosofico-teoretica e normativa. La *ratio* dell'obiezione di coscienza nei sistemi liberal-democratici è proteggere la scelta personale di singoli individui rispetto ad obblighi sanciti da una legge statale approvata dalla maggioranza. Si tratta, infatti, di un dispositivo di salvaguardia che consente alle società liberal-democratiche di affrontare il pluralismo dei valori in collisione tra loro, specie su questioni bio-etiche come l'aborto.

L'intera società, d'altro canto, non può né potrebbe avere una visione unica su temi di bioetica e morali come l'aborto. Pertanto occorre trovare uno strumento di compromesso politico per integrare e accogliere le minoranze che non accettano una certa legge all'interno dell'organizzazione sociale<sup>134</sup>. L'obiezione di coscienza, in quanto tecnica di tutela delle minoranze, giustifica una eccezione all'applicazione della legge. Quando tuttavia la minoranza, in modo seriale, si avvale dell'obiezione di coscienza, si produce un effetto paradossale: un dispositivo per l'appunto posto a garanzia e in attuazione di un sistema giuridico liberale e pluralista, si converte in una istituzione antidemocratica.

Questo è ciò che sta da tempo accadendo in Italia.

Il personale medico e ausiliario autorizzato ad effettuare attività e servizi di interruzione di gravidanza, ossia ginecologi e ostetrici, sono la maggioranza rispetto al numero totale di professionisti sanitari della stessa categoria all'interno del sistema sanitario nazionale pubblico. Esercitano un potere pubblico discrezionale (perché la scelta di obiettare non deve essere motivata e può essere sollevata in qualsiasi momento, anche se diviene effettiva decorso un mese dalla dichiarazione del personale medico), ed esclusivo (le procedure interruzione di gravidanza sono riservate a questa categoria professionale che è tecnicamente in una posizione di monopolio). Tuttavia,

---

<sup>133</sup> Salvo si implementi nel sistema giuridico domestico l'accesso all'aborto in telemedicina durante i primi novanta giorni, considerato metodo sicuro dalla stessa OMS: E. Caruso, *Sull'aborto farmacologico in telemedicina: spunti di riflessione per un dibattito in Italia*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, 2022, p. 169 ss.

<sup>134</sup> D. Parris, *Reckoning with Growing Pluralism. Potentials and Limits of Conscientious Objection: Conscience Clauses in Abortion Laws in Europe*, in L. Busatta, L. e C. Casonato (a cura di), *Axiological Pluralism. In Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Cham, 2021, p. 89 ss., spec. p. 90; M. Rosenfeld, *The Conscience Wars in Historical and Philosophical Perspective: The Clash between Religious Absolutes and Democratic Pluralism*, in S. Mancini e M. Rosenfeld (a cura di), *The Conscience Wars*, cit., p. 58, 79, 82, 101.

per quanto capaci di sabotare l'applicazione della legge, promuovendo una cultura dell'obiezione che viola diritti fondamentali, questi obiettori rappresentano in ogni caso la minoranza rispetto all'intera popolazione nazionale. La loro azione di rifiuto configura, in sostanza, una forma di corruzione istituzionale<sup>135</sup> che incide sulla dinamica politica, giacché aggira e sovverte i fondamenti stessi del circuito democratico.

Inoltre, per un singolare strabismo del legislatore del '78, non è prevista a carico dell'obiettore nelle procedure di aborto alcuna prestazione alternativa, come invece era sancito per altre ipotesi come l'obiezione di coscienza al servizio militare nazionale<sup>136</sup>.

Vero è che il rifiuto per motivi di coscienza nei servizi di interruzione di gravidanza è nata in un periodo storico assai diverso da quello attuale. Mirava a tutelare convincimenti morali di chi aveva intrapreso la propria carriera professionale in un contesto nel quale alle donne non era permesso abortire<sup>137</sup>. Ciò poteva giustificare una norma di compromesso con il mondo cattolico e conservatore.

Oggi, tuttavia, questa giustificazione manca, il contesto è cambiato, e l'abuso dell'obiezione produce un effetto in certo senso paranoico, disfunzionale, non soltanto paradossale. Una minoranza professionale, che ha il monopolio nelle procedure di aborto, diventa dominante. Questa minoranza, quando inizia la propria carriera medica è consapevole che il sistema giuridico domestico prevede l'interruzione di gravidanza tra le prestazioni sanitarie. Eppure, questa stessa minoranza si impone sulla società, così pregiudicando un diritto all'aborto, che secondo il discorso transnazionale, dovrebbe essere un diritto umano e fondamentale e che, all'interno dell'ordinamento domestico, è una prestazione sanitaria essenziale, universale, pubblica e gratuita<sup>138</sup>. Per di più la libertà di coscienza dell'individuo, in contesti di uso privato e professionale, dovrebbe essere ristretta per finalità di interesse pubblico, come Kant insegnava.

C'è un altro aspetto da considerare. L'obiezione è una forma di protesta personale, non collettiva; non è intenzionalmente diretta a modificare, eliminare o sabotare la legge che collide con la propria coscienza. L'obiezione di coscienza è una tecnica di stabilizzazione della legge alla quale si oppone ed è, a sua volta, un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Diversa è la disobbedienza civile la quale, invece, ha come obiettivo una chiara contestazione pubblica dell'ingiustizia della legge, e implica l'accettazione di sanzioni sociali e/o giuridiche conseguenti alla violazione della legge stessa<sup>139</sup>.

La pratica seriale del rifiuto di coscienza nelle procedure di aborto italiane ha tramutato l'obiezione in disobbedienza civile senza alcuna sanzione per il personale

<sup>135</sup> E. Ceva e M.P. Ferretti, *194 e obiezione: è vera coscienza?*, in *Il Mulino*, n. 3/14, 2014, p. 391 s.

<sup>136</sup> A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 252 ss.

<sup>137</sup> F. Grandi, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 89, spec. p. 101.

<sup>138</sup> L. Busatta, *L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2022, p. 7 ss.

<sup>139</sup> M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, 2014.

medico. Sicché, non è oggi necessario proteggere le coscienze individuali di minoranze da una legge generale democraticamente approvata. Occorre, al contrario, trovare strumenti che proteggano la legge sull'accesso all'interruzione di gravidanza dall'obiezione 'dissidente' di coscienza che proviene da una ristretta categoria professionale. Il privilegio di una esenzione non può tradursi in una immunità, quando questo privilegio incide sui diritti delle donne, sulla loro salute e libertà di scelta e sulla condizione lavorativa del personale non obiettore.

Gli obiettori di coscienza esercitano, in tal modo, un potere politico sostanziale, ma al di fuori dall'agenda politica ufficiale, disallineando *law in the books* e *law in action*.

11. *Le corti domestiche e il diniego debole di complicity-based conscience claims. La radicalizzazione della cultura dell'obiezione*

La natura, regolata ma sostanzialmente incondizionata, dell'obiezione di coscienza nelle procedure di interruzione di gravidanza ha promosso un atteggiamento di cautela da parte dei giudici.

Le corti nazionali non hanno assecondato ipotesi domestiche di *complicity-based conscience claims*<sup>140</sup>, ben note al contesto statunitense, quantomeno con riguardo all'aborto<sup>141</sup>. Questi *claims* avevano come obiettivo, a livello nazionale, sia l'applicazione della clausola di coscienza, prevista per il solo personale medico, anche a soggetti non espressamente indicati dalla legge, sia una interpretazione estensiva dei comportamenti che giustificano il rifiuto alla prestazione del servizio di aborto.

La Corte costituzionale, in particolare, ha affermato che i giudici tutelari, tenuti ad autorizzare le gestanti minori all'interruzione di gravidanza in mancanza del consenso dei genitori, non possono beneficiare dell'esenzione per motivi di coscienza. Il *legal reasoning* si è avvalso, in questa occasione, dell'argomento giuridico in base al quale i giudici hanno un mero potere esterno di 'integrare' la capacità (o incapacità) del

---

<sup>140</sup> Secondo la splendida riflessione di D. NeJaime e R.B. Siegel, *Conscience Wars: Conscience Claims in Religion and Politics*, in 124 *Yale Law Journal*, 2015, p. 2582, spec. p. 2553, i quali analizzano i nuovi *conscientious claims* emersi nel sistema americano, svelando la loro natura di 'culture-war conscience claims' e di dispositivi politici che i gruppi conservatori utilizzano per promuovere i valori morali e sociali tradizionali, pur agendo formalmente come minoranza; per analoghi risultati, in prospettiva comparata v., D. NeJaime e R.B. Siegel, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in S. Mancini M. Rosenfeld (a cura di), *The Conscience Wars*, cit., p. 209 ss.

<sup>141</sup> Non è questa la sede per analizzare come i movimenti conservatori stiano cercando, anche in Italia, di opporsi ai diritti LGBTQ+. Basti menzionare il dibattito sull'appello dei sindaci all'obiezione di coscienza, per rifiutarsi di celebrare i matrimoni omosessuali, dopo il riconoscimento legale delle unioni civili nell'ordinamento giuridico nazionale. Il sommo pontefice si è espresso a favore: *Le pape François* à «La Croix»: «Un État doit être laïque», 17 Maggio 2016, La Croix ([www.la-croix.com](http://www.la-croix.com)); *Matrimoni gay, papa Francesco ai sindaci: "Obiezione coscienza è diritto"*, 17 Maggio 2016, Il Giornale ([www.ilgiornale.it](http://www.ilgiornale.it)). I giudici amministrativi, in ogni caso, hanno ritenuto illegittimo il diniego dei sindaci di celebrare unioni civili, perché parificate, secondo la legge, ai matrimoni eterosessuali: T.A.R. Lombardia Brescia (sez. I), 29 dicembre 2016, n. 1791.

soggetto minorenni. La volontà della donna, dunque, è quella davvero 'decisiva' nella scelta di interrompere o continuare la gravidanza<sup>142</sup>. Da ciò sembrerebbe potersi dedurre che l'autodeterminazione sul proprio corpo e sulla maternità prevalga sulla tutela della coscienza del giudice.

La medesima cautela ha ispirato una interpretazione letterale e restrittiva della legge, anche sul piano dei limiti oggettivi dell'obiezione di coscienza. Le corti, sia civili, sia amministrative, sia penali tendono a limitare la legittimazione del rifiuto del personale medico solo ed esclusivamente agli atti che causano l'aborto (sia esso chirurgico o farmacologico), escludendo tutte le attività *pre* o *post-abortion*, incluso il rilascio del certificato che attesta la volontà della donna di interrompere la gravidanza. La violazione di questi limiti oggettivi rende i medici penalmente responsabili di rifiuto di atti di ufficio (art. 328 c.p.<sup>143</sup>).

Una goccia nel mare che ha sortito poco effetto.

Nel frattempo, le narrazioni dei movimenti *pro-life*<sup>144</sup> – che hanno una forte base militante cattolica ma dichiarano sovente di non avere natura confessionale – hanno introdotto nuovi discorsi biopolitici. I funerali e le sepolture simboliche degli 'aborti' supportano i diritti degli embrioni quali veri e propri persone viventi da tutelare. L'appello costante alla sofferenza delle donne dopo l'interruzione di gravidanza inverte gli argomenti femministi e *pro-choice*, poiché l'aborto non rappresenterebbe più una scelta, bensì una violenza e un rischio per la salute psicofisica della donna. Questi argomenti elaborati dagli attivisti anti-aborto hanno rafforzato le comunicazioni, ufficiali e non, delle istituzioni della Chiesa romana (con il sostegno dei partiti di centro-destra<sup>145</sup>), con l'effetto di radicalizzare la cultura dell'obiezione, o meglio il diritto-dovere di disobbedire.

Alcuni eventi simbolici aiutano a svelare ulteriormente questo fenomeno di radicalizzazione.

---

<sup>142</sup> Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, Racc. uff. corte cost; più di recente, Corte cost., Ord., 20 giugno 2012, n. 196, entrambe in <https://giurcost.org/>; per una descrizione del dibattito dottrinale v. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, p. 601 ss.

<sup>143</sup> Cass. Pen., sez. VI, 2 aprile 2013, n. 14979; Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2021, n. 18901; nella giurisprudenza amministrativa, si veda, in via esemplificativa, T.A.R. Lazio (III sez.), 2 agosto 2016, n. 8990; T.A.R. Puglia (II sez.), 14 settembre 2010, n. 3477; per la giurisprudenza civile Pretura Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. merito*, 1982, II, p. 973; e Pretura di Penne, 6 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, p. 314.

<sup>144</sup>C. Mattalucci, *Contesting Abortion Rights in Contemporary Italy: Discourses and Practices of Pro-life Activism*, in S. De Zordo, J. Mishtal e L. Anton (a cura di), *A Fragmented Landscape: Abortion Governance and Protest Logics in Europe*, New York-Oxford, 2016, p. 85 ss.

<sup>145</sup> S. De Zordo, *Good Doctors Do Not Object' Obstetricians-Gynaecologists' Perspectives on Conscientious Objection to Abortion Care and Their Engagement with Pro-abortion Rights Protests in Italy*, in S. De Zordo, J. Mishtal e L. Anton (a cura di), *A Fragmented Landscape*, cit., 147-168, la quale ricostruisce l'ostracismo, della Chiesa cattolica e dei movimenti per la vita, all'approvazione della legge n. 140 del 2004 sulla procreazione assistita, nonché i tentativi di incidere sul legislatore per l'inserimento dell'obiezione di coscienza prevista nelle servizi di aborto anche all'interno della nuova legge, che in ogni caso, come noto, si fonda, sulla protezione dei 'diritti di tutti i soggetti', incluso il concepito.



Emblematica è la saga dell'introduzione della pillola RU-486 (mifepristone) nel 2010, che ha legittimato l'aborto farmacologico entro la settima settimana, esteso a 63 settimane, in conformità con gli standard europei, solo nel 2021<sup>146</sup>.

La Commissione Igiene e Sanità del Senato Italiano, a seguito di una indagine conoscitiva, aveva approvato, con i voti di gruppi di centro destra, un documento per cercare di bloccare la commercializzazione. Il presidente emerito della Corte costituzionale, Francesco Casavola, all'epoca presidente del Comitato nazionale per la Bioetica, dichiarava, non senza una certa ambiguità, la necessità di tenere in dovuta considerazione l'obiezione di coscienza dei farmacisti, anche per evitare di lasciare le madri sole 'nella scelta'<sup>147</sup>. Papa Benedetto XVI, a sua volta, pochi anni prima<sup>148</sup>, aveva invitato questa stessa categoria professionale, in quanto intermediaria tra medici e pazienti, a non somministrare medicine immorali, cioè contrarie alla vita, e ad esercitare il loro 'diritto' al rifiuto.

L'ostracismo all'aborto farmacologico ha rallentato significativamente l'approvazione della legge e ha imposto l'ospedalizzazione delle donne, senza tener conto delle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità già all'epoca esistenti. Le pressioni dei conservatori e dei cattolici non si sono placate neanche dopo la legalizzazione della pillola abortiva. Una serie di proposte di legge (mai entrate in vigore) è stata posta all'attenzione dell'agenda politica, con il dichiarato fine di estendere l'applicazione dell'art. 9 della legge sull'interruzione di gravidanza anche ai farmacisti<sup>149</sup>.

Altrettanto paradigmatica è la vicenda di alcuni ospedali italiani i quali, per garantire il servizio abortivo, avevano emanato bandi di concorso riservati a medici non obiettori<sup>150</sup>. Tutte queste iniziative, sostenute dalle associazioni laiche dei ginecologi, si sono subito scontrate con reazioni di protesta della Conferenza episcopale italiana e di membri delle istituzioni politiche, unite nella difesa del diritto di obiettare e del principio di non discriminazione<sup>151</sup> dei credenti. Sul piano normativo la soluzione non era in concreto capace di risolvere il problema della obiezione di

---

<sup>146</sup> Ministero della Salute, Aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine", 12 agosto 2020 ([www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)); M.P. Iadicicco, *Aborto farmacologico ed emergenza sanitaria da Covid-19*, in 4 *Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 823 ss.

<sup>147</sup> C. Del Bò, *L'obiezione di coscienza e la RU-486*, in P. Borsellino, F. Forni e S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Politeia*, XXVII, 2011, p. 134, spec. p. 137.

<sup>148</sup> Discorso di sua Santità Papa Benedetto XVI ai partecipanti al 25 Congresso internazionale dei farmacisti cattolici, 29 ottobre 2007 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>149</sup> Art. 1, Proposta di legge di iniziativa dei Deputati Gigli e Sberna (AC 3805), Disposizioni concernenti il diritto all'obiezione di coscienza per i farmacisti, 4 maggio 2016; Proposta di legge di iniziativa dei senatori D'Ambrosio, Lettieri e Mandelli (Disposizioni in materia di definizione e regolamentazione del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei farmacisti), AS 1087, 9 Ottobre 2013.

<sup>150</sup> M. D'Amico, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quad. cost.*, 2017, II, p. 350 ss.

<sup>151</sup> *Lazio, bando per ginecologi non obiettori. Lorenzini: 'Obiezione si rispetta'. Cei: 'E' un diritto, 194 snaturata'*, Il Fatto quotidiano, 22 febbraio 2017; *Aborto, Cei sul caso San Camillo: "Obiezione è un diritto". Presidente Consulta: concorso di dubbia legittimità*, La Repubblica, 22 febbraio 2017.

massa, perché in ogni caso, la legge n. 194 consente al personale sanitario l'esercizio dell'obiezione anche dopo l'assunzione. Ciò nonostante poteva essere uno strumento quantomeno per arginare il fenomeno e garantire un maggiore accesso al servizio di interruzione di gravidanza.

La narrazione cattolica si ripropone anche con Papa Francesco, che negli ultimi anni ha affermato che la libertà di coscienza è un valore fondamentale non negoziabile e che sia i medici, sia i farmacisti dovrebbero disobbedire, giacché anche solo fornire medicinali che possono trasformarsi in 'veleni' significherebbe divenire complici di un omicidio<sup>152</sup>.

Dinanzi ad una obiezione di coscienza sistemica, tramutata in finta disobbedienza civile, occorre però chiedersi se il rifiuto di partecipare alle procedure di aborto si fondi su genuine convinzioni etiche o religiose.

Le indagini antropologiche, condotte all'interno delle strutture ospedaliere, offrono uno sguardo ulteriore sulle motivazioni che inducono il personale medico ad avvalersi dell'esonero. Accanto a reali obiettori, più o meno legati al credo e ai dogmi cattolici, si registra, infatti, una significativa presenza di *fake objectors*. Molti ginecologi e anestesisti dichiarano che la scelta di obiettare nasce dall'esigenza di evitare un *dirty job*, monotono e ripetitivo, o un carico di lavoro troppo impegnativo, considerando che il numero di non obiettori è assai ridotto; o, ancora, dal desiderio di potersi dedicare a prestazioni sanitarie diverse e maggiormente gratificanti sul piano professionale. In tutti questi casi appare evidente che non c'è alcuna coscienza e alcun convincimento etico-religioso da tutelare.

L'azione opportunistica degli obiettori è animata, sovente, anche da puri interessi personali. Ma il paradosso, in ogni caso, è che il sistema normativo legittima anche i falsi obiettori, autorizzati ad esercitare il loro diritto al rifiuto senza alcun obbligo di motivazione della propria scelta e senza nessuna conseguenza giuridica.

Talvolta, però, le indagini antropologiche hanno rivelato un problema sociale e sistemico assai più complesso da governare. Emerge, infatti, il timore del personale non obiettore di essere discriminati, di subire molestie o intimidazioni nell'ambiente di lavoro e nell'avanzamento di carriera. Paure fondate. Lo stesso Comitato europeo dei diritti sociali, con riferimento all'Italia, ha infatti rilevato una violazione del diritto al lavoro e alla dignità del lavoro per i medici non obiettori e la persistente mancanza di reali azioni correttive da parte del governo nazionale<sup>153</sup>.

La percezione sociale dell'aborto, come uno stigma, sia per le donne sia per chi lo procura<sup>154</sup>, incide, dunque, tanto sui diritti riproduttivi e la libertà di autodeterminazione delle donne, quanto sui diritti dei lavoratori che praticano le attività abortive. Le due questioni sono inscindibilmente connesse. Interrompere la

---

<sup>152</sup> Discorso di Santo Padre Francesco ai partecipanti al congresso promosso dalla società italiana di farmacia ospedaliera, 14 ottobre 2021 ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>153</sup> Cfr., *retro*, nel testo, al paragrafo 3.

<sup>154</sup> S. De Zordo, *Lo stigma dell'aborto e l'obiezione di coscienza. L'esperienza e le opinioni dei ginecologi in Italia e in Catalogna*, in *28 Medicina nei secoli, arte e scienza*, 2016, p. 195, spec. p. 212.

gravidanza è in sostanza considerato un atto di trasgressione alle narrazioni *mainstream* dominanti, una violazione delle costruzioni socio-normative tradizionali sul genere, sulla sessualità, femminilità e maternità<sup>155</sup>, anche a prescindere da un certo credo religioso e dalla c.d. 'cultura della vita'.

Appare evidente che lo stigma delle donne che desiderano abortire si combina e si potenzia con lo stigma del personale non obiettore. Alla stigmatizzazione passiva, subita dal personale sanitario, si aggiunge poi una stigmatizzazione attiva prodotta da questa stessa categoria professionale, che a sua volta incide sull'intero sistema sociale. Siamo dinanzi ad un surrettizio circolo vizioso, perché «high rates of conscientious objection increase the marginalisation and stigmatisation of abortion provision by negatively impacting on abortion providers' medical training and working life and on the quality of abortion care»<sup>156</sup>.

#### 12. Paesi europei in movimento (Spagna e Francia) vs. paralisi ostativa italiana. Il tema dell'aborto e la scena politica perduta

La coalizione di pratiche discorsive contrarie all'aborto, ridondanti e costanti nel contesto nazionale, hanno contribuito ad un processo di giustificazione sociale dell'abuso seriale dell'obiezione di coscienza, divenuta una pratica sistemica.

Di fronte a questo stato di cose, la domanda da porsi è la seguente: *what is to be done?*

Invero, quando un sistema normativo prevede l'obiezione di coscienza, il problema giuridico prioritario da risolvere è ammettere l'obiezione senza pregiudicare interessi pubblici fondamentali e senza produrre danni significativi e sproporzionati ad altri cittadini.

In mancanza di adeguate limitazioni ai *conscience claims*, il sistema giuridico «will align the public order with the belief system of the objector and against the rights to which the objector objects»; <sup>157</sup> in sostanza, «if accommodations are not designed in ways that limit their impact on third parties it may be an indication [...] that those opposed to the rights of third parties assert “conscientious objections ... to project their private convictions in the public sphere».

L'analisi giuridica comparata, e le raccomandazioni del OMS<sup>158</sup>, indicano varie strategie giuridiche possibili di *accommodation*, capaci di gestire le rivendicazioni di coscienza rispetto ai diritti riproduttivi e all'aborto, garantendo un reale pluralismo.

---

<sup>155</sup> A. Kumar, L. Hessini e E.M.H. Mitchell, *Conceptualizing abortion stigma*, in 11 *Culture, Health and Sexuality*, 2009, p. 625, spec. p. 635 ss.

<sup>156</sup> S. De Zordo, *Good Doctors Do Not Object' Obstetricians-Gynaecologists' Perspectives*, cit., 162.

<sup>157</sup> D. NeJaime e R.B. Siegel, *Conscience Wars in the Americas*, in 5 *Latin American Law Review*, 2020, p. 19 ss.

<sup>158</sup> D. NeJaime e R.B. Siegel, *o.u.c.*, 15; e v., *retro*, paragrafi 2 e 3.

Non mancano, inoltre, in Europa, spinte liberali volte a rafforzare i diritti riproduttivi anche in relazione alla tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario.

In Francia, ad esempio, il diritto all'interruzione di gravidanza è un diritto fondamentale dal 1975 (*Loi Veil*)<sup>159</sup>, ma il formante legale prevede una doppia clausola di coscienza, ossia una generale ed una speciale relativa unicamente alle procedure di aborto<sup>160</sup>. La pratica dell'obiezione solleva da tempo preoccupazione considerando, da un lato, le progressive restrizioni di bilancio nelle politiche sanitarie, dall'altro le azioni pervasive di movimenti *pro-life* locali, peraltro influenzati e perfino finanziati da analoghi gruppi globali di origine americana<sup>161</sup>. Non a caso, molti attivisti a favore dell'aborto hanno tentato di promuovere l'abolizione della clausola di coscienza speciale, proprio per l'effetto di stigmatizzazione e colpevolizzazione che produce a carico delle donne.

Il dibattito sociale è culminato in alcune proposte di legge per la soppressione dell'obiezione nei servizi di aborto<sup>162</sup>. Inoltre, dopo *Dobbs*, le istituzioni politiche domestiche, hanno avviato una riforma costituzionale,<sup>163</sup> per introdurre una disposizione *ad hoc* finalizzata a rafforzare il diritto all'aborto. Benché, al momento, il *droit de réserve* (clausola di coscienza) sia rimasto in vigore, la Francia ha modificato la sua Costituzione introducendo, sia pur con persistenti ambiguità, il *droit à l'avortement*<sup>164</sup>, e il legislatore ha fatto ulteriori passi avanti<sup>165</sup> eliminando alcune barriere

---

<sup>159</sup> Cfr., sul punto, M. Mathieu, *Abortion in France: From Formal Right to Concrete Limits on Women's Autonomy*, in 111 *Droit et Société*, 2022, p. 337 ss.

<sup>160</sup> Rispettivamente, art. R. 4127-47, Code de la santé publique, e art L. 2212-8, Code de la santé publique.

<sup>161</sup> Assemblée Nationale, Rapport d'information sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) N°3343, 16 September 2020 ([https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ega/l15b3343\\_rapport-information#\\_Toc256000022](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ega/l15b3343_rapport-information#_Toc256000022)). Su questi aspetti v., J. Merchant, *Access to Abortion: Comparative Public Policy in France and the United States*, in M. Ziegler (a cura di), *Research Handbook on International Abortion Law*, cit., p. 142 ss.

<sup>162</sup> Proposition de Loi n° 743 du 28 septembre 2018 visant à supprimer la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse, Sénat (<https://www.senat.fr/leg/pp17-743.html>); Proposition de Loi n° 3292 du 25 août 2020 visant à renforcer le droit à l'avortement, Assemblée Nationale ([https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3292\\_proposition-loi#D\\_Article\\_1er](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3292_proposition-loi#D_Article_1er)).

<sup>163</sup> Proposition de Loi Constitutionnelle n° 293 du 7 octobre 2022 de visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Assemblée Nationale; Proposition de Loi Constitutionnelle n° 34 du 24 novembre 2022 visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse, Assemblée Nationale (<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000046604696/>).

<sup>164</sup> E. Bottini et al., *Enshrining Abortion Rights in the French Constitution: A Global Statement with Little Domestic Substance?*, in *Verfassungsblog* VERFASSUNGSBLOG, 9 marzo 2024 (<https://verfassungsblog.de/enshrining-abortion-rights-in-the-french-constitution>). Cfr., Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGLARTI000049255008/2024-03-10/>).

<sup>165</sup> Loi n°2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement, (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045287560>). Sui limiti ancora sottesi alla disciplina

all'interruzione di gravidanza. In particolare, è stato esteso il termine legale per poter accedere all'aborto volontario in qualsiasi circostanza da dodici a quattordici settimane; il ricorso all'aborto farmacologico, come metodo alternativo e meno invasivo rispetto all'intervento chirurgico, è stato significativamente rafforzato; è stato abolito il periodo di riflessione di due giorni tra la consultazione psicologica preliminare facoltativa e l'esecuzione dell'aborto. Ancora, sono state introdotte esplicite sanzioni per i farmacisti che non dispensino la contraccezione d'emergenza, e l'ARS (*Agence régionale de santé*) è ora obbligata a pubblicare un elenco dei professionisti e delle singole strutture ospedaliere che garantiscono l'effettivo accesso all'interruzione di gravidanza.

Anche la Spagna<sup>166</sup> si muove verso una sempre più intensa protezione dei diritti sessuali e riproduttivi di tutte le donne, in una prospettiva attenta alle diversità di genere e di orientamento sessuale, dunque ancor più liberale e antidiscriminatoria. La *Ley Orgánica* n. 1 del 2023 ha introdotto un registro speciale dei medici obiettori che aspira a garantire sia il pieno rispetto del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza, sia il diritto del personale sanitario al rifiuto della prestazione per motivi di coscienza. Al contempo, la riforma prevede l'adozione di misure organizzative che proteggano la qualità e la dignità del lavoro dei medici non obiettori<sup>167</sup> anche contro pratiche discriminatorie. Il personale sanitario è, inoltre, sottoposto a percorsi di formazione sulle questioni di genere, sulla salute sessuale e riproduttiva, incluso un *training* specifico sulle procedure di aborto.

Nulla di tutto ciò accade in Italia.

L'obiezione di coscienza in relazione all'aborto esiste nel sistema giuridico domestico sin dall'approvazione della legge n. 194 del 1978. Questo dispositivo è stato, alle sue origini, capace di garantire ad una minoranza di resistere e sottrarsi alla legge sull'interruzione di gravidanza. Si trattava, all'epoca, di una *religious and moral accomodation* conforme al pluralismo di valori dello stato italiano e, probabilmente, quantomeno nell'intenzione dei gruppi cattolici e conservatori, aspirava ad attuare una dinamica di 'preservazione' dello *status quo ante* attraverso la 'trasformazione', innegabilmente prodotta dall'approvazione e dall'entrata in vigore della legge sulla interruzione di gravidanza<sup>168</sup>.

Dopo 46 anni, la legge sull'interruzione di gravidanza, inclusa la norma sull'obiezione di coscienza, non ha subito modifiche di rilievo. Tuttavia, la dinamica originaria appare, in un certo senso, invertita. Il nuovo paradigma sembra piuttosto

---

dell'aborto, anche alla luce delle ultime modifiche legislative, v. L. Marguet, « *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement : un renforcement en demi-teinte* », in *Rev. dr. de l'homme*, 19 Aprile 2022 (<http://journals.openedition.org/revdh/14614>).

<sup>166</sup> Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5364](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-5364)).

<sup>167</sup> Artt. 19, 19 bis, 19 ter, Ley Orgánica 1/2023.

<sup>168</sup> D. NeJaime e R.B. Siegel, *Conscience Wars: Conscience Claims in Religion and Politics*, in 124 *Yale Law Journal*, 2015, p. 2516, 2518, 2552.

operare nella direzione di una 'conservazione senza trasformazione'. Le regole formali sono rimaste le stesse. Le corti nazionali hanno impedito l'affermarsi di nuovi *conscientious-based claims* nel contesto delle procedure di aborto, diversamente da quanto accaduto nel sistema statunitense, ma hanno inciso assai poco su un fenomeno così sistemico quale è la pratica di massa dell'obiezione.

I giudici costituzionali, a loro volta, hanno paralizzato i tentativi di riforma della legge, messi in atto da strumenti di democrazia diretta dei cittadini. Dinanzi alla richiesta di un nuovo *referendum* abrogativo<sup>169</sup>, che intendeva rimuovere alcuni requisiti amministrativi e procedurali all'accesso all'aborto, come noto, la Corte ha affermato che la legge sulla interruzione volontaria di gravidanza contiene una «tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione» (ossia il diritto del concepito alla vita e la tutela della maternità, iscritta tra gli impegni fondamentali dello Stato). La legge 194, si sostiene, ha un contenuto normativo 'costituzionalmente vincolato', quindi non può essere abrogata tramite un referendum popolare. Questi argomenti operano, nella sostanza, come dispositivi di 'esclusione', direbbe Michel Foucault<sup>170</sup>. Il tema dell'interruzione di gravidanza sembra rappresentare una questione della quale il popolo non può parlare; o meglio, un discorso sul quale il cittadino non può 'agire' direttamente, perché la verità del discorso normativo sul diritto di aborto e sul diritto della vita è racchiusa nella volontà del legislatore, e nell'equilibrio di valori scelti all'epoca dal legislatore nazionale sulla base dei principi costituzionali.

Mentre l'agenda politico-istituzionale non si muove, le narrazioni e le strategie discorsive degli oppositori all'aborto hanno continuato a lavorare nella società, producendo sempre nuovi argomenti, all'interno di più ampi discorsi conservatori (non necessariamente dei cattolici), *anti-gender*<sup>171</sup> e di difesa dei modelli tradizionali di famiglia, di genere e di sessualità femminile.

La politica è rimasta ferma. E' bastato sinora non agire, nonostante l'evidenza di indifendibilità dell'obiezione di coscienza di massa.

Tuttavia, l'inazione politica è pur sempre una azione politica. Non toccare la legge, e in particolare non affrontare il problema dell'obiezione di coscienza equivale a sostenere le ragioni degli obiettori, e tra queste l'ostracismo ad un vero diritto all'aborto, quale servizio sanitario essenziale per la salute della donna.

Non c'è, dunque, nel sistema giuridico domestico un fenomeno di nuove *conscientious exemptions*, tipiche delle guerre culturali emergenti nel discorso transnazionale e in particolare statunitense. Il paradigma formale della obiezione di

---

<sup>169</sup> Corte Cost., sez. un., 30 gennaio 1997, n. 35 (<https://ejurcost.org/>). La questione è accuratamente indagata da S. Niccolai, *L'ambigua liberazione dalla natura*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 115 ss. e S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012, p. 3 ss.

<sup>170</sup> M. Foucault, *L'ordine del discorso*, tradotto da A. Fontana, Milano, 1979, p. 9 s.

<sup>171</sup> Cfr., sul punto, M. Prearo, *L'ipotesi neocattolica. Politologia dei movimenti anti-gender*, Milano-Udine, 2020; e, nondimeno, S. Garbagnoli, *Italy as a Lighthouse: Anti-gender Protests Between the "Anthropological Question" and National Identity*, in R. Kuhar e D. Paternotte (a cura di), *Anti-Gender Campaigns in Europe*, cit., p. 151 ss.

coscienza – quanto meno nelle procedure di aborto – è rimasto sempre lo stesso. E' l'abuso seriale del diritto ad obiettare, al di fuori di reali motivi di coscienza, al di fuori di un reale pluralismo democratico, che ha trasformato questo strumento di *accomodation*, ossia di ragionevole compromesso per tutelare le minoranze, in un dispositivo illiberale che produce danni significativi a terzi: da un lato, le donne, private del loro diritto ad accedere al servizio sanitario di interruzione di gravidanza, sia pur entro le condizioni stabilite dalla legge; dall'altro, lo stesso personale medico non obiettore.

Dinanzi ad un fenomeno sistemico di tale portata sarebbe necessario un intervento del legislatore che potrebbe richiedere, come ultima e davvero estrema *ratio*, anche l'eliminazione della obiezione di coscienza del personale medico nei servizi abortivi<sup>172</sup>.

Il tema dell'aborto, però, sembra aver perso, in Italia, la scena politica e sociale acquisita durante gli anni di approvazione della legge, ritornando ad essere un campo di battaglia di circoli di movimenti femministi, di associazioni mediche laiche e una questione bio-etica, consegnata, in sostanza, ad *élites* depositarie di saperi superiori<sup>173</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** This essay discusses the issue of access to abortion in Italy, with particular attention to conscientious objection, evoked by medical personnel. The fundamental questions posed are: Does this purported conscientious objection to abortion genuinely stem from the narratives and dogmas of Catholicism? How far are these conservative narratives part of the *nomos* that has given—and perhaps still gives—form to abortion law in Italy and the involvement of its political institutions in recent decades?

This analysis adopts a mixed methodology to answer these questions, dovetailing historical, empirical, and normative arguments and specifically examining the evolution of the debate on conscientious objection within the Italian legal tradition. It also adopts a comparative perspective to critically deconstruct the internal trend in both law and politics vis-à-vis various other legal systems in Europe. The aim is to examine the processes of legitimization that have reshaped conscientious objection regarding abortion practices: what was initially an 'exception' provided for in Italian law has effectively become a general operational rule that functions outside the democratic circuit and disproportionately affects the rights of third parties, perpetuating outdated

<sup>172</sup> D. NeJaime e R. Siegel, *Conscience Wars in the Americas*, cit., p. 20.

<sup>173</sup> T. Pitch, *Decriminalization Or Legalization? The Abortion Debate in Italy*, in *3 Women and Criminal Justice*, 1992, p. 33 ss.

Camilla Crea

*Obiettori disubbidienti vs diritto all'aborto. La postura italiana e il trend europeo*

social constructs. In so doing, it stigmatizes women seeking abortions and healthcare professionals who do not evoke their right to conscientious objection.

**KEYWORDS:** Abortion rights – Conscientious objection – Reproductive Justice – Narratives – Gender theory.

\*\*\*

**Camilla Crea** – Università degli Studi del Sannio. Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di Economia, Management e Metodi Quantitativi (DEMM) (camilla.crea@unisannio.it)



## Constitutional Asymmetries and Mixed Legal Systems: New Itineraries of Legal Comparison \*

*Lidia Bonifati*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Asymmetries in Federal Theory. – 3. Defining Mixed Legal Systems. – 3.1. The Mixed Jurisdiction Conception. – 3.2. The Pluralist Conception. – 4. Common Law and Civil Law in Québec and Scotland. – 4.1. Canada. – 4.2. The United Kingdom. – 5. Islamic *Shari'a* in Indonesia and Nigeria. – 5.1 Indonesia. – 5.2. Nigeria. – 6. Concluding Remarks.

### *1. Introduction*

In the past decades, legal scholarship has widely explored the phenomenon of constitutional asymmetries in multi-tiered systems<sup>1</sup>, often in the wake of developments in European legal systems, such as Italy, Spain, Belgium, and the United Kingdom. Indeed, the literature has increasingly refined the theory on asymmetric federalism and identified three legal dimensions in which asymmetries are expressed, namely the status of subnational entities, the distribution of powers and competencies, and fiscal arrangements<sup>2</sup>. However, some authors, such as Palermo<sup>3</sup>, have identified an additional dimension in which asymmetries can manifest themselves, i.e., the maintenance of historical legal specificities in particular parts of the territory. For example, Palermo recalled the existence of peculiar legal institutions, e.g., the *derecho foral* in the Basque Country and Navarre, or the *geschlossener Hof* in South Tyrol, as well as the maintenance of civil law in specific subnational entities in otherwise common law legal systems, e.g., Québec, Scotland, Puerto Rico, Louisiana. Despite providing an extremely interesting perspective on the phenomenon of asymmetries in multi-tiered systems, the

---

\*The article has been submitted to a double-blind peer review process according to the journal's guidelines. A preliminary version of this paper was presented and discussed at the Joint AIDC/DPCE Young Scholars Conference (16-17 May 2024, Link Campus University, Rome). The author wishes to thank the chairs of the session, Domenico Amirante and Lucia Scaffardi, for their helpful observations.

<sup>1</sup> See, for example, G. Martinico – M. Monti (eds.), *New Trends in Comparative Federalism, in Perspective on Federalism*, vol. 16, no. 1, 2024.

<sup>2</sup> See F. Palermo, *Introduction*, in F. Palermo et al. (eds.), *Asymmetries in Constitutional Law*, Bolzano, 2009, p. 12 ff.

<sup>3</sup> F. Palermo, “*Divided We Stand*”. *L’asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. Torre (ed.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all’Europa)*, Torino, 2007, p. 163.

intersection between constitutional asymmetries and mixed legal systems has attracted only limited attention in the scholarship<sup>4</sup>.

This study aims to explore this gap by analyzing four jurisdictions where the presence of a mixed legal system has generated asymmetrical outcomes. To do so, the article is divided into two parts. The first part is dedicated to the theoretical foundations of the research, i.e., the definition of the two core concepts of asymmetries in federal theory (paragraph 2) and mixed legal systems (paragraph 3). Then, the second part addresses four case studies, selected according to two main criteria. On the one hand, they are multi-tiered systems<sup>5</sup> where asymmetry (or, in the Nigerian, symmetry<sup>6</sup>) has been introduced to accommodate ethnocultural diversity<sup>7</sup>. On the other hand, they represent the two different conceptions of mixed legal systems as identified by Palmer<sup>8</sup>. Indeed, Québec and Scotland (paragraph 4) respond to the more traditional conception of «mixed jurisdiction», where a coexistence of common law and civil law can be found. As will emerge in the rest of the article, in these two cases, the constitutional asymmetries deriving from the presence of a mixed legal system consist in a translation of this specificity in the composition of the Supreme Court (in Canada) and the organization of the judiciary (in Scotland). Then, Nigeria and Indonesia (paragraph 5) are more closely linked to the «pluralist conception» of mixed legal systems, with the combination and stratification of common/civil law, Islamic *Shari'a*, and customary law. In these two contexts, the direct implementation of Islamic criminal law in limited parts of the territory has generated *de jure* asymmetries in the Aceh province of Indonesia and an asymmetrical outcome in terms of protection of rights in the northern states of Nigeria. In both systems, the adoption of Islamic criminal codes has raised concerns over human rights violations of non-Muslim

---

<sup>4</sup> As observed also by Martinico in G. Martinico, *La genesi "mista" dell'asimmetria canadese*, in G. Delledonne et al. (eds.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, p. 15-16.

<sup>5</sup> This article relied on the category of «multi-tiered systems» (MTS), i.e., those system with multiple tiers of government in which the central level co-exists with subnational entities having lawmaking powers. This choice allowed to include in the analysis also the United Kingdom and Indonesia, as they do not strictly define themselves as «federations» (as Canada and Nigeria), but they do present multiple tiers of government (i.e., the devolved nations in the UK and the provinces in Indonesia) with lawmaking powers. For more on MTS, see F. Palermo – K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, London, 2017, p. 8; P. Popelier, *Dynamic Federalism. A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy*, London and New York, 2021, p. 50-51.

<sup>6</sup> See R. Suberu, *Federalism in Africa: The Nigerian Experience in Comparative Perspective*, in *Ethnopolitics*, vol. 8, no. 1, 2009, p. 67-86.

<sup>7</sup> See P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, Cham, 2019.

<sup>8</sup> V.V. Palmer, *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, no. 1, 2008, p. 7-33.

citizens, minorities, and vulnerable groups<sup>9</sup>. The article chose such different cases<sup>10</sup> as it was interested in studying the varieties of constitutional asymmetries deriving from the mixed nature of the legal systems and in bringing together different legal traditions, both in the Global North and the Global South.

Finally, in the Conclusion, the article paves the way to new itineraries of legal comparison by reflecting upon the legacies of colonialism and the role played by asymmetric federalism in embracing diversity and legal pluralism.

## 2. *Asymmetries in Federal Theory*

Up until Charles Tarlton's essay, which first introduced the concept of asymmetry in 1965<sup>11</sup>, the idea of asymmetry had remained only implicit in federal theory, and symmetry was considered the norm (whereas asymmetry was the exception). This perception stemmed mainly from two factors. First, the centripetal origin of traditional coming-together federations (e.g., the United States, Germany) led inevitably to prioritizing the guarantee of a symmetrical relationship among subnational entities to ensure full equality among them. However, more recent federal systems (e.g., Belgium, Spain, Bosnia-Herzegovina) have followed an opposite dynamic. Given their centrifugal origin, in these holding-together federal systems, constitutional norms had to regulate internal diversity by ensuring differentiated levels of autonomy to preserve the unity and integrity of the system<sup>12</sup>. The increasing implementation of different forms of asymmetrical arrangements in federal systems led some scholars to argue that «viewing symmetry as the rule and asymmetry as the exception [...] is legally wrong»<sup>13</sup>.

The literature on asymmetric federalism generally distinguishes between *de facto* (or political) and *de jure* (or constitutional) asymmetries<sup>14</sup>. The former refers to «actual

---

<sup>9</sup> See S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia: What is so 'Special' About it? A Country Study of Constitutional Asymmetry in Indonesia*, in P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, London, 2019, p. 247-248; M.H.A., Bolaji, *Shari'ah in Northern Nigeria in the Light of Asymmetrical Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 40, no. 1, 2010, p. 122-123.

<sup>10</sup> On the different case selection logics, see R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, no. 1, 2005, p. 133-152, whereas on the comparative study of heterogeneous systems, see G. de Vergottini, *Constitutional Law and the Comparative Method*, in J. Cremades – C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Cham, 2020, p. 13-14.

<sup>11</sup> C.D. Tarlton, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, in *The Journal of Politics*, vol. 27, no. 4, 1965, p. 861 ff.

<sup>12</sup> F. Palermo, *Introduction*, cit., p. 13.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> See R. Agranoff (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden-Baden, 1999; R.L. Watts, *A Comparative Perspective On Asymmetry In Federations*, in *Asymmetry Series - IIGR, Queen's University*, 2005, no. 4, p. 1 ff.; R. Bifulco, *Differenziazione e asimmetrie nella teoria federale contemporanea*, in *Diritti Regionali*, no. 1, 2020, p. 139-172.

practices or relations resulting from the impact of cultural, social, and economic differences among constituent units within a federation»<sup>15</sup>, while the latter to asymmetries «embedded in constitutional processes in which constituent units are treated differently by law»<sup>16</sup>. Federal systems can exhibit different types and degrees of asymmetries<sup>17</sup>, and it has been observed that constitutional asymmetries often result from the incorporation of political asymmetries into the constitutional framework<sup>18</sup>. Within federal systems, political asymmetries can take different forms, such as variations in the size of territory and population, as well as in wealth, identity, and political landscape<sup>19</sup>. Some federal systems have translated their political asymmetries into constitutional asymmetries, entrenching them in their legal and constitutional frameworks. Indeed, constitutions may do so to recognize significant variations in geographic size and population or in their social and cultural composition and economic capacity.

Generally speaking, the literature has identified three areas in which constitutional asymmetries can be identified: the status of subnational entities, the distribution of powers and competencies, and fiscal autonomy<sup>20</sup>. Asymmetries in status concern an asymmetric institutional framework among subnational entities<sup>21</sup>, a different composition of the central legislative level<sup>22</sup>, the bodies of intergovernmental relations<sup>23</sup>, as well as subnational constitutional autonomy enjoyed only by specific units<sup>24</sup>. Next, in terms of asymmetries in powers and jurisdiction<sup>25</sup>, Popelier and Sahadžić identified several indicators of asymmetries, such as specific sets of competencies enjoyed by only one or a few subnational entities, different allocation techniques, and differences in political and judicial dispute resolution in federalism<sup>26</sup>. Finally, asymmetries in fiscal autonomy are closely intertwined with the domains of

---

<sup>15</sup> R.L. Watts, *A Comparative Perspective*, cit., p. 2.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> M. Burgess, *The Paradox of Diversity - Asymmetrical Federalism in Comparative Perspective*, in F. Palermo et al. (eds.), *Asymmetries in Constitutional Law*, cit., p. 24.

<sup>18</sup> Cfr. R. Agranoff, *Accommodating Diversity*, p. 16; P. Popelier – M. Sahadžić, *Conclusion*, in P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, Cham, 2019, p. 489-492.

<sup>19</sup> R.L. Watts, *The Theoretical and Practical Implications of Asymmetrical Federalism*, in R. Agranoff (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden-Baden, 1999, p. 30 ff; P. Popelier – M. Sahadžić, *Linking Constitutional Asymmetry with Multinationalism*, in P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, Cham, 2019, p. 5.

<sup>20</sup> F. Palermo, *Introduction*, cit., p. 12 ff.

<sup>21</sup> M. Sahadžić, *Asymmetry, Multinationalism and Constitutional Law*, London and New York, 2020, p. 32-33.

<sup>22</sup> M. Sahadžić, *Asymmetry*, cit., p. 34-36; F. Palermo, *“Divided We Stand”*, cit., p. 161-164; R.L. Watts, *Theoretical and Practical Implications*, cit., p. 36.

<sup>23</sup> Cfr. R.L. Watts, *Theoretical and Practical Implications*, cit., p. 33-40.

<sup>24</sup> P. Popelier, *op. cit.*, p. 92-93.

<sup>25</sup> F. Palermo, *“Divided We Stand”*, cit., p. 159-160; R.L. Watts, *Theoretical and Practical Implications*, cit., p. 37.

<sup>26</sup> M. Sahadžić, *Asymmetry*, cit., p. 77-78; P. Popelier, *op. cit.*, p. 140-170.

status and power distribution<sup>27</sup> and can manifest in taxing powers, power to raise revenue, spending capacity, transfer dependence, and budget control<sup>28</sup>.

It is also relevant to recall the further distinction made by Burgess between the preconditions leading to asymmetry and the relative asymmetrical outcomes<sup>29</sup>. Specifically, Burgess identified two sets of preconditions, i.e., socio-economic (regional, demographic, and socio-economic disparities) and cultural-ideological (religious, linguistic, territorial, cultural, and ethno-national patterns). Concerning the asymmetrical outcomes, Burgess recalled the *de facto* and *de jure* distinction identifying the political and constitutional asymmetries that can derive from the sets of preconditions. As it will be explained when addressing the Nigerian case, these two concepts will be partly re-discussed by exploring a further scenario: the possible asymmetrical outcomes of constitutional symmetry.

Asymmetries are often referred to in the scholarship on constitutional models of diversity governance<sup>30</sup>. Specifically, Palermo and Woelk suggest that asymmetric solutions are often adopted in federal systems to meet distinctive needs within their own territory<sup>31</sup>. Therefore, it can be argued that asymmetries are a valid system for accommodating diversity<sup>32</sup> since «federal asymmetries arise from the challenge of diversity within federal societies»<sup>33</sup>. Constitutional asymmetries can also be considered

---

<sup>27</sup> See M. Sahadžić, *Asymmetry*, cit., p. 41; H. Blöchliger – A. Montes-Nebreda, *Diversity and Asymmetric Arrangements as Drivers of Fiscal Federalism: A Comparative Overview*, in F.J. Romero Caro – A. Valdesalici (eds.), *Fiscal Federalism and Diversity Accommodation in Multi-level States*, Cham, 2024, p. 11-40.

<sup>28</sup> P. Popelier, *op. cit.*, p. 182-183.

<sup>29</sup> M. Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, London and New York, 2006, p. 215-221.

<sup>30</sup> Cfr. A. Lijphart, *Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Link*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 12, no. 3, 1979, p. 510; D. Horowitz, *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society*, Berkeley, 1992, p. 214; A. Stepan, *Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model*, in *Journal of Democracy*, vol. 10, no. 4, 1999, p. 29-30; A. Stepan, *Towards a New Comparative Politics of Federalism, Multinationalism, and Democracy: Beyond Rikerian Federalism*, in Edward L. Gibson (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, 2004, p. 40; J. McGarry – B. O'Leary, *Federation as a Method of Ethnic Conflict Regulation*, in S. Noel (ed.), *From Power Sharing to Democracy: Post-Conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, Montréal, 2005, p. 273.

<sup>31</sup> F. Palermo – J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2021, p. 174-175.

<sup>32</sup> For further references see S. Mancini, *Minoranze autoctone e Stato*, Milano, 1996; Y. Ghai, *Constitutional Asymmetries: Communal Representation, Federalism, and Cultural Autonomy*, in A. Reynolds (ed.), *The Architecture of Democracy*, Oxford, 2002, p. 141-170; M. Weller – K. Nobbs (eds.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, Philadelphia, 2010; A. Mastromarino, *Il Federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, 2010; S. Keil – E. Alber, *Introduction: Federalism as a Tool of Conflict Resolution*, in *Ethnopolitics*, 2020, vol. 19, no. 4, p. 335 ff.

<sup>33</sup> R. Agranoff, *Power Shifts, Diversity and Asymmetry*, in R. Agranoff (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden-Baden, 1999, p. 11 ff. On asymmetry and the «federal society», see also W.S. Livingston, *A Note on the Nature of Federalism*, in *Political Science Quarterly*, vol. 67, no. 1, 1952, p. 81-95.

a distinct constitutional model for addressing diversity<sup>34</sup>, as they allow for greater flexibility<sup>35</sup> often absent in consociations or national federations. In fact, varying degrees of constitutional asymmetries have been introduced to manage diversity not only in multinational federations (e.g., Belgium, Canada, and India) but also in formally unitary states that are «partially divided societies»<sup>36</sup> (e.g., the United Kingdom, Spain, and Indonesia) that have adopted regional or devolved structures<sup>37</sup>. This exemplifies the fact that constitutional asymmetries may be more easily acceptable than the federal institutional structure as a whole<sup>38</sup> since a traditional federation may be perceived as a threat to the territorial integrity of the state, encouraging secession or separatism<sup>39</sup>. Conversely, the introduction of constitutional asymmetries represents a dynamic instrument to preserve the integrity of the system<sup>40</sup> allowing for a more efficient application of the principle of self-rule and shared rule among subnational units and with the center<sup>41</sup>.

However, it should not be forgotten that «asymmetry is not a panacea for the resolution of territorial self-determination disputes» and therefore is «a double-edged sword whose application requires careful consideration of the potential consequences»<sup>42</sup>. Specifically, the balance between constitutional asymmetries and the

---

<sup>34</sup> P. Popelier – M. Sahadžić, *Linking Constitutional Asymmetry*, cit., p. 2.

<sup>35</sup> S. Wolff, *Cases of Asymmetrical Territorial Autonomy*, in M. Weller – K. Nobbs (eds.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, Philadelphia, 2010, p. 24.

<sup>36</sup> N.P. Alessi – F. Palermo, *Intergovernmental Relations and Identity Politics in Italy*, in Y.T. Fessha – K. Kössler (eds.), *Intergovernmental Relations in Divided Societies*, Cham, 2022, p. 185.

<sup>37</sup> For a comprehensive analysis on European asymmetrical systems, see G. D'Ignazio, *Integrazione europea e asimmetrie regionali*, Milano, 2007; F. Palermo et al. (eds.), *Asymmetries in Constitutional Law*, Bolzano, 2009; S. Wolff, *op. cit.*; G. D'Ignazio – A.M. Russo (eds.), *Asimmetria e conflitti territoriali nel quadro dell'integrazione europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, vol. 2, 2018; P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, Cham, 2019; M. Olivetti, *Il federalismo asimmetrico belga e le sue recenti evoluzioni*, in G. D'Ignazio (eds.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali*, Milano, 2007, p. 63-90; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, no. 6, 2019, p. 2-40; G. Rolla, *Alcune considerazioni in merito al fondamento costituzionale del regionalismo speciale*, in *Federalismi.it*, no. 13, 2015, p. 2-22; A.M. Russo, *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomo spagnolo*, Napoli, 2010; A. D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Rivista AIC*, no. 4, 2014, p. 1-15; M. Monti, *Federalismo disintegrativo. Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*, Torino, 2021.

<sup>38</sup> S. Wolff, *op. cit.*, 24.

<sup>39</sup> F. Palermo – K. Kössler, *op. cit.*, p. 98-100.

<sup>40</sup> M. Burgess, *The Paradox of Diversity*, cit., p. 25-26.

<sup>41</sup> On the sustainability of constitutional asymmetries, see G. Martinico, *L'origine "mista" dell'asimmetria canadese*, cit., p. 30; G. Martinico, *Quanto è sostenibile l'integrazione (asimmetrica) sovranazionale. Note di diritto comparato*, in *Istituzioni del Federalismo*, no. 2, 2018, p. 287-300; G. Martinico, *Asymmetry and Complex Adaptive (Legal) Systems: The Case of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, no. 2, 2014, p. 281-299; G. Martinico, *Asymmetry as an Instrument of Differentiated Integration: The Case of the European Union*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 18, no. 2, 2016, p. 139-158; M. Monti, *op. cit.*, p. 28 ff.

<sup>42</sup> S. Wolff, *op. cit.*, p. 25.

principle of equality seems to be one of the most pressing and recurring issues in the scholarly debate on the risks arising from asymmetries<sup>43</sup>. Overall, as pointed out by Martinico, «[...] asymmetry is a game between centripetal and centrifugal forces, and here again interesting insights can be found from comparative studies: in fact, the debate on the possible negative implications of asymmetry leads to the identification of the existence of a constitutional core of principles and values whose respect makes asymmetry sustainable [...]»<sup>44</sup>.

Finally, as anticipated in the Introduction, beyond the three dimensions of status, powers, and fiscal arrangements, some scholars have suggested the existence of a further legal expression of asymmetry, namely the guarantee of the maintenance of historical specificities related to certain legal institutions in a territory<sup>45</sup>. While this is an extremely interesting perspective, it has not yet attracted systematic attention from the literature. Given the aim to explore this gap, it should be clarified that this article focuses on constitutional asymmetries that are an expression of the presence of a mixed legal system and does not delve into a detailed analysis of asymmetries in the other three dimensions.

### *3. Defining mixed legal systems*

Similar to asymmetry, which was originally framed by federal theory as an exception, mixed legal systems were also initially considered anomalies<sup>46</sup>. However,

---

<sup>43</sup> On the possible negative outcomes of asymmetries, especially in relation to the principle of equality, see D. Milne, *Equality or Asymmetry: Why Choose?*, in R.L. Watts – D.M. Brown (eds.), *Options for a New Canada*, Toronto, 1991, p. 285 ff; R. Bauböck, *United in Misunderstanding? Asymmetry in Multinational Federations*, in *Ice Working Paper Series*, vol. 1, 2002, p. 1 ff; K. Henrard, *Equality Considerations and Their Relations to Minority Protections, State Constitution Law, and Federalism*, in A. Tarr et al. (eds.), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Westport, 2004, p. 25 ff; R. Toniatti, *Asimmetrie regionali, identità culturale e competitività dei territori*, in F. Palermo – S. Parolari (eds.), *Il futuro della specialità regionale alla luce della revisione costituzionale*, Napoli, 2016, p. 40 ff; M. Sahadžić, *Asymmetry*, cit., p. 180-196; M. Sahadžić, *Constitutional Asymmetry and Equality in Multinational Systems with Federal Arrangements*, in E.M. Belser et al. (eds.), *The Principle of Equality in Diverse States*, Leiden and Boston, 2021, p. 36-61; M. Monti, *op. cit.*, p. 77-90.

<sup>44</sup> G. Martinico, *Asymmetry as an Instrument of Differentiated Integration*, cit., p. 143.

<sup>45</sup> Cfr. F. Palermo, “*Divided We Stand*”, cit., p. 163; G. Martinico, *La genesi “mista” dell’asimmetria canadese*, cit., p. 15 ff.

<sup>46</sup> For more references on mixed legal systems, see E. Özücü et al. (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, 1996; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, p. 381-384; N. Mariani – G. Fuentes, *Les systèmes juridique dans le monde/World Legal Systems*, Montréal, 2000; K.G.C. Reid, *The Idea of Mixed Legal Systems*, in *Tulane Law Review*, vol. 78, no. 1&2, 2003, p. 5-40; D. Visser, *Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems*, in *Tulane Law Review*, vol. 78, no. 1 & 2, 2003, p. 41-78; R. Zimmermann et al. (eds.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, Oxford, 2004; A. Gambaro – R. Sacco (eds.), *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018, p. 36 ff; J. du Plessis, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, in M. Reinmann – R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative*

comparative law scholarship observed that mixed legal systems as well «have recurred too often and have endured too long to be regarded as accidents and anomalies».<sup>47</sup> In the attempt at systematizing these systems, Palmer identified two conceptions that more narrowly or expansively define such hybridity: the mixed jurisdiction conception, and the pluralist conception<sup>48</sup>.

### *3.1. The Mixed Jurisdiction Conception*

The mixed jurisdiction conception refers to the group of British scholars who tended to restrict the scope of comparative research to a single typology of hybrid systems, i.e., mixed systems of common law and civil law. The study of mixed jurisdictions began at the outset of the 20<sup>th</sup> century, when Walton<sup>49</sup> compared Québec, Scotland, and Louisiana, observing that these jurisdictions shared some common features in between the common law and civil law legal traditions, combining civil codes with the doctrine of *stare decisis*, mercantile law and rules of procedures typical of the common law. A few years later, Lee built on Walton's first theorization by studying the legal systems of former British colonies<sup>50</sup> «to assess how the civil law was faring against the ceaseless intrusions of the common law»<sup>51</sup>. A similar study has been conducted by Amos on systems displaying mixtures of common and civil law within the British Commonwealth<sup>52</sup>, although the term «mixed jurisdiction» was not employed. On the European continent, Lawson<sup>53</sup> and Smith<sup>54</sup> extensively studied Scots law in comparative perspective, establishing the use of the category «mixed jurisdiction» to describe the systems «in which common law and civil law elements in the private law interacted and vied for supremacy»<sup>55</sup>. More recently, Tetley reflected upon the relationship between mixed jurisdiction and mixed legal system, defining the former as the expression of the political entities belonging to a mixed legal system, whereas the latter referred to those legal systems deriving from one or more legal

---

*Law*, Oxford, 2019, p. 474-501; G.F. Ferrari, *Sistemi giuridici: origine e diffusione*, in G.F. Ferrari (ed.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2023, p. 13-15.

<sup>47</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, in M. Bussani – U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 368.

<sup>48</sup> V.V. Palmer, *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, cit.

<sup>49</sup> F.P. Walton, *The Civil Law and the Common Law in Canada*, in *Juridical Review*, vol. 11, no. 3, 1899, p. 282-301.

<sup>50</sup> R.W. Lee, *Civil Law and the Common Law - A World Survey*, in *Michigan Law Review*, vol. 14, no. 2, 1915, p. 89-101.

<sup>51</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 370.

<sup>52</sup> M.S. Amos, *The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations*, in *Harvard Law Review*, vol. 50, no. 8, 1937, p. 282-307.

<sup>53</sup> F.H. Lawson, *The Field of Comparative Law*, in *Juridical Review*, vol. 61, no. 1, 1949, p. 16-36.

<sup>54</sup> T.B. Smith, *Studies Critical and Comparative*, Edinburgh, 1962.

<sup>55</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 372.



traditions<sup>56</sup>. Tetley also identified a series of phenomena at the basis of mixed jurisdictions, such as a plurality of languages and cultures as well as of legal education institutions, a dual judicial system, a dual legislative in federal systems, and a dual nation in a single state<sup>57</sup>. Finally, Palmer<sup>58</sup> forged the expression «third legal family»<sup>59</sup> to indicate these classic mixed systems characterized by «impressive unity despite the indisputable diversity of peoples, cultures, languages, climates, religions, economies, and indigenous laws existing among them»<sup>60</sup>. According to Palmer, the main characteristics of mixed jurisdictions, aside from the mixture of common law and civil law, are the founding character of both legal traditions within the system, the dualistic nature of the legal system, and the prevalence of civil law in the domain of private law and of common law in public law<sup>61</sup>.

### 3.2. *The Pluralist Conception*

Conversely, the pluralist conception includes those scholars who rely on the framework provided by legal pluralism<sup>62</sup> to define mixed legal systems in a more

---

<sup>56</sup> See W. Tetley, *Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language (South Africa, Israel, and Quebec/Canada)*, in *Tulane Law Review*, vol. 78, no. 1&2, 2003, p. 175-218.

<sup>57</sup> See W. Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) (Part I)*, in *Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme*, vol. 4, no. 3, 1999, p. 591-618; W. Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) (Part II)*, in *Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme*, vol. 4, no. 4, 1999, p. 877-905.

<sup>58</sup> See V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*, in *Louisiana Law Review*, vol. 67, no. 4, 2007, p. 1205-1218; V.V. Palmer, *Two Rival Theories*, cit.; V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 368-383; V. V. Palmer et al. (eds.), *Mixed Legal Systems, East and West*, Farnham, 2015.

<sup>59</sup> V.V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2001.

<sup>60</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 373. Palmer also identified a series of problems and patterns of development in mixed jurisdictions: (1) civil law rules and principles are filtered through Anglo-American institutions; (2) judicial decisions are given strong precedential value whether the civil law is codified or not; (3) civil procedure is adversarial and Anglo-American; (4) common law makes incursions into the civil law sphere following typical paths and patterns; (5) commercial law is transformed and replaced by Anglo-American commercial law.

<sup>61</sup> See V.V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide*, cit.

<sup>62</sup> On legal pluralism, see M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and New-Colonial Laws*, Oxford, 1975; J. Griffith, *What is Legal Pluralism?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, no. 24, 1986, p. 1-55; C. Fuller, *Legal Anthropology, Legal Pluralism and Legal Thought*, in *Anthropology Today*, vol. 10, no. 3, 1994, p. 9-12; P.S. Berman *The New Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, vol. 5, no. 1, 2009, p. 225-242; R. Michaels, *Global Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, vol. 5, no. 1, 2009, p. 243-262; R. Toniatti, *Pluralismo e autodeterminazione delle identità negli ordinamenti culturalmente composti: osservazioni in tema di cittadinanza culturale*, in E. Ceccherini – M. Cosulich (eds.), *Tutela delle identità culturali, diritti linguistici e istruzione: dal Trentino-Alto Adige/Südtirol alla prospettiva comparata*, Padova, 2012, p. 5-29; R. Toniatti, *La razionalizzazione del «pluralismo giuridico debole»: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in M. Calamo Specchia (ed.), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. 449-484; R. Toniatti – D. Strazzari (eds.), *Legal Pluralism and the Ordre Public Clause Exception: Normative and Judicial Perspectives*, Trento, 2016;

expansive direction, thus encompassing also those systems displaying all the possible combinations of common law, civil law, Islamic *Shari'a*, and customary law. For instance, Örüçü<sup>63</sup> advocated for an «expansion» rather than «exclusion» in the comparative study of mixed legal systems, arguing that «combinations of disparate legal and social cultures do give birth to mixed systems. Overlap, cross-fertilization, reciprocal influence, horizontal transfer, fusion, infusion, grafting and the like all contribute to the coming into being of mixed and mixing systems. All are forever in flux, as are all legal systems»<sup>64</sup>. Therefore, the pluralist approach explores colonial and post-colonial non-Western societies, where different kinds of personal laws<sup>65</sup> coexist and interact with the legacy of colonial laws<sup>66</sup>. According to this perspective, «any interaction of a different type or source – indigenous with exogenous, religious with customary, Western with non-Western – is sufficient to constitute a mixed legal system»<sup>67</sup>, thus re-framing the previous taxonomies and classifications of comparative law<sup>68</sup>.

Before moving to the analysis of the four case studies, it is interesting to recall the intersecting points that Palmer identified between these two conceptions. Indeed, the scholar observes that the pluralist approach offers «an important corrective against selective, perhaps Eurocentric, accounts of comparative law»<sup>69</sup> by focusing on systems in the Global South or on aboriginal and indigenous peoples. Moreover, the pluralist conception's interest in personal laws goes straight to the heart of these mixed legal systems, i.e., the struggle to preserve and maintain personal laws through the colonial experience<sup>70</sup>. In this sense, the reference to the legacies of colonialism is rather clear since mixed legal systems were often created after a people's loss of sovereignty while preserving the right to live under their previous personal laws<sup>71</sup>. Finally, the perspective adopted by legal pluralism is helpful in highlighting that all systems, and not only the

---

P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, 2020; C.R. Bursset, *An Empire of Laws: Legal Pluralism in British Colonial Policy*, New Haven and London, 2023.

<sup>63</sup> E. Örüçü, *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 3, no. 1, 2008, p. 34-52.

<sup>64</sup> E. Örüçü, *What is a Mixed Legal System*, cit., p. 50.

<sup>65</sup> It should be clarified that the term «personal laws» refers to a subset of private law, generally limited to a list of matters (i.e., family law, inheritance, marriage, divorce). These may be the Hindu, Muslim, Jewish or African customary laws which regulate the life of different communities within the same territory (see for example R.V. Williams, *Postcolonial Politics and Personal Laws: Colonial Legal Legacies and the Indian State*, Oxford, 2006; C. Mallat, *Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture*, in M. Reimann – R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, p. 624-651; R. Sacco, *The Sub-Saharan Legal Tradition*, in M. Bussani – U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 332-335).

<sup>66</sup> See M.B. Hooker, *Legal Pluralism*, cit.

<sup>67</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 375.

<sup>68</sup> See V.V. Palmer, *Two Rival Theories*, cit.

<sup>69</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 377.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 377-378.

traditional mixed jurisdictions of common and civil law, are «laboratories of comparative law»<sup>72</sup> and that mixed legal systems are not mere accidents<sup>73</sup>.

#### 4. *Common Law and Civil Law in Québec and Scotland*

As already mentioned, Québec and Scotland are the two mixed jurisdictions that first paved the way for the theorization of mixed legal systems in comparative law. Interestingly, in terms of *de jure* asymmetry, in both cases, the co-existence of common law and civil law has led to a translation of this specificity in the organization of their judicial systems.

##### 4.1. *Canada*

The assessment of asymmetry in Canada<sup>74</sup> greatly exemplifies the difference between *de facto* and *de jure* asymmetry previously recalled. Indeed, if on the one hand political asymmetries are widely present within the Canadian federation in terms of different size, population, and wealth of provinces, on the other hand, asymmetry is extremely limited on a constitutional level<sup>75</sup>. Indeed, from a constitutional point of view, provinces enjoy overall the same degree of autonomy in all dimensions of power, status, and fiscal arrangements, thus ensuring symmetry and equality among subnational entities<sup>76</sup>. What is interesting to notice is that the few existing *de jure* asymmetries derive precisely from Canadian bijuralism<sup>77</sup>, i.e., the specific presence of

---

<sup>72</sup> V.V. Palmer, *Mixed Legal Systems*, cit., p. 379.

<sup>73</sup> Cfr. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, no. 1, p. 1997, p. 5-44; M.M. Siems, *Varieties of Legal Systems: Towards a New Global Taxonomy*, in *Journal of Institutional Economics*, vol. 12, no. 3, 2016, p. 579-602.

<sup>74</sup> For some references on asymmetries in Canada A.-G. Gagnon – G. Laforest, *The Future of Federalism: Lessons from Canada and Quebec*, in *International Journal*, vol. 48, no. 3, 1993, p. 470-491; D. Milne, *Asymmetry in Canada: Past and Present*, in *Asymmetry Series – IIGR Queen's University*, 2005, p. 1-8; K. Kössler, *Changing Faces of Asymmetry – The Canadian Example*, in F. Palermo et al. (eds.), *Asymmetries in Constitutional Law*, cit., p. 133-166; R. Iacovino, *Partial Asymmetry and Federal Construction: Accommodating Diversity in the Canadian Constitution*, in M. Weller – K. Nobbs (eds.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, cit., p. 75-96; A.-G. Gagnon – J.-D. Garon, *Constitutional and Non-constitutional Asymmetries in the Canada Federation*, in P. Popelier and M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, cit., p. 77-104.

<sup>75</sup> D. Milne, *Asymmetry in Canada: Past and Present*, in *Asymmetry Series - IIGR, Queen's University*, 2005, p. 5 ff.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> For more on bijuralism, see C. Lloyd Brown-John – H. Pawley PC, *When Legal Systems Meet: Bijuralism in the Canadian Federal System*, Barcelona, 2004.

the civil law tradition in Québec<sup>78</sup>. The Québécois legal system has its roots in history as a former French colony subject to French private law. With the Treaty of Paris of 1763, the province became a British colony but the civil law in Québec was preserved and is now based on ten books<sup>79</sup>. The constitutional foundations of civil law in Québec can be found in section 94 of the Constitution Act 1867, which exempted Québec from the unification of laws over property and civil rights<sup>80</sup>, and in section 129, recognizing civil law only in the province of Québec<sup>81</sup>. Over time, Canadian bijuralism has been the subject of specific legislative interventions to grant some degree of legal uniformity within the federation without affecting Québec's specificities. Indeed, the «Committee of bijuralism» was instituted to review and comment on the recommendations given by comparative law experts assisting in drafting activities<sup>82</sup>. In 2001, the federal government promoted a revision of federal laws dealing with private law, which then led to the approval of the Federal Law–Civil Law Harmonization Act, with the explicit objective to «harmonize federal law with the civil law of the Province of Quebec and to amend certain Acts in order to ensure that each language version takes into account the common law and the civil law»<sup>83</sup>.

In terms of constitutional asymmetry, this specificity has been translated in the organization of the judicial system at the provincial and federal levels and entrenched

---

<sup>78</sup> On civil law in Québec, see F.P. Walton, *The Legal System of Quebec*, in *Colorado Law Review*, vol. 13, no. 3, 1913, p. 213-231; F.P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Toronto, 1980; J.E.C. Brierley, *Quebec's Civil Law Codification*, in *McGill Law Journal*, vol. 14, no. 4, 1968, p. 522-574; V.V. Palmer, *Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family*, in *McGill Law Journal*, vol. 54, no. 1, 2009, p. 321-351; C. Valcke, *Quebec Civil Law and Canadian Federalism*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 21, no. 1, 1996, p. 67-122.

<sup>79</sup> (1) Persons; (2) The Family; (3) Successions; (4) Property; (5) Obligations; (6) Prior Claims and Hypothecs; (7) Evidence; (8) Prescription; (9) Publication of Rights; (10) Private International Law (see *LégisQuébec*, available at <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/tdm/cs/ccq-1991/20170616>).

<sup>80</sup> Canadian Constitution Act 1867 – section 94: «Notwithstanding anything in this Act, the Parliament of Canada may make Provision for the Uniformity of all or any of the Laws relative to Property and Civil Rights in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick, and of the Procedure of all or any of the Courts in those Three Provinces, and from and after the passing of any Act in that Behalf the Power of the Parliament of Canada to make Laws in relation to any Matter comprised in any such Act shall, notwithstanding anything in this Act, be unrestricted; but any Act of the Parliament of Canada making Provision for such Uniformity shall not have effect in any Province unless and until it is adopted and enacted as Law by the Legislature thereof.»

<sup>81</sup> Canadian Constitution Act 1867 – section 129: «Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.»

<sup>82</sup> See G. Martinico, *L'origine "mista" dell'asimmetria canadese*, cit., p. 21.

<sup>83</sup> Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1 (S.C. 2001, c. 4).

in the constitutional framework by the 1967 Constitution Act and the 1985 Supreme Court Act. Indeed, section 98 of the Constitution Act 1867 provided that «judges of the Court of Québec shall be selected from the Bar of that Province»<sup>84</sup>, whereas, at the federal level, the 1985 Supreme Court Act introduced the appointment of three judges from Québec to the Canadian Supreme Court<sup>85</sup>. These forms of recognition (through constitutional asymmetry) go a long way toward ensuring adequate knowledge of the *québécois* legal system, with which the language factor is also inevitably intertwined<sup>86</sup>. Thus, the presence of civil law in Québec appears to be *per se* a source of constitutional asymmetry compared to the rest of the system (based on common law)<sup>87</sup>.

#### 4.2. *The United Kingdom*

Concerning the United Kingdom, the degree of asymmetry<sup>88</sup> substantially varies depending on whether England is considered a separate subnational entity or not. Indeed, if the analysis considers only Scotland, Wales, and Northern Ireland as subnational entities, given the fact that these are subjects of devolved legislation, granting them devolved powers and legislatures<sup>89</sup>, asymmetry is mainly limited to the domain of powers (including taxing powers)<sup>90</sup>. However, if England is included in the analysis, the picture is rather different, and the degree of asymmetry is striking in all dimensions if compared to the other devolved nations. Indeed, England has no devolved parliament and executive<sup>91</sup>, and the relative powers and competencies are

---

<sup>84</sup> Canadian Constitution Act 1867 – section 98.

<sup>85</sup> Supreme Court Act (R.S.C., 1985, c. S-26) – s. 6: « At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province». On the reform of the Canadian Supreme Court and the relative position of Québec, see S. Choudhry – R. Stacey, *Independent or Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies*, in C. Harvey – A. Schwartz (eds.), *Rights in Divided Societies*, Oxford, 2012, p. 106-107.

<sup>86</sup> See Burgess, *Comparative Federalism*, cit., p. 221.

<sup>87</sup> G. Martinico, *L'origine "mista" dell'asimmetria canadese*, cit., p. 26 ff.

<sup>88</sup> For some references on asymmetries in the United Kingdom, see S. Parolari, *Asymmetrical Devolutionary Tendencies and Policy-Making in the United Kingdom*, in F. Palermo et al. (eds.), *Asymmetries in Constitutional Law*, cit., p. 63-76; J. McGarry, *Asymmetric Autonomy in the United Kingdom*, in M. Weller – K. Nobbs (eds.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, cit., p. 148-179; C. Martinelli, *Territorial Asymmetries in the Comparative Landscape and the UK Devolution Process*, in *Gruppo di Pisa*, no. 2, 2020, p. 505-524; B. Dickson, *Work in Progress. A Country Study of Constitutional Asymmetry in the United Kingdom*, in P. Popelier – M. Sahadžić (eds.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, cit., p. 461-488.

<sup>89</sup> The core of the devolution legislation is constituted by the Scotland Act 1998, the Northern Ireland Act 1998, and the Government of Wales Act 2006. Further powers have been more recently devolved through the Scotland Act 2016 and Wales Act 2017.

<sup>90</sup> B. Dickson, *op. cit.*, p. 480.

<sup>91</sup> On the parliamentary debate over English devolution, see Select Committee on the Constitution, *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century*, 10th Report of Session

exercised by the UK Parliament and executive, creating a substantial gap in terms of subnational autonomy. Theoretical speculations aside, this provides an effective indication of the relational nature of asymmetry<sup>92</sup>, whose degree of intensity is not fixed and always depends on the units of analysis selected in the study.

However limited, an interesting and often overlooked perspective on asymmetry in the UK is provided by those asymmetries emerging from the preservation of Scots law<sup>93</sup> within the British legal system<sup>94</sup>. Indeed, the Act of Union of 1707<sup>95</sup> recognized Scotland as a constitutive part of the newly established Kingdom of Great Britain (along with England and Wales) and guaranteed the preservation of a great part of Scottish institutional arrangements, including the legal and judicial system<sup>96</sup>. As a hybrid common-civil law system, the distinctive element of Scots law is a codification anchored on Roman law and legislative production, increasingly combined with typical elements of common law. Among these, the principle of *stare decisis*, the trial by jury in criminal law matters, and equity institutions (e.g., trust)<sup>97</sup>. It should be noticed that many judges of the High Courts, along with Scottish legal scholars, were deeply committed to resisting the influences of British common law insofar as they perceived Scots law as «the touchstone of Scottish nationality, without which Scotland would cease to be a nation»<sup>98</sup>.

In terms of constitutional asymmetry, as for the case of Québec, the preservation of Scots law is a source of «significant asymmetry»<sup>99</sup> within the British constitutional system. As a result, Scotland retained its judicial system based on the Sheriff Courts, the Court of Session (for civil law appeals), and the High Court of Justiciary (for criminal law appeals)<sup>100</sup>. Moreover, constitutional asymmetry further emerges from the

---

2021-22 (20 January 2022) - HL Paper 142, chapter 7, para. 230: «There are no obvious governance changes to provide England with a distinctive voice that command political and public support. Establishing an English parliament would crystallize England's relative strength – in population and economic terms – vis-à-vis the existing devolved legislatures. This would destabilize the Union».

<sup>92</sup> Agranoff, *Power shifts*, cit., p. 20.

<sup>93</sup> For further references on Scots law (*Lagh na h-Alba* in Scottish Gaelic), see D.M. Walker, *Some Characteristics of Scots Law*, in *Modern Law Review*, vol. 18, no. 4, 1955, p. 321-337; E. Reid – D.L. Carey Miller, *A Mixed Legal System in Transition: TB Smith and the Progress of Scots Law*, Edinburgh, 2005; R. White et al., *The Scottish Legal System*, London, 2013; C. Himsworth – C. O'Neill, *Scotland's Constitution. Law and Practice*, 2015; A. Torre, *Le corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo giudiziario*, in *DPCE Online*, vol. 45, no. 4, 2020, p. 5033-5044; G. Keegan, *Scottish Legal System Essentials*, Edinburgh, 2021.

<sup>94</sup> B. Dickson, *op. cit.*, p. 481.

<sup>95</sup> Union with Scotland Act 1706, passed by the Parliament of England, and Union with England Act 1707, passed by the Parliament of Scotland.

<sup>96</sup> See F. Del Conte – A. Torre (trad.), *Act of Union [1707]*, Macerata, 2014, p. 42 ff; D. Scullion, *The Union of 1707 and its Impact on Scots Law*, in *Aberdeen Student Law Review*, vol. 1, 2010, p. 111-118.

<sup>97</sup> A. Torre, *op. cit.*, p. 5034-5035.

<sup>98</sup> J.G. Kellas, *The Scottish Political System*, Cambridge, 1984, p. 22.

<sup>99</sup> B. Dickson, *op. cit.*, p. 481.

<sup>100</sup> A. Torre, *op. cit.*, p. 5035-5037.

relations between the Scottish and central-level judicial systems. As observed by Dickson, «it has never been possible for an appeal in a criminal case to be taken from Scotland to the top court in the UK»<sup>101</sup>. Indeed, criminal cases are ultimately decided by the High Court of Justiciary based in Edinburgh and not by the Supreme Court of the United Kingdom (as is the case for other devolved entities)<sup>102</sup>. However, appeals may be heard by the UK Supreme Court in civil law cases from the Scottish Court of Session<sup>103</sup>. It should be noted that, unlike the Canadian case, where three judges from Québec must sit in the Supreme Court of Canada, the presence of judges from Scotland (and thus a devolved entity) in the UK Supreme Court is not a Scottish prerogative and therefore is not a source of asymmetry. Indeed, it is custom and practice that, of the 12 Supreme Court judges, two are from Scotland, and one is from Northern Ireland<sup>104</sup>, whereas England and Wales are still involved in the process through the Judicial Appointments Commission for England and Wales and the First Minister of Wales<sup>105</sup>. Generally speaking, the appointment procedures have been designed to «ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom»<sup>106</sup>.

### 5. *Islamic Shari'a in Indonesia and Nigeria*

Perhaps the most interesting cases to explore the link between constitutional asymmetries and mixed legal systems involve those systems in which Islamic criminal law<sup>107</sup> is implemented only in specific parts of the territory, leading to asymmetrical outcomes in terms of the protection of the rights of non-Muslim citizens, minorities, and vulnerable groups. It should be acknowledged that a wide diversity exists within the Islamic legal tradition, especially in terms of sources (i.e., formal and practical sources of law) and schools of jurisprudence<sup>108</sup>. *Shari'a* pluralism is reflected also in the

---

<sup>101</sup> B. Dickson, *op. cit.*, p. 481.

<sup>102</sup> The UK Supreme Court powers were formally restrained when it came to such cases through the adoption of the Scotland Act 2012 and the Courts Reform (Scotland) Act 2014.

<sup>103</sup> A. Torre, *op. cit.*, p. 5037.

<sup>104</sup> B. Dickson, *op. cit.*, p. 476.

<sup>105</sup> Constitutional Reform Act 2005, s 27(1B) and 27A (3).

<sup>106</sup> Constitutional Reform Act 2005, s 27(8).

<sup>107</sup> Cfr. M.H. Kamali, *Crime and Punishment in Islamic Law: A Fresh Interpretation*, Oxford, 2019.

<sup>108</sup> For some references on Islamic *Shari'a*, see M.H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge, 1991; W.B.B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge, 1999; Y. Dutton, *The Origins of Islamic Law*, Surrey, 1999; W.B.B. Hallaq, *Shari'a: Theory, Practice and Transformation*, Cambridge, 2009; K. Abou El Fadl, et al. (eds.), *Routledge Handbook of Islamic Law*, London and New York, 2019; K. Abou El Fadl, *The Islamic Legal Tradition*, in M. Bussani – U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 295-312; M. Rohe, *Islamic Law in Past and Present*, Leiden, 2014; A. Gambaro – R. Sacco (eds.), *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 232-344; A.A. An-Na'im, *Islam, Sharia and Comparative Constitutionalism*, in S. Mancini (ed.) *Constitutions and Religion*, Cheltenham and Northampton, 2020, p. 172-183; L. Mezzetti, *Diritto islamico*, Torino, 2022.

two case studies, both of Sunni majority but belonging to different schools of jurisprudence. The predominant schools are the Shafi'i in Indonesia, whereas the Maliki in Nigeria<sup>109</sup>.

### 5.1. Indonesia

On a formal level, Indonesia is a unitary state, recognizing five «special» provinces (i.e., Aceh, Papua and West Papua, Jakarta and Yogyakarta), alongside «ordinary» provinces<sup>110</sup>. These five special provinces generally enjoy more powers than ordinary provinces, even though central oversight still remains strong, thus limiting the overall degree of asymmetry<sup>111</sup>. It should be noted that the «special» nature of Aceh and the Papua provinces derives from decades of civil war between separatist groups and the national armed forces<sup>112</sup>. Their claims were based on religious and cultural differences. On the one hand, citizens from Aceh claimed to be historically «more Islamic» than the rest of Indonesia<sup>113</sup>, whereas, on the other hand, the Papuan people held that they were culturally and ethnically distinct<sup>114</sup> from the other Indonesians and that they never explicitly agreed to join Indonesia<sup>115</sup>. Starting from 1999, after three decades of authoritarian rule by Soeharto had reduced the autonomy of Papua and Aceh to the minimum and exploited their natural resources, particular forms of autonomy were granted to these provinces to preserve the integrity of Indonesia.

These premises contribute to explaining why the main source of constitutional asymmetry derives from the distinct status of Aceh within the Indonesian legal system.

---

<sup>109</sup> Cfr. I.A.K. Nyazee, *Islamic Jurisprudence*, Islamabad, 2019; L.A. Bsoul, *The Emergence of the Major Schools of Islamic Law*/Madhhabs, in K. Abou El Fadl, et al. (eds.), *Routledge Handbook of Islamic Law*, London and New York, 2019, p. 141-155.

<sup>110</sup> Constitution of Indonesia – art. 1: «The State of Indonesia shall be a unitary state in the form of a republic»; art. 18: «The Unitary State of the Republic of Indonesia shall be divided into provinces [...]». Autonomy of provinces is regulated by the 2014 Regional Autonomy Law, whereas the five special provinces are entrenched in art. 18B of the Constitution («The State recognizes and respects units of regional authorities that are special and distinct, which shall be regulated by law») and regulated by Law 21 of 2001 on Special Autonomy for Papua Province (dividing Papua into two provinces: Papua and West Papua), the Law 11 of 2006 on Aceh Special Autonomy, the Law 13 of 2012 on The Special Region of Yogyakarta, and Law 29 of 2007 on the Administration of the Special Province of Jakarta. It should be clarified that these are official translations.

<sup>111</sup> For some references on asymmetries in Indonesia, see J. Bertrand, *Indonesia: “Special Autonomy” for Aceh and Papua*, in G. Anderson – S. Choudhry (eds.), *Territory and Power in Constitutional Transitions*, Oxford, 2019, p. 119-139; S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, cit.

<sup>112</sup> S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, cit., p. 228.

<sup>113</sup> A. Salim, *Contemporary Islamic law in Indonesia: Sharia and Legal Pluralism*, Edinburgh, 2015, p. 11.

<sup>114</sup> The ethnic composition of Papua is mainly Melanesian and for much of Indonesian history Papua was known as «Irian» (see S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, cit., p. 237).

<sup>115</sup> S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, cit., p. 228.



The Indonesian jurisdiction displays a mixed system of civil law based on the Roman model introduced during the Dutch colonial time, Islamic *Shari'a*, and customary law (*adat*)<sup>116</sup>. However, it is not the mixed nature of the legal system *per se*, nor the mere application of Islamic *Shari'a*, that leads to constitutional asymmetry. Indeed, given the overwhelming majority of Muslim citizens in Indonesia<sup>117</sup>, Islamic *Shari'a* still widely applies across the entire territory in civil and personal law matters, especially marriage, divorce, and inheritance<sup>118</sup>. Moreover, *adat* remains the traditional legal basis for resolving disputes at the village/local level<sup>119</sup>. The determining element at the heart of constitutional asymmetry in Indonesia is that Aceh is the only province that has been granted the power to directly regulate Islamic *Shari'a* in the province<sup>120</sup> and, specifically, to implement Islamic criminal law<sup>121</sup>. This finds its legal entrenchment in Law 11 of 2006 on the autonomous government of Aceh<sup>122</sup> that recognized the deep-rooted Islamic tradition in Aceh<sup>123</sup> and granted wide powers to the Aceh government on how to regulate the implementation of Islamic *Shari'a* by issuing *Qanun* (i.e., regional regulations). The law expressly mentioned criminal law (*jinayat*)<sup>124</sup>, and provides that «Every adherent to Islam in Aceh must adhere to and observe Islamic law»<sup>125</sup> and that «Every person living in or present in Aceh must respect the application of Islamic law»<sup>126</sup>. Even though the same law at art. 127.2 specifies that the Aceh government is required to respect religious diversity, Islamic *Shari'a* currently applies also to non-Muslims in Aceh, thus compressing religious and legal pluralism.

---

<sup>116</sup> On Indonesian law, see T. Lindsey – S. Butt, *Indonesian Law*, Oxford, 2018; T. Lindsey (ed.), *Indonesia, Law and Society*, Sydney, 2008; D.S. Lev, *Legal Evolution and Political Authority in Indonesia*, Leiden, 2000. On the Indonesian mixed legal system, see L.T.A.L. Wardhani et al., *The Adoption of Various Legal Systems in Indonesia: An Effort to Initiate the Prismatic Mixed Legal Systems*, in *Cogent Social Sciences*, vol. 8, no. 1, 2022, p. 1-21.

<sup>117</sup> Central Intelligence Agency, *The World Factbook: Indonesia*, 30 July 2024, available at: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/indonesia/#people-and-society>.

<sup>118</sup> Lindsey and Butt observe that Islamic *Shari'a* dominates litigation, with 98% of divorce cases relating to Muslim marriages, despite non-Muslim population accounts for 13% of the population (see T. Lindsey – S. Butt, *op. cit.*, p. 449).

<sup>119</sup> See T. Lindsey – S. Butt, *op. cit.*, p. 127-142.

<sup>120</sup> According to art. 10(1) of the 2014 Regional Government Law (i.e., the law regulating provincial autonomy in Indonesia), religion would normally fall within the exclusive jurisdiction of the central government, along with foreign affairs, fiscal and monetary policy, judicial matters, defense and security.

<sup>121</sup> T. Lindsey – S. Butt, *op. cit.*, p. 205.

<sup>122</sup> Law no. 11 of 2006 on the Governing of Aceh – artt. 125-127.

<sup>123</sup> On the Islamic legal tradition and legal pluralism in Indonesia, see A. Salim, *op. cit.*, p. 23-37; T. Lindsey, *Islam, Law and the State in Indonesia*, London, 2012; R.M. Feener, *Shari'a and Social Engineering: The Implementation of Islamic Law in Contemporary Aceh, Indonesia*, Oxford, 2013.

<sup>124</sup> Law no. 11 of 2006 on the Governing of Aceh – art. 125.2.

<sup>125</sup> Law no. 11 of 2006 on the Governing of Aceh – art. 126.1.

<sup>126</sup> Law no. 11 of 2006 on the Governing of Aceh – art. 126.2.

The *Qanun* are applied by Aceh *Shari'a* courts<sup>127</sup>, whose decision can be appealed by the Supreme Court of Indonesia and who are subject to its processes, according to which the Supreme Court can reopen every case. Moreover, the judges of the *Shari'a* courts are recommended for appointment by the Supreme Court, which also administers the courts' organization, administration, and financial affairs<sup>128</sup>.

In 2014, the Aceh government issued the *Qanun Jinyat* (the Islamic Criminal Code)<sup>129</sup>, making Aceh the only Indonesian province where Islamic criminal law is directly applied to both Muslim and non-Muslim citizens. The enactment of the *Qanun Jinyat* was highly controversial, not only because it raised concerns over violations of human rights standards<sup>130</sup> but also because art. 75 of the *Qanun Jinyat* asserts that its provisions and the imposed precepts prevail over national laws and even international human rights laws. Some scholars argue that this would be in violation of the Indonesian Constitution, which protects human rights in chapter XA (art. 28 to 28(J))<sup>131</sup>. Moreover, other scholars observe that it violates the integrity of the Indonesian legal order based on the hierarchy of laws, according to which subnational regulations must not contradict national statutes as well as the Constitution<sup>132</sup>. Despite the challenge of the *Qanun Jinyat* before the Supreme Court in 2016, the Islamic Criminal Code in Aceh remains currently in force<sup>133</sup>.

## 5.2. Nigeria

As anticipated in the Introduction, the 1999 Nigerian Constitution established complete constitutional symmetry in the federation. Suberu argued that constitutional symmetry was a deliberate choice of constitutional designers to depart from the past and recompose internal diversity: «it has been an explicit goal of federal design in Nigeria not only to create constitutionally symmetrical states, but also to restrict the development of *de facto*, political asymmetries among sub-units. [...] Constitutional

---

<sup>127</sup> On *Shari'a* courts in Indonesia, see R.M. Feener, *op. cit.*, p. 153–184.

<sup>128</sup> Law no. 11 of 2006 on the Governing of Aceh – artt. 131.1, 131.3, 135.1.

<sup>129</sup> The *Qanun Aceh* 6 of 2014 on Islamic Criminal Law came into force in 2015.

<sup>130</sup> S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, *cit.*, p. 247–248.

<sup>131</sup> Specifically, freedom of religion is recognized in art. 28E(1) of the Indonesian Constitution, according to which «[e]very person shall be free to choose and to practice the religion of his/her choice [...]» Similarly, art. 28E(2) states that «[e]very person shall have the right to the freedom to believe his/her faith (*kepercayaan*), and to express his/her views and thoughts, in accordance with his/her conscience». Moreover, art. 28I(5) provides that «[f]or the purpose of upholding and protecting human rights in accordance with the principle of a democratic and law-based state, the implementation of human rights shall be guaranteed, regulated and set forth in laws and regulations.»

<sup>132</sup> S. Butt, *Provincial Asymmetry in Indonesia*, *cit.*, p. 248.

<sup>133</sup> See S. Butt, *Religious Conservatism, Islamic Criminal Law and the Judiciary in Indonesia: A Tale of Three Courts*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 50, no. 3, 2018, p. 402–434; S. Butt, *Judicial Reasoning and Review in the Indonesian Supreme Court*, in *Asian Journal of Law and Society*, no. 6, 2019, p. 67–97.

asymmetry, from a Nigerian perspective, is normatively undesirable, historically unviable, functionally problematic, and politically contentious and unsustainable<sup>134</sup>. For this reason, the Nigerian federal structure entrenched symmetry even in the design of the subnational entities, providing 36 states with approximately equal populations. Specifically, the former hegemonic northern region has been subdivided into 19 states, and the three major ethnic groups (i.e., Hausa-Fulani, Yoruba, and Igbo) were fragmented into more than five states. In this way, «the Nigerian federation is remarkably free of any flagrant inter-unit demographic disparities that can threaten capture of the center by a single or few subunits and, thus, thwart national unity»<sup>135</sup>.

As a symmetrical federation, the case of Nigeria partly differs from the previous cases. Yet, the Nigerian case helps us reflect on the complexity of asymmetries and the possible asymmetrical outcomes of symmetry<sup>136</sup>. Indeed, while the Nigerian Constitution technically guarantees equal status and powers to all 36 federated states, in the aftermath of the enactment of the 1999 Constitution, 12 northern states exercised the limited powers granted to them by the Constitution and extended Islamic *Shari'a* to their criminal codes<sup>137</sup>, thus creating an «unusual asymmetry»<sup>138</sup>. The enactment of Islamic criminal codes also had an impact on legal certainty, especially in terms of courts' jurisdictional competencies. In fact, in the northern states, High Courts are denied the jurisdiction to hear appeals over criminal cases previously decided by *Shari'a* courts<sup>139</sup>.

Similarly to Indonesia, the enactment of Islamic criminal codes has created significant consequences in terms of equality and non-discrimination of non-Muslim citizens<sup>140</sup>, which is highly problematic in a deeply diverse context such as the Nigerian one<sup>141</sup>. Indeed, the implementation of Islamic criminal law amounted to a dramatic diminution in Nigerian citizenship for religious minorities such as the Christian group,

---

<sup>134</sup> R. Suberu, *Federalism in Africa*, cit., p. 73.

<sup>135</sup> Ibidem.

<sup>136</sup> For some references on asymmetries in Nigeria, see R. Suberu, *Federalism in Africa*, cit.; M.H.A. Bolaji, *Shari'ah in Northern Nigeria*, cit., p. 114-135; R. Suberu, *Nigeria's Permanent Constitutional Transition*, in G. Anderson – S. Choudhry (eds.), *Territory and Power in Constitutional Transitions*, cit., p. 181-201; E. Arban – A. Dirri, *Aspirational Principles in African Federalism: South Africa, Ethiopia and Nigeria Compared*, in *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 29, no. 3, 2021, p. 362-382.

<sup>137</sup> M. Lawan, *Islamic Law and Legal Hybridity in Nigeria*, in *Journal of African Law*, vol. 58, no. 2, 2014, p. 310-311.

<sup>138</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 121 ff.

<sup>139</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 126. On *Shari'a* courts in Nigeria, see also R. Suberu, *The Supreme Court of Nigeria: An Embattled Judiciary More Centralist Than Federalist*, in N. Aroney – J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries*, Toronto, 2017, p. 299 ff.

<sup>140</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 123.

<sup>141</sup> See M.U. Okechie-Offoha – M.N.O. Sadiku, *Ethnic and Cultural Diversity in Nigeria*, Trenton, 1996; I.A. Badmus, *Federalism, Multicultural and Multiethnic Challenge: The Nigerian Experience*, in *African Journal of International Affairs and Development*, vol. 8, no. 1, 2003, p. 25-46; W. Akpan, *Ethnic Diversity and Conflict in Nigeria: Lessons From the Niger Delta Crisis*, in *African Journal on Conflict Resolution*, vol. 7, no. 2, 2007, p. 161-191.

enduring a pattern of discrimination in northern states since colonial times. The same is true for vulnerable groups within Muslims in northern Nigeria, due to internal segregation based on gender and socio-economic status<sup>142</sup>. In particular, women and citizens subject to poverty appear to be the targets of the *Shari'a* implementers, especially the Hisbah police<sup>143</sup>. As in the Indonesian case, the constitutionality of these Islamic criminal codes is a key issue. In this respect, Bolaji observed that «the fact that *Shari'a* supporters quote constitutional provisions to back their claims, that the extension of *Shari'a* to the penal codes is constitutional, has incapacitated the federal authority in resolving the crisis through the courts»<sup>144</sup>. Indeed, the federal and state levels share legislative competencies in some matters, and thus, the northern states claim that they exercised their legitimate legislative competencies under the concurrent and/or residual list<sup>145</sup>. However, the Nigerian Constitution protects fundamental rights such as prohibition of torture and cruel treatment<sup>146</sup> and freedom of religion<sup>147</sup>, and consequently, some *Shari'a* criminal punishments would be incompatible with the Constitution. If on the one hand analysts expected the central level to prevail, on the other the federal government was too weak to do so, given the political and not merely legal nature of the dispute<sup>148</sup>. Scholars further argued that the constitution-making process that led to the adoption of the 1999 Nigerian Constitution was supervised precisely by northern military rulers, imprinting an «elitist, arrogant, non-participatory, non-inclusive, and non-transparent approach to constitution making»<sup>149</sup>. This would inevitably question the overall legitimacy of the constitutionality claim at the basis of the extension of Islamic *Shari'a* to the criminal codes, given the questionable democratic credentials of the Constitution<sup>150</sup>.

Nevertheless, Nigeria is a helpful case for assessing the asymmetrical outcomes of symmetry. In a context of formal constitutional symmetry, the extension of Islamic *Shari'a* to the criminal codes in the northern states created an asymmetrical legal protection of rights not only among citizens within the 12 *Shari'a* states, but also between citizens living in the *Shari'a* states and those living in the non-*Shari'a* states. What is further interesting to notice is the shift in the mixed nature of the Nigerian legal system. In fact, even before the extension of Islamic *Shari'a* to criminal codes in the northern states, Nigeria already had a mixed legal system of common law, Islamic

---

<sup>142</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 123.

<sup>143</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 123-126.

<sup>144</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 125.

<sup>145</sup> Nigerian Constitution – Schedule II (Part II).

<sup>146</sup> Nigerian Constitution – art. 34.

<sup>147</sup> Nigerian Constitution – art. 38.

<sup>148</sup> See V.O.O. Nmeielle, *Shari'ab Law in the Northern States of Nigeria: To Implement or Not to Implement, the Constitutionality is the Question*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 26, no. 3, 2004, p. 730-759.

<sup>149</sup> J.O. Ihonybere, *How to Make an Undemocratic Constitution: The Nigerian Example*, in *Third World Quarterly*, vol. 21, no. 2, 2000, p. 346.

<sup>150</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 130.

*Shari'a*<sup>151</sup>, and customary law<sup>152</sup>. This hybridity finds its origins in the period of British colonization<sup>153</sup>, which created a dual legal system based on citizenship. British colonizers maintained Islamic *Shari'a* to regulate civil and personal laws, and Islamic courts had jurisdiction over the so-called «natives», whereas common law was imposed along with English courts with jurisdiction over non-natives<sup>154</sup>. Concerning criminal law, the British abolished capital punishments under Islamic criminal law and enacted the Penal Code and the Criminal Procedure Code, abrogating Islamic criminal law in Nigeria<sup>155</sup>.

Comparing Nigeria with the previous Indonesian case, some similarities can be found. As for Indonesia, also in Nigeria, it is not the mixed nature of the legal system *per se*, nor the mere application of Islamic *Shari'a*, that created an asymmetrical outcome in the protection of rights, but rather the specificity of the implementation of Islamic criminal law in the northern states. Moreover, both in Indonesia and Nigeria, apex courts «evaded some politically sensitive or contentious issues, especially the constitutionality of Islamic *Shari'a* law»<sup>156</sup>. Interestingly, the Indonesian Supreme Court and the Nigerian Supreme Court declared the judicial challenges to Islamic *Shari'a* outside their jurisdictions, thus avoiding potential controversies and backlash<sup>157</sup>.

However, the Indonesian and Nigerian cases are somehow specular. As already mentioned, in Indonesia, Islamic *Shari'a* is applied in civil and personal law matters across the entire Indonesian territory, and the constitutional and legal framework granted the authority to implement Islamic criminal law only to Aceh. Conversely, in Nigeria, Islamic *Shari'a* had traditionally been applied only in the north, enjoying uninterrupted application in civil and personal law matters even during colonial

---

<sup>151</sup> On Islamic *Shari'a* in Nigeria, see A.H. Yadudu, *Colonialism and the Transformation of Islamic Law in Northern States of Nigeria*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, no. 32, 1992, p. 103–40; M. Lawan, *The Application of Islamic Law in Nigeria*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, vol. 4, no. 1, 1997, p. 201–209; A.M. Yakubu et al. (eds.), *Understanding Shari'a in Nigeria*, Ibadan, 2001; A.A. Oba, *Islamic Law as Customary Law: The Changing Perspective in Nigeria*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 4, 2002, p. 817–850; A. Christelow, *Islamic Law and Judicial Practice in Nigeria: An Historical Perspective*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, vol. 22, no. 1, 2002, p. 185–204; M.H.A. Bolaji, *Shari'ah in Northern Nigeria in the Light of Asymmetrical Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 40, no. 1, 2010, p. 114–135; M. Lawan, *Islamic Law and Legal Hybridity in Nigeria*, in *Journal of African Law*, vol. 58, no. 2, 2014, p. 303–327; Y. Sodiq, *A History of the Application of Islamic Law in Nigeria*, Cham, 2017.

<sup>152</sup> On customary and traditional law in Sub-Saharan Africa, see S. Mancuso, *African Law(s): Comparative Insights on the African Landscape*, Leiden and Boston, 2024; B. Gebeye, *A Theory of Africa Constitutionalism*, Oxford, 2021; T.W. Bennet, *Comparative Law and African Customary Law*, in M. Reimann – R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, p. 652–680; R. Sacco, *The Sub-Saharan Legal Tradition*, cit., p. 313–343; R. Sacco, *Il diritto africano*, Torino, 1995.

<sup>153</sup> See A.A. Boahen (ed.), *African Perspective on Colonialism*, Baltimore, 1987.

<sup>154</sup> M. Lawan, *op. cit.*, p. 305.

<sup>155</sup> M. Lawan, *op. cit.*, p. 307.

<sup>156</sup> R. Suberu, *The Supreme Court of Nigeria*, cit., p. 301.

<sup>157</sup> Cfr. Supreme Court of Nigeria, *AG Kano v. AG Federation* [2007] 6 NWLR (Pt. 1029); S. Butt, *Religious Conservatism*, cit., p. 423 ff.

times<sup>158</sup>. The implementation of Islamic criminal law resulted from the (more or less legitimate) exercise of the state competences by the 12 northern states. Therefore, it appears that if in Indonesia constitutional asymmetry was established «top-down» (i.e., from the center to the benefit of the subnational level), in Nigeria asymmetry originated «bottom-up» (i.e., from the subnational level at the expense of the center).

### 6. Concluding remarks

As anticipated in the Introduction, this article aimed at filling a gap in the literature on asymmetric federalism and mixed legal systems, and by doing so paved the way for new itineraries of legal comparison that future research could further explore. In particular, three itineraries appear to emerge.

The first itinerary concerns the study of the underdeveloped topic of constitutional asymmetries arising from mixed legal systems. In order to address this gap in the literature, the contribution of comparative law proved to be of utmost importance. Indeed, from the comparative analysis, it emerged that, while in Canada and the United Kingdom the mixed nature of the legal systems has led to constitutional asymmetries in the organization of the judiciary, in Indonesia and Nigeria the *de jure* or *de facto* asymmetries arising from the application of Islamic criminal law in certain parts of the territory had a substantial impact on fundamental rights of citizens and minorities. Similarly, in Canada and the United Kingdom, the constitutional recognition of the civil law tradition resulted in further integration of the legal system and the accommodation of legal pluralism. Conversely, in contexts characterized by internal ethnocultural diversity such as Nigeria and Indonesia, the territorial implementation of Islamic criminal law appeared to compress legal and religious pluralism, not only by imposing Islamic *Shari'a* over common/civil law and customary law but also by applying it also to minorities (i.e., non-Muslim citizens). Moreover, within the field of asymmetric federalism, this article expanded the notion of asymmetrical outcome theorized by Burgess<sup>159</sup> through the analysis of the Nigerian case. Indeed, Nigeria is a constitutional system displaying complete constitutional symmetry as well as significant asymmetrical outcomes. This is particularly relevant because the asymmetrical outcomes of constitutional symmetry do not only have a political outcome (i.e., a distinctive religious and ethnic identity of the northern states compared to the others) but also a legal outcome (i.e., the local implementation of Islamic criminal codes and relative application to non-Muslim citizens). Further research could expand the analysis by comparing more mixed legal systems to assess whether their mixed nature generated asymmetrical outcomes (both institutional and in terms of rights protection).

---

<sup>158</sup> M.H.A. Bolaji, *op. cit.*, p. 120.

<sup>159</sup> M. Burgess, *Comparative Federalism*, cit., p. 217.

The second itinerary explores the legacies of colonialism not only on constitutional asymmetries in mixed legal systems but also on comparative law. From the comparative analysis, it clearly emerges that colonialism was central in the formation of mixed jurisdictions (Québec and Scotland) and of mixed legal systems (Indonesia and Nigeria), with different sets of implications. Indeed, the affirmation of colonial power passed through the imposition of the colonizers' legal systems: British common law in the case of Québec, Scotland, and Nigeria; Dutch civil law in the case of Indonesia. However, it is possible to notice a different approach in the maintenance of previous legal systems. In fact, in the case of Québec and Scotland, the asymmetries deriving from the entrenchment of the civil law tradition within the system resulted in a guarantee of the political and legal integrity of the constitutional systems. Conversely, in Indonesia and Nigeria, the imposition of the colonizers' legal systems was strictly linked to a political intent of civilization and exploitation of the colonies, radically transforming the previous legal landscape<sup>160</sup>. Specifically, Lawan observed that, in Nigeria, «the [British] conquerors claimed that Islamic *Shari'a* was inadequate to cope with the commercial activities of the new colony. They believed that English law was the best system to serve their interests. Therefore, they designed an endless and self-perpetuating process of legal domination»<sup>161</sup>. Similarly, the Dutch colonial experience in Indonesia consolidated a legal structure based on race and ethnicity that endured even after independence<sup>162</sup>. Moreover, the Dutch colonial presence led to a departure from the previous co-existence between customary law and Islamic legal institutions, creating a sharp demarcation between the two by supporting the former and restricting the latter<sup>163</sup>. Salim argued that the evolution of the post-independence Indonesian legal system led to a shift from the colonial system of discrimination based on race to a revised system where discrimination was based on religion<sup>164</sup>. Therefore, the asymmetries generated by the implementation of Islamic criminal law in Aceh and the northern states of Nigeria appear to be in reaction against previous colonial policies that restricted the jurisdiction of Islamic *Shari'a*. Furthermore, exploring the legacy of colonialism on the legal systems is in line with an emerging strand of research dedicated

---

<sup>160</sup> See K.A. El Fadl, *op. cit.*, p. 310-311; Sacco, *The Sub-Saharan Legal Tradition*, cit., p. 321-326; M. Lawan, *op. cit.*, p. 305.

<sup>161</sup> M. Lawan, *op. cit.*, p. 305.

<sup>162</sup> A. Salim, *op. cit.*, p. 30.

<sup>163</sup> A. Salim, *op. cit.*, p. 31.

<sup>164</sup> A. Salim, *op. cit.*, p. 30.

to imprinting a post-/decolonial perspective to comparative law in both the public<sup>165</sup> and private dimensions<sup>166</sup>.

Finally, the third itinerary investigates the role of asymmetric federalism in embracing diversity and legal pluralism. The link between federalism and legal pluralism has been increasingly explored by legal scholarship<sup>167</sup>, although not from an asymmetrical perspective. Specifically, Topidi observes that federalism and legal pluralism «can [...] be joined from a pragmatic perspective as their manifestations and operationalization matter in order to reflect on ways to manage and reconcile difference within plural societies»<sup>168</sup>. Indeed, the federal dimension of legal pluralism in the four case studies emerges rather clearly, given the territorial implementation of the different legal traditions in specific subnational entities. However, such federal dimension of legal pluralism also presents a non-territorial manifestation when considering the application of Islamic *Shari'a* in personal and civil law matters<sup>169</sup> in Nigeria and Indonesia, both in colonial and post-colonial times. An interesting point raised by Gagnon and Tremblay is that if Canadian federalism allowed a limited legal pluralism recognizing the distinct legal system of Québec, it failed to do the same towards the legal orders of Indigenous peoples, that «have yet to receive the same degree of recognition and protection»<sup>170</sup>. Moreover, scholars like McCrossan and

---

<sup>165</sup> See P. Dann, *Southern Turn, Northern Implications: Rethinking the Meaning of Colonial Legacies for Comparative Constitutional Studies*, in *Comparative Constitutional Studies*, vol. 1, no. 2, 2023, p. 174-196; P. Dann, et al. (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020; R. Merino, *Constitution-Making in the Andes: A Decolonial Approach to Comparative Constitutional Change*, in *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, vol. 86, no. 1, 2022, p. 226-253.

<sup>166</sup> See R. Merino, *Decolonial Theory and Comparative Law*, in M. Siems – P.J. Yap (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, 2024, p. 408–25; H. Dedek, *The Tradition of Comparative Law: Comparison and Its Colonial Legacies*, in M. Siems – P.J. Yap (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, 2024, p. 387–407; R. Micheals, *Decolonial Comparative Law: FAQ*, in J. Husa (ed.), *A Research Agenda for Comparative Law*, Cheltenham, 2024, p. 61-86; L. Salaymeh – R. Michaels, *Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning*, in *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, vol. 86, no. 1, 2022, p. 166-188; E. Zitzke, *Decolonial Comparative Law: Thoughts from South Africa*, in *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, vol. 86, no. 1, 2022, p. 189-225.

<sup>167</sup> See P.S. Berman, *Federalism and International Law Through the Lens of Legal Pluralism*, in *Missouri Law Review*, vol. 73, no. 4, 2008, p. 1149-1184; E. Ryan, *Federalism as Legal Pluralism*, in P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, 2020, p. 491–531; N.P. Alessi, *A Global Law of Diversity*, London and New York, 2024; K. Topidi, *Federalism, Legal Pluralism and the Law of Diversity*, in N.P. Alessi – M. Trettel (eds.), *Federalism and the Law of Diversity*, Leiden and Boston, forthcoming 2025.

<sup>168</sup> K. Topidi, *op. cit.*

<sup>169</sup> *Ibidem.*

<sup>170</sup> A.-G. Gagnon – A. Tremblay, *Advanced Introduction to Federalism*, Cheltenham, 2024, p. 136.



Ladner<sup>171</sup>, and similarly McKerracher<sup>172</sup>, argue that the «Aboriginal rights and Treaty rights» under section 35 of the 1982 Constitution Act are not a sufficient instrument to create a strong legal pluralism since it eliminated the Indigenous laws pertaining to territorial jurisdiction. Therefore, further research could explore how asymmetrical arrangements could provide flexible solutions to accommodate the plurality of legal orders.

Overall, these new itineraries of legal comparison appear to suggest that the core finding of this exploratory study is that mixed legal systems and asymmetries are nothing less than different expressions of internal diversity.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The paper aims to analyze the constitutional asymmetries that arise from mixed legal systems. After a theoretical framework on asymmetries and mixed legal systems, the study focuses on the manifestations of asymmetries in four case studies. Through the contribution of the comparative method, the analysis shows that if in Quebec and Scotland, the presence of a mixed system has led to a translation of this specificity into the judicial system, in Nigeria and Indonesia, the extension of Islamic *Shari'a* to criminal codes in some parts of the territory has generated significant *de jure* or *de facto* asymmetries, negatively impacting the fundamental rights of non-Muslim citizens and minorities.

**KEYWORDS:** colonialism – comparative law – constitutional asymmetries – legal pluralism – mixed legal systems

\*\*\*

**Lidia Bonifati** – Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato, Università Commerciale «Luigi Bocconi» (lidia.bonifati@unibocconi.it).

---

<sup>171</sup> In particular, the authors critically addressed the Supreme Court of Canada's decision on *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014 SCC 44] that for the first time recognized Aboriginal title under section 35(1), and they substantially re-dimensioned the wide-reaching nature of this decision in terms of actual protection of Indigenous rights (see M. McCrossan – K.L. Ladner, *Eliminating Indigenous Jurisdictions: Federalism, the Supreme Court of Canada, and Territorial Rationalities of Power*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 49, no. 3, 2016, p. 411-431).

<sup>172</sup> See K. McKerracher, *Relational Legal Pluralism and Indigenous Legal Orders in Canada*, in *Global Constitutionalism*, vol. 12, no. 1, 2022, p. 133-153.

## Il travagliato processo di riforma dell'organo di autogoverno della magistratura in Polonia tra accuse di tradimento e rischi di epurazione\*

Arianna Angeli

SOMMARIO: 1. Le elezioni parlamentari del 15 ottobre 2023 e l'avvio del processo di “*democratic backsliding reversal*”. – 2. La riforma del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) alla luce degli standard internazionali e sovranazionali sull'indipendenza dei consigli di giustizia. – 2.1. Il disegno di legge del 20 febbraio 2024 «Sulla modifica della legge sul KRS». – 2.2. Il parere preliminare dell'ODIHR dell'8 aprile 2024. – 2.5 Il parere della Commissione di Venezia/DGI dell'8 maggio 2024. – 3. Il limitato recepimento delle raccomandazioni ODIHR e della Commissione di Venezia/DGI nella riforma del KRS “ostaggio” del Tribunale costituzionale. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

### 1. Le elezioni parlamentari del 15 ottobre 2023 e l'avvio del processo di “*democratic backsliding reversal*”

Le elezioni parlamentari del 15 ottobre 2023 hanno rappresentato un momento di svolta nella storia recente della Polonia – celebrato dalla stampa europea e polacca come “il ritorno della Polonia all'Europa”<sup>1</sup> – e l'inizio di una intensa stagione di riforme.

A seguito della vittoria alle elezioni presidenziali e parlamentari del 2015 del partito Diritto e Giustizia (*Pravo i Sprawiedliwość*, PiS) si era assistito al progressivo allontanamento della Polonia dal modello della democrazia liberale, attraverso un parziale processo di imitazione della vicina Ungheria<sup>2</sup>. La gravità e la natura sistemica delle violazioni della *rule of law*, ed in particolare del principio di indipendenza del potere giudiziario – oltre che degli altri criteri politici di Copenaghen, ossia la democrazia e i diritti umani, compresi i diritti delle minoranze, come definiti nell'art. 2 TUE<sup>3</sup> – è stata

---

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

<sup>1</sup> R. Kuźniar, *Drugi powrót Polski do Europy* [Il secondo ritorno della Polonia in Europa], in [www.rp.pl/publicystyka/art39536221-roman-kuzniar-drugi-powrot-polski-do-europy](http://www.rp.pl/publicystyka/art39536221-roman-kuzniar-drugi-powrot-polski-do-europy); I. Krastev, *Poland is back in Europe's mainstream – and that could secure the EU's future*, in [www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/24/poland-europe-eu-future-donald-tusk-viktor-orban](http://www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/24/poland-europe-eu-future-donald-tusk-viktor-orban); Cfr. P. Buras, *Powrót do Europy. Rekomendacje dla polskiej polityki w Unii Europejskiej* [Il ritorno all'Europa. Raccomandazioni per la politica polacca nell'Unione europea], Fundacja Batorego, Warszawa, 2024.

<sup>2</sup> A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo “malato” in Ungheria e Polonia*, in A. Di Gregorio, *Diritto costituzionale dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019. Cfr. G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCEonline*, n. 3, 2020.

<sup>3</sup> Cfr. A. Di Gregorio, *Il costituzionalismo “malato” in Ungheria e Polonia*, cit.

analizzata con grande dettaglio nella giurisprudenza delle corti europee, ed in ultimo nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo adottata con procedura pilota nel caso *Wałęsa c. Polonia*, del 23 novembre 2023<sup>4</sup>.

Alle elezioni parlamentari del 2023, dopo otto anni alla guida del Paese, Diritto e Giustizia (che ha ottenuto la maggioranza relativa dei voti) è stato sconfitto da un fronte comune – definito in maniera informale “Coalizione del 15 ottobre<sup>5</sup>” – formato da tre formazioni politiche fortemente eterogenee, che si sono presentate separatamente alle elezioni, ma con l'impegno a governare insieme: Coalizione civica (*Koalicja Obywatelska*, KO), formata da Piattaforma civica (*Platforma Obywatelska*) – che era già stata al governo dal 2007 a 2015, con il suo *leader* Donald Tusk, divenuto nel 2014 Presidente del Consiglio europeo – e da un insieme di partiti minori di orientamento liberale; la coalizione Terza via (*Trzecia Droga*, TD), composta dal partito popolare polacco (*Polskie Stronnictwo Ludowe*, PSL) e Polonia 2050 (*Polska 2050*); e il partito Nuova sinistra (*Nowa Lewica*, NL), nato nel 2021 dalla fusione del Partito socialdemocratico (*Sojusz Lewicy Demokratycznej*, SLD), erede del Partito operaio unificato polacco (*Polska Zjednoczona Partia Robotnicza*), e Primavera (*Wiosna*)<sup>6</sup>.

L'affluenza alle urne, del 74,38% degli aventi diritto, è stata la più alta della storia della c.d. “Terza repubblica”<sup>7</sup>. Nel *Sejm*, la camera bassa del Parlamento polacco, il fronte comune formato da Coalizione civica, Terza via e Nuova sinistra ha ottenuto

---

<sup>4</sup> Si fa riferimento in particolare alle sentenze della CGUE, A.K. e altri c. *Sąd Najwyższy*, CP c. *Sąd Najwyższy*, DO c. *Sąd Najwyższy* [GC], C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19 novembre 2019, e A.B. e altri c. *Krajowa Rada Sądownictwa* e altri, C-824/18, 2 marzo 2021; ed alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, nei casi *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* del 7 maggio 2021, *Broda e Bojara c. Polonia* del 29 giugno 2021, *Reczkowicz c. Polonia* del 22 luglio 2021, *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia* dell'8 novembre 2021, *Advance Pharma sp. z o.o. c. Polonia* del 3 febbraio 2022, *Grzęda c. Polonia* del 15 marzo 2022, *Żurek c. Polonia* del 16 giugno 2022, *Juszczyszyn c. Polonia* del 6 ottobre 2022, *Tuleya c. Polonia* del 6 luglio 2023, *Pajak et al. c. Polonia* del 24 ottobre 2023, ed infine alla sentenza adottata con procedura pilota nel caso *Wałęsa c. Polonia* del 23 novembre 2023.

<sup>5</sup> Le tre formazioni politiche della “Coalizione del 15 ottobre”, a seguito delle elezioni, hanno formalmente sottoscritto un accordo contenente il programma che si impegnavano a realizzare insieme. *Umowa “Koalicji 15 października”* [L'accordo della “Coalizione del 15 ottobre”], [www.gov.pl/web/premier/koalicja-15października-program](http://www.gov.pl/web/premier/koalicja-15października-program).

<sup>6</sup> Per un commento sui risultati delle elezioni si rimanda a J. Sawicki, *La vittoria elettorale di un'ampia coalizione liberal-democratica come sfida lanciata ad un regime illiberale consolidato*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3, 2023. I dati ufficiali sugli esiti delle elezioni sono pubblicati sul sito della Commissione statale per le elezioni [sejmsenat2023.pkw.gov.pl](http://sejmsenat2023.pkw.gov.pl).

<sup>7</sup> Nella storiografia polacca, con il termine “I Repubblica” si fa riferimento alla Repubblica delle Due Nazioni, *Rzeczpospolita Obojga Narodów* (1569-1795); con “II Repubblica” (1918-1939) alla Polonia indipendente nel periodo tra le due guerre e con “III Repubblica” all'ultima fase della storia polacca, che ha avuto inizio con il crollo del regime comunista nel 1989. Il termine “IV Repubblica” rappresenta invece uno slogan politico utilizzato, a partire dal 2005, sia dal partito Diritto e Giustizia per designare il processo di rinnovamento politico del quale il partito si faceva promotore, che dai suoi detrattori che in quel programma di riforme ravvisavano un tentativo di sovvertimento dell'ordine costituzionale. Si preferisce per questo evitare qualsiasi riferimento al termine “IV Repubblica” per designare la nuova fase della storia polacca che ha avuto inizio con le elezioni del 15 ottobre 2023.

248 su 460 seggi (di cui 157 KO, 65 TD e 26 NL), mentre nel *Senat*, la camera alta, ben 65 su 100. Diritto e Giustizia rimane però il primo partito per numero di seggi sia nella camera bassa che nella camera alta del Parlamento, con 194 seggi al *Sejm* e 34 seggi al *Senat*.

Nonostante dalle elezioni fosse emersa una maggioranza chiara, si è assistito ad una dilatazione dei tempi nella formazione del nuovo governo, la massima consentita dalla Costituzione. Si ricorda infatti che, secondo quanto previsto dall'art. 190, c. 2, Cost., la prima seduta del *Sejm* e del *Senat* è convocata dal Presidente della Repubblica entro trenta giorni dalle elezioni. Entro 14 giorni dalla prima seduta del *Sejm*, il Capo dello Stato nomina il Presidente del Consiglio dei Ministri e su proposta di quest'ultimo gli altri membri del Consiglio dei Ministri, e ne accoglie il giuramento (art. 154, c. 1). Il Presidente del Consiglio dei Ministri, entro 14 giorni dalla nomina, presenta al *Sejm* il programma di governo, insieme a una mozione per la concessione del "voto di fiducia" (*wniosek o udzielenie wotum zaufania*). La fiducia è approvata a maggioranza assoluta dei voti, alla presenza di almeno la metà dei membri dell'organo<sup>8</sup> (art. 154, c. 2).

Qualora il Consiglio dei Ministri non venga nominato ai sensi del c. 1, o non ottenga il voto di fiducia ai sensi del c. 2, il *Sejm* elegge il Presidente e i membri del Consiglio dei Ministri da questi proposti a maggioranza assoluta dei voti alla presenza di almeno la metà dei membri dell'organo. Il Capo dello Stato nomina il *premier* e gli altri membri del Consiglio dei Ministri così eletti, e ne accoglie il giuramento (art. 154, c. 3)<sup>9</sup>.

La prima sessione del *Sejm* si è tenuta il 13 novembre 2023, il trentesimo giorno successivo alle elezioni. Il 27 novembre, 14 giorni dopo, il Presidente della Repubblica Andrzej Duda – che si ricorda era stato eletto nel 2015 come candidato del PiS, e rieletto nel 2020 per un secondo mandato – ha designato Mateusz Morawiecki Presidente del Consiglio dei Ministri (*ex art.* 154, c. 1, Cost.).

L'11 dicembre 2023, il quattordicesimo giorno successivo alla nomina del nuovo governo, Morawiecki ha presentato alla camera bassa del Parlamento il programma di governo. Il *Sejm* come era prevedibile, non ha concesso la fiducia al *premier* del PiS, e sulla base di quanto previsto dall'art. 154, c. 3, Cost., quello stesso giorno ha eletto come Presidente del Consiglio dei Ministri il *leader* della Coalizione civica Donald Tusk, con 248 voti a favore<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> «*Wotum zaufania Sejm uchwała bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów*». Per "maggioranza assoluta dei voti" si intende «almeno un voto in più rispetto alla somma dei restanti voti validi espressi, ovvero voti negativi e astenuti». Cfr. Sentenza Tribunale costituzionale del 20 settembre 1995, in [isap.sejm.gov.pl](http://isap.sejm.gov.pl).

<sup>9</sup> Cfr. J. Sawicki, *La Costituzione della Polonia (1997)*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*. Volume III, Padova, 2013.

<sup>10</sup> I risultati delle due votazioni sono disponibili alla pagina: *Głosowania w dniu 11-12-2023 r. na 1. posiedzeniu Sejmu* [Votazioni dell'11 dicembre 2023, della prima sessione del *Sejm*], in [www.sejm.gov.pl/Sejm10.nsf/agent.xsp?symbol=listaglos&IdDnia=1981](http://www.sejm.gov.pl/Sejm10.nsf/agent.xsp?symbol=listaglos&IdDnia=1981). Cfr. *Sejm zdecydował: Donald Tusk premierem* [Il Sejm ha deciso: Donald Tusk Premier], in [tvn24.pl](http://tvn24.pl).

Il 12 dicembre 2023, Tusk ha presentato la composizione del Consiglio dei Ministri ed il programma di governo (c.d. *exposé*), ed ha ottenuto il voto di fiducia del *Sejm*<sup>11</sup>. Il nuovo Consiglio dei Ministri ha infine giurato davanti al Presidente della Repubblica il 13 dicembre 2023<sup>12</sup>.

Le questioni istituzionali, ed in particolare la riforma del sistema giudiziario, della procura e del Tribunale costituzionale, comparivano tra i principali punti del programma di governo, insieme a questioni tecniche tra le quali la riforma del sistema sanitario, l'aumento dei salari nel settore pubblico, la riforma dell'istruzione, misure a sostegno della maternità e degli anziani, misure a sostegno dell'economia, ed il rafforzamento della Polonia sullo scenario internazionale, sia nel contesto della NATO che dell'Unione europea<sup>13</sup>.

Appena insediato, il nuovo governo ha immediatamente dato avvio al programma di riforme. Per quanto concerne le questioni istituzionali, con l'ordinanza n. 652 del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 dicembre 2023<sup>14</sup>, è stato istituito il "Comitato interministeriale per il ripristino dello Stato di diritto e dell'ordine costituzionale". Si tratta di un organo ausiliario del Consiglio dei Ministri, incaricato di individuare gli ambiti di intervento, elaborare piani di azione, proposte normative e pareri e di svolgere attività di monitoraggio per garantire il rispetto dello Stato di diritto, presieduto dal Ministro della Giustizia, e composto dal Ministro per i rapporti con l'Unione europea, dal Ministro degli Esteri, dal Ministro per lo Sviluppo regionale, e da altri alti funzionari dello Stato.

Il 20 febbraio 2024, il Ministro della Giustizia e Procuratore generale Adam Bodnar – in occasione della riunione del Consiglio Affari generali dell'Unione Europea – ha presentato il piano di azione per "restaurare lo Stato di diritto in Polonia", per dare soluzione alle questioni sollevate dalla Commissione europea nell'ambito della procedura *ex art. 7 TUE*. Nel documento si ribadiva innanzitutto l'impegno del Paese a rispettare le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>. La riforma del Consiglio nazionale della magistratura

---

<sup>11</sup> *Głosowanie nr 105 na 1. posiedzeniu Sejmu* [Votazione n. 105 della prima sessione del *Sejm*], in [www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&NrKadencji=10&NrPosiedzenia=1&NrGlosowania=105](http://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&NrKadencji=10&NrPosiedzenia=1&NrGlosowania=105). A testimonianza del clima di tensione nel quale si è svolto il procedimento di investitura del nuovo governo, si ricorda che quello stesso giorno il *Sejm* ha eletto i membri del comitato investigativo sulle elezioni per corrispondenza del Presidente della Repubblica di Polonia del 2020.

<sup>12</sup> *Rząd premiera Donalda Tuska zaprzysiężony* [Il governo del Premier Donald Tusk ha prestato giuramento], in [www.gov.pl/web/premier/rzad-premiera-donalda-tuska-zaprzysieczony](http://www.gov.pl/web/premier/rzad-premiera-donalda-tuska-zaprzysieczony).

<sup>13</sup> *Exposé Donalda Tuska* [Exposé di Donald Tusk], in [www.gov.pl/web/premier/expose-donalda-tuska23](http://www.gov.pl/web/premier/expose-donalda-tuska23). Alla stessa pagina è disponibile il programma dei precedenti governi.

<sup>14</sup> *Międzyresortowy Zespół do spraw przywracania praworządności oraz porządku konstytucyjnego* [Comitato interministeriale per il ripristino dello Stato di diritto e dell'ordine costituzionale], in [www.gov.pl/web/premier/międzyresortowy-zespół-do-spraw-przywracania-praworzadnosci-oraz-porzadku-konstytucyjnego](http://www.gov.pl/web/premier/międzyresortowy-zespół-do-spraw-przywracania-praworzadnosci-oraz-porzadku-konstytucyjnego).

<sup>15</sup> *Polish Minister of Justice presents Action Plan for restoring the rule of law*, in [www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law](http://www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law).

(*Krajowa Rada Sądownictwa*, KRS) veniva considerata prioritaria, e si prevedeva che sarebbe stata seguita da una più ampia riforma delle corti comuni, della Corte suprema e del Tribunale costituzionale, e dalla separazione delle cariche di Ministro della Giustizia e Procuratore generale.

Le riforme annunciate dal Ministro della Giustizia polacco hanno consentito al Paese di avere accesso a fondi europei bloccati dal 2022<sup>16</sup>. Inoltre, il 29 maggio 2024 la Commissione europea ha chiuso la procedura *ex art. 7 TUE*<sup>17</sup>, ritirando la proposta motivata che aveva presentato contro la Polonia, il 9 dicembre 2017 (il giorno successivo all'approvazione delle ultime due leggi del c.d. "Pacchetto giustizia")<sup>18</sup>.

Infine, nel gennaio 2024, la Polonia ha presentato la richiesta per aderire alla Procura europea (*European Public Prosecutor's Office*, EPPO), che ha iniziato ad operare nel Paese il 1° giugno 2024<sup>19</sup>.

## *2. La riforma del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) alla luce degli standard internazionali e sovranazionali sull'indipendenza dei consigli di giustizia*

La modifica dei meccanismi di selezione dei membri dell'organo di autogoverno della magistratura costituisce la vera e propria "chiave di volta" delle riforme previste dalla nuova maggioranza politica formata da Coalizione civica, Terza via e Nuova sinistra per ripristinare l'indipendenza del potere giudiziario, ed il rispetto della *rule of law*.

Il Consiglio nazionale della magistratura – istituito nel 1989 a seguito del crollo del regime comunista<sup>20</sup> – è l'organo incaricato di «garantire l'indipendenza e

---

<sup>16</sup> Il 29 febbraio 2024, la Commissione europea ha autorizzato il primo pagamento della Polonia nell'ambito del Dispositivo sulla ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility*). Quello stesso giorno la Commissione ha concluso con esito positivo anche la valutazione delle c.d. "condizioni abilitanti orizzontali", connesse al rispetto Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021), assicurando al Paese l'accesso a tre programmi di finanziamento (Politiche di coesione 2021-2027, Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e Affari interni). *Poland's efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to €137 billion in EU funds*, in [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu).

<sup>17</sup> *Commission intends to close Article 7(1) TEU procedure for Poland*, in [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu).

<sup>18</sup> Il pacchetto giustizia si componeva di tre leggi, la legge del 12 luglio 2017 «Sulla modifica la legge sul sistema delle corti comuni e alcune altre leggi», la legge «Sulla modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di altre leggi» e la legge «Sulla Corte suprema», entrambe dell'8 dicembre 2017. Cfr. T.T. Koncewicz, *Farewell to the Separation of Powers – On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 19 luglio 2017.

<sup>19</sup> *Poland joins the European Public Prosecutor's Office*, in [www.gov.pl](http://www.gov.pl).

<sup>20</sup> Si ricorda che già dal 1981 – in un contesto politico segnato da gravi disordini, che condussero alla proclamazione della legge marziale il 13 dicembre di quello stesso anno – si iniziò a discutere della riforma del sistema giudiziario e della possibilità di introdurre un consiglio di giustizia. Tuttavia, solo a seguito del crollo del regime, nell'ambito dei negoziati della Tavola Rotonda, fu possibile arrivare ad un

l'imparzialità delle corti e dei giudici» (art. 186, c. 1, Cost.). Secondo quanto previsto dall'art. 187, Cost., il KRS è composto da 25 membri: quattro membri "di diritto", ovvero il primo presidente della Corte suprema, il Ministro della Giustizia, il presidente della Suprema Corte amministrativa e un membro nominato dal Presidente della Repubblica e 21 membri "elettivi", tra i quali 6 membri "laici", di cui quattro eletti dal *Sejm* tra i deputati e due eletti dal *Senat* tra i senatori, e 15 membri "togati", eletti tra i giudici della Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari (art. 187, c. 1). Tutti i 21 membri elettivi rimangono in carica per un mandato di quattro anni (art. 187, c. 3). La Costituzione stabilisce che l'organizzazione, l'ambito di attività e le modalità di funzionamento del Consiglio nazionale della magistratura siano definite per legge (art. 187, c. 4)<sup>21</sup>. Tale disposizione ha trovato attuazione attraverso la legge del 27 luglio 2001 «Sul Consiglio nazionale della magistratura», sostituita poi dalla legge del 12 maggio 2011 «Sul Consiglio nazionale della magistratura»<sup>22</sup>.

La legge sul KRS è stata emendata più volte, soprattutto a partire dal 2017<sup>23</sup>. In particolare, con la legge «Sulla modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di altre leggi»<sup>24</sup> dell'8 dicembre 2017 sono state introdotte importanti

---

accordo sull'istituzione del Consiglio nazionale della magistratura, dotato di competenze relative alla carriera dei giudici ed all'organizzazione delle corti. Con la legge del 7 aprile 1989, che modificava la Costituzione della Repubblica popolare polacca, si introduceva all'art. 60, c. 1 un nuovo meccanismo di selezione dei giudici, che sarebbero stati nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura (invece che dal Consiglio di Stato su proposta del Ministro della Giustizia). Il KRS venne istituito con la legge del 20 dicembre 1989 e iniziò a operare il 20 aprile 1990. Con la legge costituzionale del 17 ottobre 1992, la c.d. "Piccola costituzione", e successivamente la Costituzione del 1997 e la legge del 27 luglio 2001, il KRS è risultato grandemente rafforzato. K. Niewiński, *PZPR a sądownictwo w latach 1980-1985. Próby powstrzymania „solidarnościowej” rewolucji. Prace doktorskie* [Il POUP e la magistratura negli anni 1980-1985. I tentativi di arrestare la rivoluzione di Solidarność. Tesi di dottorato], in <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/handle/11320/5435>, 2017; *Historia Krajowej Rady Sądownictwa* [Storia del Consiglio nazionale della magistratura], in <https://krs.pl/pl/o-radzie/historia/527-historia.html>.

<sup>21</sup> Cfr. L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [La Costituzione della Repubblica di Polonia. Commentario], Warszawa, 2005.

<sup>22</sup> *Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa*, in [hisap.sejm.gov.pl](https://isap.sejm.gov.pl).

<sup>23</sup> A. Angeli – A. Di Gregorio – J. Sawicki, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCEonline*, n. 3, 2017; A. Śledzińska-Simon, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, 2018, p. 1847-1851, S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018; A. Fusco, *I "terzi poteri" dell'Unione vigilano sull'indipendenza del giudice, principio cardine del costituzionalismo europeo. Alcune considerazioni sulle vicende del giudice polacco (a margine di CGUE, Grande Sezione, sentt. 24 giugno 2019, 19 novembre 2019 e 26 marzo 2020)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020; M. Volpi, *Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica*, in *DPCEonline*, n. 4, 2020; M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCEonline*, n. 4, 2020; Cfr. S. Penasa, *L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale"*, in *DPCEonline*, n. 4, 2020.

<sup>24</sup> *Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw*, in [isap.sejm.gov.pl](https://isap.sejm.gov.pl).

modifiche alla struttura ed alle modalità di funzionamento dell'organo. Quest'ultima – per la prima volta dall'istituzione del Consiglio nazionale della magistratura nel 1989<sup>25</sup> – ha attribuito al *Sejm* invece che alle corti la competenza di eleggere i 15 membri togati del KRS<sup>26</sup>. Sempre sulla base di quanto stabilito nella legge dell'8 dicembre 2017, artt. 6-7, il mandato dei membri togati del KRS è cessato anticipatamente<sup>27</sup> e si è proceduto alla selezione dei nuovi membri dell'organo, che hanno iniziato ad operare nel 2018. Per effetto della riforma, dal 2018 al 2022, 21 su 25 membri KRS – definito in maniera colloquiale dalla stampa polacca come “nuovo-KRS”, *neo-KRS* –, sono stati selezionati dalla maggioranza di governo, guidata dal PiS<sup>28</sup>.

La riforma del KRS – ovvero l'organo incaricato di formulare proposte sulla nomina dei giudici al Presidente della Repubblica – unita all'abbassamento dell'età pensionabile, ha poi consentito al PiS di immettere nel sistema giudiziario un elevato numero di giudici vicini alle posizioni del partito, definiti dalla stampa polacca come “neo-giudici” (*neo-sędziowie*). Si stima che a seguito della riforma del 2017 siano stati

---

<sup>25</sup> La legge del 20 dicembre 1989 prevedeva che i membri togati del KRS fossero eletti dai giudici della Corte suprema, dai giudici della Suprema Corte amministrativa e dalle assemblee dei rappresentanti dei giudici delle corti comuni e di voivodato. Sebbene la composizione dell'organo sia stata riformata nel corso del tempo, tale meccanismo di selezione dei membri togati del KRS è stato ripreso dalla legge sul KRS del 2001 e del 2011. *Written comments of the Commissioner for Human Rights in the case Jan Grzęda against Poland (Application no. 43572/18)*, in [https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Amicus\\_RPO\\_12.12.2019.pdf](https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Amicus_RPO_12.12.2019.pdf).

<sup>26</sup> La legge sul KRS del 2011 prevedeva che l'adunanza generale della Corte suprema selezionasse tra i propri membri due membri togati del KRS, che l'adunanza generale della Suprema Corte amministrativa insieme ai rappresentanti delle corti amministrative di voivodato selezionasse due membri del KRS, che l'assemblea dei rappresentanti delle corti di appello selezionasse due membri del KRS, che l'assemblea dei rappresentanti delle corti distrettuali selezionasse otto membri del KRS ed infine l'assemblea dei giudici delle corti militari selezionasse un membro del KRS. La sentenza K 5/17 del 20 giugno 2017 Tribunale costituzionale ha stabilito l'incostituzionalità delle disposizioni della legge del 2011 sull'elezione dei membri togati del KRS e sollecitato l'intervento del legislatore. <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%205/17>.

<sup>27</sup> L'art. 6 della legge dell'8 dicembre 2017 – la quale stabiliva che il mandato dei 15 membri togati in servizio presso il KRS sarebbe durato fino al giorno prima delle elezioni dei nuovi membri togati del KRS, ma in ogni caso non oltre il novantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge – ha portato alla cessazione anticipata del mandato di 13 dei 15 membri togati del KRS. Tuttavia solo il mandato di 2 giudici (eletti nel 2016 sarebbe dovuto terminare nel 2020) si riduceva di due anni (Grzęda, Wojtaszek). Il mandato di 11 giudici, eletti nel 2014, sarebbe comunque terminato nel 2018 (Adamczuk, Drachal, Gonera, Kremer, Motylska-Kucharczyk, Niedużak, Ott, Palka, Zawistowski, Zimny, Żurek). Un giudice ha ottenuto un avanzamento di carriera nel novembre 2017 ed ha rinunciato alla posizione nel KRS (Preneta-Ambicka). Infine, il mandato di un giudice è terminato alla scadenza prevista nel gennaio 2018 (Raczkowski). I nuovi membri togati del KRS sono stati eletti dal *Sejm* il 6 marzo 2018. *Członkowie Krajowej Rady Sądownictwa* [I membri del Consiglio nazionale della magistratura], [krs.pl](https://krs.pl).

<sup>28</sup> K. Grajewski, *Dysfunctionality of the National Council of the Judiciary in the Polish Constitutional System After Statutory Changes*, in *Gdańskie Studia Prawnicze*, n. 4, vol. 48, 2020, p. 161-169.



nominati alla carica di giudice tra 2.500 e 3.500 persone, corrispondenti al 30% del totale dei giudici in servizio nel Paese<sup>29</sup>.

Come ampiamente sottolineato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre che dalle corti nazionali, ed in particolare dalla Corte suprema e dalla Suprema Corte amministrativa<sup>30</sup>, proprio l'introduzione dei nuovi meccanismi di selezione dei 15 membri togati del KRS avrebbe rappresentato la prima e principale causa della violazione sistemica del principio di indipendenza del potere giudiziario da parte della Polonia<sup>31</sup>.

Il 20 dicembre 2023 – prima che venissero formalmente presentati i progetti di legge relativi alle riforme istituzionali annunciate nel programma di governo –, il *Sejm* ha adottato la risoluzione «Sulla soluzione delle conseguenze della crisi costituzionale con riferimento al ruolo ed alle funzioni del KRS in uno Stato democratico»<sup>32</sup>, con 239 voti a favore e 169 contro. Nella risoluzione si ricordava che l'organo di autogoverno della magistratura, per potere svolgere le funzioni ad esso attribuite dalla Costituzione, ovvero assicurare l'indipendenza e l'imparzialità delle corti e dei giudici, avrebbe dovuto essere composto da rappresentanti dei giudici selezionati dalla “comunità dei giudici”, senza la partecipazione attiva dell'organo legislativo e di quello esecutivo. Le risoluzioni del *Sejm* del 6 marzo 2018, del 20 maggio 2021 e del 12 maggio 2022 sull'elezione dei membri togati del KRS – sulla base della nuova procedura introdotta dalla legge dell'8 dicembre 2017 – sarebbero state adottate in palese violazione della Costituzione ed i membri elettivi togati del KRS erano invitati a cessare immediatamente dalle proprie funzioni.

Il KRS ha però rifiutato di conformarsi alla risoluzione del *Sejm* e il 9 gennaio 2024, il *presidium* del KRS ha rilasciato una dichiarazione nella quale veniva formulata una durissima condanna nei confronti del *Sejm*<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Poland – Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe on the draft law amending the Law on the National Council of the Judiciary of Poland, issued on 8 May 2024, pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Revised Rules of procedure, endorsed by the Venice Commission at its 139th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2024), CDL-AD(2024)018-e, [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

<sup>30</sup> Per un commento della “saga” sull'attuazione della sentenza della CGUE A.K. del 19 novembre 2019, sia consentito rimandare a A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2021.

<sup>31</sup> « (...) For these reasons, the Court, unanimously, (...) holds that the above violations of Article 6 § 1 of the Convention originated in the interrelated systemic problems connected with the malfunctioning of domestic legislation and practice caused by: (a) a defective procedure for judicial appointments involving the National Council of the Judiciary as established under the 2017 Amending Act (...). In [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int). Per un commento sia consentito rimandare a A. Angeli, *La sentenza della Prima Sezione della Corte europea dei diritti umani del 23 novembre 2023 nel caso Wałęsa c. Polonia*, in *Questa rivista*, 12 febbraio 2024.

<sup>32</sup> [orka.sejm.gov.pl](http://orka.sejm.gov.pl).

<sup>33</sup> Nella dichiarazione del KRS si afferma che la risoluzione del *Sejm* costituisce un attacco senza precedenti nella storia della Repubblica alle istituzioni dello Stato ed uno strumento al quale mai è stato fatto ricorso «né durante il regime totalitario comunista né durante le guerre e l'occupazione tedesca», e

L'11 gennaio 2024 il Ministro della Giustizia e Procuratore generale Adam Bodnar ha pubblicato il progetto della riforma del KRS<sup>34</sup>. Dopo oltre un mese di consultazioni, il 20 febbraio 2024, il testo del disegno di legge «Sulla modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura» è stato presentato al *Sejm*<sup>35</sup>.

La definizione dei meccanismi di selezione dei membri dell'organo rappresentava come già detto, l'aspetto più importante della riforma. Se vi era un consenso ampio e generalizzato sul principio generale di attribuzione ai giudici della competenza di selezionare i membri togati del KRS, non vi era tuttavia una comunanza di vedute su come darvi attuazione. Dalla proposta della bozza del disegno di legge all'approvazione della versione finale del testo sono stati discussi ben tre differenti meccanismi per l'elezione dei membri togati del KRS.

Dopo essere stato approvato in tre letture dalla camera bassa del parlamento, il disegno di legge è stato inviato al *Senat* – che ha approvato il testo con una serie di emendamenti il 9 maggio 2024 – ed infine approvato dal *Sejm* 12 luglio 2024 e inviato al Presidente per la promulgazione e la pubblicazione nella gazzetta ufficiale, il *Monitor Polski*.

La legge n. 15 del 12 luglio 2024<sup>36</sup> non è però ancora entrata in vigore. Il Presidente della Repubblica ha infatti presentato richiesta al Tribunale costituzionale (*Trybunał Konstytucyjny*, TK) “catturato” per una verifica di conformità della legge alla Costituzione, *ex art.* 122, c. 3, Cost.

Non è chiaro se il Tribunale costituzionale sia in grado di pronunciarsi sulla richiesta del Presidente della Repubblica<sup>37</sup> ed anche qualora lo fosse l'esito della

---

che «mina i fondamenti costituzionali dello Stato». *KRS zbiera się pierwszy raz po uchwale Sejmu, sędziowie nie zamierzają składać broni* [Il Consiglio nazionale della magistratura si riunisce per la prima volta dopo la delibera del Sejm, i giudici non intendono deporre le armi], in [www.prawo.pl/prawnicy-sady/krajowa-rada-sadownictwa-jak-przeprowadzic-zmiany-po-uchwale-sejmu,524805.html](http://www.prawo.pl/prawnicy-sady/krajowa-rada-sadownictwa-jak-przeprowadzic-zmiany-po-uchwale-sejmu,524805.html).

<sup>34</sup> *Projekt nowelizacji ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, in [www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/projekt-nowelizacji-ustawy-o-krajowej-radzie-sadownictwa2](http://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/projekt-nowelizacji-ustawy-o-krajowej-radzie-sadownictwa2).

<sup>35</sup> *Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, in [www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=6102FFF2A02AF58AC1258ACB003C83D4](http://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=6102FFF2A02AF58AC1258ACB003C83D4).

<sup>36</sup> Si ricorda che nell'ordinamento polacco la numerazione e la data delle leggi sono riferite alla data di approvazione del testo da parte del *Sejm*, e non alla data di promulgazione e pubblicazione nella Gazzetta ufficiale.

<sup>37</sup> Dal 20 dicembre 2022, per quasi un anno, l'attività del TK è stata paralizzata da una disputa interna sulla durata del mandato della Presidente Przyłębska, che ha impedito all'organo di giustizia costituzionale di operare nella composizione di 11 giudici. Sei giudici del Tribunale costituzionale (Jakub Stelina, Wojciech Sych, Zbigniew Jędrzejewski, Bogdan Świączkowski, Andrzej Zielonacki e Mariusz Muszyński), in una lettera pubblicata sulla stampa polacca, sostenevano infatti che il mandato della Presidente del Tribunale si sarebbe dovuto concludere nel dicembre 2022 e dichiaravano che non avrebbero partecipato ai lavori del Tribunale fino a quando non fosse stato eletto un nuovo Presidente. Pochi mesi più tardi due giudici (Świączkowski, Jędrzejewski) sono tornati a partecipare ai lavori del TK, senza motivare la propria decisione. Nel dicembre 2023 il Tribunale costituzionale è stato per questo in grado di pronunciarsi nella composizione di 11 giudici in due casi di grande rilievo politico. Si tratta delle sentenze Kp 1/23 (sulla riforma della Corte suprema) e K 8/21 (sulla costituzionalità delle disposizioni del TFUE sulle sanzioni pecuniarie contro gli Stati membri dell'Unione), entrambe dell'11

decisione parrebbe scontato. Inoltre, sulla base di quanto previsto dalla risoluzione del *Sejm* del 6 aprile 2024 «Sulla rimozione delle conseguenze crisi costituzionale del periodo 2015-2023 nel contesto delle attività del TK»<sup>38</sup>, è stata sospesa la pubblicazione delle sentenze del TK nella raccolta ufficiale delle leggi, che compaiono unicamente sul sito del Tribunale costituzionale<sup>39</sup>. Nella fase attuale sembra dunque improbabile che la riforma possa entrare in vigore.

Nelle pagine che seguono, dopo avere esaminato il contenuto del disegno «Sulla modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura» nella versione originaria presentata al *Sejm*, si cercherà di fornire una lettura critica delle principali questioni emerse nelle differenti fasi del processo di approvazione della riforma, di valutare le soluzioni adottate nella versione finale del testo alla luce degli standard internazionali e sovranazionali in materia di indipendenza dei consigli di giustizia ed infine di comprendere le complesse problematiche politiche ed istituzionali che la Polonia si trova ad affrontare nella fase attuale.

### *2.1 Il disegno di legge «Sulla modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura»*

Il disegno di legge, nella versione originaria presentata al *Sejm* il 20 febbraio 2024 – così come la versione finale approvata dal *Sejm* il 12 luglio 2024 –, si configura come un testo breve ma particolarmente complesso, composto da soli sei articoli.

L'obiettivo primario della riforma – come affermato nelle motivazioni (*uzasadnienie*), allegate al disegno di legge – era quello di ripristinare l'indipendenza del KRS e dare attuazione alle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea, della Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che delle corti polacche ed in particolare della Corte suprema e della Suprema Corte amministrativa.

Nelle motivazioni si ricordava innanzitutto che, per assicurare l'indipendenza dell'organo di autogoverno della magistratura, i membri togati avrebbero dovuto essere selezionati “dai giudici tra i giudici”. Ciò emergeva da una interpretazione storica e sistemica delle disposizioni costituzionali, dei lavori della commissione costituzionale dell'Assemblea nazionale che aveva elaborato il progetto della Costituzione e dell'accordo concluso tra il governo e le opposizioni nel 1989 (la c.d. Tavola Rotonda).

---

dicembre 2023. *Sześciu sędziów TK nie uznaje Julii Przyłębskiej. Chcą wyboru nowego prezesa* [Sei giudici del Tribunale costituzionale non riconoscono Julia Przyłębska. Vogliono che venga eletto un nuovo presidente], in [wiadomosci.gazeta.pl](https://wiadomosci.gazeta.pl); S. Drzazga, *Zwycięzca może być tylko jeden. Szarża Świączkowskiego w drodze do prezesury?* [Può esserci un solo vincitore. La carica di Świączkowski in viaggio verso la presidenza?], in <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/29543>. Si rileva però che dal dicembre 2023 il TK si è pronunciato unicamente nella composizione da 5 o 3 giudici, in <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki>.

<sup>38</sup> *Uchwała Sejmu w sprawie usunięcia skutków kryzysu konstytucyjnego lat 2015-2023 w kontekście działalności Trybunału Konstytucyjnego*, in [sip.lex.pl](https://sip.lex.pl).

<sup>39</sup> *Przyłębska publikuje wyroki na stronie TK* [Przyłębska pubblica le sentenze sul sito web del Tribunale costituzionale], in [wiadomosci.wp.pl](https://wiadomosci.wp.pl).

Il disegno di legge, nella versione originaria, attribuiva direttamente ai giudici – invece che alle adunanze generali/assemblee dei presidenti delle corti come previsto dalla legge sul KRS nella versione originaria, o al *Sejm* come previsto dalla riforma del 2017 – la competenza di selezionare i membri togati del KRS (art. 1).

Si intendeva in questo modo colmare il “deficit” di rappresentanza delle diverse tipologie di corti, dando soluzione ad un insieme di criticità emerse nella prassi<sup>40</sup>. A ciascun giudice si riconosceva infatti il diritto di votare per un candidato e si stabiliva che sarebbero risultati eletti i candidati appartenenti alle diverse categorie di corti che avessero ottenuto il maggior numero di voti<sup>41</sup>.

Si attribuiva poi alla Commissione statale per le elezioni (*Państwowa Komisja Wyborcza*, PKW) la competenza di organizzare le elezioni dei membri togati del KRS ed alla Suprema Corte amministrativa (e non alla Corte suprema come si era originariamente ipotizzato nella bozza del testo) la competenza di giudicare sui ricorsi relativi alla procedura di selezione dei membri togati del KRS.

A seguito dell'elezione dei nuovi membri dell'organo, gli attuali membri togati del KRS<sup>42</sup> (eletti dal *Sejm* nel 2022 e che avrebbero dovuto terminare il proprio mandato nel 2026) sarebbero cessati dalle proprie funzioni (art. 2). Si prevedeva dunque un nuovo “azzeramento” dell'organo, a poco più di sei anni dal precedente.

Le elezioni dei nuovi membri togati del KRS sarebbero state indette dalla PKW entro tre settimane, e si sarebbero svolte non oltre tre mesi dall'entrata in vigore della legge (art. 3, c. 1). Ai “neo-giudici<sup>43</sup>” sarebbe stato riconosciuto il diritto di votare, ma preclusa la possibilità di candidarsi per divenire membro del KRS (art. 3, c. 2). Inoltre, tutti i procedimenti in corso davanti al KRS sarebbero stati sospesi fino al rinnovo della composizione dell'organo (art. 4).

Tra le novità di maggiore rilievo introdotte dal testo – e come si vedrà tra le più controverse – vi era infine l'istituzione presso il KRS di un nuovo organo, il Consiglio

---

<sup>40</sup> Nelle motivazioni si sostiene, che nella versione originaria, la legge sul KRS non assicurava una adeguata rappresentanza delle corti comuni di livello inferiore, ed in particolare delle corti di circoscrizione. Al contrario nella riforma del 2017 i meccanismi di selezione dei membri togati del KRS sono stati definiti in maniera tanto generica da consentire l'esclusione dei giudici della Corte suprema dal KRS.

<sup>41</sup> Si prevedeva in particolare che sarebbe risultato eletto un giudice della Corte suprema, due giudici delle corti di appello, tre giudici delle corti distrettuali e sei giudici delle corti di circoscrizione, un giudice della Suprema Corte amministrativa, un giudice delle corti amministrative di voivodato e un giudice delle corti militari.

<sup>42</sup> Nel disegno di legge del 20 febbraio 2024, a differenza della bozza del testo dell'11 gennaio 2024, per designare i membri togati in servizio presso il KRS viene utilizzata l'espressione «persone elette dal *Sejm*». Si tratta di una precisa scelta politica con la quale si vuole escludere che le persone elette nel KRS con le risoluzioni del *Sejm* del 6 marzo 2018, del 20 maggio 2021 e del 12 maggio 2022 possano essere considerati come membri del KRS.

<sup>43</sup> Formalmente definiti nel disegno di legge come «giudici che hanno assunto le proprie funzioni in seguito a una proposta di nomina alla funzione di giudice, presentata al Presidente della Repubblica di Polonia, dal Consiglio nazionale della magistratura, costituito in applicazione dell'articolo 9a della legge».

sociale (*Rada Społeczna przy KRS*), incaricato di fornire pareri nei procedimenti di selezione dei giudici della Corte suprema, delle corti comuni, delle corti amministrative e dei tribunali militari (art. 5). Il Consiglio sociale del KRS sarebbe stato inoltre incaricato di garantire la partecipazione della società civile e delle associazioni di settore (giudici, procuratori, giuristi) all'elaborazione delle riforme degli organi del potere giudiziario.

## *2.2 Il parere preliminare dell'ODIHR dell'8 aprile 2024*

Il 21 marzo 2024, il Presidente della Commissione giustizia e diritti fondamentali del *Sejm* ha richiesto il parere dell'Ufficio per le Istituzioni democratiche e i diritti umani dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE/ODIHR) sul disegno di legge «Sulla modifica della legge sul KRS». L'ODIHR ha dunque esaminato la versione originaria del testo del disegno di legge del 20 febbraio 2024 e ha adottato un parere “provvisorio e urgente”, pubblicato l'8 aprile 2024<sup>44</sup>.

La riforma dell'organo di governo autonomo della magistratura è stata valutata alla luce degli *standard* internazionali e sovranazionali in materia di indipendenza dei consigli di giustizia e del potere giudiziario elaborati nella dimensione ONU, del Consiglio d'Europa, dell'Unione europea, e dell'OSCE/ODIHR<sup>45</sup>. Nel parere si fa riferimento, inoltre, alla giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE, ai documenti di *soft-law* adottati nella dimensione OSCE/ODIHR<sup>46</sup>, del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) e della Rete europea dei consigli di giustizia (ENCJ) ed infine ai pareri elaborati dall'OSCE/ODIHR e dalla Commissione di Venezia sulle riforme del potere giudiziario introdotte in Polonia a partire dal 2017.

Nel parere dell'8 aprile 2024 si ricorda che l'indipendenza del potere giudiziario è un principio essenziale per ogni Stato democratico che si fonda sulla *rule of law* e

---

<sup>44</sup> Si ricorda che all'elaborazione del parere hanno contribuito i giudici Slavica Banić (Corte costituzionale croata), Andras Sajó (Corte EDU), Đuro Sessa (Corte suprema croata), e gli esperti internazionali Tamara Otiashvili e Jan van Zyl Smit. <https://www.osce.org/files/f/documents/d/e/566626.pdf>.

<sup>45</sup> Si fa riferimento in particolare, per quanto concerne la dimensione ONU all'art. 10 Dichiarazione universale dei diritti umani e all'art. 14 Convenant sui diritti civili e politici; per quanto concerne il Consiglio d'Europa all'art. 6 CEDU e alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui giudici: indipendenza, efficienza e responsabilità CM/Rec(2010)12; per quanto riguarda l'UE si ricorda l'art. 2 TUE e l'art. 47 della Carta; per quanto riguarda la CSCE, poi OSCE, si menzionano gli impegni assunti dagli Stati nell'ambito delle Conferenze sulla Dimensione umana, con il Documento di Copenaghen del 1990 e il Documento di Mosca del 1991 e la Decisione n. 7/08 sull'ulteriore rafforzamento dello Stato di diritto nell'area OSCE del 2008.

<sup>46</sup> Si ricordano in particolare le Raccomandazioni sull'indipendenza del potere giudiziario in Europa orientale, nel Caucaso meridionale e in Asia centrale del 2010 (Raccomandazioni di Kiev), le Raccomandazioni sull'indipendenza e la responsabilità del potere giudiziario del 2023 (Raccomandazioni di Varsavia) e la Nota comparativa ODIHR sui modelli dei consigli di giustizia quali organi indipendenti di governo autonomo della magistratura del 2021.

condizione necessaria per garantire il diritto ad un equo processo. Si assicura la massima discrezionalità agli Stati nell'individuare gli strumenti idonei a garantire l'indipendenza degli organi del potere giudiziario. Tuttavia, si sottolinea che laddove siano stati istituiti consigli di giustizia, questi debbano offrire garanzie di indipendenza e imparzialità. I meccanismi per la nomina e le garanzie connesse alla durata del mandato dei membri dei consigli di giustizia costituiscono i criteri fondamentali per verificare l'adeguatezza dell'organizzazione dei consigli di giustizia rispetto al principio di indipendenza, come evidenziato anche nella giurisprudenza della Corte EDU, nei casi *Olujic c. Croazia* del 5 maggio 2009 e *Volkov c. Ucraina* del 25 maggio 2013<sup>47</sup>.

Trattandosi di un parere urgente, nel documento non viene valutata la generale conformità delle disposizioni sulla composizione e sul funzionamento dell'organo di autogoverno della magistratura polacco agli *standard* internazionali e sovranazionali sull'indipendenza dei consigli di giustizia, ma solo le questioni di maggiore rilievo connesse alla riforma del KRS del 2024, ed in particolare: la scelta di introdurre un progetto di legge sul KRS invece che una più ampia riforma del sistema delle corti, il meccanismo di selezione dei membri togati del KRS e, infine, le disposizioni transitorie.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'ODIHR ha fatto presente innanzitutto che per assicurare il rispetto dello Stato di diritto in Polonia sarebbe necessario procedere ad una riforma dell'intero sistema delle corti, attraverso un processo inclusivo e partecipato. L'approvazione di una rapida serie di provvedimenti normativi di portata limitata potrebbe sollevare critiche e generare ulteriore incertezza.

Si è rilevato inoltre che nel disegno di legge «Sulla modifica della legge sul KRS» del 20 febbraio 2024 non sono state affrontate una serie di questioni evidenziate dall'ODIHR nel parere del 5 maggio 2017<sup>48</sup>. Si fa riferimento in particolare alla necessità di assicurare la parità di genere nella composizione del KRS, di garantire il coinvolgimento di ong, università, associazioni di settore, esperti e rappresentanti della società civile nei procedimenti di selezione dei membri “laici” del KRS, di ripensare i meccanismi di selezione di tutti i membri elettivi del KRS ed introdurre un disallineamento tra i mandati dei membri eletti dal *Sejm* e dal *Senat*, e di introdurre meccanismi per contrastare l'autoreferenzialità dell'organo, promuovendo il dialogo e la condivisione di informazioni con la società civile.

Il disegno di legge introdurrebbe un meccanismo complesso per l'elezione dei membri togati del KRS, ma non adeguatamente regolamentato. Una disciplina più dettagliata di alcuni aspetti connessi ai meccanismi di voto dei membri togati del KRS e di presentazione delle candidature, oltre che dei procedimenti di ricorso davanti alla Suprema Corte amministrativa si considera auspicabile.

---

<sup>47</sup> Cfr. J. Omejec, *Appointment, promotion and dismissal of judges and ethical standards*, in *European Court of Human Rights Seminar “Strengthening Confidence in the Judiciary”*, 2019.

<sup>48</sup> Final Opinion on the Draft Amendments to the Act on the National Council of the Judiciary and Certain other Acts of Poland, JUD-POL/305/2017-Final, 5 May 2017, in [www.osce.org/files/f/documents/f/c/315946.pdf](http://www.osce.org/files/f/documents/f/c/315946.pdf).

Nel parere si ritiene inoltre che l'attribuzione di importanti funzioni nei procedimenti di selezione dei nuovi membri togati del KRS ad organi che non offrono adeguate garanzie di indipendenza potrebbe generare ulteriore incertezza. Si fa riferimento in particolare alla Commissione statale per le elezioni alla quale verrebbe attribuita la competenza di organizzare le elezioni dei membri togati del KRS e alla Suprema Corte amministrativa alla quale si riconosce il potere di giudicare in materia di ricorsi sulle elezioni dei membri togati del KRS. Si ricorda a questo proposito che tutti i membri della Commissione statale per elezioni sono stati selezionati dalla precedente maggioranza di governo guidata dal PiS e che circa un terzo dei giudici in servizio presso la Suprema Corte amministrativa possono essere considerati come *neo-giudici*.

Infine, nel parere – sulla base di un'ampia ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul principio di indipendenza del potere giudiziario – si afferma che la cessazione anticipata dei membri togati del potrebbe rappresentare una soluzione giustificata in un contesto di eccezione. Al contempo, si invita il Paese a valutare soluzioni alternative, come l'istituzione di una assemblea di giudici incaricata di decidere sulla cessazione anticipata dei membri togati del KRS (con un processo di “*vetting*”). Per le posizioni che dovrebbero rendersi vacanti per effetto della valutazione della commissione potrebbero essere indette nuove elezioni.

Analogamente, l'ODIHR ha sottolineato che l'esclusione dal diritto di candidarsi ad una posizione nel KRS per i giudici che sono stati nominati o che hanno avuto un avanzamento di carriera dopo il 2017 potrebbe essere considerata come una soluzione ammissibile, in una situazione di “non-normalità”. Tuttavia, si chiede alla Polonia di prendere in considerazione anche soluzioni meno radicali, come l'esclusione dei soli giudici nominati dopo il 2017.

### *2.3 Il parere della Commissione di Venezia dell'8 maggio 2024*

Il 7 marzo 2024, la Presidente del Comitato di Monitoraggio dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Kalniņa-Lukaševica, ha richiesto un parere alla Commissione di Venezia (CDL) sulla riforma del KRS, la quale a sua volta si è avvalsa della collaborazione del Direttorato generale su Diritti umani e Stato di diritto del Consiglio d'Europa (DGI) per elaborare un parere congiunto CDL/DGI. Il 15 aprile, il Ministro della Giustizia Bodnar ha chiesto che il parere venisse approvato con procedura di urgenza, ai sensi dell'art. 14a del Regolamento della Commissione di Venezia, affinché il documento potesse essere adottato prima della conclusione dei lavori sul testo in Parlamento, e la richiesta è stata accolta. La Commissione di Venezia

e il DGI hanno adottato il parere congiunto urgente sulla riforma del KRS l'8 maggio 2024<sup>49</sup>.

Nel parere congiunto vengono affrontate le questioni che la Commissione di Venezia e il DGI ritengono essere più problematiche, tra le quali in particolare l'organizzazione delle elezioni dei componenti togati dell'organo da parte della Commissione statale per le elezioni, l'esclusione della candidatura dei giudici nominati o promossi ad incarico di livello superiore a seguito della riforma del 2017, la cessazione anticipata dalle funzioni dei 15 membri togati del KRS eletti nel 2022 (il cui mandato dovrebbe terminare nel 2026) e l'istituzione del Consiglio sociale presso il KRS con funzioni consultive.

A differenza di quanto rilevato dall'ODIHR, l'attribuzione alla Commissione statale per le elezioni dell'organizzazione delle elezioni dei membri togati del KRS si considera conforme agli *standard* europei. Secondo la Commissione di Venezia, la PKW offrirebbe adeguate garanzie di indipendenza; inoltre, la possibilità di ricorrere contro le decisioni della PKW davanti alla Suprema Corte amministrativa costituirebbe un'ulteriore garanzia della correttezza formale dei procedimenti.

La Commissione di Venezia e il DGI hanno sottolineato tuttavia la necessità di regolamentare con maggiore dettaglio lo svolgimento delle elezioni dei componenti togati del KRS, per quanto concerne in particolare le audizioni pubbliche dei candidati.

Le questioni più problematiche che sono state affrontate nel parere riguardano il diritto all'elettorato attivo e passivo per la selezione dei membri togati del KRS e la destituzione degli attuali membri dell'organo di autogoverno della magistratura.

Nel parere congiunto si sostiene che l'esclusione delle candidature dei giudici che avevano assunto le proprie funzioni o ottenuto un avanzamento di carriera a seguito della riforma del 2017 potrebbe recare pregiudizio al sistema giudiziario nella sua interezza e comportare l'esclusione di un numero decisamente elevato di giudici, senza alcuna valutazione individuale ("vetting"). Si tratterebbe di persone che, in quel particolare momento storico, dopo avere completato la propria formazione, potrebbero non avere avuto altra scelta – considerato anche il numero di anni nei quali il KRS ha continuato ad operare nella nuova composizione – se non quella di assumere le funzioni di giudice attraverso la procedura prevista dalla legge dell'8 dicembre 2017.

La Commissione di Venezia e il DGI hanno sottolineato per questo che la definizione di norme particolarmente rigide sulla ricusazione potrebbe in parte sanare il vizio procedurale connesso alla nomina dei "neo-giudici" e consentire loro di essere eletti nel rinnovato KRS. Un medesimo risultato si potrebbe parimenti raggiungere introducendo tra i requisiti di eleggibilità dei membri togati del KRS un numero

---

<sup>49</sup> Poland - Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe on the draft law amending the Law on the National Council of the Judiciary of Poland, issued on 8 May 2024, pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Revised Rules of Procedure, endorsed by the Venice Commission at its 139th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2024), CDL-AD(2024)018-e, in [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2024\)009](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2024)009).



minimo di anni di servizio, come in molti altri ordinamenti europei. Nel parere si menzionano in particolare i casi di Bulgaria, Albania, Armenia, Romania.

Per quanto concerne la destituzione dei membri togati del KRS eletti nel 2022, non si riconosce la possibilità di invocare le garanzie costituzionali sulla durata del mandato per conservare immutata una situazione in palese contrasto con la stessa Costituzione. L'assenza di meccanismi rimediali per i membri togati del KRS eletti nel 2022 viene parimenti considerata ammissibile.

Si manifestano poi riserve in relazione all'istituzione Consiglio sociale presso il KRS, regolamentato in maniera lacunosa.

Infine, nel parere si sottolinea la necessità di garantire la “stabilità delle riforme”, attraverso la costituzionalizzazione delle disposizioni sulle modalità di selezione della componente togata del KRS, sulle funzioni dell'organo e sulla partecipazione della società civile. Secondo la Commissione di Venezia e il DGI, infatti, l'obiettivo di rafforzare la fiducia nelle istituzioni, perseguito dalla riforma, potrebbe essere gravemente compromesso da un eventuale avvicendamento delle forze politiche alla guida del Paese.

### *3. Il limitato recepimento delle raccomandazioni ODIHR e della Commissione di Venezia/DGI nella riforma del KRS “ostaggio” del Tribunale costituzionale*

Il disegno di legge «Sulla modifica della legge sul KRS», come già detto, dopo essere stato approvato in tre letture dal *Sejm*, è stato approvato con una serie di emendamenti dal *Senat* il 9 maggio 2024<sup>50</sup>. Tra questi rientrava una importante modifica all'art. 2 con la quale si riconosceva a tutti i giudici la possibilità di candidarsi alla posizione di membro togato del rinnovato KRS. Per questa via, il Senato aveva cercato di promuovere una soluzione meno radicale per la riforma del KRS e di recepire le raccomandazioni contenute nei pareri dell'ODIHR e della Commissione di Venezia/DGI. Tale emendamento è stato però respinto dalla camera bassa, che ha escluso qualsiasi soluzione di compromesso che consentisse ai *neo*-giudici di essere eletti nel KRS.

Nella versione finale del testo approvato dal *Sejm* il 12 luglio 2024 – la cui entrata in vigore, come già detto, è sospesa da un giudizio di legittimità pendente davanti al Tribunale costituzionale richiesto dal Presidente della Repubblica – le

---

<sup>50</sup> Per un commento si rimanda a *Opinie ekspertów dotyczące projektu ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa po senackich poprawkach* [Pareri di esperti sul disegno di legge sul Consiglio nazionale della magistratura dopo gli emendamenti del Senato], in [iustitia.pl/opinie-ekspertow-dotyczace-projektu-ustawy-o-krajowej-radzie-sadownictwa-po-senackich-poprawkach/](https://iustitia.pl/opinie-ekspertow-dotyczace-projektu-ustawy-o-krajowej-radzie-sadownictwa-po-senackich-poprawkach/); *Profesor Marek Safjan ocenia procedowane zmiany w ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz projekty Iustitii* [Il professor Marek Safjan valuta le modifiche in corso alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura e i progetti Iustitia], in [iustitia.pl/profesor-marek-safjan-ocenia-procedowane-zmiany-w-ustawie-o-krajowej-radzie-sadownictwa-oraz-projekty-iustitii/](https://iustitia.pl/profesor-marek-safjan-ocenia-procedowane-zmiany-w-ustawie-o-krajowej-radzie-sadownictwa-oraz-projekty-iustitii/).

raccomandazioni contenute nel parere del OSCE/ODIHR e nel parere congiunto della Commissione di Venezia/DGI sono state recepite in maniera estremamente limitata e le modifiche introdotte rispetto alla versione originaria del testo riguardano prevalentemente questioni tecniche.

La principale novità introdotta dalla riforma riguarda il meccanismo di selezione dei membri togati del KRS, il terzo proposto dall'inizio dall'avvio della riforma, in realtà simile a quello contenuto nella bozza del disegno di legge dell'11 gennaio 2024.

Come nella versione originaria del disegno di legge del 20 febbraio 2024, si prevede che nel KRS siedano 15 membri togati, tra i quali due giudici delle corti di appello (*sąd apelacyjny*), tre giudici delle corti distrettuali (*sąd okręgowy*), sei giudici delle corti circoscrizione (*sąd rejonowy*), oltre a un giudice della Corte suprema, un giudice della Suprema Corte amministrativa, un giudice delle corti amministrative di voivodato e un giudice delle corti militari.

Nella versione finale del testo approvato dal *Sejm* il 12 luglio 2024, recependo una raccomandazione ODIHR, si prevede che ogni giudice, a prescindere dalla corte presso la quale è in servizio, possa esprimere il proprio voto per ciascuna categoria di giudici che deve essere eletta nel KRS, fino a un massimo di 11 voti (art. 11, lett. f, punto 3)<sup>51</sup> e si stabilisce che risultino eletti i candidati che ricevono il maggior numero di voti (art. 11, lett. f, punto 4).

Poche novità vengono introdotte nella versione finale del testo con riferimento agli altri aspetti esaminati nei pareri dell'ODIHR e nel parere congiunto della Commissione di Venezia/DGI.

Qualora una posizione si renda vacante nel KRS relativamente alla quota di membri togati elettivi (per morte, dimissioni, o per ragioni di salute), si prevede che l'incarico venga assunto dal secondo candidato che ha ricevuto il maggior numero di voti nelle elezioni del KRS. In questo senso, non vengono recepite nella versione finale del testo le raccomandazioni contenute nei pareri ODIHR del 2017 e del 2024 sull'attribuzione della posizione vacante al primo candidato di sesso opposto o appartenente ad una minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti per favorire l'inclusione di gruppi tendenzialmente sottorappresentati negli organi di autogoverno della magistratura.

Come nella versione originaria del disegno di legge si prevede l'introduzione di un meccanismo partecipativo nei procedimenti di selezione dei membri togati del KRS. È prevista infatti un'udienza dei candidati aperta al pubblico, nell'ambito della quale si riconosce a qualsiasi "persona fisica" la possibilità di partecipare e porre domande ai candidati<sup>52</sup>. Alla Commissione statale per le elezioni è però attribuita la facoltà di

---

<sup>51</sup> In particolare, ogni giudice può esprimere un voto per un giudice della Corte suprema, un giudice delle corti militari, un giudice della Suprema Corte amministrativa e un giudice delle corti amministrative di voivodato, due voti per i giudici delle corti di appello, due voti per i giudici delle corti distrettuali e tre voti per i giudici delle corti di circoscrizione.

<sup>52</sup> L'art. 11, lett. p, c. 3 attribuisce a qualsiasi persona fisica (*osoba fizyczna*) il diritto di registrarsi e di porre domande ai candidati alla carica di membro del KRS, registrandosi sul sito della PKW.

limitare il numero di partecipanti ed il numero di domande che possono essere poste ai candidati per ragioni organizzative (art. 11, lett. p). Non verrebbero così recepite le raccomandazioni della Commissione di Venezia/DGI sulla necessità di regolamentare con maggiore dettaglio lo svolgimento delle audizioni dei candidati alla posizione di membro togato del KRS.

Alla PKW viene inoltre attribuita la competenza di verificare la correttezza delle candidature presentate, sulla base delle informazioni ricevute dal Ministro della Giustizia, dal Primo Presidente della Corte suprema e dal Presidente della Suprema Corte amministrativa. Anche in questa sezione del testo, non vengono presi in considerazione i rilievi formulati dall'ODIHR nel parere dell'8 aprile 2024, sui rischi connessi all'attribuzione di importanti competenze connesse all'acquisizione e trattamento di dati sensibili sui candidati, ad organi che si ritiene potrebbero non essere in grado di fornire adeguate garanzie di indipendenza.

Come già detto, infine, non è stato possibile raggiungere un compromesso nella riforma del KRS sulle disposizioni transitorie. Innanzitutto, non si riconosce ai *neo*-giudici il diritto di candidarsi alla carica di membro del KRS, anche se rispetto alla versione originaria del testo viene tolto il riferimento ai giudici che hanno ottenuto un avanzamento di carriera. Il medesimo risultato, come suggerito dalla Commissione di Venezia, si sarebbe potuto ottenere in maniera meno conflittuale indicando un numero minimo di anni di servizio per i giudici per potere presentare la propria candidatura al KRS.

Si stabilisce poi che «le persone elette dal *Sejm* nel Consiglio nazionale della magistratura» cessino di esercitare le proprie funzioni il giorno della proclamazione dei risultati delle elezioni dei nuovi componenti togati dell'organo e che i procedimenti pendenti davanti al KRS siano sospesi ed affidati al KRS nella sua nuova composizione<sup>53</sup>. Si è così rinunciato a considerare soluzioni meno radicali proposte dall'ODIHR, come la costituzione di una commissione di valutazione degli attuali membri togati del KRS.

Infine, come già detto, si prevede l'istituzione del Consiglio sociale presso il Consiglio nazionale della magistratura – composto da dieci membri<sup>54</sup>, in parte nominati

---

<sup>53</sup> Secondo il Commissario per i diritti dei cittadini, la definizione dei “membri togati” del *neo*-KRS come «persone elette dal *Sejm* nel Consiglio nazionale della magistratura» sarebbe contraria al principio dello Stato di diritto (art. 2, Cost.). L'utilizzo di tale definizione condurrebbe a negare l'esistenza del KRS – non a stabilire l'irregolarità nei procedimenti di formazione dell'organo –, e di conseguenza di tutte le decisioni adottate dal KRS tra il 2018 e il 2024. Cfr. *Projekt nowelizacji ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa. Pismo Marcina Wiącka do Senatu* [Progetto di modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura. La lettera di Marcin Wiącek al Senato], in [bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-krs-projekt-nowelizacji-opinia-senat](https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-krs-projekt-nowelizacji-opinia-senat). Cfr. M. Szwed, *Rebuilding the Rule of Law. Three Guiding Principles*, in <https://verfassungsblog.de/rebuilding-the-rule-of-law/>.

<sup>54</sup> La legge del 12 luglio 2024 prevede che i membri del Consiglio sociale del KRS siano eletti dal Consiglio forense polacco, dal Consiglio nazionale dei consulenti giuridici, dal Consiglio nazionale del Notariato, dal Consiglio nazionale degli Ufficiali giudiziari, dal Consiglio centrale della Scienza e dell'Istruzione superiore, dal Consiglio nazionale dei Procuratori e dal Consiglio per le attività di

e in parte eletti per un mandato di quattro anni – incaricato di formulare pareri nelle materie di competenza del KRS. Nella versione finale del testo, è stata aggiunta una disposizione con la quale si prevede che il KRS, qualora non tenga conto del parere del Consiglio sociale, abbia l'obbligo di motivare la propria decisione. Non vengono invece definite né la portata dei pareri del Consiglio sociale, né la tipologia di informazioni che tale organo può ottenere dal KRS sui candidati alla carica di giudice, come invece richiesto nei pareri dell'ODIHR e della Commissione di Venezia/DGI.

#### *4. Brevi riflessioni conclusive*

A seguito delle elezioni del 2023, con la formazione del nuovo esecutivo composto da Coalizione civica/Terza via/Nuova sinistra ha avuto inizio in Polonia una intensa stagione di riforme finalizzate al “ripristino del costituzionalismo”<sup>55</sup>.

Come già detto, la riforma della composizione e del funzionamento del KRS, ed in particolare la modifica dei meccanismi di selezione dei componenti togati dell'organo, rappresenta la vera e propria chiave di volta del piano di azione presentato dal Ministro Bodnar per assicurare l'indipendenza del potere giudiziario ed il rispetto della *rule of law*.

Già nel processo di approvazione del disegno di legge sul KRS sono emerse tuttavia delle criticità. Il testo è stato approvato da entrambe le camere attraverso un processo “aperto, trasparente ed inclusivo”, pienamente in linea con gli *standard* europei<sup>56</sup>, anche se in un clima politico – interno ed internazionale – poco sereno. Tuttavia, le raccomandazioni contenute nel parere del OSCE/ODIHR e nel parere della Commissione di Venezia/DGI sono state recepite in maniera limitata nella versione finale del testo, approvata dal *Sejm* il 12 luglio 2024, che non può essere considerata pienamente conforme agli *standard* internazionali sull'indipendenza degli organi di governo autonomo della magistratura.

La nuova maggioranza di governo ha infatti rinunciato a prendere in esame soluzioni di più ampio respiro – che si ritrovano in particolare nei due pareri ODIHR sul KRS del 2017 e del 2024 e nel parere congiunto della Commissione di Venezia/DGI<sup>57</sup> – che avrebbero potuto contribuire a rafforzare l'indipendenza dell'organo di autogoverno della magistratura, contenendo al contempo i rischi di autoreferenzialità e chiusura settaria dell'ordine giudiziario, rischi ai quali i consigli di

---

pubblica utilità tra le ong. Si prevede infine che un membro sia nominato dal Commissionario per i diritti dei cittadini.

<sup>55</sup> A. Di Gregorio, *L'Europa centro-orientale sulle pagine della rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, in *DPCE*, numero speciale, 2024.

<sup>56</sup> Cfr. *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*, in [www.osce.org/odihr/558321](http://www.osce.org/odihr/558321).

<sup>57</sup> Così come le proposte contenute nel progetto elaborato dall'associazione di giudici Iustitia, nel dicembre 2023.

giustizia sono sempre esposti<sup>58</sup>. Inoltre, il timore che qualsiasi apertura a soluzioni di compromesso, condivise dalle opposizioni, potesse essere interpretata come un segnale di debolezza o come un'indiretta legittimazione delle scelte politiche della precedente maggioranza di governo ha condotto all'irrigidimento delle posizioni della nuova maggioranza di governo formata da Coalizione civica/Terza via/Nuova sinistra.

I rapporti tra i due attori politici – il PiS, da un lato, e la Coalizione del 15 ottobre, dall'altro – possono essere descritti in termini di mancanza di riconoscimento reciproco della legittimità dell'avversario. Non si tratta di una semplice divergenza sul merito delle riforme, ma di visioni inconciliabili dei principi sui quali si fonda la *Rzeczpospolita*, nonché di una interpretazione della storia costituzionale del Paese – dall'avvio della transizione – basata su chiavi di lettura differenti<sup>59</sup>.

La nuova maggioranza di governo ritiene che l'elezione da parte del *Sejm* dei 15 membri togati del KRS costituisca non un mero vizio procedurale, ma una misura finalizzata al sovvertimento dell'ordine costituzionale. I giudici eletti dal *Sejm* nel *neo-KRS* vengono di conseguenza ritenuti corresponsabili della gravissima regressione costituzionale che ha sperimentato il Paese. Tale posizione parrebbe condivisa anche da una parte della dottrina e dei membri delle associazioni di giudici, tra le quali Iustitia<sup>60</sup> e la Fondazione Batory<sup>61</sup>. Nel giugno 2024, il Ministro della Giustizia ha per questo avviato procedimenti disciplinari contro 18 membri togati selezionati dal *Sejm* a partire dal 2018, tra i quali la presidente ed i vice-presidenti del KRS: Dagmara Pawelczyk-Woicka, Rafał Puchalski e Stanisław Zdun<sup>62</sup>.

Proprio l'indisponibilità o, meglio, l'"impossibilità" – considerati questi elementi di contesto – del *Sejm* a valutare soluzioni di compromesso nella riforma del KRS ha

---

<sup>58</sup> ODIHR, *Report: Towards a Culture of Accountability of Councils for the Judiciary*, 2022, in [www.osce.org/files/f/documents/9/d/512260.pdf](http://www.osce.org/files/f/documents/9/d/512260.pdf); ODIHR, *Judicial independence and accountability the focus of new ODIHR recommendations*, (Warsaw Recommendations), 2023, [www.osce.org/files/f/documents/c/5/552718.pdf](http://www.osce.org/files/f/documents/c/5/552718.pdf).

<sup>59</sup> Cfr. A. Bień-Kacała – T. Kucharski – M. Gałędek, *Is historical argumentation relevant to resolving the constitutional crisis in Poland? A historical perspective*. Intervento al convegno ICONs Madrid del 10 luglio 2024.

<sup>60</sup> Iustitia è la più grande associazione di giudici della Polonia, con oltre 3.600 membri (su circa 10.000 giudici in servizio nel Paese). In [iustitia.pl/o-nas/](http://iustitia.pl/o-nas/).

<sup>61</sup> Si fa riferimento, in particolare, ad una serie di articoli pubblicati sul sito dell'associazione di giudici Iustitia, tra i quali si ricordano in particolare: P. Gąciarek, *Państwo polskie finansuje gremium, które szkodzi obywatelom* [Lo Stato polacco finanzia un ente che danneggia i cittadini]; D. Zabłudowska, *Mamy kryzys, którego ofiarą padają obywatele* [Viviamo una crisi di cui sono vittime i cittadini]; B. Przymusiński, *Odpowiedzialność sędziów w obliczu wartości systemu* [La responsabilità dei giudici di fronte ai valori del sistema], disponibili al link [iustitia.pl/aktualnosci/](http://iustitia.pl/aktualnosci/). In diversi pareri, i membri dell'associazione Iustitia e della Fondazione Batory hanno sottolineato che sarebbe tuttavia opportuno operare una distinzione tra i *neo*-giudici che si sono formati alla Scuola nazionale della magistratura e della Procura dai *neo*-giudici che sono stati semplicemente selezionati dal *neo*-KRS.

<sup>62</sup> *Bodnar zaczyna rozliczać członków neo-KRS. Grozi im dyscyplinarka za pracę w nielegalnym organie* [Bodnar inizia a ritenere responsabili i membri del *neo*-KRS. Rischiano sanzioni disciplinari per aver lavorato in un organismo illegale], in [oko.press/bodnar-dyscyplinarka-neo-krs](http://oko.press/bodnar-dyscyplinarka-neo-krs).

condotto all'inevitabile scontro con il Capo dello Stato che, come già detto, il 1° agosto 2024 ha impugnato la legge del 12 luglio 2024 davanti al Tribunale costituzionale "catturato"<sup>63</sup>. Nella fase attuale appare improbabile che la riforma possa entrare in vigore.

Tale situazione potrebbe poi non trovare soluzione nel breve periodo. Nel dicembre del 2024 terminerà il mandato di tre giudici del TK – ovvero quello del giudice Piotr Pszczółkowski, del "giudice doppio"<sup>64</sup> Mariusz Muszyński e della Presidente del TK Julia Przyłębska<sup>65</sup> – e nell'agosto 2025 terminerà il mandato del Presidente della Repubblica. Tuttavia, non si può non considerare che la maggioranza dei giudici costituzionali, eletti per un mandato di nove anni, rimarrà per molto tempo legata al PiS e vi è incertezza sull'esito delle elezioni presidenziali previste per il prossimo anno.

Oltre nove mesi dopo l'insediamento del nuovo governo non si può che esprimere preoccupazione con riferimento alla situazione di stallo ed incertezza che il Paese vive nella fase attuale<sup>66</sup>. La necessità di procedere nella direzione delle riforme per assicurare il rispetto dello Stato di diritto è impellente e potrebbe precludere al Paese l'accesso ai fondi europei<sup>67</sup>.

La maggioranza di governo non ha tuttavia un sostegno sufficiente in Parlamento per approvare una revisione costituzionale, che consentirebbe di introdurre una riforma organica dell'organo di autogoverno della magistratura, del sistema delle corti, della procura e del Tribunale costituzionale. L'approvazione delle leggi ordinarie, come si è visto, incontra il limite invalicabile rappresentato dall'asse formato da Presidente-Tribunale costituzionale. Ad oggi, dunque, le principali riforme – anche per venire incontro alle istanze delle istituzioni europee – sono state introdotte

---

<sup>63</sup> Il Presidente della Repubblica ha sollevato dubbi sulla costituzionalità delle disposizioni della legge del 12 luglio 2024: sull'esclusione del diritto di candidarsi come membro del KRS per i *neo*-giudici, sulla cessazione anticipata delle funzioni del KRS nella sua attuale composizione, sull'attribuzione alla suprema Corte amministrativa della competenza di giudicare in materia di ricorsi relativi alle procedure di selezione dei membri togati del KRS. In [www.prezydent.pl/prawo/wnioski-do-tk/nowela-ustawy-o-krs-skierowana-do-trybunalu-konstytucyjnego,89868](http://www.prezydent.pl/prawo/wnioski-do-tk/nowela-ustawy-o-krs-skierowana-do-trybunalu-konstytucyjnego,89868).

<sup>64</sup> I giudici "doppi" sono tre giudici del TK eletti illegittimamente dal *Sejm* nel 2015. Per una ricostruzione della "saga" sull'elezione dei giudici del TK, all'origine della crisi costituzionale polacca e poi della regressione democratica del Paese sia consentito rimandare a A. Angeli, *Polonia. Le derive di una democrazia (quasi) maggioritaria: tra rischio di paralisi dell'organo di giustizia costituzionale e dualismo giuridico*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2016.

<sup>65</sup> *Kadencje sędziów – zestawienie* [Mandato dei giudici – sintesi], in [trybunal.gov.pl/o-trybunale/sedziowie-trybunalu](http://trybunal.gov.pl/o-trybunale/sedziowie-trybunalu).

<sup>66</sup> W. Sadurski, *Odbudowa państwa prawa. Teraz trzeba pójść na ostro* [Ricostruire lo Stato di diritto. Ora dobbiamo impegnarci al massimo], in [wyborcza.pl/7,75968,31238933,odbudowa-panstwa-prawa-teraz-trzeba-pojsc-na-ostro.html](http://wyborcza.pl/7,75968,31238933,odbudowa-panstwa-prawa-teraz-trzeba-pojsc-na-ostro.html).

<sup>67</sup> *Poland's efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to €137 billion in EU funds*, in [ec.europa.eu/](http://ec.europa.eu/). Cfr. L. Pech – A. Wójcik – P. Wachowicz, *The case for activating the rule of law conditionality regulation in respect of Poland*, [extranet.greens-efa.eu/](http://extranet.greens-efa.eu/).

attraverso atti sub-legislativi del Ministro della Giustizia, i quali tuttavia rischiano di produrre ulteriore incertezza.

In particolare, già con l'ordinanza del Ministro della Giustizia del 6 febbraio 2024 che modifica il Regolamento sulle corti comuni, i giudici che hanno assunto le proprie funzioni/hanno ottenuto un avanzamento di carriera su proposta del *neo-KRS* sono stati esclusi dalla possibilità di giudicare in determinate categorie di cause civili e penali e di conseguenza dal c.d. "sistema di attribuzione casuale delle cause"<sup>68</sup>. L'ordinanza è stata però annullata dal Tribunale costituzionale, il 16 maggio 2024, su istanza del KRS<sup>69</sup>.

Il Ministro Bodnar ha poi proceduto alla rimozione di un grande numero di presidenti delle corti di appello e delle corti di livello inferiore nominati dal *neo-KRS*<sup>70</sup> – compreso il presidente della corte di appello di Varsavia e Commissario presso il KRS per i procedimenti disciplinari contro i giudici delle corti comuni, Piotr Schab, un fedelissimo del precedente Ministro della Giustizia Ziobro<sup>71</sup> – avvalendosi della competenza che proprio la legge sulle corti comuni del 12 luglio 2017 (una delle tre leggi del "pacchetto giustizia") attribuisce al Ministro della Giustizia. Diversi giudici, nel frattempo, hanno spontaneamente deciso di rinunciare all'avanzamento di carriera ottenuto su proposta del *neo-KRS*, per evitare di incorrere in misure punitive.

Appare dunque fondato, nella fase attuale, il timore che la situazione "caotica" che si è venuta a creare possa protrarsi a lungo nel tempo, e che la validità di decine di migliaia di sentenze pronunciate dai *neo-giudici* possa essere messa in discussione<sup>72</sup>.

Altrettanto concreto è anche il rischio che dinamiche del tutto identiche a quelle sperimentate con riferimento alla riforma del KRS possano ripetersi nell'ambito dei

---

<sup>68</sup> *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 6 lutego 2024 r. zmieniające rozporządzenie - Regulamin urzędowania sądów powszechnych* [Ordinanza del Ministro della Giustizia del 6 febbraio 2024 che modifica il Regolamento sul funzionamento dei tribunali comuni], in [isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20240000149](https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20240000149).

<sup>69</sup> TK: *Regulamin dotyczący wyłączenia neo-sędziów jest niekonstytucyjny* [Tribunale costituzionale: le norme sull'esclusione dei neo-giudici sono incostituzionali], [www.prawo.pl/prawnicy-sady/tk-rozporzadzenie-dotyczace-neo-sedziow-jest-niekonstytucyjne,525462.html](https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/tk-rozporzadzenie-dotyczace-neo-sedziow-jest-niekonstytucyjne,525462.html).

<sup>70</sup> Per i quali si rimanda alla sezione di attualità del sito del Ministero della Giustizia, in [www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/aktualnosci-wydarzenia](https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/aktualnosci-wydarzenia).

<sup>71</sup> La figura del Commissario per i procedimenti disciplinari contro i giudici delle corti comuni è stata introdotta dalla legge sulle corti comuni del 12 luglio 2017. Secondo quanto previsto dalla legge, il Commissario è nominato dal Ministro della Giustizia, rimane in carica per 4 anni e il suo mandato può essere rinnovato per una sola volta. Piotr Shab è stato nominato Commissario dal Ministro della Giustizia Ziobro il 4 giugno 2018 e confermato nel 2022. Quello stesso anno, Shab è stato nominato da Ziobro presidente della corte di appello di Varsavia.

<sup>72</sup> M. Safjan, *Będzie fala podważania wyroków z powodu zależnych sędziów? Prof. Safjan: istnieje podstawa* [Ci sarà un'ondata di ricorsi contro le sentenze a causa delle questioni connesse all'indipendenza dei giudici? Prof. Safjan: è un timore fondato], in [www.money.pl/gospodarka/bedzie-fala-podwazania-wyrokow-z-powodu-zaleznych-sedziow-prof-safjan-istnieje-podstawa-7046922537868192a.html](https://www.money.pl/gospodarka/bedzie-fala-podwazania-wyrokow-z-powodu-zaleznych-sedziow-prof-safjan-istnieje-podstawa-7046922537868192a.html). Cfr. *Jak przywrócić praworządność? Debata publiczna po wyborach parlamentarnych w 2023 roku* [Come ripristinare lo Stato di diritto? Dibattito pubblico dopo le elezioni parlamentari del 2023] in Fundacja Monitoringu Obywatelskiego OKO, 2024, [archiwumosiatsynskiego.pl](https://www.archiwumosiatsynskiego.pl).

processi di approvazione di tutte le riforme previste dal piano di azione presentato dal Ministro Bodnar nel febbraio 2024, e dunque con riferimento alla riforma delle corti comuni, della procura, della Corte suprema, ma anche la più complessa riforma del Tribunale costituzionale<sup>73</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The reform of the National Council of the Judiciary (*Krajowa Rada Sądownictwa*, KRS) in Poland is the real cornerstone of reform program of the new governing coalition – composed by Civic Coalition, Third Way and New Left – to restore the independence of the judiciary and the rule of law. We will try to analyse the main issues emerged in different stages of the process which led to the approval of the reform, that has not yet entered into force. We will then evaluate the solutions adopted in the final version of the text against international and supranational standards on the independence of the judicial councils. Finally, we will try to understand the complex political and institutional problems that Poland is facing in the current phase.

**KEYWORDS:** Poland – Restoring Constitutionalism – Rule of Law – National Council of the Judiciary – International Standards

\*\*\*

**Arianna Angeli** – Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano ([arianna.angeli@unimi.it](mailto:arianna.angeli@unimi.it)).

---

<sup>73</sup> *Pakiet rozwiązań uzdrawiających Trybunał Konstytucyjny* [Pacchetto di soluzioni per sanare il Tribunale costituzionale], in [www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/pakiet-rozwiazan-uzdrawiajacych-trybunal-konstytucyjny](http://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/pakiet-rozwiazan-uzdrawiajacych-trybunal-konstytucyjny), 04.03.2024.



## La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti. Note comparative sul fenomeno del cd. *sharenting* negli ordinamenti francese e italiano\*

Lucia Miglietti

SOMMARIO: 1. Note introduttive sul fenomeno dello *sharenting* ed i suoi effetti. - 2. La tutela dell'immagine e della riservatezza del minore in relazione ai nuovi *media*: uno sguardo al quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale. - 2.1 (*Segue*) Il Regolamento 2016/679 cd. GDPR (*General Data Protection Regulation*). - 3. Il contesto giurisprudenziale italiano sullo *sharenting*. - 4. La Proposta di legge C. 1800 del 21 marzo 2024. - 5. La tutela del diritto di immagine dei minori sulle piattaforme on-line in Francia: brevi note sulla legge n. 2024-120 del 19 febbraio 2024 finalizzata a garantire il rispetto dei diritti d'immagine dei bambini. - 6. Brevi riflessioni conclusive.

### 1. Note introduttive sul fenomeno dello *sharenting* ed i suoi effetti

Gli ultimi decenni hanno visto un notevole incremento nell'adozione dei media digitali all'interno del nucleo familiare con l'incorporazione di differenti prassi quotidiane quali l'utilizzo di forum, siti, e applicazioni, nonché l'eccessiva condivisione da parte dei genitori di informazioni identificative dei loro figli minorenni<sup>1</sup>. Chiunque, difatti, può osservare la considerevole mole di immagini incessantemente pubblicate sulla rete, che ritraggono i minori in vari istanti della loro vita quotidiana: a casa, a scuola, in vacanza e, più in generale, nei luoghi usualmente frequentati come i centri ricreativi e sportivi. Non è raro, inoltre, che il post pubblicato sul *social network*<sup>2</sup>

---

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

<sup>1</sup> Per una ampia riflessione sull'impatto delle tecnologie sul diritto di famiglia, si v. lo studio monografico di S. Nardi, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, Napoli, 2020 il quale osserva come la famiglia, in ciascuno dei modelli attualmente ammessi, è ormai tendenzialmente informatizzata al punto da far sostenere finanche che essa «è là dove c'è il computer». L'A. evidenzia che le dinamiche familiari vengono interessate da Internet e dalle nuove tecnologie in generale, con la conseguenza che le frontiere del diritto di famiglia nell'era digitale subiscono ulteriori rimodulazioni e divengono sempre più mobili. Internet sembra essere in grado, quindi, di condurre l'isola famiglia ancora più oltre i confini che il mare del diritto comune tradizionalmente lambiva soltanto, comportandone una modificata applicazione.

<sup>2</sup> Con l'espressione "social network" si identifica un servizio informatico *online* che permette la realizzazione di reti sociali virtuali. La peculiarità risiede, come ampiamente noto, nella possibilità per gli utenti di condividere contenuti testuali, immagini, video e audio e di interagire tra loro. Tali informazioni sono destinate agli amici, ma anche agli sconosciuti, allo scopo di trovare delle affinità e, appunto, socializzare virtualmente (v. Vocabolario on-line Treccani, alla voce social network). La giurisprudenza di legittimità, già tempo fa, ha definito "Facebook", una delle principali piattaforme

contenga non solo l'immagine del minore, ma anche l'indicazione del luogo esatto in cui è stata scattata la fotografia, le cui coordinate sono tracciabili tramite la nota applicazione Google Maps. Questo fenomeno – denominato, come già noto, *sharenting* o *over sharenting*<sup>3</sup> (dalla crasi di “to share”, condividere, e di “parenting”, genitorialità) – dà luogo alla precostituzione di un'immagine “social-digitale” del minore destinata a permanere per un tempo indefinito nel *web*<sup>4</sup>. Si viene a creare, in sostanza, una identità digitale che precede quella anagrafica e che, sovente, non corrisponde alla proiezione del sé voluta dall'individuo una volta divenuto adulto e maturo<sup>5</sup>. La sovraesposizione

---

sociali, come “una sorta di agorà virtuale”, cioè «una “piazza immateriale” che consente un numero indeterminato di “accessi”, rappresentando una nuova forma di aggregazione sociale» (cfr. Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596). Le diverse piattaforme, difatti, danno vita a “reti sociali ibride” che si caratterizzano per la costante comunicazione fra mondo *online* e mondo *off-line*, in un percorso circolare in cui queste due dimensioni non solo si sovrappongono, ma finiscono anche per confondersi fra loro. Nell'ampia letteratura sul tema, si v., G. Riva, *Interrealtà: Reti fisiche, digitali e post-verità*, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2/2017, p. 210 ss. nonché E. Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, e C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rassegna di diritto civile*, 4/2016, p. 1332, la quale con precipuo riguardo ai rischi ai quali sono esposti i minori di età in dette “piazze immateriali” sottolinea la necessità di una strategia pluridimensionale (cioè data dalla combinazione di tre diverse misure: quella formativa-educativa, quella tecnica e quella giuridica) per poterli affrontare in modo adeguato ed efficace.

<sup>3</sup> Il neologismo è stato coniato dal giornalista S. Leckart per il *Wall Street Journal* unendo le parole: «over-share», ossia eccessiva condivisione e «parenting», genitorialità; cfr. S. Leckart, *The Facebook-Free Baby*, 12 maggio 2012, in *The Wall Street Journal*, consultabile su <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304451104577392041180138910>. Sull'argomento, nel vasto panorama dottrinale, si v., S. Donovan, “Sharenting”: *The Forgotten Children of the GDPR*, in *Peace Human Rights Governance*, 4(1), p. 35 ss.; S. Livingstone, J. Carr, J. Byrne, *One in Three: Internet Governance and Children's Rights*, published by the Centre for International Governance Innovation and the Royal Institute of International Affairs, n. 22/2015, p. 1 ss.; M. Foglia, *Sharenting e riservatezza del minore in rete*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.16 bis, junio 2022, p. 3552 ss.; L. Scaffidi Runchella, *Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto all'immagine e protezione dei dati personali in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3/2021, p. 282 ss.; S.B. Steinberg, *Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media*, in *Emory Law Journal* 66 (2017), p. 839 ss.; B. Shmueli, A. Blecher-Prigat, *Privacy for Children*, in 42 *Columbia Human Rights Law Review*, 759 (2011); A. Harmon Cooley, *Guarding Against a Radical Redefinition of Liability for Internet Misrepresentation: The United States v. Drew Prosecution and the Computer Fraud and Abuse Act*, in 14.8 *Journal of Internet Law*, 1, 2011, p. 23; A. McPeak, *Social Media Snooping and Its Ethical Bounds*, in 46 *Arizona State Law Journal*, 2014, p. 1-54.

<sup>4</sup> Le tracce o impronte della propria identità costruita tramite informazioni pubblicate *online* sono, infatti, destinate a perdurare negli archivi digitali ed avere conseguenze anche nel lungo periodo. Sono dati “persistenti” che in futuro potranno sempre influire sull'immagine dell'interessato diventato ormai “adulto”. Sul punto, tra molti, si v. A. McPeak, *The Facebook Digital Footprint: Paving Fair and Consistent Pathways to Civil Discovery of Social Media Data*, in *Wake Forest Law Review*, 48, 2013, p. 101 ss.

<sup>5</sup> Questo rilevante profilo è stato evidenziato da S. Donovan, “Sharenting”: *The Forgotten Children of the GDPR*, cit., la quale rammenta che le immagini dei bambini vengono pubblicate già prima della nascita sotto forma di scansioni prenatali, con il risultato che molto spesso l'identità digitale precede quella anagrafica. Una riflessione di analogo tenore si rinviene in I.A. Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecnologia*, in *Famiglia*, 1/2018, p. 3 ss., la quale osserva che, anche in ragione dell'esibizionismo dei genitori, il minore si trova ad essere spesso *online*, pure prima di nascere, “sotto forma di ecografia”. In

mediatica dei minori ad opera dei genitori mette in rilievo come essi, nel porre i *social media* al centro della loro esperienza genitoriale, spesso sono ignari, o non pienamente consapevoli, del fatto che la loro condotta possa compromettere la identità personale<sup>6</sup>

---

argomento, v. anche S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 303 ss., il quale sempre in ordine a questo profilo afferma, in modo sempre suggestivo, quanto segue: «(p)roprio perché i sistemi automatici possono ricevere ed elaborare una grande quantità di dati personali, il risultato può divenire quello di una costruzione dell'identità che segue minutamente l'evolversi dell'esistenza, non ne perde alcun tratto, ne registra ogni mutamento. Ma le logiche che stanno alla base di questi sistemi possono pure essere configurate in modo da sottolineare regolarità più che scostamenti, normalità più che variazioni, conformità a modelli più che rottura di schemi. L'identità chiusa in una gabbia costruita da altri?».

<sup>6</sup> L'identità personale, se pure diritto non specificamente regolato nel codice civile, rappresenta uno dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti e studiati dalla dottrina civilistica. In particolare, come afferma C.M. Bianca, *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 188, l'identità indica «un interesse essenziale della persona ad essere identificato e riconosciuto nella sua realtà individuale». Tuttavia, il mondo digitale ci ha consegnato una nozione in parte diversa di identità dove l'attributo “digitale” sta ad indicare la modalità tecnica attraverso la quale tale identità viene ad essere circoscritta e riconosciuta. Questo cambiamento è ben evidenziato da M. Bianca, in *La filter bubble e il problema dell'identità digitale in MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 2/2019, p. 1, la quale rileva che «la digitalizzazione ha reso possibile uno scollamento tra identità reale e identità digitale, attraverso la creazione di un profilo virtuale che può discostarsi da quello reale e può moltiplicarsi (come la realtà di diversi profili della stessa persona su Facebook o su altri *social networks* rende possibile), secondo un paradigma dell'identità di Zelig o della formula pirandelliana dell'uno nessuno centomila». L'A. soggiunge, altresì, che «(n)on è solo la dimensione poliedrica dell'identità che è stata paragonata ai frantumi di uno specchio a moltiplicare la nozione smentendo la sua connotazione ontologica, ma è soprattutto la consapevolezza della creazione di un diverso contenuto della nozione di identità che non è più solo ristretta alla dimensione fisica o morale del soggetto persona fisica ma che deve confrontarsi con la rappresentazione della persona nel mondo digitale. In questa dimensione diversa l'identità assume una connotazione dinamica, in quanto non è solo l'interesse ad una fedele rappresentazione di sé, ma è anche l'interesse all'attualizzazione nel tempo della propria identità, attraverso la correzione e la cancellazione di dati che, se pure veri un tempo, oggi non sono considerati rilevanti dal titolare». Sul tema la letteratura è molto ampia. Per ulteriori approfondimenti, si v., tra molti, G. Bavetta, voce *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 953 ss.; G. Ferrando, *Diritto all'informazione e tutela dell'identità personale: note in margine ad un recente convegno*, in *Giust. civ.*, II, 1980, p. 581 ss.; A. Cataudella, *Dignità, decoro e identità personale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1985, p. 575 ss.; R. Tommasini, *Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 84 ss.; V. Zeno Zencovich, voce *Identità personale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 294 ss.; G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr e impr.*, 2017, p. 723 ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 298 ss.; G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, III, 2006, p. 359 ss.; C. Sullivan, *Digital Identity: An Emergent Legal Concept. The role and legal nature of digital identity in commercial transactions*, University of Adelaide Press, South Australia, 2011; G. Finocchiaro, *Identità personale su internet. Il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 383 ss.; nonché Id., voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, 2010, p. 721 ss.; M.A. Cocuccio, *Il diritto all'identità personale e l'identità “digitale”*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, p. 949; S. Landini, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. di diritto industriale*, 2017, p. 180 ss.; T. Pasquino, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione*, in E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 93 ss.; G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr e impr.*,

dei propri figli, e interferire con il diritto all'autodeterminazione digitale<sup>7</sup> di questi ultimi. Seppure legittimati al trattamento dei dati dei figli minorenni i genitori operano, dunque, detto trattamento in maniera non sempre conforme al loro c.d. *best interest*<sup>8</sup>.

---

2017, p. 723 ss.; O. Pollicino, V. Lubello, M. Bassini (a cura di) *Identità ed eredità digitali. Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Roma, 2016; A.M. Manago (2015), *Identity development in the digital age: The case of social networking sites*, in K.C. McLEAN & M. SYED (Eds.), *The Oxford handbook of identity development*, Oxford University Press, p. 508 ss.; G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 23, n. 3, 2007, p. 511 ss.

<sup>7</sup> Sul tema, tra i moltissimi e più recenti contributi, si v. C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 3, 2019, p. 617-649, la quale dopo aver analizzato la disciplina normativa (il Regolamento europeo sulla privacy (Reg. UE 2016/679) e la l. n. 219 del 2017 c.d. legge sul "fine vita") rileva che il processo che conduce il singolo individuo – maggiore o minore di età – a "autodeterminarsi" è, nella realtà fenomenologica in cui esso si estrinseca, quantomai complesso e si manifesta sempre più nei termini di una variabile dipendente dalla compresenza di alcuni presupposti indispensabili, quali la piena consapevolezza del soggetto agente rispetto alle conseguenze che discendono dalle sue scelte e condizioni "oggettive" che consentano un'effettiva possibilità di scelta. Non si tratta solo di riconoscere alla persona minore la libertà di "decidere" in merito alla sua sfera privata, ma di metterla nelle condizioni – soggettive e oggettive – di assumere decisioni consapevoli. L'A., sul punto, richiama ampiamente, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 276 secondo cui «(l)a regola giuridica non può risolvere il problema di che cosa significhi essere pienamente liberi nel momento delle scelte. Ma certamente può anzi deve, costruire l'insieme delle condizioni necessarie perché il processo di decisione si svolga in modo tale da assicurare alla persona consapevolezza di ogni sua scelta, controllo di ogni fase del processo di decisione, chiarezza nell'approdo finale».

<sup>8</sup> Il principio del superiore interesse del minore è sancito in maniera formale in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo. Si pensi, in via esemplificativa, alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, - che si richiamerà nel prosieguo della presente trattazione - il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano. Parimenti, l'art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara: «in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente». Il principio in discorso è considerato, come noto, il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore. Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Corollario applicativo è che i diritti degli adulti cedono dinnanzi ai diritti del fanciullo, con l'ulteriore conseguenza che essi stessi trovano tutela solo nel caso in cui questa coincida con la protezione della prole. Si potrebbe dire che i diritti degli adulti, nel settore familiare, acquistino una portata "funzionale" alla protezione del bambino, soggetto debole della relazione e, pertanto, bisognoso di maggiore tutela. La dottrina più attenta ha evidenziato come l'interesse del minore, pur dotato di assoluta pregnanza valoriale, venga di fatto considerato come una formula capace di risolvere di per sé qualsiasi questione che abbia attinenza con i minori; ad esempio, L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, p. 86 discorre di concetto dotato di «valore taumaturgico». Deve osservarsi, inoltre, che in dottrina stata pure sottolineata una differenza linguistica tra la versione anglosassone, incentrata sui migliori interessi del bambino, e quella franco-italiana, la quale fa leva sul superiore interesse dello stesso: la prima sembrerebbe circoscrivere il compito di concretizzazione dell'interprete all'individuazione di quelli che sono i migliori interessi del minore, mentre la seconda indicherebbe un primato dell'interesse di quest'ultimo su quelli delle altre persone coinvolte. La letteratura sull'argomento è vastissima. Si v., *ex multis*, E. Lamarque, *Prima i bambini, Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405; U. Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra*

Emerge, inevitabilmente, l'esigenza di proteggere il minore da una continua condivisione di dati alla quale sono, peraltro, correlati molteplici ed insidiosi rischi, amplificati oggi dall'AI<sup>9</sup>, che possono riverberarsi sullo sviluppo della sua personalità:

---

*interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 552 e A.C. Di Landro, *Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 2, p. 451. Per un approccio interdisciplinare sul tema, si v., tra gli studi più recenti, M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021.

<sup>9</sup> Un'efficace rappresentazione del fenomeno e degli effetti manipolativi dell'AI è stata realizzata nell'ambito della potente ed inquietante campagna pubblicitaria di *Deutsche Telekom* (visibile [su https://video.repubblica.it/cronaca/la-clip-che-i-genitori-ma-non-solo-dovrebbero-vedere-per-difendere-i-propri-figli-online-e-nella-vita/449362/450326](https://video.repubblica.it/cronaca/la-clip-che-i-genitori-ma-non-solo-dovrebbero-vedere-per-difendere-i-propri-figli-online-e-nella-vita/449362/450326)) che ha come sua protagonista una bambina di nove anni chiamata Ella, resa adulta proprio dall'intelligenza artificiale. La campagna pubblicitaria mostra, dunque, come l'IA possa facilmente manipolare l'immagine di un bambino. La storia di Ella è, in sostanza, rappresentata per sensibilizzare sulle possibili conseguenze negative del condividere foto e video dei bambini *online*. La campagna, difatti, avverte come la condivisione delle immagini dei bambini sulle piattaforme sociali può portare a abusi di identità, truffe *deepfake* (foto, video e audio creati grazie a *software* di intelligenza artificiale che, partendo da immagini e audio già divulgate, riescono a modificare o ricreare, in modo estremamente realistico, le caratteristiche e i movimenti di un volto o di un corpo e a imitare fedelmente una determinata voce) e pornografia infantile. Il filmato pubblicitario avverte, inoltre, che entro il 2030 la maggior parte dei casi di frode dell'identità giovanile sarà causata proprio dallo *sharenting*.

furti di dati o di identità *on line*<sup>10</sup>, *cyberbullismo*<sup>11</sup>, adescamento e pornografia infantile<sup>12</sup>, sfruttamento commerciale delle immagini<sup>13</sup>, profilazione<sup>14</sup>. Lo *sharenting*, contribuendo

---

<sup>10</sup> Si tratta di condotte criminose oggi riconducibili al più vasto fenomeno globale del *cybercrime*. Per furto di dati si intende l'acquisizione non autorizzata di dati digitali da un'entità, spesso motivata da ragioni di profitto finanziario o per interrompere le attività commerciali. Comprende l'accesso, il trasferimento o l'archiviazione illecita di dati sensibili, dalle credenziali personali ai dati finanziari, fino a tecnologie, algoritmi e processi proprietari. Il furto d'identità digitale è, invece, diretto a cambiare o acquisire un'identità nuova o altrui per scopi illeciti ed è un fenomeno criminoso prodromico alla commissione di ulteriori illeciti, che si articola in diverse fasi, ovvero: a) l'ottenimento delle informazioni personali della vittima; b) l'interazione con le informazioni personali, che consiste nel possesso e nella vendita di tali dati; c) l'utilizzo delle informazioni personali illecitamente ottenute per commettere ulteriori reati, non necessariamente contro il patrimonio, ma anche ad esempio diffamazioni o minacce. Sul tema, tra molti, si v. G. Ziccardi, voce "Furto d'identità", in *Digesto delle Discipline Penali* (a cura di A. Gaito), Torino, 2011, p. 253 ss.; B. Acoca, *Online identity theft: a growing threat to consumer confidence in the Digital Economy*, in D. Chryssikos, N. Passas, C.D. Ram (a cura di), *The evolving challenge of identity-related crime: addressing fraud and the criminal misuse and falsification of identity*, 2008, Milano, p.75. Con riguardo alle tecniche di formulazione dei reati informatici, cfr. L. Picotti, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 53 ss.

<sup>11</sup> La parola *cyberbullismo* è un neologismo coniato per identificare forme di "bullismo virtuale, compiuto mediante la rete telematica" (v. Vocabolario on-line Treccani, alla voce *cyberbullismo*). Il termine trova una espressa definizione nella L. n. 71/2017, ove per *cyberbullismo* deve intendersi «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti *on line* aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo». Per un'analisi interessante del fenomeno, si rinvia a R. Bocchini, M. Montanari, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 2, p. 340; si v., anche, M. Orfino, F.G. Pizzetti (a cura di), *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018; P. Pittaro, *La legge sul cyberbullismo*, in *Fam. e dir.*, 2017, 8-9, p.819; R.M. Colangelo, *La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche*, in *Inf. e dir.*, 2017, 397; C. Panicali, *Il "cyberbullismo": i nuovi strumenti (extrapenal) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 2081.

<sup>12</sup> Un esempio emblematico appare l'episodio svoltosi circa un decennio fa in Arizona in cui un amico di famiglia ha «scaricato» sul proprio computer le immagini di una bambina di nove anni, postate su *Facebook* da parte della madre, per poi caricarle all'interno un sito *web* russo dedicato alla pedopornografia. La notizia *Man stole Facebook photos, posted to child porn website* è stata resa nota da *CNN wire*, 3 febbraio 2015, e riportata sul sito <https://fox4kc.com/news/man-stole-facebook-photos-posted-to-child-porn-website/>.

<sup>13</sup> In argomento, nel vasto panorama dottrinale e giurisprudenziale, cfr. R. Caso, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Milano, 2021, p. 30 ss.; G. Carapezza Figlia, *Diritto all'immagine e «giusto rimedio civile». Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Francia e Spagna*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 3, p. 888; A. Mendola, *L' illecito sfruttamento online dell'immagine e dello pseudonimo del testimonial: spunti di comparazione con il sistema tedesco* in *Rass. di dir. della moda e delle arti*, 2, 2022, p. 534 ss.; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 439; A. Thiene, *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 2, p. 349. Sulla necessità del consenso per procedersi alla riproduzione dell'immagine altrui, cfr. Trib. Milano, sez. spec. Imprese, 21 gennaio 2014, in *Dir. ind.*, 2015, 3, p. 292 ss., con nota di C. Del Re, *Tutela dell'immagine: nozione estensiva del Tribunale di Milano*; cfr., altresì, Trib. Roma, sez. spec. Imprese, 17 luglio 2014, *ivi*, 2015, 3, p. 273 ss.,

alla crescente presenza dei bambini sulla rete, incentiva, inoltre, minacce aggiuntive quali la *datafication*<sup>15</sup> e la *dataveillance*<sup>16</sup>. Le implicazioni psicologiche che, poi, derivano

---

con nota di F. Florio, *Il diritto all'immagine dei personaggi famosi – Il diritto all'immagine, la necessità del consenso e le sue eccezioni*, per cui, in ipotesi di compresenza tra finalità informative e culturali, da un lato, e commerciali, dall'altro, occorre far ricorso ad un giudizio di bilanciamento tra i predetti fini e considerare lecita l'utilizzazione dell'immagine solo quando le prime finalità sopra indicate prevalgono; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2008, n. 12433, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, p. 404 ss., nonché Trib. Tortona, 24 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 5, con nota di P. Pardolesi, *Il cigno rossonero: illecito sfruttamento e dilution dell'immagine*.

<sup>14</sup> Come indica l'etimologia del termine, profilazione è la creazione di un profilo personale dell'utente che si riferisce a «l'insieme di attività di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti agli utenti di servizi (pubblici o privati, richiesti o forzosi) per suddividere l'utenza in gruppi di comportamento» (v. Dizionario della lingua italiana Garzanti). La profilazione nasce come fenomeno di individuazione delle scelte degli utenti/consumatori e viene considerato uno strumento di marketing mirato, in quanto attraverso di essa le aziende possono intercettare più facilmente i gusti e le caratteristiche del consumatore. In rete la profilazione si è avvalsa di raffinati strumenti tecnologici che, attraverso l'uso di algoritmi, e quindi attraverso l'uso automatizzato dei dati personali, hanno consentito l'individuazione sempre più precisa dei gusti e delle scelte dei consumatori. La portata del fenomeno della profilazione è stato inizialmente sottovalutata. Nel tempo ha, difatti, mutato volto e da strumento di individuazione del singolo è diventata strumento di individuazione dei comportamenti di massa, incidendo, quindi, sulla coscienza collettiva. Come osserva, A. Mantelero, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante cookies*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 781 ss. «(q)uesta evoluzione spiega anche come tali forme di analisi non interessino unicamente i privati, ma anche i governi che, se da un lato tradizionalmente abbisognano di informazioni dettagliate sul singolo per erogare i propri servizi relativi allo stato sociale e, più recentemente quelli di e-governement, nello stesso tempo sono interessati al potenziale predittivo per scopi di controllo sociale che i big data racchiudono in sé». Dello stesso A. si v. pure Id., *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. Inf.*, 2012, p.135 ss.; Sul tema, tra i tanti contributi, v., altresì, R. De Meo, *La profilazione dei dati personali: il problema e gli orientamenti del Garante della Privacy*, in *Giust. civ. com.*, 16 marzo 2015.

<sup>15</sup> Il termine “*datafication*” - o “*dataficazione*” - indica un *trend* tecnologico che prevede la traduzione di svariati aspetti della vita quotidiana in dati e, successivamente, in informazioni con un valore economico. Fino a una decina di anni fa, si parlava di *datafication* solo nell'ambito della scienza dei dati. Oggi, grazie all'impatto dei *Big Data* e ai progressi delle tecnologie computazionali, la *datafication* assume un significato molto più legato al presente e con molte più applicazioni. È importante distinguere tra digitalizzazione e dataficazione: la prima è la conversione di contenuti e processi analogici in formato digitale; la seconda è un *range* di attività molto più ampio con ripercussioni molto più stratificate, basato sulla convinzione che tramite i dati sia possibile rappresentare ogni sfaccettature della vita sociale di aziende e persone. In argomento, si v. S. Newell, M. Marabelli, (2015). *Strategic opportunities (and challenges) of algorithmic decision-making: A call for action on the long-term societal effects of “datafication”*, in *Journal of Strategic Information Systems*, 24 (1), p. 3 ss.; A. Hintz, L. Dencik, K. Wahl-Jorgensen, *Digital Citizenship in a Datafied Society*, Cambridge, 2019, p. 41.

<sup>16</sup> La “*dataveillance*” si riferisce a tutte quelle pratiche che hanno per scopo la sorveglianza attraverso la registrazione di dati sia *online* che *offline*. Sul tema, si v. J. Van Dijck, (2014). “*Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*”, in *Surveillance & Society*. 12 (2); C. Botrugno, *Tra dataveillance e cybersecurity: il digital phenotyping alla prova del regolamento UE 2016/679*, in *Riv. italiana di informatica e diritto*, 1/2023, p. 24; G. Mascheroni, D. Holloway, (2019). *The quantified child: discourses and practices of dataveillance in different life stages*. In Erstad, O., Flewitt, R., Kümmerling-meibauer, B. Pereira, I. (Eds.), *The Routledge Handbook of Digital Literacies in Early Childhood*, p. 354 ss., London: Routledge.

da questa diffusa pratica riguardano, principalmente, due particolari aspetti dello sviluppo sociale ed emotivo del minore, cioè l'autostima e lo sviluppo delle relazioni, ed affiorano a prescindere dalle intenzioni della persona che ha condiviso che l'immagine sui *social media* e dal fatto che essa possa essere considerata, in termini oggettivi, come lesiva dell'onore e della reputazione dell'interessato<sup>17</sup>. Le conseguenze della condivisione scriteriata di fotografie e video sui *social network* sono, dunque, ampie, varie e durature. L'ambiente digitale se, da un lato, può concorrere alla realizzazione di molti diritti e rivelarsi un mezzo molto efficace di promozione personale e, conseguentemente, di definizione dell'immagine e della reputazione sociale, dall'altro lato, espone gli utenti, specie i minorenni, a pericoli e minacce sostanziali<sup>18</sup> che oggi non possono più essere trascurati e sottovalutati, tantomeno dai soggetti esercenti la responsabilità genitoriale<sup>19</sup> (i genitori stessi ovvero il tutore, in loro assenza), i quali sono muniti del potere-dovere di proteggere, educare e istruire il minore e di curarne i relativi interessi. Del resto, il termine responsabilità configura l'esercizio della autorità genitoriale non più come prerogativa sulla persona che si pretende ad altri sottoposta, bensì quale strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e al tempo stesso alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali. In un siffatto scenario potrebbe sembrare addirittura paradossale – come opportunamente evidenziato<sup>20</sup> – discorrere di riservatezza, ma è indubbio che il bisogno di protezione della sfera intima della persona si intensifichi proprio laddove maggiori e insidiose sono le minacce di una sua grave e irrimediabile compressione. Dunque, è proprio nel virtuale contesto dei *social media*, ove il valore della privacy (dei soggetti vulnerabili, soprattutto) sembra essere stato dimenticato, lasciando spazio a una sorta di voyeurismo digitale camuffato da sentimento e orgoglio genitoriale, che occorre, ancor più, proteggere i dati personali

---

<sup>17</sup> Così pressappoco testualmente, L. Scaffidi Ruschella, *Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto all'immagine e protezione dei dati personali*, cit., p. 2. Sul punto, si v. anche C. Galimberti, *Segui il coniglio bianco. Processi identitari e costruzione della soggettività nella presentazione di sé: il caso delle interazioni online*, in C. Regalia, E. Marta (a cura di), *Identità in relazione. Le sfide odierne dell'essere adulto*, Milano, 2011, p. 73 ss.

<sup>18</sup> A. Skelton, B. Mezmur, 'Technology Changing @ Dizzying Pace: Reflections on Selected Jurisprudence of the UN Committee on the Rights of the Child and Technology', *Peace Human Rights Governance*, 3(3), 2019, p. 277.

<sup>19</sup> L'espressione «responsabilità genitoriale» si rinviene nella Dichiarazione di N.Y. sui diritti del fanciullo del 1959; utilizzata e definita in ambito europeo nel Regolamento del 27 novembre 2003, n. 2201, c.d. Bruxelles II bis, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e appunto in materia di responsabilità genitoriale è definita all'art. 2 come l'insieme dei «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore». La nota formula, come noto, ha avuto pieno riconoscimento all'interno del sistema ordinamentale italiano in ragione della attuata riforma in materia di filiazione. Sul tema, cfr. C.M. Bianca (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova, 2015; M. Sesta, *La filiazione*, in M. Bessone (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Torino, 2011, p. 27.

<sup>20</sup> Cfr. M. Foglia, *Sharenting e riservatezza del minore in rete*, cit., p. 3561.



del minore<sup>21</sup> e *lato sensu* il suo diritto alla riservatezza, qui inteso, in maniera esemplificativa, sia «quale diritto a che i genitori rispettino l'intimità della vita del minore sui social networks»<sup>22</sup>, ma anche quale diritto del minore alla costruzione della propria identità digitale e che, in virtù del principio del cd. *best interest*, pone un limite pure alla libertà di manifestazione degli stessi genitori<sup>23</sup>. Presidiare detti diritti, che insieme ad altri vanno a comporre «un unico, globale e fondamentale diritto del minore ad ottenere in tutto il suo percorso formativo, sostegno, guida e protezione per strutturarsi adeguatamente come persona»<sup>24</sup>, richiede di vagliare, in primo luogo, l'adeguatezza degli attuali strumenti normativi posti a loro tutela e verificarne la relativa efficacia e tenuta nel contesto digitale; ma anche di riflettere, in chiave prospettica, sulle ulteriori (e potenziali) misure che bisogna approntare onde favorire il coinvolgimento del minore in particolare nell'esercizio dei suoi diritti di immagine e metterlo, altresì, al riparo da illegittime e gravi ingerenze nella sua privacy e nella costruzione della sua identità digitale da parte di soggetti sia esterni che interni alla cerchia familiare. Si pone utile e necessario volgere, poi, lo sguardo verso altre esperienze giuridiche come, ad esempio, quella francese ove, da più anni, il legislatore ha mostrato una particolare attenzione e sensibilità verso tutti quei fenomeni accomunati dall'impiego di minori nell'ambito delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti multimediali tanto per finalità di profitto (come avviene nel caso dei cc.dd. *baby influencer*)<sup>25</sup> quanto per mera volontà di condivisione (come nell'ipotesi del cd. *sharenting*), e nei quali i dati digitali dei minorenni esigono una tutela interna al nucleo familiare ed esterna ad esso, verso e nei confronti di terzi. Di recente, peraltro, in Francia, proprio con riguardo al fenomeno in esame, è stata emanata la legge 2024-120 del 19 febbraio 2024 volta a tutelare i diritti d'immagine dei minori su internet che, come si vedrà nel prosieguo, ha introdotto la nozione di vita privata nell'articolo [371-1](#) comma 2 del codice civile relativo alla cd. *autorité parentale*. Questa modifica, senza dubbio alcuno, travalica i tradizionali obblighi ascritti in capo ai genitori ampliando così il concetto di cura genitoriale che ingloba oggi ulteriori impegni i quali, nell'intricata matassa degli attuali

---

<sup>21</sup> Protezione da intendersi nella più moderna accezione di «forma di controllo sul modo in cui l'identità individuale può essere costruita». Cfr. G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, cit. p. 364.

<sup>22</sup> M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 163 ss.

<sup>23</sup> Cfr., ancora, M. Foglia, *Sharenting e riservatezza del minore in rete*, cit., p. 3563

<sup>24</sup> A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2019, p. 189.

<sup>25</sup> La Francia, difatti, è il primo Paese al mondo ad aver introdotto nel 2020 una disciplina normativa sullo «sfruttamento commerciale dell'immagine dei minori di sedici anni sulle piattaforme *on line*». In particolare, il legislatore è intervenuto sul codice del lavoro francese introducendo limiti all'impiego in rete di minori da parte di imprese e soggetti commerciali; dunque, sono state estese tutte le tutele previste dal citato codice anche a questa forma di impiego che si configura a tutti gli effetti come «lavoro minorile». Ai genitori è anche imposto l'obbligo di versare i guadagni su conti intestati ai minori stessi.

*media*, pongono la responsabilità genitoriale di fronte a tendenze e problematiche del tutto nuove.

2. *La tutela dell'immagine e della riservatezza del minore in relazione ai nuovi media: uno sguardo al quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*

Nel panorama giuridico internazionale l'attenzione verso i minori comincia a manifestarsi già nel lontano 1924, allorché, nell'ambito della Convenzione di Ginevra, si registra l'elaborazione dello Statuto dei diritti del minore da parte della Quinta Assemblea Generale della Lega delle Nazioni, la quale si ispira alla Carta dei Diritti del Bambino (*Children's Charter*) di Eglantyne Jebb, nota fondatrice di *Save the Children*. Tale documento, sebbene privo di valore giuridico vincolante, costituisce un primo importante punto di riferimento, poiché riconosce al minore, visto come soggetto passivo di diritti, uno *status* da tutelare e promuovere.

Una protezione specifica per i minori<sup>26</sup> viene, successivamente, contemplata all'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dalle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1948 a New York. Circa un decennio dopo trova affermazione, per la prima volta, nella Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo adottata dalle Nazioni Unite, il cd. principio del *best interest of the child*<sup>27</sup> dotato di assoluta pregnanza valoriale e sancito, poi, anche in altre convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo; i bambini vengono così formalmente designati, dinnanzi a tutti gli attori della scena internazionale, quali soggetti titolari di diritti ed interessi da proteggere. Tuttavia, per una concreta presa d'atto degli effetti dei *media* e delle nuove tecnologie sullo sviluppo dei minorenni, occorrerà attendere la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Fanciulli<sup>28</sup>, ratificata dall'Italia con la l. n. 176 del 1991<sup>29</sup>, con la quale tutti gli Stati aderenti hanno assunto l'impegno di garantire che i fanciulli non subiscano interferenza alcuna nella loro vita privata, nonché qualsivoglia tipo di pregiudizio alla

---

<sup>26</sup> Cfr. Art. 25 "La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure e assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale"

<sup>27</sup> Cfr. Principio VII, Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, 1959: "The best interest of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance". Sul punto, si v. nota n. 7 del § 1.

<sup>28</sup> La Convenzione incentiva, infatti, le nuove generazioni ad accedere ai *media* e alle nuove tecnologie, veicolando, così, un'immagine del minore al passo coi tempi. Sul punto, si v., tra molti, M. Gestri, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: luci, ombre e problemi di prospettiva*, in *Jura Gentium*, 2015, consultabile su <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/gestri.html>; C. Focarelli, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981; A. Dell'Antonio, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di attuazione in Italia*, in *Dir. fam e pers.*, 1997, p. 246; M.R. Saule (a cura di), *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994 e A.C. Moro, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi. La Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991.

<sup>29</sup> L. 27 maggio 1991 n. 176, Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989. Pubblicata nella Gazz. Uff. 11 giugno 1991, n. 135, S.O.

sfera del loro onore, della reputazione o dell'immagine (art. 16). In particolare, l'art. 8 della citata Convenzione impone agli Stati l'obbligo di tutelare e preservare l'identità personale del fanciullo, nonché di ristabilirla al più presto quando viene violata; la Convenzione, però, non definisce compiutamente la nozione di "identità personale", e ai fini di una sua ricostruzione occorre, pertanto, scrutare anche al di là degli ambiti espressamente richiamati dalla citata disposizione: il nome, la cittadinanza e le relazioni familiari. Peculiare importanza, a tale scopo, assume la norma di cui all'art. 16 sopra richiamato che nel sancire il diritto dei minori a essere protetti da interferenze nella loro vita privata<sup>30</sup> ed anche da qualsivoglia pregiudizio alla sfera del loro onore, della reputazione o dell'immagine, configura un diritto che involge aspetti dell'individuo riferibili tanto alla sua dimensione fisica quanto alla sua dimensione sociale<sup>31</sup>. I minori assumono, poi, una posizione di rilievo anche in altre fonti internazionali quali la Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia (art. 19), e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 1996<sup>32</sup>. Con precipuo riferimento ai diritti dei minori in relazione all'ambiente digitale, deve menzionarsi il recente *General Comment* n. 25 del 2021, dal titolo *Children's rights in relation to the digital environment*, adottato dal Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia durante la sua 86a Sessione (18 Gennaio - 5 febbraio 2021)<sup>33</sup> all'esito di un lungo processo di consultazione che ha

---

<sup>30</sup> La disposizione richiama, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e dell'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, prevedendo che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e che l'ingerenza di un'autorità pubblica è vietata, eccetto nei casi in cui sia prevista dalla legge, persegua interessi pubblici importanti e legittimi e sia necessaria in una società democratica. Il diritto dei minori al rispetto della vita privata è contemplato anche in altri strumenti internazionali quali la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*, adottata dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite (Risoluzione n. 1386 (XIV) del 10 dicembre 1959) e la Carta africana sui diritti e il benessere del minore del 1990.

<sup>31</sup> In questo senso, si v. Comitato sui diritti dell'infanzia, Commento generale n. 20 del 6 dicembre 2016, dal titolo "The implementation of the rights of the child during adolescence", (CRC/C/GC/20), § 46.

<sup>32</sup> Ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77, Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996. Pubblicata nella Gazz. Uff. 18 aprile 2003, n. 91, S.O. Cfr. C. Fioravanti, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della convenzione di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 3, p. 561.

<sup>33</sup> Il Comitato sui Diritti dell'Infanzia è stato istituito dalla Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (art. 43) ed è composto da 18 esperti indipendenti che hanno il compito di esaminare i progressi compiuti dagli Stati nell'attuazione degli obblighi contratti con la ratifica della Convenzione e dei suoi Protocolli Opzionali: il Protocollo concernente il coinvolgimento dei bambini e degli adolescenti nei conflitti armati, il Protocollo sulla vendita, la prostituzione e la pornografia riguardante bambini e adolescenti e il Protocollo sulle procedure di reclamo. Gli Stati parte si impegnano a sottoporre i propri Rapporti periodici al Comitato entro due anni dall'entrata in vigore della Convenzione e, in seguito, ogni cinque anni. La Convenzione prevede che gli Stati che l'hanno ratificata si impegnino a diffondere i principi e le disposizioni in essa contenuti e affida alle Agenzie specializzate delle Nazioni Unite - e all'UNICEF in particolare - il compito di promuoverne l'effettiva applicazione. Il Comitato sui Diritti dell'Infanzia raccomanda agli Stati parte della Convenzione di diffondere ampiamente i propri Commenti generali, sia a livello nazionale che locale, tra le istituzioni, la società civile, i professionisti che lavorano per e con le persone minorenni e naturalmente tra queste ultime.

visto una grande partecipazione di Stati, organizzazioni intergovernative, istituzioni nazionali per i diritti umani, società civile, accademici e gruppi di bambini e adolescenti<sup>34</sup>. La vulnerabilità del minore e le sue peculiari esigenze di tutela (fuori e dentro la rete) trovano, altresì, ampio spazio e riconoscimento in atti normativi interni, di matrice comunitaria<sup>35</sup> e di *soft law*; si pensi, ad esempio, al primo Libro bianco “*Media e minori*” dedicato ai *media* c.d. tradizionali pubblicato dall’Autorità per le comunicazioni (a cui ne ha fatto seguito un secondo relativo ai nuovi media)<sup>36</sup> e, in ambito europeo, alla Carta di Nizza<sup>37</sup> del 2000 che all’art. 24, par. 1, espressamente afferma che «i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere»; ed

---

<sup>34</sup> Secondo il Comitato, l’ambiente digitale costituisce una parte importante della vita dei minori e può incidere su di essa sia in senso positivo sia in senso negativo. Nel Commento generale n. 25 si sottolinea, infatti, come le nuove tecnologie offrano ai minori numerose opportunità per realizzare i diritti proclamati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, fra i quali il diritto di essere registrato alla nascita (art. 7), il diritto di essere riconosciuto dalle autorità nazionali (art. 7), il diritto di accesso alle informazioni (art. 13), il diritto alla libertà di espressione (art. 13), il diritto del fanciullo alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 14), il diritto alla libertà di associazione (art. 15), il diritto alla libertà di riunione (art. 15), il diritto all’istruzione (artt. 28 e 29) e diritto al gioco (art. 31). Per altro verso, le nuove tecnologie creano un ambiente accattivante e potenzialmente manipolativo che espone i minori a rischi di contatti lesivi e illegali, come l’adescamento per scopi sessuali e il bullismo. Di conseguenza, il Comitato esorta gli Stati a porre alla base delle proprie politiche e delle misure legislative e amministrative una valutazione equilibrata degli interessi dei bambini. In particolare, gli Stati hanno l’obbligo di adeguare nel tempo la legislazione ai progressi tecnologici e alle pratiche emergenti, di condurre studi per valutare l’impatto dei media digitali sui diritti dei bambini, anche al fine di promuoverne l’impiego tra gli enti pubblici e le imprese del settore.

<sup>35</sup> Si pensi, in primis, al Regolamento UE n. 2016/679 sul quale si indugerà nel prosieguo della trattazione, e alla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, riguardante la tutela dei minori, la dignità umana e il diritto alla rettifica relativamente alla competitività dell’industria europea dei servizi audiovisivi e d’informazione in linea. In riferimento agli strumenti di incentivo di politiche a tutela dei minori in rete, si v. il Report della Commissione Europea del 2017, *Evaluation of the Implementation of the Alliance to better protect minors Online*; e alla Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica alla Direttiva 2010/13/UE, relativa a coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi e sui cui v. F. Donati, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, in *MediaLaws*, 1/2019, p. 60.

<sup>36</sup> Sul tema, si v. M. Bianca, *La tutela del minore nell’età digitale. Riflessione a margine della lettura del Libro bianco AGCOM 2.0. su media e minori*, in *Comunicazione.doc.*, 2018, p. 59.

<sup>37</sup> Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Pubblicata nella G.U.C.E. 18 dicembre 2000, n. C 364. L’art. 24 (Diritti del bambino), dispone che: “1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”. Sul punto, tra i tantissimi contributi, cfr. G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 801.

ancora al trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>38</sup> ove i diritti dei minori rientrano fra gli obiettivi chiave individuati dall'art. 3, par. 3.

Il quadro normativo interno, con specifico riguardo al diritto all'immagine, si articola su più livelli. Esso trae anzitutto fondamento nell'art. 2 Cost. ed è, altresì, ricavabile dall'art. 10 c.c. e dagli artt. 96 e 97 della legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633)<sup>39</sup>. In particolare, l'art. 96 della legge sulla protezione del diritto d'autore vieta l'esposizione, la riproduzione o la commercializzazione del ritratto di una persona senza il suo consenso e a meno che ciò non risulti giustificato dalla sua notorietà o da peculiari esigenze scientifiche, culturali o ricreative<sup>40</sup>. A queste norme si aggiungono le disposizioni contenute nella legge sulla privacy del 1996<sup>41</sup> trasmigrata, poi, nel codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)<sup>42</sup>. Con

---

<sup>38</sup>Articolo 3 (ex articolo 2 del TUE). 1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. 2. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. 3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.

<sup>39</sup>L. 22 aprile 1941 n. 633. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Pubblicata nella Gazz. Uff. 16 luglio 1941, n. 166. Sul punto cfr. C. Resta, *Diritto d'autore e internet: la lenta e difficile evoluzione della responsabilità dei soggetti*, in *Impresa*, 2001, 2, p. 247 e S. Stabile, *Internet e diritto d'autore: il cyberspace e la mondializzazione delle opere*, in *Dir. industriale*, 1999, 1, p. 87.

<sup>40</sup>Si tratta di una tematica che, sebbene il più delle volte, per quanto riguarda i soggetti più deboli come i minori, si intrecci con il diritto di cronaca e con la libertà di espressione artistica e giornalistica, vede quasi sempre prevalere, all'esito del giudizio di bilanciamento tra questi due opposti valori, il diritto alla riservatezza dei dati personali degli individui più vulnerabili. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 2021, n. 4477, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), in cui gli Ermellini hanno cassato con rinvio la sentenza d'appello che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno subito da una minore in stato vegetativo, che in occasione di un articolo pubblicato su talune testate giornalistiche, era apparsa ritratta insieme ad un noto calciatore che si era appositamente recato in ospedale per farle visita. La S.C., in occasione di tale pronuncia, ha ribadito che: «L'interesse pubblico alla diffusione di una notizia, in presenza delle condizioni che giustificano l'esercizio del diritto di cronaca, non rileva ai fini della legittimità della pubblicazione delle immagini delle persone coinvolte nella vicenda narrata, dovendosi accertare uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti, ovvero il loro consenso o le altre condizioni eccezionali previste dall'ordinamento giuridico».

<sup>41</sup>Sulla legge in questione v., tra molti, G. Alpa, *La disciplina dei dati personali. Note esegetiche sulla legge 31 dicembre 1996, n. 675 e successive modifiche*, Formello, 1998; G. Finocchiaro, *Una prima lettura della legge 31 dicembre 1996, n. 675, «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»*, in *Contr. impr.*, 1997.

<sup>42</sup>D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali. Pubblicato sulla G.U. del 29 luglio 2003, n. 174, S.O., n. 123/L. Il Codice della privacy - che ha recepito anche i

riferimento al già richiamato fenomeno cd. *cyberbullismo*<sup>43</sup>, di significativo rilievo è la disciplina introdotta dalla legge n. 71/2017 *Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del Cyberbullismo*, la quale contempla un complesso di norme tese a contrastare e a reprimere il fenomeno del bullismo compiuto attraverso i *social media*, e prevede, inoltre, strumenti di tutela più incisivi rispetto a quelli comunemente diffusi, e che possono fungere da apripista a nuovi paradigmi di tutela. Le protezioni offerte dalla succitata legge n. 71/2017 sono state successivamente rafforzate dal regolamento Ue 2022/2065 sui servizi digitali (DSA)<sup>44</sup> che, nel perseguire l'obiettivo di rendere più sicuro il mondo digitale, si configura quale ulteriore (e ancor più efficace) strumento normativo per far fronte anche alle molteplici minacce online ai minori e che, come il *cyberbullismo*, li rendono vittime nel mondo digitale, con effetti devastanti, fisici, mentali e sociali, nel mondo reale<sup>45</sup>.

---

principi sanciti dalla direttiva 2002/58/CE, in materia di trattamenti dei dati personali e di tutela della vita privata nell'ambito delle comunicazioni elettroniche - è stato di recente modificato a seguito delle novelle introdotte dal decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24, dal decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205 e dal decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178. La letteratura sull'argomento è molto estesa. Cfr. *ex multis*, S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 3 il quale ha tracciato l'evoluzione del concetto di privacy osservando che «(s)iamo così di fronte anche ad una redistribuzione di poteri sociali e giuridici. Si coglie il punto di arrivo di una lunga evoluzione del concetto di privacy, dall'originaria sua definizione come diritto ad essere lasciato solo fino al diritto di mantenere il controllo delle proprie informazioni e di determinare le modalità della costruzione della propria sfera privata»; V. Zeno Zencovich, *Privacy e informazioni a contenuto economico del d. legis. n. 196 del 2003*, in *Studium iuris*, 2004, p. 452; Id., *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, con Francesco Cardarelli e Salvatore Sica, collana *Diritto dell'informatica*, Milano, 2004; C.M. Bianca, F.D. Busnelli, *La protezione dei dati personali: commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «Codice della privacy»*, Padova, 2007; D. Turroni, *Il «codice in materia di protezione dei dati personali»: note a prima lettura sulle novità introdotte in campo processuale civile*, in *Giur. it.*, 2004, p. 12 e A. Pinori, *Internet e responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 6, p. 1565.

<sup>43</sup> Il riferimento è alla citata l. 29 maggio 2017 n. 71. Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del Cyberbullismo. Pubblicata nella Gazz. Uff. 3 giugno 2017, n. 127. Sul punto, si rinvia alla nota 10 del §1.

<sup>44</sup> Sul punto, si v., tra molti, i contributi di A. Gullo, *Contenuti, scopi e traiettoria della ricerca: le nuove frontiere della compliance nel mercato digitale*, E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, R. Sabia, *L'enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, e L. D'agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act* collocati nell'ambito della sezione monografica "Il Digital Services Act e il contrasto alla disinformazione: responsabilità dei provider, obblighi di compliance e modelli di enforcement?", pubblicati su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), n. 2/23 e consultabili su [https://www.medialaws.eu/rivista\\_category/2-2023/](https://www.medialaws.eu/rivista_category/2-2023/).

<sup>45</sup> Come evidenziato da M. Castellaneta in [Guardia alta sui minori: sistemi per verificare l'età e limiti alla pubblicità](https://www.ilsole24ore.com/art/guardia-alta-minori-sistemi-verificare-l-eta-e-limiti-pubblicita-AFUMczw), in *Il Sole 24 ORE del 28/09/2023*, consultabile su <https://www.ilsole24ore.com/art/guardia-alta-minori-sistemi-verificare-l-eta-e-limiti-pubblicita-AFUMczw> «l'applicazione del Dsa, tra alcune ombre e diverse luci, potrebbe così avere effetti globali nella protezione dei minori, se preso a modello anche da Stati extra Ue e se applicato in modo effettivo dalle grandi piattaforme. Certo, anche la Commissione Ue, in particolare con il regolamento di esecuzione 2023/1201 su ispezioni e

In relazione allo svolgimento di attività professionali come quella giornalistica, una maggiore attenzione alla tutela del minore si rinviene nel richiamato Codice in materia di protezione dei dati personali, oggi riadattato a seguito dell'entrata in vigore, in data 25 maggio 2018, del Regolamento 2016/679 cd. GDPR (*General Data Protection Regulation*).

## 2.1 (Segue) *Il Regolamento 2016/679 cd. GDPR (General Data Protection Regulation)*

Il Regolamento 2016/679 cd. GDPR (*General Data Protection Regulation*)<sup>46</sup> è stato adottato dal legislatore europeo al fine di rendere maggiormente effettivi i principi contenuti negli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza<sup>47</sup>, uniformare la normativa sulla protezione dei dati personali negli Stati membri, in modo tale da favorire lo sviluppo

---

monitoraggio, ha un ruolo centrale, ma gli effetti concreti sono nelle mani dei prestatori di servizi intermediari, che devono rafforzare gli obblighi di diligenza».

<sup>46</sup> Nella vasta produzione scientifica sul tema, si v. G. Buttarelli, *The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard*, in *International Data Privacy Law*, vol. 6, n. 2/2016, p. 77; G. Finocchiaro, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, G. Finocchiaro (a cura di), Bologna, 2017, p. 5, la quale afferma che «il diritto alla protezione dei dati personali consiste nel diritto del soggetto cui i dati si riferiscono di esercitare un controllo, anche attivo, su detti dati, diritto che si estende dall'accesso alla rettifica»; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di) *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018; E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale: riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo codice della Privacy*, Milano, 2019; V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino 2019; R. Panetta (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019. Per un quadro completo delle questioni giurisprudenziali e dottrinali emerse in prima battuta con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per poi concentrarsi su quelle derivanti dal Regolamento GDPR e dalla normativa interna contenuta nel c.d. Codice della privacy, si v., tra gli studi più recenti, R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e Data Protection*, Milano, 2021.

<sup>47</sup> Secondo l'art. 7 «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». L'art. 8 prevede che «Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente». Invero la Corte di Giustizia ha riconosciuto il diritto alla protezione dei dati nel caso di *Promusicae* del 2008 (sentenza del 29 gennaio 2008, C-275/06 - ECLI:EU:C:2008:54) anche prima che la Carta di Nizza divenisse giuridicamente vincolante, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona nel 2009. In generale, sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto alla privacy e di diritto alla protezione dei dati personali, si rinvia a M. Brkan, E. Psychogiopoulou, *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, Cheltenham, 2017.

del mercato digitale e, altresì, rafforzare la posizione di intrinseca debolezza in cui, spesso, si vengono a trovare i soggetti i cui dati personali vengono trattati. Il GDPR stabilisce una speciale protezione a favore dei minori<sup>48</sup>, giacché nel considerando 38 è previsto che i minori meritano una «specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali»<sup>49</sup>. Il regolamento, inoltre, in considerazione delle maggiori insidie a cui sono esposti i minori nel caso di utilizzo di servizi ad essi direttamente forniti, sottolinea la necessità di una specifica tutela che «dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore». La protezione, poi, viene estesa anche alle modalità di comunicazione nei confronti dei minori, visto che il considerando n. 58 prevede che se il trattamento dati li riguarda «qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente».

Il legislatore comunitario, dunque, nel riconoscere apertamente la vulnerabilità dei bambini predispone misure finalizzate alla loro tutela all'interno dell'ambiente digitale e, specificatamente, destinate al trattamento dei loro dati in relazione ai servizi della c.d. società dell'informazione<sup>50</sup>. La norma di cui all'articolo 8 del GDPR recante il titolo *“Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione”*, difatti, prevede che «il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni». Considerato il solo riferimento al consenso dei minori in relazione ai servizi della

---

<sup>48</sup> Invero, l'esigenza di adottare una nuova disciplina sulla protezione dei dati che tenesse specificamente conto della tutela della vita privata dei minori era già emersa nella Comunicazione della Commissione dal titolo *“Strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi”* (COM/2012/0196 final).

<sup>49</sup> Per una originale disamina sulle diverse dimensioni (identitaria e patrimonialistica) dei dati dei minori, si v. L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 266.

<sup>50</sup> Secondo quanto disposto dall'art. 4, n. 25, del GDPR, servizio della società dell'informazione è quello definito all'art. 1, par. 1, lett. b), dir. UE 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, ossia *“qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”*. Tale definizione si ricavava, peraltro, già dall'art. 1, n. 2, dir. 98/34/CE, come modificata dalla dir. 98/48/CE, nonché dal d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della dir. 2000/31/CE, in materia di servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.



società dell'informazione, la citata disposizione, dunque, non concerne genericamente tutti i trattamenti di dati di minori, ma prevede, al comma 1, la liceità del trattamento dei dati di un minore, laddove detto trattamento: a) riguardi un'offerta diretta di servizi della società dell'informazione a soggetti minori che hanno almeno 16 anni (o, secondo l'art. 8, una diversa età fissata dal legislatore nazionale); b) sia basato sul consenso, secondo quanto disposto dall'art 6, comma 1, lett. a del GDPR (se il trattamento ha altra base giuridica, come ad esempio il rispetto di un obbligo di legge, i legittimi interessi, etc, la predetta norma non si applica). Se non vi sono questi due requisiti, l'art. 8 richiede il consenso dall'esercente la responsabilità genitoriale<sup>51</sup>. Secondo la norma richiamata, quindi, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni; laddove il minore ha meno di 16 anni, invece, il trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale<sup>52</sup>. Il GDPR introduce una deroga per i casi specifici indicati alla regola generale fissata dall'ordinamento, abbassando il limite dei 18 anni (per l'Italia) e creando una sorta di maggiore età digitale<sup>53</sup>, raggiunta la quale è ammesso il consenso al trattamento dei propri dati personali anche con riferimento ad attività di profilazione<sup>54</sup>. Il comma 1 dell'art. 8 prevede, inoltre, che tale

---

<sup>51</sup> Restano comunque salve, secondo quanto disposto dall'art. 8, comma 3, le disposizioni nazionali in tema di diritto dei contratti (quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore).

<sup>52</sup> La norma, quindi, impone a chi offre un servizio della società dell'informazione di accertarsi che il soggetto possa validamente prestare il consenso per il trattamento dei propri dati personali.

<sup>53</sup> Autorevole dottrina, infatti, ritiene che occorra chiedersi se la tecnologia abbia delineato una diversa capacità digitale e se questa costituisca una deroga a quella civilistica di cui all'art. 2 c.c.: laddove, poi, la risposta fosse di segno affermativo, occorrerebbe verificare se essa sia funzionale alla protezione del fanciullo o se, al contrario, sia strumentale alla realizzazione di interessi di altri soggetti (sul punto, cfr. M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in R. Senigaglia (a cura di) *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 156). Il consenso, in quest'ottica, sarebbe in realtà uno strumento attraverso il quale si vengono a realizzare gli interessi dei detentori della società dell'informazione, piuttosto che proteggere gli interessi dei minori. Queste considerazioni muovono dalla "natura bifronte" del diritto al trattamento dei dati personali e dalla sua incidenza sull'atto di autonomia negoziale: tale natura sintetizzerebbe, infatti, la convivenza degli interessi personali dei soggetti titolari dei dati personali, con quelli patrimoniali del mercato alla circolazione e alla patrimonializzazione. Riconoscere, quindi, la natura ambivalente del diritto al trattamento dei dati personali, consentirebbe di superare la distinzione tra atti negoziali e non negoziali ed atti aventi contenuto patrimoniale e non patrimoniale; allo stesso tempo, però, proprio tale "natura bifronte" rivelerebbe l'inadeguatezza di una tutela che si affidi al mero consenso del minore, tanto che, laddove si propenda per la sua natura negoziale, dovrebbe ammettersi che si tratti di una deroga a quanto previsto dall'art. 2 c.c. Per una ricognizione circa la natura giuridica del consenso al trattamento dei dati personali, cfr. N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persone e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR*, cit., p. 33; A. Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali*, in *Contratto e impresa*, 2019, 2, p. 614 e F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 27.

<sup>54</sup> Il *Working Party Art. 29*, nelle "Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679", ammette che possano valere,

limite possa essere ulteriormente abbassato dagli Stati membri, purché tale limite non sia inferiore ai 13 anni<sup>55</sup>. Si tratta di un risultato rilevante, atteso che la previgente disciplina, redatta in un'epoca in cui i *social network* non erano diffusi, non conteneva disposizioni specifiche per i minori, ragion per cui i titolari e i responsabili del trattamento dovevano rispettare le relative norme senza avere riguardo dell'età degli

---

persino nei confronti dei minori, tutte le eccezioni individuate all'art. 22 §2 GDPR che legittimano le decisioni automatizzate e le profilazioni, quali la necessità di concludere un contratto (lett. a), la previsione autorizzatoria di una norma nazionale o UE (lett. b), e il consenso espresso (del minore) (lett. c). Come è stato notato a più riprese in passato, il consenso esplicito mal si presta a coprire decisioni basate sull'incrocio di migliaia di dati raccolti da svariate fonti (*social network*, dati di navigazione, ecc.) e processate da algoritmi che auto-apprendono (*big data analytics*). È difficile immaginare che l'interessato, per giunta minore, comprenda che la sua profilazione derivi non solo da dati che egli ha fornito direttamente, ma anche da quelli derivati o desunti da altri dati. Cionondimeno, il WP Art. 29, nel richiamare il considerando 38 del GDPR, in base al quale i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi derivanti dalla creazione di profili personali a fini commerciali (che possono, ad esempio, servire per individuare i giocatori che l'algoritmo ritiene più propensi a spendere soldi nei giochi online o per fornire annunci pubblicitari più personalizzati), conclude che la soluzione normativa più adatta sia quella dei codici di condotta, ovvero della *self-regulation* prevista dall'art. 40.2, lett. g) RGPD, la cui adozione è facoltativa e su base volontaria. Tuttavia, in caso di mancata adozione di un tale codice di condotta, non sarà possibile attivare alcuna azione nei confronti del titolare o responsabile del trattamento per violazione delle regole di condotta. Certamente, una tutela più cogente va, quindi, pensata per i minori in materia di profilazione.

<sup>55</sup> In tale prospettiva l'età minima per esprimere il consenso al trattamento dei propri dati in Italia è stata portata dall'art. 2-*quinquies* del D.Lgs 101/2018, che ha adeguato il citato D.Lgs 196/2003 (Codice privacy) al GDPR, a 14 anni, con la conseguenza che il minore di almeno quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, mentre il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni è lecito a condizione che il consenso sia prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Vieppiù. L'art 2 *quinquies*, oltre a modificare l'età minima, esplicita ciò che rimane implicito nell'art. 8. Il comma 2 della norma codicistica specifica, infatti, che il titolare del trattamento deve redigere un'informativa con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo. In questo senso l'art. 2 *quinquies* non è solo in linea con il Considerando 38 del GDPR, ma anche con il Considerando 58, in quanto aggiunge maggiore tutela per il minore con lo strumento dell'informativa chiara, semplice e concisa nonché accessibile al minore. L'art 2 *quinquies*, e nello specifico il suo comma 2, può essere considerato, quindi, come ottimo esempio di come la normativa nazionale di adeguamento possa rafforzare l'attuazione del GDPR. Sul tema, si v., tra molti, si v. B. Agostinelli, "Emanipazione digitale" e tutela dei minori tra responsabilità genitoriale e regolamentazione eurounitaria in R. Torino e S. Zorzetto (a cura di), *La trasformazione digitale in Europa. Diritti e principi*. Torino, 2023, p. 179 ss., la quale, in chiave critica, sottolinea come dal 14° anno, con il consenso per il trattamento dei dati personali nei servizi della società dell'informazione prestato direttamente dall'interessato, si verifica una brusca interruzione dei sistemi di controllo parentale che non possono essere mantenuti dai genitori senza la volontà del minore. Ciò, sottolinea l'A., riduce la capacità di controllo e di guida dei genitori e incide sull'esercizio stesso della responsabilità genitoriale. Il problema dei minori in rete, dunque, non è solo un problema di privacy ma di tutela dei diritti fondamentali che possono essere più facilmente lesi in Internet per l'inesperienza e l'im maturità e per la mancata verifica dell'età. Della stessa A., si v. anche, Id., *Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme*, in *Jus civile*, 2022, p. 33.

interessati<sup>56</sup>. Tuttavia, con riguardo alla divulgazione di foto di piccoli minori occorre rilevare come il legislatore europeo abbia trascurato di chiarire se il consenso alle esposizioni delle immagini di detti minori possa essere espresso da un solo genitore o se, invece, sia necessario quello di entrambi. Inoltre, necessita, altresì, evidenziare come la disciplina normativa in commento, non indicando alcun rimedio nel caso in cui i genitori non sono muniti di adeguate competenze digitali e/o non agiscano nel migliore interesse dei propri figli, si appalesa non proprio idonea per prevenire gli effetti pervasivi dello *sharenting* richiamati nel precedente paragrafo. Peraltro, nel quadro del GDPR la mancanza anche di disposizioni tese ad affrontare il potenziale conflitto fra i titolari della responsabilità genitoriale e i minori è pure aggravata dall'esenzione delle "attività domestiche e personali online", prevista dall'art. 2, par. 1, lett. c). A riguardo, il considerando 18 chiarisce che il Regolamento non si applica al trattamento dei dati personali da parte di una persona fisica nel corso di un'attività puramente personale o domestica e quindi senza alcun collegamento con un'attività professionale o commerciale (c.d. *household exclusion provision*). Le attività personali o domestiche possono includere la corrispondenza e la detenzione di indirizzi, o il *social network* e attività *online* svolte nel contesto di tali attività. In altre parole, il citato considerando non trova applicazione nell'ambito di tutte quelle innumerevoli attività non collegate alle attività professionali e commerciali. Si tratta di una misura molto ampia che consente il trattamento di dati personali senza prevedere un particolare grado di controllo e che, certamente, non pone alcuna linea di demarcazione necessaria per individuare là dove finiscono i diritti dei genitori e dove, invece, iniziano i diritti dei bambini. La disciplina del GDPR, dunque, sebbene tenga conto delle specifiche esigenze di protezione dei minori nel contesto digitale trascura di considerare le conseguenze lesive della riservatezza e dell'identità dei minori derivanti dal trattamento dei dati personali da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale nel corso di un'attività puramente personale o domestica. In definitiva, nella cornice normativa sopra tratteggiata è possibile scorgere, certamente, diversi principi e clausole generali che assegnano al minore, come già si è detto, un ruolo centrale e che tengono conto della sua vulnerabilità e delle sue peculiari esigenze di protezione. Tuttavia, il sopra delineato complesso delle tutele (concepito prevalentemente nel contesto pre-digitale) si mostra, sotto diversi profili, labile e insufficiente per far fronte, efficacemente, al fenomeno dello *sharenting* qui in disamina, e, in via generale, alle nuove e diversificate minacce lesive della sfera intima dei minori che emergono, incessantemente, nell'ambiente digitale oggi sempre più in evoluzione sotto la spinta propulsiva dell'intelligenza artificiale.

---

<sup>56</sup> Più precisamente, prima dell'entrata in vigore del regolamento europeo, i principali *social network* prevedevano una età minima per iscriversi di tredici anni, in quanto, avendo la propria sede negli Stati Uniti, si riferivano al limite fissato dalla legge federale, ovvero il *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA).

### 3. *Il contesto giurisprudenziale italiano sullo sharenting*

La centralità delle norme poste a tutela del minore nell'ipotesi di abuso della loro immagine e di violazione della loro sfera intima è nell'ordinamento italiano largamente confermata dalla giurisprudenza di merito, la quale, in diverse e recenti occasioni, ha affermato i pericoli insiti nella pubblicazione di foto di minori sui *social network*. Nel 2017 il Tribunale di Mantova<sup>57</sup> ha espressamente statuito che «l'inserimento di foto di minori su *social network* costituisce comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi in quanto ciò determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone, conosciute e non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini dopo averli visti più volte in foto on-line, non potendo inoltre andare sottaciuto l'ulteriore pericolo costituito dalla condotta di soggetti che taggano le foto on-line di minori e, con procedimenti di fotomontaggio, ne traggono materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati, come ripetutamente evidenziato dagli organi di polizia. Il pregiudizio del minore è dunque insito nella diffusione della sua immagine sui *social network* sicché l'ordine di inibitoria e rimozione va impartito immediatamente». Sulla scorta di questa importante statuizione giudiziale anche il tribunale di Pistoia, nel 2018<sup>58</sup>, ha ritenuto che un padre che si sta separando non può sfogarsi e pubblicare le foto della figlia minore sui *social*, in quanto un siffatto comportamento è causa di disagi nei contesti sociali e scolastici dalla stessa frequentati. Il giudice preposto ha, altresì, affermato che ogni condotta di esposizione mediatica dei figli minorenni, oltre ad essere adeguatamente sanzionata, può essere valutata ai fini della decisione sul regime di affidamento dei figli. Con riguardo al consenso del minore, significativa è l'ordinanza emessa dal Tribunale di Roma nel 2017<sup>59</sup> con la quale la madre di un sedicenne (affidato a un tutore) - che, reiteratamente e malgrado la sua opposizione, pubblicava immagini che lo ritraevano - è stata condannata a rimuovere i contenuti che lo riguardavano, ma anche a pagare allo stesso e al marito una somma di diecimila euro in caso di inottemperanza all'ordine di rimozione o al divieto di successivi post. Il giudice romano ha, altresì, ordinato al tutore di diffidare ad adempiere a tali prescrizioni "protettive" del minore anche soggetti terzi diversi dalla madre e finanche di richiedere ai gestori dei motori di ricerca di "deindicizzare" le informazioni relative al minore, con ciò configurando a favore del minore un diritto

---

<sup>57</sup> Trib. Mantova, 19 settembre 2017, con nota di M. Nitti, "La pubblicazione di foto di minori sui *social network* tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", in *Fam. dir.*, 2018, p. 380.

<sup>58</sup> Trib. Pistoia, sez. I civile, ordinanza del 7 luglio 2018. Per maggiori approfondimenti, si v. M. Ozenda, *Baby influencer e sharenting: il lato oscuro della fama digitale* reperibile su <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/baby-influencer-e-sharenting-il-lato-oscuro-della-fama-digitale>.

<sup>59</sup> Trib. Roma, sez. I civile, ordinanza 23 dicembre 2017, con nota di S. Peron, *Sul divieto di diffusione sui social network delle fotografie e di altri dati personali dei figli*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 589.

all'oblio. La condotta genitoriale posta in essere prima dell'entrata in vigore del GDPR (quindi, precedentemente all'individuazione dell'età del consenso digitale) è stata ritenuta, nel caso *de quo*, lesiva della dignità del minore. In ragione dei riconosciuti effetti pregiudizievoli legati alla pubblicazione delle immagini senza il consenso del minore, il giudice capitolino ha inteso, quindi, rafforzare la tutela già fornita dal provvedimento di condanna alla rimozione delle immagini con l'uso della previsione di cui all'art. 614bis c.p.c. (c.d. *astreinte*)<sup>60</sup>. Il peculiare rilievo del consenso del minore è stato evidenziato, altresì, dal giudice di primo grado di Ravenna il quale nel 2019<sup>61</sup> ha pure ritenuto che in caso di separazione dei genitori ed affidamento congiunto della prole non è, comunque, bastevole il consenso di un solo genitore per pubblicare le foto di un ragazzo infra-quattordicenne sui *social*. Sulla medesima traiettoria si colloca, poi, la pronuncia emessa nel 2020 dal Tribunale di Chieti<sup>62</sup> con la quale è stato prescritto a due genitori separati di astenersi dalla pubblicazione sui *social media* delle foto del figlio senza il suo consenso<sup>63</sup>. Il giudice chietino si è sostanzialmente limitato, nelle motivazioni come nella narrativa della sentenza, a ordinare ad entrambi i genitori divorziandi – che si contestavano reciprocamente la pubblicazione di immagini “inopportune” del figlio minore – «di astenersi da dette pubblicazioni in assenza di consenso esplicito dell'interessato» specificando, altresì, la non trascurabile circostanza di avere ascoltato il ragazzo entrato ormai nel suo diciassettesimo anno d'età<sup>64</sup>. Altro arresto giurisprudenziale - che si inserisce nel consolidato filone giurisprudenziale che

---

<sup>60</sup> La norma di cui all'art. 614 bis c.p.c. originariamente introdotta dalla legge 69/2009 è stata poi modificata dal d.l. 83/2015 che ne ha esteso l'applicazione a tutta l'esecuzione in forma specifica. Il testo della norma è stato di recente modificato dalla cd. Riforma Cartabia (D.Lgs. n. 149/2022 di attuazione della L. n. 206/2021 di delega al Governo). Sulle modifiche introdotte da detta riforma cfr., tra molti, A. Nascosi, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1224 ss; G. Olivieri, *Le misure coercitive indirette riformate*, in *Inexecutivis* consultabile su <https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/saggio/2023/le-misure-coercitive-indirette-riformate/>; B. Capponi, *Un dubbio sul regime transitorio della riforma dell'art. 614 bis c.p.c.* in *Judicium* consultabile su <https://www.judicium.it/un-dubbio-sul-regime-transitorio-della-riforma-dellart-614-bis-c-p-c/>

<sup>61</sup> Trib. Ravenna, 15 ottobre 2019, n. 1038 con nota di F. Sanzari, *Foto su facebook della figlia che sfilava: si al consenso, no ai danni per il padre che era presente* [Tribunale di Ravenna 15 ottobre 2019 n. 1038] reperibile su <https://dirittodiinternet.it/foto-facebook-della-figlia-sfilava-si-al-consenso-no-ai-danni-padre-presente-tribunale-ravenna-15-ottobre-2019-n-1038/>

<sup>62</sup> Trib. Chieti, 21 luglio 2020, n. 403 reperibile su <https://www.famiglia-avvocato.it/wp-content/uploads/2020/08/Trib.-Chieti-sent.-n.-403-del-2020.pdf>

<sup>63</sup> Sempre più frequentemente nell'ambito del ricorso congiunto per lo scioglimento del matrimonio i genitori si vincolano a non pubblicare o divulgare foto, immagini, video o altro materiale riguardante il minore sui *social network* o all'interno di una pagina *web*, un blog, o, ancora, come immagini di profilo su *WhatsApp* o altre simili applicazioni, senza il consenso congiunto di entrambi i genitori. V., *inter alia*, Trib. Ferrara, 5 giugno 2017; Trib. Trieste, 18 luglio 2017; Trib. Velletri, 27 aprile 2017; Trib. Brescia, 2 settembre 2017, tutte reperibili nel database *DeJure*.

<sup>64</sup> Trib. Trani, sez.civ., ordinanza del 30 agosto del 2021 con nota di M. Martorana, *Tik Tok, madre condannata a rimuovere i video con la figlia* reperibile su <https://www.altalex.com/documents/news/2021/10/22/tik-tok-madre-condannata-a-rimuovere-video-con-figlia>.

ammette il diritto all'ottenimento della rimozione di immagini del minore (e in taluni casi anche di account) sui *social network* - è quello del Tribunale di Trani del 2021 riguardante una madre separata la quale aveva pubblicato alcuni video della figlia di nove anni sulla nota piattaforma TikTok. Il giudice, anche in questo caso, ha ritenuto di dover disporre la rimozione d'urgenza del video dal suddetto *social network* e di condannare la madre al versamento (su un conto corrente intestato alla minore) della somma di cinquanta euro per ogni giorno di avvenuta violazione e di ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziario. Il diritto del minore alla protezione contro le interferenze arbitrarie e illegali nella sua vita privata o contro affronti al suo onore e alla sua reputazione trova, poi, sul piano giurisprudenziale, un'ulteriore affermazione nel recente caso affrontato dal giudice di primo grado di Rieti<sup>65</sup> il quale ha condannato una donna, zia di due gemelli di sei anni, a risarcire la somma di cinquemila euro di danni al padre dei bambini, che l'aveva citata in giudizio per aver condiviso le immagini dei figli senza il suo consenso. In particolare, il giudice ha stabilito che «la pubblicazione sui *social network* di fotografie ritraenti soggetti minori di età richiede il necessario preventivo consenso esplicito di entrambi i genitori ai sensi dell'art. 320 c.c., in quanto si tratta di un atto che eccede l'ordinaria amministrazione, avente ad oggetto il trattamento di dati sensibili. Nel caso di diffusione dell'effigie autorizzata da uno soltanto dei genitori, è risarcibile il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'immagine e del diritto alla privacy del minore ritratto, purché allegato in modo sufficientemente specifico e provato, sia pure per presunzioni». Dagli orientamenti richiamati - ove costante è stato il richiamo operato dai giudici all'articolato normativo evocato nel precedente paragrafo<sup>66</sup> - emerge chiaramente che, per la divulgazione delle foto dei minori sui *social media*, in assenza di norme specifiche al riguardo, necessita il consenso alla pubblicazione delle immagini relative ai minori di entrambi i genitori<sup>67</sup>. Con riguardo ai rimedi processualciviltistici esperibili al fine di garantire l'attuazione degli obblighi nascenti dalla responsabilità genitoriale, nelle citate

---

<sup>65</sup> Trib. Rieti, 17 ottobre 2022, n. 443 con nota di C. Fossati, *Responsabilità e risarcimento del danno per pubblicazione di immagini sui Social*. Tribunale di Rieti sent. 17 ottobre 2022, reperibile su <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17512795/responsabilita-e-risarcimento-del-danno-pubblicazione-di-imm.html>

<sup>66</sup> Specificatamente all'art. 2 della Costituzione, all'art. 10 del codice civile, che disciplina la tutela dell'immagine, al Codice della privacy e all'art. 96 della legge 633/1941 sul diritto d'autore (che, come si è già rammentato, prevede che il ritratto di una persona non possa essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il suo consenso, fatti salvi casi particolari) ed anche al GDPR (laddove specifica che «la immagine fotografica dei figli costituisce dato personale» e «la sua diffusione integra una interferenza nella vita privata»), nonché all'art. 16, c.1, della Convenzione di New York per i diritti del fanciullo del 1989 ove è disposto che «nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione» e che «il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti».

<sup>67</sup> Non solo. Come si è visto in relazione al citato caso affrontato dal Trib. Chieti del 21 luglio 2020, i giudici hanno pure ritenuto che la decisione poteva essere rimessa alla volontà del minore, essendo di regola lo stesso, alla soglia dei 17 anni, in grado di gestire il diritto alla privacy a ciò connesso.

pronunce si è registrato, poi, un frequente utilizzo degli apparati di cui agli artt. 614-*bis*, 700 e 709-*ter* c.p.c.<sup>68</sup>. In diversi casi ai quali si è fatto riferimento, infatti, i giudici, pur statuendo la rimozione di alcune foto di un minore pubblicate sui *social network*, da parte di un genitore senza il consenso dell'altro, hanno, altresì, previsto la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria, laddove i genitori non avessero osservato i provvedimenti stabiliti dal giudice, e cioè l'inibizione della condotta di pubblicazione e di diffusione delle foto del figlio e la cancellazione di quelle già pubblicate. Il rimedio inibitorio e sanzionatorio di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. è stato utilizzato, dunque, allo scopo di evitare il diffondersi di informazioni e dati riguardanti la personalità del minore nel contesto sociale<sup>69</sup>. *A latere* di questa misura coercitiva, nel contesto endofamiliare ha assunto, altresì, rilievo la disposizione di cui all'art. 709-*ter* c.p.c.<sup>70</sup> e ciò al fine di incrementare in modo significativo l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi del minore e di evitare che rimangano inattuati i provvedimenti riguardanti l'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché le modalità dell'affidamento della prole.

#### 4. La Proposta di legge C. 1800 del 21 marzo 2024

La sintetica rassegna giurisprudenziale che precede evidenzia come sovente taluni genitori smarriscono (anzi, sembrano non aver mai trovato) la giusta modalità e misura attraverso cui gestire la presenza dei loro figli sulle principali piattaforme e, in generale, negli ambienti digitali in cui trascorrono parte delle giornate. La maggiore e più diffusa consapevolezza della portata lesiva della incessante sovraesposizione dei minori sulla rete da parte dei genitori, e l'esigenza di introdurre strumenti ancor più incisivi ed efficaci per governarla, ha sollecitato alcuni parlamentari italiani a presentare, il 21 marzo 2024, una proposta di legge recante il titolo «Modifiche all'articolo 37 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali per la condivisione di video e immagini, e disposizioni concernenti il diritto del minore alla rimozione dei dati e dei contenuti

---

<sup>68</sup> La recente Riforma Cartabia (D.Lgs. 149/2022) ha modificato, come già osservato, il testo dell'art. 614-*bis* c.p.c. e abrogato le citate norme di cui agli artt. 700 e 709 *ter* c.p.c.

<sup>69</sup> Come sottolinea F. Ferrandi, *Il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali del minore al tempo del web 2.0: nuovi orizzonti di valutazione della responsabilità genitoriale?* in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia*, fasc. maggio-agosto 2021, p.47, si tratta di «una misura coercitiva indiretta che, nel caso di divieto di pubblicazione di immagini del minore, offre un duplice vantaggio: da una parte, guarda al passato in quanto condanna all'eliminazione di quanto fatto in violazione dell'obbligo, dall'altra, guarda al futuro laddove pone il di vieto di compiere una determinata attività dall'adozione del provvedimento in poi».

<sup>70</sup> L'art. 709-*ter* c.p.c. è stato introdotto dalla l. n. 54/2006 e successivamente abrogato, come si è detto, dalla cd. riforma Cartabia che, nella sostanza, l'ha sostituito con l'art. 473-*bis*. Sul punto, cfr. B. Ficarelli, *Riforma del processo della famiglia, minorenni e persone e poteri officiosi del giudice*, in *Judicium*, consultabile su <https://www.judicium.it/riforma-del-processo-della-famiglia-minorenni-e-persone-e-poteri-officiosi-del-giudice/>

che lo riguardano dalla rete *internet* e dai motori di ricerca»<sup>71</sup> che sulla scorta delle recenti iniziative intraprese dal legislatore francese, si pone l'obiettivo di mettere un significativo argine non solo a detta pratica, ma anche al fenomeno dei cc.dd. «*baby influencers*» caratterizzato anch'esso dall'impiego di minori nell'ambito delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti multimediali, tuttavia non per mera volontà di condivisione, quanto per finalità di profitto. La proposta legislativa è composta da tre articoli. Il primo articolo si focalizza sulla tutela dei figli degli *influencer* e mira a limitarne l'esposizione mediatica; pur non precludendo completamente la condivisione delle immagini dei minori sui *social media*, la norma propone una modifica alla legge del 2004 sul sistema radiotelevisivo e introduce una dichiarazione scritta che i genitori (o i tutori) devono firmare ed inviare all'AGCOM (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) onde poter mostrare il volto dei loro bambini sulla rete. La seconda disposizione attiene alla gestione degli introiti derivanti dall'esposizione dei minori nei casi di *influencer marketing*. Nell'intento di prevenire il rischio di sfruttamento commerciale dei figli minorenni e garantire una adeguata tutela finanziaria dei loro diritti, la norma contempla la creazione di un conto corrente intestato al minore (a cui lo stesso potrà accedere quando compirà 18 anni o prima, se autorizzato dalle autorità giudiziarie)<sup>72</sup> ove depositare gli eventuali guadagni ottenuti a seguito della divulgazione dalla sua immagine. Nel terzo articolo si contempla il diritto all'oblio digitale<sup>73</sup>: i minori, al compimento del quattordicesimo anno di età, possono richiedere la rimozione dal *web* di tutti i contenuti che li vedono protagonisti. Si pone attenzione, quindi, sul diritto alla privacy e sull'autodeterminazione dei minori riguardo alla loro immagine *online*, offrendo loro la possibilità di cancellare, se lo desiderano, le tracce digitali della loro infanzia. Infine, per sensibilizzare i genitori sui rischi derivanti dallo *sharenting* è previsto anche di chiedere alle diverse piattaforme di creare delle apposite linee guida.

---

<sup>71</sup> Il documento è stato presentato da Alleanza Verdi Sinistra a firma degli onorevoli Angelo Bonelli, Luana Zanella, Elisabetta Piccolotti e Nicola Fratoianni. Una iniziativa simile sul tema recante il titolo «Modifiche alla legge 17 ottobre 1967, n. 977, in materia di impiego dei minori nell'ambito delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti multimediali, nonché disposizioni sulla diffusione dell'immagine e di contenuti multimediali di minori», il cui *iter* di approvazione, tuttavia, non è andato a buon fine, è stata presentata dall'on. Sportiello in data 12 marzo 2024.

<sup>72</sup> L'iniziativa in discorso si ispira alla legge francese n. 2020-1266 del 19 ottobre 2020 – già richiamata nella nota 24 del §1 e della quale si farà ulteriore cenno nel §5 – che, nel regolamentare lo sfruttamento commerciale dell'immagine degli under 16 sulle piattaforme online, ha stabilito che la diffusione dell'immagine, in presenza di determinati presupposti, è subordinata a una dichiarazione che gli esercenti la responsabilità genitoriale devono rendere all'autorità competente, la quale, poi, rivolgerà ai genitori una serie di raccomandazioni. La legge prevede, inoltre, che, oltre una certa soglia, i redditi derivanti da quest'attività debbano essere versati presso la Cassa depositi e prestiti che li gestisce fino alla maggiore età del giovane *influencer*.

<sup>73</sup> Come evidenziato dai deputati firmatari della proposta, l'iniziativa muove dalla constatazione che «in molti casi non c'è alcun rispetto del corpo e della volontà del minorenne che, tra l'altro, si ritroverà a doversi confrontare una volta cresciuto con un archivio digitale della propria vita costruito su centinaia di contenuti che non ha scelto di condividere e commenti da parte di sconosciuti che dovrà razionalizzare».



5. *La tutela del diritto di immagine dei minori sulle piattaforme on-line in Francia: brevi note sulla legge n. 2024-120 del 19 febbraio 2024 finalizzata a garantire il rispetto dei diritti d'immagine dei bambini*

A seguito delle raccomandazioni formulate dalla *Défenseure des droits* e dal *Défenseur des enfants* nel rapporto “*La vie privée: un droit pour l'enfant*” pubblicato nel novembre 2022<sup>74</sup>, è stata emanata in Francia la legge del 19 febbraio 2024<sup>75</sup> che mira a rafforzare la tutela della vita privata e dei diritti di immagine dei minori e, al contempo, a sensibilizzare e responsabilizzare i genitori circa le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla condivisione, senza limiti e restrizioni, di foto (e/o di altro materiale multimediale) dei loro figli minorenni sulle piattaforme *online*. La legge persegue la finalità di regolamentare detta diffusa pratica genitoriale e rappresenta una significativa risposta alle crescenti preoccupazioni ad essa correlate<sup>76</sup>. Il testo normativo contiene

---

<sup>74</sup> Il rapporto è reperibile sulla pagina dell'autorità amministrativa indipendente [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice\\_display&id=46727&opac\\_view=-1](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=46727&opac_view=-1). Il Difensore dei bambini si esprime sul quadro legislativo e normativo dei diritti dei bambini e può proporre modifiche alle autorità pubbliche, nel caso in cui le disposizioni legislative o regolamentari relative ai diritti dei minori comportino situazioni “ingiuste”. Il Difensore dei bambini può, inoltre, “suggerire” eventuali modifiche di testi legislativi o regolamentari volte a garantire un migliore rispetto dei diritti del bambino; in particolare, emana raccomandazioni affinché le disposizioni di impegni internazionali che non hanno efficacia diretta possano essere recepite nei testi nazionali vigenti.

<sup>75</sup> Il testo di legge è consultabile su <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2024/2/19/JUSX2306423L/jo/texte>. Tra i primi commenti, nell'ampio panorama dottrinale d'Oltralpe, si v.: N. Baillon-Wirtz, *L'enfant aussi a une vie privée et un droit à l'image* consultabile su <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/lenfant-aussi-a-une-vie-privee-et-un-droit-a-limage-5145/>; A. Bourrat-Guéguen, *Respect du droit à l'image des enfants: ce que change la loi du 19 février 2024* consultabile su <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/respect-du-droit-l-image-des-enfants-ce-que-change-loi-2024-120-du-19-fevrier-2024/>; G. Haas, *Proposition de loi: l'images des enfants enfin protégée sur internet?* consultabile su <https://www.village-justice.com/articles/proposition-loi-image-des-enfants-enfin-protégee-sur-internet,49136.html>; P. Lingibé, *Le respect du droit à l'image des enfants et les 5 apports de la loi du 19 février 2024* consultabile su <https://www.actu-juridique.fr/civil/personnes-famille/le-respect-du-droit-a-limage-des-enfants-et-les-5-apports-de-la-loi-du-19-fevrier-2024/>; D. Madji, *Le Droit à l'image des enfants sur internet: nouvelle protection par la loi du 19 février 2024* consultabile su <https://www.juritravail.com/Actualite/le-droit-a-limage-des-enfants-sur-internet-nouvelle-protection-par-la-loi-du-19-fevrier-2024/Id/377048>

<sup>76</sup> La pervasività degli effetti legati allo *sharenting* è stata ampiamente sottolineata nella relazione introduttiva della Proposta di legge n. 758 del 19 febbraio 2023 presentata dai deputati Bruno Studer, Aurore Bergé, Éric Poulliat e dai membri del gruppo Renaissance (consultabile su [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0758\\_proposition-loi](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0758_proposition-loi)) di cui si riportano alcuni stralci: «Si stima in media che un bambino compaia in 1.300 fotografie pubblicate *online* prima dei 13 anni, per conto proprio, dei suoi genitori o di persone a lui vicine. (...) La pubblicazione sugli *account* dei genitori di contenuti relativi ai propri figli, in inglese chiamati *sharenting* (contrazione di *sharing* e *parenting*), costituisce quindi oggi uno dei principali rischi di violazione della privacy dei

solo cinque articoli e si configura come l'ultimo segmento di un peculiare percorso che, nell'ordinamento francese, ha reso il rispetto della *vie privée* dei minori e la protezione dei loro diritti di immagine in seno al contesto digitale un tema cruciale, e che muove dalla regolamentazione dello sfruttamento commerciale di immagini di bambini di età inferiore ai sedici anni sulle piattaforme *on line* (legge n. 2020-1266 del 19 ottobre 2020)<sup>77</sup>, per passare, poi, al potenziamento del controllo genitoriale sulle modalità di accesso a Internet (legge n. 2022-300 del 2 marzo 2022)<sup>78</sup>, ed alla introduzione della

---

minori, per due motivi. Da un lato, per la difficoltà di controllare la diffusione della propria immagine, tanto più problematica nel caso dei minori. D'altro canto, a causa di un conflitto di interessi che potrebbe sorgere nella gestione dei diritti di immagine dei bambini da parte dei loro genitori. I rischi indotti dall'esposizione dell'immagine di un minore su Internet si concretizzano innanzitutto nella difficoltà di controllare la diffusione di tali immagini, che costituiscono dati personali sensibili. Il 50 % delle fotografie scambiate nei forum di pedopornografia sono state inizialmente pubblicate dai genitori sui loro *social network*. Alcune immagini, in particolare fotografie di neonati nudi o ragazze in abiti da ginnastica, sono di particolare interesse per gli ambienti pedofili; il problema quindi va ben oltre i contenuti sessualizzati pubblicati online dai genitori o dagli stessi bambini. Le informazioni diffuse sulla vita quotidiana dei minori possono, nel peggiore dei casi, consentire agli individui di identificare i propri luoghi e le proprie abitudini di vita ai fini della predazione sessuale. Infine, al di là del rischio di pedofilia, i contenuti pubblicati online rischiano di nuocere a lungo termine al minore, senza possibilità di ottenerne la cancellazione assoluta. (...) I deputati invocano la nozione di dignità: «non possiamo evitare l'esistenza di pratiche umilianti o degradanti filmate dagli stessi genitori. La tendenza della sfida del formaggio, che consiste nel lanciare una fetta di formaggio da sciogliere a un bambino o a un animale domestico e trasmettere il video alla sua comunità, è un esempio molto significativo, ma altri tipi di contenuti come Video di bambini sul vasino o in il bagno dovrebbe anche sollevare preoccupazioni riguardo alla sensibilizzazione dei genitori sui contenuti che pubblicano».

<sup>77</sup> Il testo di legge – definito pionieristico sul piano internazionale dal deputato proponente Bruno Studer– disciplina il noto fenomeno dei cc.dd. *baby influencer*. Il legislatore francese, come già rilevato nella nota 24 del § 1, è intervenuto sul codice del lavoro ed ha introdotto limiti all'impiego in rete di minori da parte di imprese e soggetti commerciali e, dunque, ha esteso tutte le tutele previste dal predetto codice anche agli «*enfants influenceurs*» il cui lavoro si configura a tutti gli effetti come «lavoro minorile». Ai genitori è imposto l'obbligo di versare i guadagni su conti intestati ai minori stessi. La legge prevede anche un'autorizzazione all'impiego di tali minori che è rilasciata dall'autorità pubblica locale, corrispondente sostanzialmente alla direzione provinciale del lavoro italiana. Viene poi consentito e agevolato l'oblio digitale ossia il diritto di cancellare dal *web* ogni traccia dei contenuti multimediali a lui riconducibili al minore che, divenuto adulto, voglia cancellare la memoria digitale delle attività svolte. Sul tema, si v., tra i moltissimi contributi, C. Bonnet, *Enfants «influenceurs»: la France se dote d'un cadre légal*, consultabile su <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/enfants-influenceurs-la-france-se-dote-dun-cadre-legal/h/aa582e1d7639f98c887b3f7897705b88.html>; C. Bonnier, *Exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de 16 ans* consultabile su <https://www.actu-juridique.fr/brevs/travail/encadrement-de-l'exploitation-commerciale-de-l'image-d'enfants-de-moins-de-16-ans-sur-les-plateformes-en-ligne/>; E. Derieux, *Encadrement de l'exploitation de l'image d'enfants sur les plateformes en ligne*, in *Revue européenne des médias et du numérique*, consultabile in <https://la-rem.eu/2021/06/encadrement-de-l'exploitation-de-l'image-d'enfants-sur-les-plateformes-en-ligne/>;

<sup>78</sup> L'obiettivo della legge è quello di fornire una migliore protezione dei bambini su Internet, obbligando i produttori di dispositivi connessi (*smartphone, tablet*, ecc.) a installare un sistema di controllo parentale e a offrirne l'attivazione gratuita alla prima messa in servizio del dispositivo.

maggiore età digitale (legge n. 2023-766 del 7 luglio 2023)<sup>79</sup>. La legge in discorso introduce delle significative modifiche ad alcune norme del codice civile, del codice penale e della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978. Indubbiamente, l'emendamento più incisivo è quello introdotto dall'art. 1 e riguarda l'articolo 371-1 del codice civile, relativo alla cd. *autorité parentale*, nozione quest'ultima che ingloba oggi la tutela della vita privata dei minori; la citata disposizione, nella sua odierna formulazione, sancisce infatti «L'*autorité parentale* è un insieme di diritti e doveri volti a tutelare gli interessi del minore. L'*autorité parentale* spetta ai genitori fino al raggiungimento della maggiore età o all'emancipazione, al fine di tutelare la sicurezza, la salute, la privacy e la moralità del minore, di assicurarne l'educazione e di consentirne lo sviluppo, nel rispetto della sua persona. L'*autorité parentale* è esercitata senza violenza fisica o psicologica. I genitori coinvolgono i figli nelle decisioni che li riguardano, in base alla loro età e al loro grado di maturità». Con questa significativa modifica, dunque, il legislatore francese ha inteso ampliare l'ambito di tutela della vita privata del minore, integrando questa dimensione tra gli obblighi dei genitori<sup>80</sup>. Il secondo articolo della legge<sup>81</sup> stabilisce un principio di co-genitorialità per l'esercizio dei diritti di immagine dei figli minori. Ciò implica che entrambi i genitori devono prendere insieme le decisioni riguardo alla diffusione dell'immagine del proprio figlio, nel rispetto del suo diritto alla privacy. A seconda della sua età, devono poi coinvolgerlo anche nelle decisioni che lo riguardano<sup>82</sup>. L'affermato principio di co-genitorialità per l'esercizio dei diritti di immagine dei figli minori ha comportato la modifica dell'articolo 372-1 del codice civile, che nella sua nuova formulazione stabilisce che «I genitori tutelano

---

<sup>79</sup> La legge è diretta a stabilire una maggioranza digitale e a contrastare l'odio *online*. Sa stabilisce la "maggiore età numerica" a 15 anni, età a partire dalla quale i minorenni non necessitano più del consenso dei genitori per registrarsi su un social network. I fornitori di servizi di reti sociali on-line operanti in Francia devono quindi rifiutare la registrazione ai loro servizi di minori di quindici anni, a meno che non venga concessa l'autorizzazione a tale registrazione da uno dei titolari della potestà genitoriale sul minore. Per verificare l'età degli utenti finali e l'autorizzazione di uno dei titolari della potestà genitoriale, i fornitori di servizi di rete sociale online devono utilizzare soluzioni tecniche conformi ad uno standard sviluppato da ARCOM, previa consultazione della CNIL. Sono inoltre richiesti: attivare un dispositivo che consenta di monitorare il tempo di fruizione del proprio servizio e di informare regolarmente l'utente di tale durata tramite notifiche; informare, in fase di registrazione, i minori di 15 anni e i loro genitori sui "rischi legati agli usi digitali e ai mezzi di prevenzione" e sulle condizioni di utilizzo dei loro dati personali; consentire ai genitori, o ad uno di essi, di richiedere la sospensione del conto del proprio figlio minore di 15 anni. Il mancato rispetto di questi obblighi sarà punito con un'ammenda non superiore all'1% del fatturato globale dell'anno finanziario precedente.

<sup>80</sup> Sul punto, si v. Z. Garno, *Première analyse de la loi visant à garantir le respect du droit à l'image des enfants*, consultabile su <https://www.village-justice.com/articles/droit-image-droit-vie-privee-enfant-que-recouvrent-ces-notions-juridiques,48796.html> il quale discorre di un approccio proattivo teso a contrastare i potenziali rischi legati alla divulgazione non autorizzata di immagini di bambini.

<sup>81</sup> La disposizione normativa ha comportato la modifica dell'art. 372-1 del Codice civile e dell'art. 226-1 del Codice penale.

<sup>82</sup> L'articolo 2 esalta, dunque, l'importanza del coinvolgimento del bambino nel processo decisionale riguardante la sua vita privata in conformità a quanto statuito nella Dichiarazione dei diritti del bambino.

congiuntamente il diritto all'immagine del figlio minore, nel rispetto del diritto alla privacy di cui all'articolo 9. I genitori coinvolgeranno il minore nell'esercizio del suo diritto all'immagine, in base alla sua età e al suo grado di maturità»; dunque, è possibile, ora, individuare due obblighi essenziali per i genitori: in primo luogo, un obbligo di tutela, in quanto i genitori devono tutelare congiuntamente il diritto all'immagine del figlio minore, nel rispetto del diritto alla riservatezza di cui all'articolo 9; un obbligo di associazione e di supporto, poiché i genitori sono tenuti a coinvolgere i propri figli nell'esercizio dei propri diritti di immagine, in base alla loro età e grado di maturità. La responsabilità condivisa dei genitori nella tutela dei diritti di immagine del bambino viene, quindi, rafforzata essendo evidenziata la necessità e rilevanza di un processo decisionale concertato. Nel terzo articolo<sup>83</sup> della legge in commento vengono consolidati i poteri del giudice competente in diritto di famiglia (cd. JAF, *juge aux affaires familiales*) allorquando esiste un disaccordo tra i genitori sull'esercizio dei diritti di immagine del proprio figlio. Detto giudice può ora vietare a un genitore di diffondere le immagini del figlio senza l'autorizzazione dell'altro genitore. Il genitore che esprime il proprio dissenso può, quindi, adire il JAF, dimostrando che le azioni dell'altro genitore sono contrarie all'interesse superiore del minore. La previsione dell'intervento giudiziale mira, in sostanza, a proteggere i bambini dai conflitti dei genitori che involgono (e minacciano) la sua privacy e i suoi diritti di immagine. Il giudice competente può anche d'ufficio comminare una penalità per garantire la corretta esecuzione della sua decisione. L'articolo 4<sup>84</sup> della legge consente al giudice di delegare a terzi l'esercizio del diritto all'immagine «nel caso in cui la diffusione dell'immagine del minore da parte dei genitori pregiudica gravemente la dignità o l'integrità morale del minore». La misura *de qua* implica che il genitore responsabile della violazione della dignità del figlio minore possa perdere temporaneamente il diritto di decidere in ordine alla sua immagine, lasciando questa responsabilità all'altro genitore o ad un terzo designato dallo stesso giudice<sup>85</sup>. Il legislatore, in siffatto modo, ha inteso fornire uno strumento forte onde far fronte a quelle situazioni di carattere eccezionale in cui dalla diffusione di immagini possono discendere gravi pregiudizi sul benessere e sulla reputazione del minore. La norma di cui all'art. 5<sup>86</sup> rafforza i poteri della *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) in caso di violazione dei diritti e delle libertà dei minori. A seguito della modifica apportata all'art. 21 (parag. IV) della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 sull'elaborazione dei dati, gli archivi e le libertà individuali, è ora

---

<sup>83</sup> La norma citata ha modificato l'art. 373-2-6 del Codice civile.

<sup>84</sup> La norma citata ha modificato l'art. 377 del Codice civile.

<sup>85</sup> L'articolo 377 del codice civile, paragrafo 4, sancisce che al giudice degli affari della famiglia (JAF) può rivolgersi il singolo, l'istituto scolastico o il servizio dipartimentale di tutela dell'infanzia che ha accolto il minore o qualsiasi membro della famiglia. Grazie a questa misura, la possibilità di coinvolgere il JAF viene estesa, quindi, ad altri soggetti, il che rende più semplice allertare e proteggere i bambini in caso di uso abusivo della loro immagine da parte dei genitori.

<sup>86</sup> La norma citata modifica gli artt. 21 e 125 della loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

previsto che «in caso di violazione grave e immediata dei diritti e delle libertà di cui all'articolo 1 della presente legge o, quando si tratta di un minore, in caso di mancata esecuzione o di mancata risposta ad una richiesta di cancellazione di dati personali il presidente della Commissione può anche chiedere al tribunale competente un'ingiunzione provvisoria che ordini, se del caso con una multa, qualsiasi misura necessaria per salvaguardare tali diritti e libertà»<sup>87</sup>. La previsione di un intervento della CNIL garantisce così un monitoraggio esterno e indipendente che non può che rendere ancor più solide ed efficaci le tutele già contemplate dalla citata legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978<sup>88</sup>. Con riguardo alla procedura azionabile dal minore, occorre osservare che essa non risulta esplicitamente dettagliata nella legge qui in disamina, sebbene si evinca che debbono sussistere specifici motivi quali, ad esempio, il disaccordo tra i genitori o la divulgazione di immagini lesive della sua dignità; certamente, l'inclusione del minore nel processo giudiziario come potenziale attore rafforza la sua posizione di soggetto di diritti. Offrendo al minore la possibilità di avviare un procedimento, infatti, si riconosce il ruolo attivo che il minore può svolgere nella tutela dei propri diritti. Ciò riflette l'adozione di un approccio più partecipativo, in cui i bambini non sono semplicemente destinatari passivi di protezione, ma individui capaci di far valere i propri diritti. Il testo normativo, qui esaminato, ha indubbiamente segnato un passo in avanti nel rafforzamento delle tutele dei diritti di immagine dei minori necessario nei casi, sempre più ricorrenti, di una loro sovraesposizione mediatica; tuttavia, secondo taluni autori<sup>89</sup> la legge *de qua* non sembra aver apportato alcun cambiamento rivoluzionario, giacché le finalità di tutela perseguite erano già garantite – prima della sua emanazione – dall'applicazione delle disposizioni codicistiche in tema di esercizio della responsabilità genitoriale. Si è, altresì, sottolineato che in sede giurisprudenziale era stato già stabilito che l'esercizio dei diritti d'immagine del bambino configura un atto non abituale che, in quanto tale, esige l'accordo di

---

<sup>87</sup> L'articolo 5 è, dunque, il risultato di un emendamento del Senato, la cui formulazione originale intendeva consentire alla CNIL di ricorrere a questa procedura in caso di violazione dei diritti dei minori, indipendentemente dalla gravità o dall'immediatezza della violazione. L'Assemblea nazionale ha adottato questo emendamento, ma ha ripristinato i criteri di gravità e immediatezza, tradizionalmente richiesti nei procedimenti sommari, dove l'urgenza deve essere dimostrata affinché il giudice possa ordinare misure che possono avere un grave impatto sui diritti dei minori nelle circostanze del caso.

<sup>88</sup> Il riferimento operato dalla legge alla Commissione nazionale per l'informatica e le libertà (CNIL) e al giudice per gli affari familiari (JAF) mette in rilievo la competenza di questi organi nella gestione dei casi che coinvolgono minori. Il JAF, in quanto autorità giudiziaria specializzata in questioni familiari, è, difatti, nella posizione ideale per valutare situazioni complesse relative alla lesione della vita privata e dei diritti di immagine dei bambini. L'inclusione della CNIL nel testo normativo indica che, nel contesto specifico della protezione dati personali, il minore potrebbe richiedere l'intervento anche di questo organismo.

<sup>89</sup> J. Labasse, *La diffusion d'images d'enfants est désormais expressément encadrée par la loi*, consultabile su [https://www.eff.fr/actualite/diffusion-images-enfants-expressivement-encadree-loi\\_fd4e57565-9418-498c-9602-d1b6b17670b0#:~:text=Par%20Julie%20LABASSE&text=La%20loi%20du%2019%20f%C3%A9vrier,en%20vigueur%20le%2021%20f%C3%A9vrier](https://www.eff.fr/actualite/diffusion-images-enfants-expressivement-encadree-loi_fd4e57565-9418-498c-9602-d1b6b17670b0#:~:text=Par%20Julie%20LABASSE&text=La%20loi%20du%2019%20f%C3%A9vrier,en%20vigueur%20le%2021%20f%C3%A9vrier).

entrambi i genitori<sup>90</sup>. Ed inoltre, anche il riferimento al giudice degli affari di famiglia (JAF) non è stato ritenuto, poi, così innovativo, poiché il rinvio a detto giudice era consentito dall'articolo 373-2-6 del codice civile in caso di disaccordo dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Con riguardo al diritto all'oblio, si è osservato che il potere di intervento della CNIL in caso di violazione grave e immediata era pure già contemplato (legge 78-17 del 1-6-1978 art. 21-IV). Un *vulnus* si individua, invece, nella mancata considerazione di quelle ipotesi, non infrequenti, di diffusione delle foto dei bambini da parte di familiari o amici, poiché il testo normativo ricollega la protezione dell'immagine di un bambino esclusivamente all'*autorité parentale* e, quindi, alla esclusiva responsabilità dei genitori. Questi rilievi critici, seppure non privi di pregio, trascurano di considerare, però, la vocazione della legge in discorso che, come si evince dalle parole del suo stesso relatore all'Assemblea Nazionale, è primariamente educativa<sup>91</sup>, e ruota intorno ad uno scopo basilare e cioè sensibilizzare i genitori – quali protettori e, al contempo, “gestori” dell'immagine dei figli - a sottrarsi alla tentazione della diffusione virale delle immagini dei minori (smania talvolta alimentata anche dal potenziale guadagno derivante dal relativo sfruttamento) per privilegiare la protezione della loro vita privata. Del resto, la graduazione delle misure contemplate e che possono essere adottate in caso di abuso dei diritti d'immagine del bambino da parte dei genitori riflette la detta vocazione pedagogica della legge, la quale, nella sua sinteticità, assegna un posto assolutamente prioritario alla tutela dei diritti di immagine dei minori, ed esprime la sua piena coerenza al principio che la prima responsabilità dei genitori è quella di proteggere il bambino ed i suoi interessi.

#### *6. Brevi riflessioni conclusive*

La vita sociale digitale si configura, oggi, come un'estensione irrinunciabile della vita sociale fisica e fa parte integrante del processo di socializzazione della persona. La crescente utilizzazione delle piattaforme digitali, tuttavia, ha determinato un evidente mutamento dei rapporti fra gli utenti e la rete, al punto da generare negli utenti un “falso senso di intimità”<sup>92</sup> con i *social media* e una certa confusione relativamente alla concezione di ciò che è pubblico e ciò che è privato<sup>93</sup>. La disamina che precede, in

---

<sup>90</sup> Cfr. Court Appel Versailles 9-11-2003 n° 02/03372; Court Appel Versailles 25- 6-2015 n° 13/08349 e Court Appel Paris 9-2-2017 n° 15/13956.

<sup>91</sup> La finalità pedagogica perseguita dalla legge è stata ben evidenziata nella citata relazione di accompagnamento della proposta di legge che espressamente discorre della sua funzione “educativa prima che repressiva o sanzionatoria”.

<sup>92</sup> Sul punto cfr., A. Kuczerawy, F. Coudert, *Privacy settings in social networking sites: is it fair?* in S. Fischer-Huber, P. Duquenoy, M. Hansen, R. Leenes, G. Zhang, (a cura di), *Privacy and Identity Management for Life*, 2010, IFIP Advances in Information and Communication Technology, vol. 352, Springer, Berlino, Heidelberg, p. 231 ss. consultabile su [https://doi.org/10.1007/978-3-642-20769-3\\_19](https://doi.org/10.1007/978-3-642-20769-3_19)

<sup>93</sup> Così, S. Volpato, *Il fenomeno dello sharenting nel nuovo paradigma dei rapporti genitoriali*, in *Anales de la Facultad de Derecho*, 33, dicembre 2016, p. 98.

particolare, ha posto in rilievo come il fenomeno dello *sharenting* comporti da parte dei genitori – i quali sono spesso privi di un’adeguata educazione digitale - una scarsa attenzione alla tutela della vita privata dei propri figli nonché la sottovalutazione di tutti gli innumerevoli rischi ad essa correlati e aventi una grave incidenza sulla loro identità digitale e, quindi, sulla corretta formazione della loro personalità. La giurisprudenza che si è formata intorno a questa diffusa pratica, la quale si situa al crocevia tra la libertà di espressione *on line*<sup>94</sup> dei genitori e l’interesse superiore del bambino, ha mostrato, altresì, come essa ponga, sempre più di frequente, i diritti di immagine dei bambini al centro di un conflitto di interessi guidato, talvolta, dal richiamo della monetizzazione o da motivazioni più narcisistiche degli stessi esercenti la responsabilità genitoriale. Ne consegue che la protezione del minore in seno al contesto digitale necessita, oggi, di ulteriori e più specifiche garanzie con riguardo sia alle attività svolte direttamente da questi (come, ad esempio, l’iscrizione fatta ad un *social network*), ma anche rispetto ad attività attinenti la sua persona e poste, però, in essere nella rete da altri soggetti (genitori *in primis*, ed anche terzi). Per il minore sprovvisto di discernimento, in particolare, i genitori sono chiamati a operare, fuori e dentro il contesto digitale, le scelte in conformità al suo interesse, inteso sia in termini astratti (*best interest of the children*) sia in termini concreti (*best interest of the child*)<sup>95</sup>. La richiamata legge francese n. 2024-120 del 19 febbraio 2024 e la proposta di legge italiana del 21 marzo 2024 che ad essa si ispira, nel caso precipuo della pubblicazione di immagini del minore, individuano tra le soluzioni più conformi al detto *best interest of the children* la richiesta del consenso di entrambi gli esercenti la responsabilità genitoriale ed anche il suo coinvolgimento in base alla sua età e al suo grado di maturità. Indubbiamente, oltre alle

---

<sup>94</sup> Sul tema, si v. M. Ciancimino, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2022, p. 370 il quale sottolinea che «(l)a libertà di esprimersi *online* è continuamente oggetto di un processo specifico di adattamento, giacché l’uso del web, se, da un lato, è in grado di amplificare sia le possibilità materiali dell’individuo che la portata applicativa dei suoi diritti fondamentali, dall’altro lato, proprio per tali ragioni, può condurre con maggiore frequenza ad un conflitto fra interessi e valori costituzionalmente rilevanti». In argomento, v. anche P. Costanzo, *Internet* (diritto pubblico), in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche), Appendice*, Utet, Torino, 2000, p. 357 ss.; M. Bianca, *Il bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. La peculiarità della lesione dei diritti attraverso i social networks*, in M. Bianca, A. Gambino e R. Messinetti (a cura di) *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, Milano, 2016, p. 11 ss.

<sup>95</sup> Sulla sovrapposizione di significati che si verifica frequentemente, almeno nei paesi dell’Europa continentale, nell’uso delle locuzioni «interesse del minore», «superiore interesse del minore», ovvero in lingua inglese (dalla quale la locuzione italiana trae origine) «best interests of the child», cfr. L. Lenti «*Best interests of the child*» o «*best interests of children*» in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 2010, p. 157 ss. che precisa come detta locuzione, posta al singolare («minore», «child»), si riferisce all’interesse del singolo minore, nel concreto del caso che lo riguarda; ma viene anche da tempo impiegata, e sempre più spesso, come se fosse invece posta al plurale («minori», «children»), cioè come se si riferisse in via generale e astratta al bene complessivo dell’età infantile e adolescenziale e quindi all’affermazione e alla tutela in via astratta e generale dei loro interessi, vale a dire dei diritti di tale fascia di età.

indicate soluzioni normative volte a mediare lo scontro tra esigenze di tutela opposte - come la tutela della privacy e del benessere psico-fisico del minore con altri diritti altrettanto fondamentali, quali la libertà di espressione e il diritto d'impresa nella rete -, occorre, al fine di un più corretto esercizio della responsabilità genitoriale, una nuova alfabetizzazione digitale che coinvolga maggiormente i genitori<sup>96</sup>, atteso che, per comporre un giusto bilanciamento tra opportunità e rischi del *web*<sup>97</sup>, essi non possono più prescindere da una conoscenza solida e adeguata delle piattaforme mediali e di tutte quelle tecnologie in grado di condizionare assiduamente il contesto in cui i propri figli crescono.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The last decades have seen a significant increase in the adoption of digital media within the family unit with the incorporation of different everyday practices such as the use of forums, sites, and apps, as well as the excessive sharing by parents of identifying information of their underage children.

The latter practice - known as 'sharenting' (from the crasis of 'to share' and 'parenting') - gives rise to the pre-constitution of a 'social-digital' image of the child destined to remain indefinitely on the web, and violates the child's privacy by exposing him or her to multiple risks, such as deep-fake scams, online identity theft, grooming, child pornography, etc.

To curb a phenomenon of such pervasive scope - which, even if it is explicative of parents' freedom of expression, integrates an illegitimate interference in the child's right to build his or her own identity protected from third party incursions - requires, first of all, to examine, at national and supranational level the adequacy of the current legal instruments protecting the child's privacy in the digital context and also implies looking at other legal experiences such as the French one, where the legislator has

---

<sup>96</sup> Sulla necessità di rimeditare i confini dell'educazione digitale, si v. F. Ferrandi, *Il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali del minore al tempo del web 2.0: nuovi orizzonti di valutazione della responsabilità genitoriale*, cit., p. 48.

<sup>97</sup> Sul punto, si v. V. Roppo, *Il diritto delle comunicazioni di massa oggi in Italia*, in V. Roppo (a cura di), *Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*, Padova, 1985, p. 21, il quale già tempo fa, in riferimento alle moderne tecnologie di comunicazione, rilevava come «questi mezzi si presentano connotati da una intrinseca ambiguità: per un verso essi possono moltiplicare le *chances* di espressione per individui e gruppi, possono arricchire i canali di conoscenza disponibili per essi, e in questo modo operare come strumento di diffusione del potere e di espansione della democrazia; per altro verso espongono individui e gruppi a rischi, tutt'altro che immaginari, di possibili abusi da parte di chi controlla questi nuovi mezzi informativi; se non, come qualcuno denuncia, di possibili torsioni autoritarie della stessa organizzazione politico-sociale».



Lucia Miglietti

*La sovraesposizione digitale dei minori ed i suoi effetti*

recently intervened (by modifying the relevant codified notion of parental authority) in order to contain this pervasive phenomenon.

**KEYWORDS:** Social media - under age – sharenting – risks – privacy

\*\*\*

**Lucia Miglietti** – Dottoressa di ricerca in Impresa, Stato e Mercato, Università della Calabria (lucia.miglietti@unical.it)

**Alcune riflessioni sul contenzioso climatico a partire  
dal Giudizio Universale e dal caso  
KlimaSeniorinnen.  
Quale dimensione assume  
il principio di separazione dei poteri?\***

*Riccardo Mazza*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Contenzioso climatico e canoni processuali: questioni problematiche alla base del Giudizio Universale – 3. La crisi climatica tra diritti fondamentali e revisione costituzionale: davvero non c'è giurisdizione per il giudice civile? – 4. Il principio di separazione dei poteri nel delicato rapporto tra scienza e discrezionalità politica. Le (deboli) motivazioni del Tribunale di Roma – 5. Il caso *KlimaSeniorinnen*... – 5.1. ...tra profili processuali... – 5.2. ...e profili sostanziali – 6. L'impatto della sentenza *KlimaSeniorinnen*: una prospettiva per il contenzioso climatico in Italia.

*1. Introduzione*

Con sentenza n. 3552 del 26 febbraio 2024, il Tribunale civile di Roma ha dichiarato inammissibile il primo contenzioso climatico italiano, meglio noto come Giudizio Universale<sup>1</sup>.

La causa era stata instaurata nel giugno 2021 da una ventina di associazioni ambientaliste e quasi duecento persone fisiche (tra cui anche minorenni rappresentati dai genitori), le quali, sostenendo che la perdurante violazione dei doveri di protezione del sistema climatico e la conseguente lesione dei «diritti fundamentalissimi della persona umana»<sup>2</sup> integrassero una responsabilità climatica dello Stato<sup>3</sup>, avevano

---

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

<sup>1</sup> Per una sintesi della causa si v. L. Saltalamacchia, R. Cesari, M. Carducci, "Giudizio Universale". *Quaderno di sintesi dell'azione legale*, 5 giugno 2021, in [www.giudiziouniversale.eu](http://www.giudiziouniversale.eu), p. 1 ss. Per alcuni commenti, invece, antecedenti all'emissione della sentenza, cfr. L. Butti, *Il contenzioso sul cambiamento climatico in Italia*, in [RGA online](http://RGAonline), 2021, p. 1 ss., P. Pustorino, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in [Rivista OIDU](http://RivistaOIDU), 2021, p. 596 ss., G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in [Persona e Mercato](http://Persona e Mercato), 2021, p. 469 ss., A. Vitale, *Il caso "giudizio universale" di fronte al Tribunale di Roma. Una breve riflessione sulle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio sulle fonti), 2022. Una ampia raccolta dottrinale sul tema è reperibile al sito [www.contenziosoclimaticoitaliano.it](http://www.contenziosoclimaticoitaliano.it).

<sup>2</sup> Atto di citazione, p. 15.

<sup>3</sup> Gli attori, in particolare, riconducevano l'asserita responsabilità statale alla fattispecie dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c. ovvero, in subordine, a quella dell'illecito da cose in custodia ex art. 2051 c.c.

domandato, a titolo di risarcimento, l'adozione di un provvedimento che obbligasse quest'ultimo a porre in essere tutte le misure necessarie ad abbattere, entro il 2030, le emissioni di gas serra del 92%<sup>4</sup> rispetto ai livelli preindustriali<sup>5</sup>.

Il cuore della sentenza risiede nel passaggio in cui il Tribunale spiega che «la tutela risarcitoria ex art. 2043 e 2051 c.c.», così come invocata dagli attori, «non rientra nel novero degli interessi soggettivi giuridicamente tutelati», in quanto le decisioni relative alla gestione del cambiamento climatico comportano valutazioni discrezionali riservate alla «sfera di attribuzione degli organi politici» che, come tali, non sono sanzionabili in sede giurisdizionale<sup>6</sup>. Secondo il Giudice capitolino, infatti, un provvedimento di accoglimento delle conclusioni prospettate dagli attori si sarebbe posto «in violazione di un principio cardine dell'ordinamento rappresentato dal principio di separazione dei poteri»<sup>7</sup>. Per questi motivi ha concluso dichiarando il proprio difetto assoluto di giurisdizione<sup>8</sup>.

Il 9 aprile 2024, appena un mese più tardi della sentenza italiana, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Grande Camera), nell'ambito del caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland, ha adottato la sua prima pronuncia in tema di cambiamento climatico: adita dall'associazione Anziane per il clima Svizzera (appunto, la KlimaSeniorinnen Schweiz) e da quattro cittadine che denunciavano la mancata adozione da parte delle autorità statali di misure idonee a proteggere i loro diritti fondamentali alla vita e al rispetto della vita privata e familiare minacciati dagli effetti nocivi del cambiamento climatico, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato lo Stato svizzero responsabile della violazione dell'art. 8 della Convenzione per non aver rispettato gli obblighi di riduzione delle emissioni di gas climalteranti.

Due esiti diametralmente opposti, quindi, quelli raggiunti dal Tribunale di Roma, da un lato, e dalla Grande Camera, dall'altro, i quali, seppur resi da corti profondamente diverse, offrono l'occasione, stante la novità delle questioni per la prima volta sottoposte alla loro cognizione, per riflettere su alcune vicende generali che

---

<sup>4</sup> Come evidenziato ne *La causa giudizio universale. L'atto di citazione spiegato ai cittadini*, in [www.giudiziouniversale.eu](http://www.giudiziouniversale.eu), la percentuale «è ottenuta tenendo conto delle responsabilità storiche dell'Italia nelle emissioni clima-alteranti e delle capacità tecnologiche e finanziarie attuali, in conformità ai principi di equità e di responsabilità comuni ma differenziate che caratterizzano il diritto climatico. Tali principi sono fondamentali nel calcolo della “quota equa” (il cosiddetto *fair share*, ovvero il giusto contributo di riduzione) che ogni Stato è tenuto a garantire per contribuire in maniera equa al raggiungimento dell'obiettivo dell'Accordo di Parigi».

<sup>5</sup> Gli attori, in via ulteriormente subordinata, avevano chiesto che venisse accertata la responsabilità da contatto sociale qualificato dello Stato italiano e, per l'effetto, che venisse condannato a conformare il Pniec (Piano nazionale integrato energia e clima) alle disposizioni idonee a realizzare l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali di CO<sub>2</sub> nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990.

<sup>6</sup> Trib. Roma, sez. civ. II, 26 febbraio 2024, n. 3522, p. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Con riferimento alla domanda relativa al Pniec, invece, ha dichiarato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, afferendo, la questione sollevata, alla legittimità di un atto amministrativo. *Ivi*, p. 14.

contraddistinguono il tema dei contenziosi climatici nell'ordinamento italiano, nonché per interrogarsi sulle prospettive del grado d'appello cui sarà sottoposto il Giudizio Universale.

Il contenzioso climatico<sup>9</sup>, infatti, quale «tipo speciale di lite strategica in materia ambientale» il cui oggetto è «direttamente o indirettamente connesso al cambiamento climatico»<sup>10</sup>, risente, nel nostro ordinamento, di alcune patologie a livello processuale che ne rendono difficoltosa l'instaurazione.

Una preliminare analisi di tali questioni, allora, si rende necessaria al fine di poter adeguatamente inquadrare il Giudizio Universale nel contesto della disciplina processuale italiana e, al contempo, rapportarlo ad altri contenziosi climatici europei che, invece, si sono conclusi con pronunce di accoglimento delle domande avanzate dai ricorrenti. In questo modo sarà possibile indagare la motivazione assunta dal Tribunale di Roma e comprendere, ampliando il campo d'indagine, se e come la sentenza che ha deciso il caso KlimaSeniorinnen potrà fornire impulso alle corti italiane per il riconoscimento di un nuovo, ma dai contorni ancora sfumati, “diritto al clima”.

## *2. Contenzioso climatico e canoni processuali: questioni problematiche alla base del Giudizio Universale*

È fisiologico che una domanda – come quella che ha fondato il Giudizio Universale – tesa all'adozione di un provvedimento di condanna nei confronti dello Stato ad agire per il perseguimento di un determinato obiettivo imponga delle riflessioni sul tema della separazione dei poteri.

D'altronde, il fenomeno del contenzioso climatico nasce in massima parte come reazione all'inerzia dei decisori politici nell'assunzione di misure volte a fronteggiare

---

<sup>9</sup> Nella oramai vastissima bibliografia sul tema, si v. W. Kahl - M. P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation, A Handbook*, München, 2021, I. Alogna - C. Bakker - J. P. Gauci (eds.), *Climate Change Litigation*, Leiden-Boston, 2021, J. Peel - H. M. Osowsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Clean Energy*, Cambridge, 2015, F. Sindico - M. M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021, C. Cournil (ed.), *Les grandes affaires climatiques*, Aix-en-Provence, 2020, S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental constitutionalism in the Anthropocene. Values, principles and action*, London-New York, 2022, p. 409 ss. Per alcuni studi recenti sulla *climate change litigation* svolti a partire, rispettivamente, dal *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review* curato dallo *United Nations Environment Programme* (UNEP), e dalla specifica questione intergenerazionale, si v. A. Pisanò, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici «propriamente» strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 3 ss., e L. Serafinelli, *Il dialogo tra responsabilità civile e diritti fondamentali per l'affermazione di una giustizia climatica intragenerazionale in ottica intersezionale dalla youth-led climate litigation alle esigenze delle nuove classi subalterne climatiche*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 29 ss.

<sup>10</sup> Così definisce il contenzioso climatico G. Schinaia, *Le “Climate litigations”. La nuova lotta per il Pianeta si fa nelle aule dei tribunali*, in *Avvenire*, 16 febbraio 2021. Richiama tale definizione anche L. Del Corona, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull’“Affaire du siècle”*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2021, p. 327.

adeguatamente il cambiamento climatico<sup>11</sup>, sicché le questioni relative al principio di separazione dei poteri, unitamente a quelle afferenti alla legittimazione ad agire degli attori, divengono ricorrenti in questa tipologia di lite.

Proprio sotto il versante processuale, in particolare, l'assenza, nel nostro ordinamento, di una disciplina ad hoc che attribuisca, da un lato, ai membri della collettività una particolare legittimazione a far valere una pretesa di interesse pubblico, quale è quella alla conservazione del sistema climatico, e, dall'altro, alle corti una specifica giurisdizione a conoscere simile tipologia di pretesa, rappresenta un fattore particolarmente problematico, soprattutto rispetto alla scelta dell'azione processuale da esperire per l'instaurazione di contenziosi climatici.

A ben vedere, infatti, il diritto processuale italiano è fortemente ispirato a una logica soggettivistica che, quale diretta conseguenza dell'istituto dell'interesse ad agire, impone a chi ricorre in giudizio di dimostrare, sempre, di essere titolare di una posizione giuridica autonoma e differenziata da quella degli altri consociati<sup>12</sup>; ciò, tuttavia, mal si concilia con la natura diffusa<sup>13</sup> che, invece, caratterizza l'interesse alla

---

<sup>11</sup> Efficace, in questo senso, è l'espressione utilizzata da B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico - M. M. Mbengue (eds.), *op. cit.*, p. 597, e ripresa anche da S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico" attraverso i formanti giudiziale e forense*, in [DPCE online](#), numero speciale, *I sistemi normativi post-vestfaliani*, 2021, p. 1035, secondo la quale il contenzioso nasce con l'obiettivo di ottenere una «*regulation through litigation*». L. Butti - S. Nespor (con F. Boezio - E. Maschietto - F. Peres), *Il diritto del clima*, Milano, 2022, p. 233, sostengono che il contenzioso climatico è «il tentativo di ottenere per via giudiziaria migliori politiche ambientali dai Governi o dalle grandi aziende». Analogamente, A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2023, p. 58, afferma che «il contenzioso climatico ha ad oggetto l'obbligazione climatica, ossia l'obbligo degli stati (e in alcuni casi delle imprese) di stabilizzare i gas serra ed evitare ulteriori interferenze negative dell'uomo sulla natura, riducendo le emissioni e adottando provvedimenti di mitigazione, al fine di rispettare i target internazionalmente condivisi, secondo una logica di responsabilità differenziata verso il pianeta e i suoi abitanti». M. Carducci, *La riserva dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in [DPCE online](#), 2020, p. 1357 rileva che con la sua diffusione, il contenzioso climatico ha assunto anche altri scopi. Sul punto, l'A. evidenzia che oggi, «per aversi "contenzioso climatico" non si deve necessariamente sottoporre a giudizio l'obbligazione climatica né atti o fatti considerati illeciti per il loro concorso agli effetti catastrofici del cambiamento climatico. Può essere, e il più delle volte è, altro: un determinato atto da impugnare; un determinato evento da eccepire come fatto illecito; un determinato comportamento ritenuto negligente; un determinato interesse pretermesso da un determinato procedimento; un determinato impatto; insomma altro, al cui interno il clima assurge ad "argomento" di rafforzamento della pretesa giudiziale, non invece a oggetto unico e assorbente del giudizio». Sul ruolo dei contenziosi climatici, sia consentito il richiamo anche di Y. Guerra - R. Mazza, *Climate change litigation: riflessioni comparate alla luce dell'affaire du siècle*, in S. Lanni (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del Convegno SIRD. Milano 22 aprile 2022*, Torino, 2022, p. 5-6.

<sup>12</sup> Ciò rappresenta un precipitato dell'art. 24 Cost. in base al quale «[t]utti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

<sup>13</sup> In generale, sul tema degli interessi diffusi si v. *ex multis*, M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, p. 7 ss., G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IX, 1993, p. 609 ss., G. Alpa, *Interessi diffusi, una categoria rivisitata*, in *Economia e diritto del terziario*, 2014, p. 167 ss., R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale*

tutela del sistema climatico (così come, più in generale, quello alla tutela dell'ambiente), la quale, come tale, implica una simultanea riferibilità dell'interesse stesso a tutti o a una parte della collettività (c.d. natura adespota dell'interesse diffuso<sup>14</sup>).

Tale è la ragione per cui, nel nostro ordinamento, istanze di tutela dell'ambiente hanno trovato voce prevalentemente nell'ambito del contenzioso amministrativo, attraverso l'iniziativa delle associazioni ambientaliste, le quali, in ossequio agli artt. 13 e 18, co. 5, della l. n. 349/1986 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale), sono gli unici soggetti cui è affidata la legittimazione ad agire in campo ambientale – al ricorrere di determinati requisiti e previo riconoscimento mediante decreto ministeriale<sup>15</sup> – per domandare l'annullamento di un atto ritenuto illegittimo.

Infatti, il carattere rappresentativo dell'associazione, ente esponenziale che riflette gli interessi di una comunità determinata nel tempo e nello spazio, fa sì che l'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente si trasformi in interesse collettivo per mezzo di un processo di "soggettivizzazione" «in capo all'ente esponenziale costituito per la tutela degli interessi comuni del gruppo»<sup>16</sup>, cui consegue la perdita, da parte dell'ambiente, della natura adespota e l'acquisizione, invece, delle caratteristiche tipiche dell'interesse legittimo<sup>17</sup>.

---

*amministrativo*), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, 1993, p. 481 ss., N. Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, 1987, p. 1112 ss.

<sup>14</sup> R. Ferrara, *op. cit.*, p. 486, G. Alpa, *Interessi diffusi*, cit., p. 610.

<sup>15</sup> L'art. 13 della l. n. 349/1986 subordina il menzionato riconoscimento alla verifica del «carattere nazionale» dell'associazione o della sua presenza «in almeno cinque regioni», previo, comunque, accertamento delle «finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna» e sentito il «parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta».

<sup>16</sup> Così il T.a.r. Lombardia, sez. III, 18 luglio 2019, n. 1661, par. 8.1.2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, par. 32, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale ha aggiunto che la teoria dell'interesse collettivo ha condotto al «meritorio risultato di consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale a una vasta platea di interessi meta-individuali, spesso corrispondenti a primari valori costituzionali, i quali sarebbero altrimenti rimasti sprovvisti di una protezione adeguata». Sul tema, R. Ferrara, *op. cit.*, p. 485, precisa che la situazione di vantaggio di cui si fa portatore l'ente esponenziale «è, per un verso, astrattamente riferibile a ciascuno degli individui facenti parte del gruppo sociale che si riconosce nel soggetto collettivo, mentre, per altro verso, risulta per così dire sottratta alla sfera di disponibilità del singolo, in quanto si radica, e quasi si appiattisce, presso il soggetto collettivo medesimo che ne diviene l'esclusivo titolare e portatore nel giudizio amministrativo».

<sup>17</sup> A tal riguardo si v. C. Caruso, *Le forme di partecipazione: le associazioni ambientaliste*, in B. Caravita - L. Cassetti - A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, p. 297, laddove l'A. precisa che «[t]ali enti [le associazioni ambientaliste] hanno trasformato, tramite la loro struttura organizzativa, gli interessi diffusi – che esprimono istanze indifferenziate di godimento di beni immateriali – in *interessi collettivi*, situazioni soggettive a titolarità definita dall'autonomo rilievo giuridico. L'interesse diffuso, riflesso dei bisogni di una collettività indeterminata, viene così istituzionalizzato e differenziato, perché riferito a un'organizzazione esponenziale di una comunità storicamente situata, che persegue la conservazione di un ecosistema localizzato nello spazio e nel tempo».

Peraltro, negli anni, la stessa giurisprudenza amministrativa<sup>18</sup> è intervenuta ad ampliare il novero dei soggetti legittimati ad agire in campo ambientale, progressivamente riconoscendo l'esistenza di un «doppio binario»<sup>19</sup> di accesso al giudice. Accanto al criterio legale, infatti, è stato individuato anche un «criterio giudiziale»<sup>20</sup> che ha affidato l'esperibilità dell'azione di annullamento anche alle associazioni non espressamente riconosciute (nonché ai singoli persone fisiche), purché in grado di dimostrare l'esistenza di uno stabile collegamento con il territorio ove l'attività dell'ente è svolta e per il quale si intende ottenere tutela (c.d. vicinitas)<sup>21</sup>.

Si comprende, allora, il senso della direzione assunta dal legislatore e, successivamente, dalla giurisprudenza: in assenza di «azioni legali concesse ai singoli per la tutela di beni appartenenti alla collettività»<sup>22</sup> si è tentato di assimilare l'ambiente alla categoria dell'interesse legittimo, rendendo, così, possibile la sua azionabilità in sede amministrativa<sup>23</sup>.

Ciononostante, la necessità di dimostrare l'esistenza di uno stabile collegamento con il territorio interessato dall'atto ritenuto illegittimo continua a rendere difficoltosa l'instaurazione di contenziosi di portata nazionale, agevolando, invece, quella di cause aventi ad oggetto porzioni circoscritte di territorio. Inoltre, lo stesso art. 18 co. 5, della l. n. 349/1986, che legittima ad agire esclusivamente in annullamento e solo in sede amministrativa, preclude la possibilità di portare all'attenzione del giudice un'omissione delle pubbliche autorità, ponendosi, in quest'ottica, in frizione con quanto sancito dall'art. 9, co. 3, della Convenzione di Aarhus (in tema di accesso alle informazioni, partecipazione del pubblico ai processi decisionali e accesso alla giustizia in materia ambientale), il quale stabilisce che le parti contraenti provvedono «affinché i membri del pubblico» possano, non solamente impugnare gli atti ritenuti illegittimi, ma anche «contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale».

Proprio in ragione di tale impianto processuale sembra spiegarsi la scelta, da parte dei promotori del Giudizio Universale, dello strumento utilizzato per incardinare il contenzioso: essi, infatti, al fine di superare questa impasse, ma allo stesso tempo rispettare il «soggettivismo» discendente dai canoni processuali posti dall'ordinamento interno, hanno adattato un'azione tipicamente civilistica, quella per il risarcimento del

---

<sup>18</sup> Si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2020, n. 3922; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6, cit., *Diritto*, par. 2.3.

<sup>20</sup> C. Caruso, *Le forme di partecipazione*, cit., p. 305. Cfr., altresì, F. Scalia, *La giustizia climatica*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2021, p. 289-299.

<sup>21</sup> Sul tema, sia consentito richiamare R. Mazza, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste a partire dall'«affaire du siècle» francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, 2021, p. 132 ss. e Y. Guerra - R. Mazza, *Climate change litigation*, cit., p. 13 ss.

<sup>22</sup> M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015, p. 1, nt. 1.

<sup>23</sup> Si v. in proposito, M. Nigro, *op. cit.*, p. 17: «[l]a «individualità» dell'interesse ne fa un interesse legittimo di tipo puro e comporta la tutelabilità piena di esso avanti la giurisprudenza amministrativa».

danno da fatto illecito e del danno cagionato da cose in custodia, ad una questione innatamente superindividuale, cercando, in questo modo, di soggettivizzarla e trattenerla, quindi, nei confini tracciati dal diritto processuale.

La preferenza per l'azione risarcitoria, peraltro, pare rispondere anche e soprattutto alla volontà di dare continuità e uniformità al trend avviato da alcuni rilevanti precedenti europei in tema di cambiamenti climatici, ove l'adozione di un provvedimento in grado di obbligare più o meno direttamente le autorità nazionali era stata chiesta proprio come rimedio riparatorio dei danni (anche potenziali) lamentati dai ricorrenti in conseguenza del mancato rispetto del dovere statale di attivarsi per fronteggiare in maniera efficace il cambiamento climatico.

Il riferimento è al caso *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*<sup>24</sup> e al caso *Notre Affaire à Tous and Others v. France* (anche noto come *affaire du siècle*)<sup>25</sup>, entrambi definiti da una sentenza di condanna nei confronti dello Stato ad adottare tutte le misure necessarie per abbattere in maniera considerevole le emissioni di gas climalteranti<sup>26</sup>. A questi due, ha fatto seguito il caso tedesco, di legittimità costituzionale, *Neubauer et al. v. Germany* che si è concluso con l'adozione di una

---

<sup>24</sup> Il contenzioso rappresenta il primo esempio europeo in tema di cambiamento climatico. Come osservato da S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., p. 1036, esso è divenuto ben presto «vero e proprio modello di litigio strategico» cui ispirarsi, nonché «oggetto di circolazione giuridica tanto a livello giurisprudenziale, quanto rispetto al formante forense». W. Kahl - M. P. Weller (eds.), *op. cit.*, p. 8, lo definiscono come «*the most prominent case*» in materia climatica. Similmente, L. Butti - S. Nespore (con F. Boezio - E. Maschietto - F. Peres), *Il diritto del clima*, cit., p. 233, lo ritengono il «caso pilota» ed aggiungono che nelle azioni giudiziari sul clima, «l'Olanda ha fatto da apripista» (p. 237). Tra i numerosi commenti al caso si v., altresì, E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in [Federalismi.it](#), 2021, p. 66 ss., M. Morvillo, *Climate Change Litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 maggio 2019, p. 1 ss., J. Van Zeben, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?*, in *Transnational Environmental Law*, 2015, p. 339 ss., A. Nollkaemper - L. Burgers, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, in [EJIL: Talk!](#), 6 gennaio 2020, M. F. Cavalcanti - M. J. Terstegge, *The Urgenda Case: the dutch dath towards a new climate constitutionalism*, in [DPCE online](#), 2020, p. 1371 ss.

<sup>25</sup> Su tale contenzioso si v. i commenti di L. Duboua-Lorsch, *Francia, un Tribunale condanna "per non aver agito contro il cambiamento climatico"*, in [www.eurocativ.it](#), 4 febbraio 2021, L. Del Corona, *op. cit.*, p. 327 ss., A. Van Lang, *L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'Etat*, in *RFDA*, 2019, p. 652 ss., C. Cournil - A. Le Dyllo - P. Mougeolle, *Notre affaire à tous et autres c. l'État français*, in C. Cournil (ed.), *Les grandes affaires climatiques*, cit., p. 223 ss., C. Cournil - M. Fleury, *De «l'Affaire du siècle» au «casse du siècle»? Quand le climat pénètre avec fracas le droit de la responsabilité Administrative*, in [La Revue des droits de l'homme](#), 6 dicembre 2021, p. 1 ss. Sia consentito, altresì, il rinvio a Y. Guerra - R. Mazza, *Climate change litigation*, cit., p. 3 ss., e a R. Mazza, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, cit., p. 121 ss.

<sup>26</sup> In particolare, il caso *Urgenda* è stato deciso in via definitiva dalla Corte Suprema olandese nel 2019, la quale ha accertato la responsabilità dello Stato per inadempimento climatico e lo ha condannato all'adozione di tutte le misure necessarie al fine di ridurre di almeno il 25% entro il 2020 le emissioni di gas serra. Il caso *affaire du siècle*, invece, è stato definito nel 2021 dal Tribunal Administratif de Paris, il quale, dopo aver dichiarato lo Stato francese responsabile per aver contribuito a determinare il *préjudice écologique*, lo ha condannato ad adottare tutte le misure utili per riparare, entro il 31 dicembre 2022, il danno causato dal superamento dei budget di carbonio avvenuto tra il 2015 e il 2018.



pronuncia con cui è stato intimato al legislatore di adeguare la propria normativa interna sul clima alle esigenze di riduzione dei gas serra<sup>27</sup>.

A ben vedere, però, ad agevolare il positivo esito di queste cause è stata proprio la presenza di un apparato normativo processuale che ha permesso di portare a conoscenza dei giudici questioni che, seppur tese a tutelare situazioni giuridiche soggettive, trascendevano la sola dimensione individuale per aspirare, invece, anche al riconoscimento di un interesse pubblico, quello alla conservazione del sistema climatico, appunto<sup>28</sup>.

In definitiva, dunque, le criticità poste dalle categorie tradizionali che contraddistinguono il sistema processuale italiano<sup>29</sup> restituiscono uno stato dell'arte non esattamente favorevole all'instaurazione di contenziosi climatici, il che, infatti, aveva ingenerato numerosi dubbi sulle positive sorti del Giudizio Universale.

---

<sup>27</sup> Tra le numerose opere dottrinali italiane intervenute a margine della pronuncia si v. quelle di M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in [laCostituzione.info](#), 3 maggio 2021, R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in [laCostituzione.info](#), 30 aprile 2021, R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luis Open*, 28 maggio 2021, R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in [Diritti Comparati](#), 1 luglio 2021, p. 1 ss., M. Pignataro, *Il giudice costituzionale tedesco parla al futuro. La protezione del clima e la sua dimensione internazionale come limite alla discrezionalità legislativa*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 694 ss., A. De Petris, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in [CERIDAP](#), 2021, p. 127 ss., A. Di Martino, *op. cit.*, p. 56 ss. Con riguardo alla dottrina straniera, invece, devono richiamarsi, *ex multis*, i lavori di S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, in *Der Staat*, 2022, p. 73 ss., C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen. Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2021, p. 136 ss., M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitsicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"? – auf Konturensuche*, in *NVwZ*, 2021, p. 917 ss.

<sup>28</sup> Il riferimento, in particolare, è all'art. 3:305a del *Dutch civil code*, il quale ha reso possibile l'instaurazione del caso *Urgenda*; la disposizione attribuisce a qualunque fondazione o associazione con piena capacità giuridica che abbia come oggetto statutario la tutela di interessi specifici, la legittimazione ad agire in giudizio per tutelare «*similar interests of other persons*». Con riguardo all'ordinamento francese, invece, devono menzionarsi l'art. 1248 del *Code civil* e l'art. L.142-1 del *Code de l'environnement*: il primo prevede un'azione tesa a ottenere il risarcimento del danno ecologico (c.d. *préjudice écologique*), esperibile da «*toute personne*» dotate di «*qualité et intérêt à agir*»; il secondo, invece, si rivolge specificamente a quegli enti esponenziali che hanno per oggetto la protezione della natura e dell'ambiente, attribuendo loro la legittimazione ad adire il tribunale amministrativo per qualsiasi reclamo che le riguardi. Il caso *Neubauer*, invece, è stato instaurato grazie al *verfassungsbeschwerde* che, contemplato dall'art. 93, co. 1, n. 4a del *Grundgesetz*, affida a chiunque ritiene di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali la possibilità di adire direttamente il Tribunale costituzionale.

<sup>29</sup> E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico*, cit., p. 85, in termini piuttosto decisi, parla di «inadeguatezza delle categorie tradizionali», ed aggiunge che sfuggono ai rimedi giurisdizionali attualmente previsti «congegni che consentano di agire in giudizio senza la necessaria lesione di un interesse personale, concreto e attuale dell'attore, per ottenere una sentenza che non sia strettamente inerente – e questo sembra essere il punto nodale – alla struttura dualistica della lite, come tradizionalmente concepita».

Ciò, tuttavia, come si approfondirà a breve, non giustifica le motivazioni adottate dal Tribunale di Roma a sostegno della propria pronuncia di inammissibilità, le quali non appaiono comunque esaustive e soddisfacenti. Si badi, non si vuole sostenere che il Giudice capitolino avrebbe dovuto senz'altro accogliere la domanda attorea; piuttosto, si intende argomentare che, alla luce delle controverse questioni di cui i contenziosi climatici, per loro natura, impongono la trattazione, le motivazioni poste alla base della sua decisione si presentano comunque insufficienti ed alquanto lacunose.

In disparte, infatti, la considerazione sul fatto che il Tribunale, con buona pace del criterio di economia processuale, è giunto all'adozione di una decisione di inammissibilità a seguito dell'intero processo di primo grado durato quasi tre anni<sup>30</sup>, la sentenza non ha preso in considerazione alcune questioni fondamentali nell'indagine attorno al difetto di giurisdizione, ovverosia quella relativa alla incidenza che la crisi climatica ha sul godimento delle libertà fondamentali, quella afferente all'intervenuta modifica dell'art. 9 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 1/2022, quella riguardante il rapporto sussistente tra scienza e discrezionalità politica.

### *3. La crisi climatica tra diritti fondamentali e revisione costituzionale: davvero non c'è giurisdizione per il giudice civile?*

Come anticipato, la principale argomentazione posta a fondamento del sintetico percorso motivazionale seguito dal Tribunale di Roma per dichiarare il proprio difetto di giurisdizione afferisce al fatto che il *petitum* sostanziale della domanda attorea, più che nel reale accertamento del diritto a una tutela riparatoria della lesione arrecata a situazioni giuridiche soggettive fondamentali, dovesse individuarsi nella richiesta di un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali.

In questo passaggio, tuttavia, il Tribunale, pur riconoscendo «la oggettiva complessità e gravità»<sup>31</sup> dell'emergenza climatica, non sembra aver sufficientemente considerato che gli effetti collaterali da questa prodotti – scioglimento dei ghiacciai, innalzamento del livello dei mari e conseguenti inondazioni<sup>32</sup>, lunghi periodi di siccità,

---

<sup>30</sup> Sottolinea criticamente la questione L. Cardelli, *La sentenza "Giudizio Universale": una decisione retriva*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info), 11 marzo 2024: «[I]a Sentenza [...] dichiara il difetto assoluto di giurisdizione, ma appunto dopo tre anni ovvero ... dopo che la giurisdizione è stata pienamente esercitata (contro ogni criterio di economia processuale e di evidenza stessa del difetto assoluto)». Evidenzia la problematica anche G. Palombino, *Il "Giudizio universale" è inammissibile: quali prospettive per la giustizia climatica in Italia?*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info), 25 marzo 2024: «il Tribunale non solo afferma di non poter instaurare la giurisdizione, ma lo fa dopo tre anni, altra circostanza peculiare dato che nel considerato in diritto si parla espressamente di un'emergenza e si fa più volte riferimento alla natura intergenerazionale della problematica esaminata».

<sup>31</sup> Trib. Roma, n. 3522/2024, cit., p. 14.

<sup>32</sup> B. Carli, *L'uomo e il clima. Che cosa succede al nostro pianeta?*, Bologna, 2017, p. 72-73, sottolinea che negli ultimi 140 anni lo scioglimento dei ghiacciai e la dilatazione termica dell'acqua oceanica dovuta

drastico peggioramento della qualità dell'aria<sup>33</sup> – stante l'intensità e la diffusione raggiunte, comprimono oggettivamente il godimento delle libertà fondamentali (il diritto alla salute su tutte), sino a mettere in pericolo la sopravvivenza stessa della specie umana sulla Terra<sup>34</sup>.

L'emergenza climatica, peraltro, al fine di essere contenuta, esige un'azione positiva tanto da parte degli individui, attraverso l'adozione di condotte responsabili verso l'ambiente, anche in vista del benessere futuro, tanto da parte delle istituzioni, mediante l'imposizione di misure ambiziose, ma allo stesso tempo ponderate, nella riduzione delle emissioni di gas climalteranti.

La questione era stata ben messa in evidenza nel richiamato contenzioso Neubauer. In quel caso, il BVerfG aveva osservato che l'esercizio di ogni tipo di libertà può essere condizionato dall'imposizione di riduzioni, in quanto quasi tutti gli aspetti della vita umana sono ancora associati all'emissione di gas serra. Per questo motivo, una politica climatica che non distribuisca adeguatamente nel tempo le riduzioni di gas climalteranti mette a repentaglio il normale godimento delle libertà fondamentali<sup>35</sup>, comprese quelle future, sulle quali una simile politica produce quello che il Tribunale costituzionale ha definito un effetto di interferenza anticipata («an advance interference-like effect»<sup>36</sup>).

---

al suo riscaldamento ha causato un aumento di circa 20 cm del livello del mare che, verosimilmente, di questo passo, potrebbe giungere entro fine secolo sino a 60 cm o addirittura sino a un metro.

<sup>33</sup> In proposito, si v. L. Butti - S. Nespore (con F. Boezio - E. Maschietto - F. Peres), *Il diritto del clima*, cit., p. 17, i quali evidenziano che, se per centinaia di migliaia di anni la presenza nell'atmosfera dei gas serra si è mantenuta al livello tendenzialmente costante di circa 280 ppm (parti per milione), a partire dalla Rivoluzione Industriale di fine '700 tale livello ha incominciato a crescere esponenzialmente: si è giunti, così, a 316 ppm nel 1958; nel 2013 è stata superata la soglia dei 400 ppm, e nel maggio 2019 si sono toccati i 415 ppm.

<sup>34</sup> Tale rischio, peraltro, era già stato presentato chiaramente circa 37 anni fa dal [Rapporto Brundtland](#), redatto nel 1987 dalla Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo – WCED (anche noto come rapporto *Our Common Future*), il quale chiariva che «[s]cientists bring to our attention urgent but complex problems bearing on our very survival: a warming globe, threats to the Earth's ozone layer, deserts consuming agricultural land. [...] Environmental degradation, first seen as mainly a problem of the rich nations and a side effect of industrial wealth, has become a survival issue for developing nations».

<sup>35</sup> BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, par. 116-117. Sul punto si è espresso R. Bin, *La Corte tedesca*, cit., il quale, definendo la sentenza tedesca come «rivoluzionaria», ha posto l'attenzione proprio sul fatto che essa «può aprire la porta a una svolta fondamentale della tutela dei nostri attuali diritti in relazione ai mutamenti climatici». Di rilievo, al riguardo, è anche M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate*, cit.: l'A., riprendendo proprio il titolo del suo commento, ha osservato come «le libertà umane siano "climaticamente condizionate" e dipendano dalla custodia permanente del sistema climatico».

<sup>36</sup> Ivi, par. 183 e 187. Si sofferma su questo passaggio A. Di Martino, *op. cit.*, p. 69. C. Franzius, *op. cit.*, p. 144, osserva come la pronuncia metta in luce una «nuova dimensione intertemporale dei diritti fondamentali» e un «nuovo tipo di collegamento tra la dimensione della difesa e quella del dovere di protezione» degli stessi; in proposito, M. Ruttloff - L. Freihoff, *op. cit.*, p. 918, ritengono che l'intertemporalità rappresenti piuttosto una funzione dei diritti fondamentali.

L'impatto della crisi climatica sulle libertà fondamentali era stato evidenziato anche nel caso Urgenda, in cui la Corte Suprema olandese aveva affermato che «[c]limate change threatens human rights» ed aveva aggiunto, peraltro, che proprio al fine di garantire loro un'adeguata protezione, dovrebbe essere possibile invocare tali diritti nei confronti dei singoli Stati qualora non siano adottate adeguate politiche di contrasto<sup>37</sup>.

Ciò posto, dunque, e considerato che nel nostro ordinamento la giurisdizione civile sussiste ogniqualvolta si controverte in ambito di diritti soggettivi, l'argomentazione utilizzata dal Tribunale di Roma a sostegno del difetto di giurisdizione sul presupposto per cui la domanda attorea non riguarderebbe direttamente la tutela di situazioni giuridiche individuali, non sembra reggere fino in fondo.

A ben vedere, infatti, il sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali, più che integrare il *petitum* sostanziale della domanda, pare configurare lo strumento necessario per fornire protezione alle situazioni giuridiche individuali lese attualmente o potenzialmente dalla crisi climatica, sicché, in questo senso, ben potrebbe ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice civile<sup>38</sup>.

In ogni caso, la lacunosità della sentenza trova un ulteriore macroscopico riscontro nel fatto che il giudice romano non ha neppure menzionato la legge costituzionale n. 1/2022 con cui il legislatore, nelle more del processo, è intervenuto ad inserire un terzo comma all'articolo 9 Cost.: «[La Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»<sup>39</sup>.

Tale modifica, ancorché accolta con diversità di vedute in dottrina<sup>40</sup>, sembra possedere una portata innovativa sostanziale: la scelta del legislatore costituzionale di

<sup>37</sup> Netherlands' Supreme Court, 20 dicembre 2019, n. 00135, par. 5.7.9.

<sup>38</sup> In ogni caso, resta inteso che, ammessa la giurisdizione civile, il riconoscimento della tutela risarcitoria dovrebbe, poi, passare per un accertamento nel merito circa la prova dell'esistenza di una obbligazione climatica in capo allo Stato (su cui si tornerà *infra*) e di un danno risarcibile secondo il paradigma del danno-conseguenza previsto dal nostro ordinamento, il cui onere, in ossequio alle regole di cui all'art. 2697 c.c., è posto in capo agli attori.

<sup>39</sup> Più precisamente, la revisione ha coinvolto anche l'art. 41 Cost., il quale, ora, prevede che l'iniziativa economica non possa svolgersi in modo tale da recare danno, tra le altre cose, «alla salute, all'ambiente», mentre, al terzo comma, stabilisce che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali «e ambientali».

<sup>40</sup> Il dibattito sul tema è decisamente ampio. In termini piuttosto aspri si è espresso, ad esempio, T. E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in [federalismi.it](https://federalismi.it), 23 giugno 2021, p. 3, secondo il quale, stante la difficoltà di definire i confini semantici di “ambiente”, “biodiversità” ed “ecosistemi”, la revisione si tradurrebbe in una «formula poco comprensibile» e sostanzialmente superflua. Ha sottolineato le medesime difficoltà definitorie anche R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in [federalismi.it](https://federalismi.it), 2022, p. 196. Piuttosto critica è, altresì, F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in [federalismi.it](https://federalismi.it), 23 giugno 2021, p. 5, la quale ha definito la revisione come un «confuso compromesso al ribasso», frutto dell'incapacità del revisore

collocare l'ambiente nell'ambito dei principi fondamentali, infatti, produce l'effetto di svincolarlo dalla dimensione dell'art. 117 Cost. – unica disposizione della Carta che lo menzionava espressamente e che ne aveva determinato una valorizzazione case by case, tendenzialmente circoscritta ai giudizi di legittimità aventi ad oggetto la violazione del riparto di competenze legislative – per attribuirgli una indipendente rilevanza all'interno di quei doveri generali di tutela che la Repubblica nel suo complesso, e quindi non solo il legislatore, deve adempiere<sup>41</sup>.

In questo quadro, il fatto che un generale dovere di tutela del clima non sia sancito espressamente non significa che debba ritenersi escluso dal nucleo della nuova disposizione, ben potendo essere ricompreso nel dovere di tutela dell'ambiente o

---

costituzionale «di sintetizzare il percorso interpretativo che ha caratterizzato l'articolo 9 in materia ambientale». Altri autori, si sono espressi in termini più moderati, riconoscendo al legislatore costituzionale il merito di aver introdotto elementi di novità – il riferimento espresso all'interesse delle generazioni future, su tutti – mentre, per il resto, hanno criticato la “staticità” della modifica costituzionale. Ad esempio, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, p. 312, ha parlato della revisione costituzionale come di una «“occasione mancata”» per un cambio di passo realmente *green*. In termini analoghi si è pronunciato anche G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, p. 473, il quale ha evidenziato che «la revisione costituzionale sembra qualificare a posteriori i risultati ermeneutici dei giudici delle leggi come eccessivamente estensivi». Differente, invece, è la visione di R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in [Rivista AIC](#), 2023, p. 136, il quale ha affermato che «la riforma costituzionale segna un nuovo inizio, costituito dal fatto che la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi diviene un espresso dovere costituzionale, rispetto al quale non sono possibili cedimenti o passi indietro». Positiva è anche la posizione di A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in Aida Ambiente, *La riforma costituzionale in materia di tutela ambientale*, Napoli, 2022, p. 121: l'A. ha evidenziato «il salto di qualità» compiuto dalla Costituzione italiana con la revisione, la quale «non ha solo dato rilievo formale a beni che sono parte del patrimonio di ogni società ma ha gettato le fondamenta per realizzare un nuovo “contratto sociale” per garantire il valore dell’“essere” in tutte le sue dimensioni e in una cornice di coesistenza integrata di tutte le forme di vita». Sia consentito, altresì, il richiamo a Y. Guerra - R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, p. 139, laddove è stata sostenuta la «portata sostanziale» della revisione: essa, infatti, secondo una prospettiva sostenibile, «manifesta la consapevolezza del legislatore costituzionale della necessità di indirizzare tutti i soggetti dell'ordinamento verso condotte che valutino concretamente gli effetti che le scelte “dell'oggi” possono avere sul domani, e orientate quindi non solo al rispetto di una solidarietà intragenerazionale, ma anche intergenerazionale».

<sup>41</sup> Nel corso dei lavori preparatori alla legge di revisione, si è espresso a favore della introduzione di un generale dovere di tutela ambientale A. Morrone, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica – La tutela dell'ambiente in Costituzione*, in [www.senato.it](#), p. 4: «[d]al punto di vista dei principi costituzionali e del risultato che si vorrebbe conseguire per la protezione dell'ambiente è molto più rilevante la previsione di un dovere di protezione generalizzato, che non il riconoscimento di diritti genericamente rivolti». In termini analoghi si v. anche D. Porena, *Audizione del 24 ottobre 2019 nell'ambito dell'esame dei disegni di legge costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, in [www.senato.it](#), p. 3.

dell'ecosistema, a seconda del significato che si sceglierà di attribuire a tali termini nell'ambito del processo interpretativo della disposizione<sup>42</sup>.

Alla luce di tali premesse, e del principio *iuri novit curia*, allora, appare incomprensibile la mancata menzione della revisione costituzionale ad opera del Tribunale di Roma. Il nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost., infatti, codificando un preciso dovere di tutela ambientale, dal quale discende un fascio di situazioni giuridiche soggettive che necessitano di tutela, avrebbe potuto (e potrebbe) rappresentare il parametro idoneo a fondare il riconoscimento della giurisdizione in capo al giudice civile e, successivamente, una vera e propria obbligazione climatica in capo allo Stato.

Ciò, peraltro, è ancor più vero se si tiene conto di un ulteriore duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, come osservato da alcuni autori, la conquista, per l'ambiente, di uno spazio costituzionale autonomo porta con sé «un cambiamento nella nostra forma di Stato»<sup>43</sup>, o quantomeno un suo aggiornamento: la revisione, invero, inserendo la tutela dell'ambiente tra i principi che conferiscono carattere alla Costituzione<sup>44</sup>, permette, ora, di ragionare e interpretare il diritto anche in termini di «Stato per l'ambiente o Stato ambientale»<sup>45</sup>, con la conseguenza che sia i privati cittadini nell'adozione delle proprie condotte, sia le istituzioni pubbliche nell'esercizio delle

---

<sup>42</sup> Per ora, alcuni commentatori sembrano ascrivere il dovere di tutela del clima a quello di tutela dell'ecosistema. Ad esempio, D. Porena, *Audizione del 24 ottobre 2019*, cit., p. 3, ritiene che la definizione di ambiente, «tesa a considerare il contesto naturale in prospettiva statica, è etimologicamente caratterizzata per sua maggiore vicinanza alle prospettive ed ai bisogni dell'individuo»; quella di ecosistema, «che attinge al lessico delle scienze naturali, è invece orientata a valorizzare la prospettiva dinamica delle interazioni esistenti tra tutti i fattori biotici ed abiotici». Più esplicito, invece, è R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico*, cit., p. 139: «l'inserimento del riferimento agli ecosistemi all'interno dell'art. 9, c. 3, Cost., permette di affermare -in maniera abbastanza piana, credo- che la loro tutela implica la lotta al cambiamento climatico e quindi la tutela del clima. C'è infatti un rapporto di strumentalità e finalizzazione tra ecosistemi e clima: la tutela degli ecosistemi, nelle condizioni attuali, non può non presupporre la tutela del clima e quindi la lotta al cambiamento climatico». Una posizione differente, che sembra ricondurre il dovere di tutela del clima a quello di tutela dell'ambiente, è quella di R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 196, il quale, richiamando la giurisprudenza costituzionale, avvalsa una concezione dell'ambiente che «include necessariamente ogni esigenza di tutela connessa a qualunque risorsa naturale», tanto che la menzione espressa della tutela degli ecosistemi e della biodiversità diverrebbe, secondo l'A., «ultronea».

<sup>43</sup> R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 6 aprile 2022, p. 4.

<sup>44</sup> In questo senso, A. Morrone, *La Costituzione del lavoro e dell'ambiente*, cit., p. 528.

<sup>45</sup> R. Bifulco, *Prmissime riflessioni*, cit., p. 4. In maniera approfondita, sul tema si v. anche ivi, p. 527, ove si osserva che alla revisione deve essere attribuito il «medesimo "valore performativo-trasformativo" della Costituzione scritta cui accede. L'obiettivo della costituzionalizzazione della tutela ambientale è modificare la realtà, conferendo ad essa un ordine normativo diverso e nuovo, non la sua mera recezione sul piano formale». L'A., peraltro, aggiunge che «[l]a costituzionalizzazione dell'ambiente segna una *discontinuità*: può rappresentare un *nuovo inizio*. Se si guarda alla novella con lo sguardo presbite il senso complessivo che se ne trae è la volontà di stabilire un nuovo patto *fondato sull'ambiente*».

rispettive funzioni, compreso quindi il potere giudiziario, devono ispirarsi (a) e, soprattutto, promuovere tale aspetto.

Il secondo, invece, attiene al principio di solidarietà derivante dall'art. 2 Cost., il quale, se già prima della revisione manifestava una certa idoneità a enucleare un dovere di tutela dell'ambiente<sup>46</sup> in virtù della sua attitudine ad ispirare condotte volte alla «realizzazione dell'interesse alieno e perciò del bene comune»<sup>47</sup>, ora, in ragione del nuovo art. 9, co. 3 Cost., si arricchisce di una specifica dimensione ambientale. Proprio da questo rinnovato principio di solidarietà, dunque, pare discendere il dovere di assumere comportamenti orientati alla salvaguardia dell'ambiente, il quale, configurandosi come luogo in cui si estrinseca l'esistenza dell'individuo, esige di essere protetto al fine di favorire quel pieno sviluppo della persona umana che, racchiuso all'art. 3 co. 2 Cost.<sup>48</sup>, rappresenta il telos essenziale della Repubblica e che, in quanto tale, non è solo «un dato da rispettare», bensì «un compito da realizzare»<sup>49</sup> attraverso l'azione delle pubbliche istituzioni, ora anche secondo una prospettiva intergenerazionale.

---

<sup>46</sup> Peraltro, diversi sono gli autori che di tale dovere ricavabile dall'art. 2 Cost. offrono da tempo una lettura in chiave intergenerazionale. Tra i tanti, si v. in particolare R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 139, che definisce l'art. 2 Cost. come un «formidabile fondamento costituzionale per scelte della comunità nazionale dirette a prendere in seria considerazione gli interessi degli uomini del futuro», e D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p. 172, secondo cui «da fonte 'extra positiva'» da cui scaturiscono i diritti cui fa riferimento l'art. 2, «non si identifica [...] con una "concessione" operata dalla collettività organizzata in favore del novero dei soli individui che la compongono ma, piuttosto – per sua natura – finisce per essere rivolta alla protezione della persona come tale ed indipendentemente [...] dalla generazione alla quale, in concreto, essa appartiene».

<sup>47</sup> E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 57. L'interpretazione dell'art. 2 Cost. quale norma di apertura nei confronti del sistema dei doveri è, naturalmente, riconducibile ad A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Roma, 1975, p. 80 ss., il quale, come noto, qualificava tale disposizione come una clausola a fattispecie aperta, ovvero, come norma idonea a immettere nell'ordinamento costituzionale tutte quelle libertà non espressamente menzionate che emergono con l'evoluzione della realtà politico-sociale, con la conseguenza che «nella misura in cui sarà [...] possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà».

<sup>48</sup> Sul combinato disposto degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost., rilevante è Corte cost., 31 dicembre 1993, n. 500. In questa pronuncia, infatti, il Giudice delle leggi, ha parlato di «moderna visione della dimensione della solidarietà», la quale, «costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella uguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce l'art. 3, 2° co., Cost. mentre, per altro verso, mira ad ottenere – non solo dallo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini – la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità» (*cons. in diritto*, par. 5).

<sup>49</sup> A. Barbera, *op. cit.*, p. 90.

4. *Il principio di separazione dei poteri nel delicato rapporto tra scienza e discrezionalità politica. Le (deboli) motivazioni del Tribunale di Roma*

Come anticipato, il tema del rispetto della separazione dei poteri è ricorrente nell'ambito dei contenziosi climatici e, con esso, conseguentemente, quello relativo al rapporto che sussiste tra evidenze scientifiche e discrezionalità del potere politico.

La questione, a ben vedere, viene solitamente invocata dai promotori delle cause climatiche al fine di contrastare la ricorrente eccezione difensiva degli Stati relativa all'insindacabilità della decisione politica sulla definizione delle misure di lotta al cambiamento climatico. Essa si fonda, in genere, sull'assunto per cui le acquisizioni scientifiche di organismi tecnici, da un lato, racchiudono dati che i decisori politici devono tenere in primaria considerazione nella scelta degli strumenti da adottare per fronteggiare il cambiamento climatico e, dall'altro, rappresentano parametri di cui i giudici dispongono per valutarne la sufficienza.

I giudici che hanno deciso i principali contenziosi climatici supra richiamati hanno avallato, più o meno esplicitamente, questa tesi. Così ad esempio, nel caso Urgenda, la Corte Suprema olandese, rifacendosi ai rapporti resi dall'Intergovernmental Panel on Climate Change (Ipcc), ha affermato che lo Stato deve adempire agli obblighi positivi discendenti dagli articoli 2 e 8 della Cedu, tenendo «into account broadly supported scientific insights and internationally accepted standards»<sup>50</sup>. Analogamente, anche il Tribunale costituzionale tedesco, nel caso Neubauer, ha effettuato plurimi richiami ai rapporti dell'Ipcc, precisando, peraltro, che «[t]he IPCC's task is to present the state of scientific research on climate change in a comprehensive and objective manner, thereby providing a basis for science-based decisions»<sup>51</sup>. Ancora, il Tribunale amministrativo di Parigi ha basato l'ingiunzione emessa nei confronti dello Stato sui rapporti e i bilanci resi da una serie di organismi tecnici nazionali, tra i quali quelli del Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (Citepa)<sup>52</sup>, e quelli dell'Haut Conseil pour le climat<sup>53</sup>.

In questo senso, allora, ciò che emerge è una certa tendenza a definire i contenziosi climatici affidandosi (anche) a studi e rapporti di organismi tecnico-scientifici, i quali, nonostante una limitata forza giuridica vincolante (soft law),

---

<sup>50</sup> Netherlands' Supreme Court, 20 dicembre 2019, n. 00135, cit., p. 5.

<sup>51</sup> BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18, cit., par. 17. La rilevanza dei rapporti dell'Ipcc è stata evidenziata anche al par. 16, laddove la Corte ha affermato che «[t]he factual background of anthropogenic climate change, its consequences and the associated risks are described in the assessment reports and special reports published by the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). These reports are considered to be reliable summaries of the current state of knowledge on climate change».

<sup>52</sup> Operatore statale che annualmente realizza, per conto del Ministero della transizione ecologica, un rapporto sullo stato delle emissioni di gas a effetto serra nell'aria della Francia.

<sup>53</sup> Organismo indipendente con il compito di rendere pareri e raccomandazioni sull'attuazione delle politiche e delle misure pubbliche di riduzione delle emissioni di gas serra della Francia.



integrano la fonte di hard law, rafforzando, così, la giustificazione “esterna” della decisione giudiziaria.

Concretamente, dunque, le expertise scientifiche sembrano assumere nel contenzioso climatico il ruolo di “quasi-parametri” che, delineando i contenuti del “fatto notorio” dell’emergenza climatica e dei connessi rischi di danni gravi e irreparabili all’ambiente e (conseguentemente) all’essere umano<sup>54</sup>, limitano la discrezionalità dei poteri pubblici<sup>55</sup> – quanto meno in relazione agli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra da perseguire – permettendo una valutazione, in sede giurisdizionale, delle misure poste in essere dallo Stato.

Il tema, a ben vedere, è stato oggetto di specifica allegazione anche nel Giudizio Universale.

Gli attori, infatti, hanno dedicato un paragrafo del loro atto introduttivo ai “limiti alla discrezionalità statale”, nel quale hanno evidenziato che «[i]l nesso tra emergenza climatica, diritti umani e tutela giudiziale effettiva nei confronti dello Stato è incontrovertibile e la gravità della situazione, accertata dalla scienza e dichiarata dalle Istituzioni, giocoforza restringe e vincola il margine di discrezionalità degli Stati». Hanno aggiunto che «le acquisizioni della scienza e delle sue Istituzioni costituiscono limiti alla discrezionalità politica [...] e all’autonomia privata [...], nonché limiti anche al libero convincimento del giudice, la cui espressione non può tradursi in “interferenza” sull’attività di Istituzioni od organi scientifici, allo scopo di rivalutarne informazioni, risultanze e giudizi [...], ma neppure [...] nel mancato rispetto del “giusto procedimento” scientifico»<sup>56</sup>.

Nonostante tali puntuali argomentazioni, il Tribunale si è limitato a dichiarare il difetto di giurisdizione senza entrare nel merito del rapporto che lega scienza e discrezionalità politica.

---

<sup>54</sup> È di questo avviso M. Carducci, *La ricerca dei caratteri*, cit., p. 1358 ss. L’A. evidenzia che gli elementi della scienza, descrivendo lo scenario di «rottura degli equilibri tra azione umana e natura», «assumono importanza giuridica proprio sul fronte del “contenzioso climatico”: definiscono i contenuti del “fatto notorio” spendibile in giudizio; corrispondono a quei “rischi di danni gravi o irreversibili”, su cui dispone l’art. 3 n. 3 della UNFCCC [...] per attivare specifici meccanismi di azione e (valutazione delle) responsabilità; definiscono una situazione di “estremo pericolo” (*Distress*) con connessi obblighi inderogabili di protezione nei risultati e non solo nei mezzi».

<sup>55</sup> L. Del Corona, *op. cit.*, p. 334, in termini più netti, afferma che «[s]tudi e rapporti di organismi tecnico-scientifici divengono [...] parametri sulla cui base è valutata la sufficienza o meno delle misure adottate. Si parla a riguardo della scienza come “fonte del diritto”, “limite alla discrezionalità politica” o “parametro interposto di legittimità”». Analogamente, anche M. Morvillo, *op. cit.*, p. 9, definisce le evidenze scientifiche come «standard oggettivi alla luce dei quali valutare se le misure di riduzione delle emissioni poste in essere dallo Stato siano sufficienti risolvendosi in un limite indiretto, ma pregnante, all’esercizio della discrezionalità». S. Baldin, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space?*, in [DPCE online](#), 2020, p. 1431, evidenzia che «scientific facts have taken on the status of legal sources» e parla anche di «“reservation to science” as a limit to political, legislative and interpretative discretion in climate issues». Ancora sul tema, e in particolare sul concetto di “riserva di scienza”, si v. M. Carducci, *La ricerca dei caratteri*, cit., p. 1363.

<sup>56</sup> Atto di citazione, p. 53-55.

Il Giudice, infatti, dopo aver ritenuto pacifica la dimensione emergenziale del fenomeno climatico, ha affermato che l'accertamento richiesto dagli attori non poteva «prescindere da un sindacato sul “quando” e sul quomodo dell'esercizio di potestà pubbliche», e che tale esercizio ha comunque tenuto conto «delle indicazioni provenienti dalla scienza»<sup>57</sup>, ma non ha spiegato in che modo.

Non ha preso in considerazione il quadro europeo e internazionale in cui il contenzioso climatico italiano si inserisce, dando conto, ad esempio, delle argomentazioni elaborate dalle corti europee che hanno deciso gli analoghi contenziosi supra menzionati e nei quali il tema dei limiti alla discrezionalità politica ha formato oggetto di contraddittorio<sup>58</sup>.

Neppure ha dato rilievo al fatto che gli Stati, tra cui l'Italia, ratificando gli accordi delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico<sup>59</sup>, hanno riconosciuto l'attendibilità dei rapporti elaborati dall'Ipcc, contribuendo in questo senso alla creazione di un consenso generale intorno ai risultati della scienza nell'ambito della crisi climatica<sup>60</sup>. Non è stato valutato che in tale processo partecipa anche l'Unione europea, la quale, con la Comunicazione del 2018 “Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra”, ha chiarito di aver «tenuto conto della solida base scientifica su cui poggia la relazione dell'IPCC destinata ai decisori politici del pianeta, nel contesto del loro impegno a lottare contro i cambiamenti climatici»<sup>61</sup>.

In sostanza, il Tribunale di Roma sembra aver adottato una decisione, per come motivata, avulsa dal contesto giuridico formatosi attorno all'emergenza climatica, il quale si caratterizza per una inevitabile commistione tra il dato scientifico e quello normativo-giurisprudenziale.

Il Giudice capitolino ha, infatti, scelto di valorizzare asetticamente una discrezionalità politica di non chiarita estensione, in nome della salvaguardia del principio di separazione dei poteri del quale, tuttavia, viene esaltata solamente la

---

<sup>57</sup> Trib. Roma, n. 3522/2024, cit., p. 11.

<sup>58</sup> Nel contenzioso *Urgenda*, ad esempio, la Corte Suprema ha chiarito che «this order does not amount to an order to take specific legislative measures, but leaves the State free to choose the measures to be taken in order to achieve a 25% reduction in greenhouse gas emissions by 2020. This is not altered by the fact that many of the possible measures to be taken will require legislation, as argued by the State. After all, it remains for the State to determine what measures will be taken and what legislation will be enacted to achieve that reduction» (par. 8.2.7). Nel caso *Neubauer*, il BVerfG ha precisato che «[t]he legislator is not entirely free in how it specifies the obligation to take climate action under Art. 20a GG» (par. 209-210).

<sup>59</sup> Il preambolo della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, infatti, riconosce che «le iniziative necessarie per comprendere e fronteggiare i cambiamenti climatici sono più efficaci sul piano ambientale, economico e sociale, se sono basate su pertinenti considerazioni scientifiche, tecniche ed economiche e se sono costantemente riesaminate alla luce dei nuovi risultati raggiunti in questi campi».

<sup>60</sup> Al riguardo, S. Baldin, *op. cit.*, p. 1431 afferma che «a general consensus has been created around the findings of climate change attribution science».

<sup>61</sup> COM (2018) 773 final.

dimensione statica, in aperta contraddizione rispetto al suo significato moderno che, invece, tende a concepirlo come dotato di «natura mobile»<sup>62</sup>: esso, infatti, implicando una «distribuzione di differenti funzioni pubbliche in capo ad altrettanti organi o soggetti istituzionali al fine di garantire la tutela dei diritti inviolabili della persona all'interno di comunità politiche attive caratterizzate da una maggiore omogeneità sociale»<sup>63</sup>, esige che l'esercizio di tali funzioni avvenga, non tanto nel rispetto di una rigida e intangibile separazione di competenze, quanto piuttosto sulla base di una serie di pesi e contrappesi necessari a garantire, allo stesso tempo, dialogo e limitazioni reciproche, oltre che, in un'ottica di leale collaborazione, un vicendevole stimolo all'assunzione di iniziative volte al raggiungimento degli obiettivi costituzionalmente previsti<sup>64</sup>.

I contenziosi climatici, proprio perché tesi a ottenere una condanna dello Stato, esaltano questa natura mobile (portandola, forse, verso il suo limite<sup>65</sup>), sicché, al fine di

---

<sup>62</sup> T. F. Giupponi, *Separazione dei poteri*, in C. Caruso - C. Valentini (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2022, p. 108.

<sup>63</sup> Ivi, p. 98.

<sup>64</sup> Sul rapporto tra principio di separazione dei poteri e principio di leale collaborazione, senz'altro efficace è quanto affermato da R. Bin, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, p. 7: «il principio di leale cooperazione non è altro che lo stesso principio di separazione dei poteri: è la sua declinazione per i casi in cui i poteri divisi abbiano zone di contatto e interferenze reciproche». Ciò, peraltro, si pone in linea con la teoria dei «cicli funzionali» elaborata da G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, p. 670 ss., in ragione della quale «la separazione dei poteri è [...] principio orientativo dell'organizzazione e del funzionamento interno delle singole istituzioni oltre che del loro reciproco incontrarsi sul terreno dell'ordinamento generale» (p. 711); esso rappresenta «il principio ordinatore dei rapporti tra una pluralità di unità sistemiche tra le quali sono variamente distribuite le tre funzioni fondamentali dell'ordinamento. [...] La definitiva caduta di ogni residua ideologia della concentrazione esclusiva di una funzione in un gruppo di organi collegati determina una conseguenza di grande rilievo per la sistematica cognitiva dell'ordinamento. L'analisi delle articolazioni istituzionali, che rappresentano la forma della separazione dei poteri, deve essere incentrata nella ricostruzione dei singoli «cicli funzionali», all'interno dei quali i poteri mostrano «tutta la loro poliedricità» (p. 713). I medesimi concetti sono ripresi anche nella versione della voce recentemente aggiornata, G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, V, 2023, p. 1129, ove si ribadisce che nei cicli funzionali «fluisce la dinamica del potere pubblico» e che «la comprensione delle dinamiche dell'indirizzo politico è legata all'assimilazione dell'idea di equilibrio costituzionale, che non è la conservazione statica (quasi la fotografia) di un momento dato dei rapporti tra le istituzioni e tra queste e la società nel suo complesso, ma, al contrario, la constatazione della dinamica del sistema – oggi non più solo nazionale, ma in buona parte sovranazionale – che evolve continuamente e si trasforma sotto la spinta di principi inesauribili, che chiedono sia alle istituzioni politiche che a quelle di garanzia di fare la loro parte nelle varie fasi attuative» (p. 1148).

<sup>65</sup> Questa tendenza, peraltro, è ascrivibile a quel fenomeno che T. F. Giupponi, *op. cit.*, p. 112 definisce «sovraesposizione delle Corti costituzionali, e della funzione giudiziaria più in generale», che vede il potere giudiziario, appunto, nel rapporto con gli altri poteri, acquisire una rilevanza centrale in conseguenza della «crisi che il circuito politico-rappresentativo sta vivendo nelle democrazie contemporanee». In proposito, si v. anche E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico*, cit., p. 87, il quale, con specifico riguardo al contenzioso climatico, parla di «ruolo performativo e propulsivo» del potere giudiziario.

meglio sorreggere una motivazione incentrata sul difetto di giurisdizione, il rapporto tra evidenze scientifiche e discrezionalità politica avrebbe meritato una analisi più approfondita.

Ciò è ancor più vero se si considera che i rapporti tecnici su cui si fondano queste liti impongono di tenere in considerazione un ulteriore fattore di primaria importanza, ovvero sia quello temporale. La certificata compromissione dell'ambiente e il conseguente rischio per la conservazione della specie umana sulla Terra, infatti, esigono l'adozione di misure lungimiranti, sostenibili e, dunque, proiettate (anche) verso la tutela della dimensione futura.

In questo senso, i contenziosi climatici acquisiscono una innata tensione intertemporale, la quale, tuttavia, non sempre ben si rapporta con i meccanismi che governano la democrazia rappresentativa. Le dinamiche sottese alle attività delle istituzioni coinvolte nel circuito politico-decisionale, infatti, sono intrinsecamente caratterizzate da orizzonti temporali brevi: i governanti esercitano le loro funzioni per un periodo di tempo circoscritto alla durata del loro mandato, soggiacendo, comunque, alle oscillazioni delle maggioranze, senza avere la certezza di essere riconfermati ad esito delle successive elezioni. Essi, di conseguenza, sono costantemente spinti a ricercare dall'elettore un «consenso a breve termine»<sup>66</sup> al quale dover offrire riscontro attraverso la produzione di risultati concreti, possibilmente entro i limiti della loro permanenza in carica, così da evitare di perdere il voto dell'elettore e aspirare alla riconferma.

Nella sostanza, «l'esigenza di andare incontro alle richieste dell'elettorato che vota e che decide governi e maggioranze produce una inevitabile parzialità in favore del presente»<sup>67</sup>, il che contribuisce a determinare una certa inconsistenza della dimensione futura nella decisione politica attuale, prevalentemente fondata su un approccio a breve termine. In un contesto, quindi, in cui il «presentismo»<sup>68</sup> o «breve-

---

<sup>66</sup> T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 51. Negli stessi termini A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 2016, p. 346: «i processi decisionali guardano al tempo breve, inseguono il consenso di oggi, anche a scapito dell'interesse oggettivo (del momento attuale oltre che) del tempo lungo». C. De Fiore, *La memoria dell'avvenire. Le democrazie costituzionali di fronte alle sfide del futuro*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 426-427, sottolinea che «l'organizzazione della democrazia e dei sistemi di voto 'organizzati su cicli elettorali di breve durata' [...] non consentono alla rappresentanza di perseguire politiche nel lungo termine».

<sup>67</sup> A. D'Aloia, *op. cit.*, p. 346.

<sup>68</sup> L'espressione è utilizzata da F. Hartog, *Régimes d'historicité: Présentisme et expériences du temps* (trad. it., *Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo*, Palermo, 2007), ove l'A. affronta e riflette sul tema del rapporto delle società con la propria storia. Con particolare riguardo, invece, ai processi democratici il termine è ripreso da D. Thompson, *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2010, p. 18, il quale evidenzia che «[the] characteristics of democracy lead to what I call its presentism – a bias in the laws in favor of present over future generations». Anche F. G. Menga, *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, 2021, p. 52-53, osserva che ciò che caratterizza l'attività delle istituzioni è un «“presentismo” democratico di carattere [...] sostanziale o “strutturale” poiché radicato nella natura

terminismo»<sup>69</sup> che connota l'attività dei decisori politici dipende anche da dinamiche intrinseche alla vita delle istituzioni, una valorizzazione della natura mobile del principio di separazione dei poteri appare ancor più necessaria. In quest'ottica, una sentenza che, fondandosi sulle risultanze della scienza, condanni lo Stato a porre in essere, sul lungo periodo, misure volte a combattere l'emergenza climatica – senza determinarne il contenuto – più che integrare una intrusione del potere giudiziario nella discrezionalità politica (già parzialmente vincolata dalle evidenze scientifiche), pare configurare un'espressione di quel vicendevole stimolo tra poteri all'assunzione di iniziative volte al raggiungimento degli obiettivi costituzionalmente previsti, tra cui la tutela dei diritti fondamentali della persona, che rappresenta l'essenza del moderno principio di separazione dei poteri<sup>70</sup>.

Proprio questa sembra essere la direzione assunta dalla recente giurisprudenza climatica della Corte EDU. La questione sarà approfondita nei paragrafi che seguono, anche al fine di trarre lezioni utili per l'esperienza italiana.

##### *5. Il caso KlimaSeniorinnen...*

Nella prospettiva di comprendere quali potrebbero essere gli sviluppi del Giudizio Universale (considerato che la sentenza del Tribunale di Roma è stata appellata) e, giocoforza, quelli di analoghi e potenziali contenziosi futuri, appare doveroso analizzare l'importante pronuncia assunta lo scorso 9 aprile 2024 dalla Corte EDU sul caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland<sup>71</sup>.

---

stessa del dispositivo della sovranità popolare e auto-determinazione collettiva, cioè quello dell'esercizio del potere dei cittadini presenti che non può che essere fondamentale orientato «a beneficio dei presenti» (o al massimo dei futuri più prossimi)». C. De Fiore, *op. cit.*, p. 426, afferma che «le decisioni della politica sono calibrate sulle esigenze del presente», il che rappresenta la manifestazione di un «fenomeno perverso [...] teorizzato nei termini di 'presentismo'».

<sup>69</sup> In questi termini si esprime A. Gore, *The Future* (trad. it., *Il mondo che viene*, Milano, 2013, p. 29), il quale, in proposito, aggiunge che «[l]e decisioni a breve termine predominano tanto nel mondo degli affari quanto in quello della politica». Similmente si v. anche G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, p. 112: l'A., in termini piuttosto decisi, afferma che la carenza di interesse per il futuro è l'effetto di una «miopia della democrazia [...] nei momenti in cui occorrerebbe la virtù della presbiopia».

<sup>70</sup> In questo discorso si inserisce l'osservazione di E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico*, cit., p. 87: «della separazione dei poteri in senso oggettivo, da cui si era partiti per la teorizzazione dello Stato liberale, non resta oggi che una separazione dei poteri in senso soggettivo, ovvero una separazione di organi deputati a svolgere spesso funzioni sovrapponibili a quelle attribuite ad altri organi [...]. Se il compito della magistratura è quello di risolvere conflitti di interesse, non si vede per quale ragione, oggi, a essa debba essere precluso provvedere in tal senso allorché parte del processo sia il governo dello Stato; soprattutto se, a maggior ragione, la magistratura è capace (e non può far altro che) limitarsi a una condanna generica, e non specifica, circa le misure concrete da adottare in relazione al cambiamento climatico».

<sup>71</sup> Per alcuni commenti intervenuti a margine della pronuncia si v. E. Guarna Assanti, *Verein Klimaseniorinnen and Others v. Switzerland: una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima*, in *Diritti comparati*, 18 aprile 2024, J. Letwin, *Klimaseniorinnen: the Innovative and the Orthodox*, in [EJIL](#):

Come detto in principio al presente studio, la controversia era stata promossa dalla associazione Anziane per il clima Svizzera e da quattro cittadine che denunciavano l'omessa adozione da parte delle autorità statali di misure idonee – secondo i target sanciti a livello internazionale e, in particolare, dall'Accordo di Parigi – a proteggere i loro diritti fondamentali alla vita e al rispetto della vita privata e familiare (artt. 2 e 8 della Convenzione), minacciati dagli effetti nocivi del cambiamento climatico.

Rispetto all'indagine che si sta conducendo, occorre mettere in evidenza due dati fondamentali della pronuncia: il primo attiene al profilo processuale e, in particolare, a quanto statuito dalla Corte EDU in merito alla legittimazione ad agire dell'associazione e delle quattro cittadine ricorrenti. Il secondo, invece, riguarda il merito, ovvero sia le argomentazioni con cui i giudici di Strasburgo sono giunti a dichiarare lo Stato svizzero responsabile della violazione dell'art. 8 della Convenzione.

#### *5.1. ...tra profili processuali...*

Con riguardo al primo profilo, ciò su cui interessa porre l'attenzione è l'interpretazione che è stata fornita dell'art. 34 della Convenzione, il quale richiede sussistere in capo a chi lamenti «una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione» lo specifico status di vittima.

Ebbene, i giudici di Strasburgo, vagliando dapprima la legittimazione delle quattro signore ricorrenti, dopo aver riconosciuto che quello relativo allo status di vittima è effettivamente uno dei «salient issues of the climate-change cases»<sup>72</sup>, hanno chiarito che seppur non sia consentito denunciare una disposizione di diritto nazionale esclusivamente censurando la sua contrarietà alla Convenzione, in quanto, così facendo, si finirebbe per ammettere l'esperibilità di un'actio popularis, il concetto di vittima non deve essere applicato meccanicamente, ma, ai fini di una efficace tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione, in maniera evolutiva, alla luce dei mutamenti che investono la società e delle problematiche che essa si trova a dover fronteggiare<sup>73</sup>.

Possono, pertanto, rivendicare lo status di vittima non solo quei soggetti direttamente o indirettamente colpiti dalla denunciata violazione della Convenzione

---

[Talk!](#), 17 aprile 2024, J. Reich, *KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options. Incorporating International Climate Change Law to Maintain the ECHR's Relevance Amid the Climate Crisis*, in [VerfBlog](#), 18 aprile 2024.

<sup>72</sup> Corte EDU, 9 aprile 2024, ric. 53600/20, *Case of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland*, par. 459.

<sup>73</sup> Ivi, par. 461.

(c.d. vittime dirette<sup>74</sup> e vittime indirette<sup>75</sup>), bensì anche coloro che dalla medesima violazione potrebbero, potenzialmente, subire una lesione in futuro (c.d. vittime potenziali), qualora, però, siano in grado di produrre «reasonable and convincing evidence of the likelihood that a violation affecting him or her personally will occur», e dunque dimostrare quello che è stato definito un «real risk of a direct impact»<sup>76</sup>.

Tuttavia, per evitare che, stante la globalità del fenomeno dei cambiamenti climatici, chiunque lamenti di essere in qualche misura colpito, attualmente o potenzialmente, dai suoi effetti nocivi, correndo così il rischio di legittimare un accesso alla giustizia della Corte tanto ampio da tramutarlo in uno strumento finalizzato a interferire nelle politiche generali dello Stato, la Corte ha sancito che chi agisce denunciando presunte inadempienze od omissioni statali deve comunque provare: (i) di essere un soggetto intensamente esposto agli effetti negativi del cambiamento climatico, sicché il livello e la gravità delle conseguenze negative dell'(in)azione statale siano, nei suoi confronti, significativi; (ii) la necessità impellente di ricevere una protezione individuale, a causa dell'assenza o dell'inadeguatezza di altre misure idonee a ridurre i danni<sup>77</sup>.

Nell'applicare queste coordinate ai ricorsi presentati dalle quattro cittadine, la Corte, principalmente facendo richiamo dei dati forniti dall'Ipcc, ha riconosciuto che gli anziani rappresentano una categoria di persone estremamente vulnerabili e dunque particolarmente sensibili agli effetti negativi dei cambiamenti climatici, le cui forti ondate di calore, in particolare, possono incidere negativamente sulla loro qualità della vita menomandone la salute fisica e mentale. Tuttavia, ha ritenuto che i documenti prodotti dalle ricorrenti non fossero idonei a dimostrare che la loro personale esposizione alle conseguenze del cambiamento climatico possedesse quel grado di intensità necessario a far sorgere l'esigenza impellente di garantire una specifica protezione individuale. Non è stato provato, infatti, che gli allegati problemi di salute fossero determinati o aggravati direttamente, sulla base di un nesso causale, dalle ondate di calore dovute ai cambiamenti climatici, motivo per cui, stante il mancato soddisfacimento dei victim-status criteria, ha dichiarato irricevibili le loro denunce.

Rispetto al ricorso presentato dall'associazione, invece, ha, in primo luogo, sottolineato che seppur alcuni diritti tutelati dalla Convenzione, come quello alla vita o alla salute, possono essere invocati esclusivamente da persone fisiche<sup>78</sup>, è altresì vero che innanzi alle criticità che la società attuale si trova a dover affrontare – in particolar

---

<sup>74</sup> È vittima diretta chi dimostra una lesione personale e attuale di un diritto tutelato dalla Convenzione. Cfr. *ivi*, par. 465.

<sup>75</sup> È vittima indiretta chi dimostra una lesione riflessa di un diritto tutelato dalla Convenzione, oltretutto derivante, attraverso un effetto *ricochet*, dalla lesione che colpisce una vittima diretta. Cfr. *ivi*, par. 468.

<sup>76</sup> *Ivi*, par. 470 e 486.

<sup>77</sup> *Ivi*, par. 487.

<sup>78</sup> *Ivi*, par. 473-474, ove la Corte ha fatto richiamo del suo precedente *Besseau and Others v. France* deciso il 7 febbraio 2006.

modo, quella del cambiamento climatico – il ricorso a organismi collettivi come le associazioni rappresenta uno dei mezzi, se non, a volte, l'unico, a disposizione degli individui per difendere efficacemente i loro interessi particolari, nonché per attribuire rilevanza alla questione intergenerazionale<sup>79</sup>.

La Corte, pertanto, dopo aver ricordato che già la Convenzione di Aarhus, e in particolare il suo art. 9, co. 3, è intervenuta sul tema dell'accesso alla giustizia in materia ambientale degli organismi collettivi<sup>80</sup>, è giunta ad affermare che un'associazione, pur non possedendo lo status di vittima, può essere legittimata a ricorrere innanzi ad essa al fine di denunciare l'omessa adozione da parte di uno Stato contraente di misure adeguate a proteggere i suoi membri dagli effetti negativi del cambiamento climatico.

Tuttavia, ha precisato che, per scongiurare il riconoscimento di un'actio popularis, è necessario che l'associazione soddisfi determinate condizioni, e in particolare: (a) deve essere legalmente stabilita nella giurisdizione interessata; (b) deve dimostrare di perseguire, in conformità con il suo statuto, obiettivi di difesa dei diritti dei suoi membri o di altre persone specificamente minacciate dai cambiamenti climatici; (c) deve dimostrare di possedere effettiva rappresentatività per agire in nome dei membri o di altre persone specificamente minacciate dai cambiamenti climatici<sup>81</sup>.

Inoltre, ha aggiunto la Corte, affinché possa essere invocata una tutela ai sensi degli artt. 2 e 8 Cedu, anche qualora venga fatta valere un'inazione statale, non è sufficiente allegare l'astratta esigenza di proteggere gli individui da ogni possibile tipo di danno derivante dal cambiamento climatico, ma è necessario provare l'esistenza di un rischio, per la vita e la salute degli individui rappresentati dall'associazione, che sia «real and imminent»<sup>82</sup>, ovvero, direttamente connesso all'esistenza di una minaccia grave, effettiva e sufficientemente verificabile (real), nonché caratterizzato da una certa prossimità fisica e vicinanza temporale (imminent).

Tutto ciò considerato, pertanto, i giudici di Strasburgo hanno accertato che l'associazione KlimaSeniorinnen Schweiz era legittimamente costituita, effettivamente rappresentativa di oltre duemila donne svizzere aventi un'età media di 73 anni, nonché concretamente impegnata in attività di mitigazione delle emissioni di gas serra finalizzate a garantire una efficace tutela alla vita, alla salute e al benessere dei suoi membri.

---

<sup>79</sup> Ivi, par. 492.

<sup>80</sup> *Ibid.* La Corte, peraltro, nel corso della sua riflessione, ha richiamato la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea resa l'8 novembre 2022 ad esito del caso (C-873/19) *Deutsche Umwelthilfe eV v. Bundesrepublik Deutschland*, ove, al par. 81, è stato affermato che l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus deve essere letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta di Nizza che codifica il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, al fine di garantire che «un'organizzazione ambientalista debitamente costituita e operante in conformità ai requisiti del diritto nazionale» possa contestare una misura che incide negativamente sull'ambiente.

<sup>81</sup> Ivi, par. 502.

<sup>82</sup> Ivi, par. 511.



Ne ha riconosciuto, pertanto, la legittimazione ad agire, sottolineandone il ruolo di «vehicle of collective recourse aimed at defending the rights and interests of individuals against the threats of climate change in the respondent State»<sup>83</sup>.

### 5.2. ...e profili sostanziali

Passando, invece, all'analisi del merito della pronuncia, di estremo rilievo sono gli argomenti con cui la Corte ha individuato nell'art. 8 Cedu un vero e proprio obbligo positivo d'azione in capo agli Stati parte della Convenzione.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare contemplato dalla disposizione, presuppone un ulteriore diritto, ovvero quello di godere di una protezione effettiva, da parte delle autorità statali, contro i rischi e i gravi effetti negativi che il cambiamento climatico determina sulla loro qualità della vita, salute e benessere<sup>84</sup>.

Sugli Stati, dunque, grava un vero e proprio «duty», definito dalla Corte come «primary»<sup>85</sup>, che impone loro di adottare e di applicare misure in grado di mitigare gli effetti attuali e quelli futuri, potenzialmente irreversibili, del cambiamento climatico.

I giudici di Strasburgo, in particolare, hanno chiarito che tale obbligo discende direttamente dal rapporto di causalità che lega gli effetti del cambiamento climatico al godimento dei diritti fondamentali contemplati dalla Convenzione, la quale si configura come un «living instrument»<sup>86</sup> il cui scopo impone di interpretare e applicare le sue disposizioni in modo da garantire «rights that are practical and effective, not theoretical and illusory»<sup>87</sup>.

In questo contesto, hanno provveduto a definire i contorni della questione relativa alla discrezionalità che i decisori possiedono in tema di lotta al cambiamento climatico, chiarendo che la portata del margine loro attribuito è differente a seconda che si consideri la definizione degli scopi e degli obiettivi da perseguire per combattere il cambiamento climatico, o la scelta dei mezzi necessari a raggiungerli. A ben vedere, infatti, la natura e la gravità della minaccia, unitamente al consenso generale formatosi, da un lato, attorno alle evidenze scientifiche e, dall'altro, sull'urgenza di agire conformemente agli impegni assunti a livello internazionale, riducono il margine di

---

<sup>83</sup> Ivi, par. 523.

<sup>84</sup> Ivi, par. 519 e 544. In questo senso, la Corte pare trattare, a livello giuridico, l'emergenza climatica come un fatto incontestabile, oramai acquisito alle conoscenze della collettività. Al riguardo, R. Bifulco, *Emergenza e considerable weight: il cambiamento climatico nella sentenza KlimaSeniorinnen*, in *LeCostituzionaliste*, 20 giugno 2024, osserva che «[n]ello svolgimento del processo l'emergenza climatica prende l'aspetto del fatto notorio, rimanendo incontestato e anzi riconosciuto e posto come base delle difese delle parti contrapposte [...] e degli Stati intervenienti [...]. Anche la Corte ritiene acquisito questo dato, appoggiandosi sull'autorevolezza dei dati elaborati dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change*».

<sup>85</sup> Ivi, par. 545.

<sup>86</sup> Ivi, par. 434.

<sup>87</sup> *Ibid.*

apprezzamento degli Stati nella definizione degli obiettivi, i quali, dunque, divengono sindacabili in sede giurisdizionale; discorso diverso, invece, vale per la scelta dei mezzi destinati a raggiungere tali scopi, rispetto ai quali, ha spiegato la Corte, gli Stati mantengono un ampio margine di apprezzamento discrezionale, proprio a rispetto e a garanzia del principio di separazione dei poteri<sup>88</sup>.

Per valutare se uno Stato sia rimasto all'interno del suo margine di apprezzamento, dunque, ha individuato cinque criteri di giudizio tesi, in particolare, a verificare che le autorità nazionali abbiano tenuto in debito conto la necessità di: (i) adottare misure che indichino un obiettivo temporale per il raggiungimento della carbon neutrality, quantificando le future emissioni di gas a effetto serra consentite; (ii) definire obiettivi e percorsi intermedi di riduzione delle emissioni in grado di raggiungere gli obiettivi nazionali entro i tempi individuati; (iii) fornire prova di aver rispettato, o di essere in procinto di rispettare, gli obiettivi di riduzione assegnati; (iv) mantenere aggiornati gli obiettivi di riduzione con la dovuta diligenza e sulla base delle migliori tecniche disponibili; (v) agire in modo tempestivo, appropriato e coerente nell'elaborazione e nell'attuazione della legislazione e delle misure attuative.

Proprio alla luce di questi criteri, pertanto, la Grande Camera della Corte ha analizzato il processo di creazione del quadro normativo svizzero in materia climatica, facendo a più riprese richiamo degli studi scientifici prodotti dall'associazione, nonché dei rapporti elaborati dall'Ipcc<sup>89</sup>, utilizzati anche per rammentare gli effetti negativi che certe azioni, od omissioni, di oggi avranno sul futuro<sup>90</sup>.

Ad esito di una approfondita ricostruzione, ha rilevato numerose criticità nelle misure adottate dallo Stato svizzero, riconducibili, in particolare, al fatto che le autorità nazionali non avevano quantificato attraverso un adeguato bilancio del carbonio i limiti alle emissioni nazionali di gas serra. Queste «critical lacunae»<sup>91</sup>, secondo la Corte, dimostrano che lo Stato è venuto meno al proprio dovere di protezione dei diritti

---

<sup>88</sup> Ivi, par. 457 e 543, ove, con particolare riguardo al principio di separazione dei poteri ha affermato che «the Court must also bear in mind its subsidiary role and the necessity of affording the Contracting States a margin of appreciation in the implementation of policies and measures to combat climate change, as well as the need to observe appropriate respect for the prevailing constitutional principles, such as those relating to the separation of powers». L'argomentazione, a ben guardare, riprende e chiarisce quanto già era stato affermato al par. 8.2.7. dalla Suprema Corte olandese nel caso *Urgenda*, di cui si è dato conto alla nota 57. F. Gallarati, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate*, in [DPCE online](#), 2,2024, p. 1568 afferma che la Corte di Strasburgo ha operato «questa distinzione tra obiettivi e mezzi» con una «nettezza e perentorietà» che non hanno «precedenti nella giurisprudenza europea»; distinzione che – aggiunge – «pare destinata ad assurgere a nuovo criterio-guida per il futuro scrutinio, da parte delle corti nazionali e sovranazionali, delle scelte politico-discrezionali operate dagli Stati nel contesto della lotta al cambiamento climatico».

<sup>89</sup> Ivi, par. 429, 555 ss.

<sup>90</sup> Ivi, par. 563, ove la Corte ha precisato che «it should be noted that in its latest AR6 Synthesis Report (Climate Change 2023) the IPCC stressed that the choices and actions implemented in this decade would have impacts now and for thousands of years».

<sup>91</sup> Ivi, par. 573.

fondamentali della persona, nonché ai propri obblighi di riduzione delle emissioni, integrando, quindi, la violazione dell'art. 8 della Convenzione.

*6. L'impatto della sentenza KlimaSeniorinnen: una prospettiva per il contenzioso climatico in Italia*

In un contesto ove la portata globale dell'emergenza climatica e la natura intrinsecamente collettiva delle sue conseguenze impongono l'adozione di risposte quanto più possibile omogenee e coordinate da ordinamento a ordinamento, i contenziosi climatici stanno dando vita, nell'inerzia dei decisori politici, a un «“processo” di globalizzazione giuridica»<sup>92</sup> composto da tecniche processuali, schemi interpretativi e modelli motivazionali ricorrenti, diretti a individuare un dovere giudico in capo agli Stati di attivarsi efficacemente per la riduzione delle emissioni di gas serra e garantire, dunque, adeguata tutela ai diritti fondamentali degli individui.

In questo quadro, al contrario, ciò che il primo grado del Giudizio Universale restituisce è una certa passività dell'ordinamento italiano nell'affrontare le questioni problematiche scaturite dal cambiamento climatico. Ciò, come si è avuto modo di analizzare, emerge sia da un punto di vista legislativo, alla luce della persistente assenza di una chiara disciplina, sostanziale e processuale (ora, anche attuativa della riforma

---

<sup>92</sup> L'espressione è utilizzata da M. R. Ferrarese, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, p. 547-548, all'interno di una riflessione di più ampio respiro sulle tendenze assunte in generale dal diritto nell'epoca moderna, come conseguenza della globalizzazione. L'A., servendosi di un'efficace metafora, osserva che «[l']immagine della “foresta” si attaglia bene a descrivere una situazione di grande affollamento dello scenario giuridico, in cui una nuova “vegetazione” giuridica è allignata senza riguardo né ai confini statali, né alle tradizionali partizioni disciplinari, né alle differenze di competenza istituzionale, che erano propri del contesto moderno. In tal senso, e per restare alle metafore botaniche, si potrebbe dire che il paesaggio giuridico nell'epoca d'oro degli Stati assomigliava a un giardino “all'italiana”, suddiviso in zone di vegetazione rigorosamente differenziate e con giochi prospettici di insieme, mentre la globalizzazione ha portato a spostare il modello verso un'architettura “all'inglese”, dando luogo ad uno scenario più naturale e quasi selvaggio, in cui si affollano tipologie vegetali diverse, senza un disegno d'insieme affidato alla pubblica regia, e con sensibili attenuazioni delle tradizionali distinzioni e linee divisorie».

costituzionale)<sup>93</sup>, sia da un punto di vista giurisprudenziale, stante la sinteticità con cui il Tribunale di Roma ha definito le articolate questioni poste alla sua cognizione<sup>94</sup>.

A ben guardare, tuttavia, un punto di svolta per le sorti dei contenziosi climatici italiani potrebbe essere segnato dalla sentenza adottata dalla Corte EDU a definizione del caso KlimaSeniorinnen. Nonostante, in Svizzera, non sia andata esente da aspre critiche e sia stata sostanzialmente ruscata dalle istituzioni nazionali<sup>95</sup>, la pronuncia, nel fornire risposta a numerose questioni controverse sul tema, alcune delle quali di cruciale importanza pure per il Giudizio Universale, pare definire una linea argomentativa con cui tutti i giudici nazionali degli Stati parte della Convenzione dovranno, d'ora in avanti, rapportarsi nella risoluzione di controversie climatiche.

Come emerge dall'analisi condotta, infatti, la sentenza ha chiarito che tra diritti fondamentali ed emergenza climatica esiste un rapporto di dipendenza, nell'ambito del quale il godimento dei primi può essere direttamente compromesso dagli effetti nocivi prodotti dalla seconda<sup>96</sup>. Effetti del cambiamento climatico e godimento delle libertà

---

<sup>93</sup> Come evidenzia U. Lattanzi, *Climate Litigation Reaches Italian Courts*, in [VerfBlog](#), 12 aprile 2024, in Italia «despite pending legislative proposals (nos. 743 and 1007 before the Senate and no. 1082 before the House), it lacks a framework climate change law setting out the overall objectives and the main policies, thus also implementing the new constitutional provisions. Instead, climate change regulation is sparse and consists of a large number of sectoral legislative and regulatory acts. There are two general planning documents: the National Integrated Energy and Climate Plan, adopted under the EU Regulation 2018/1999, and the Ecological Transition Plan. However, these are political documents without normative force, in need of further legislative and administrative implementation. significantly, this also translates into an obstacle to mounting a constitutional case addressing, also in light of the new constitutional provisions, the systemic efforts in climate change mitigation undertaken by Italy».

<sup>94</sup> Sinteticità che, secondo alcuni, si traduce in una vera e propria lesione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato enucleato all'art. 112 c.p.c. È di simile avviso A. Giaccardi, *La sentenza del caso climatico "Giudizio Universale" è nulla*, in [laCostituzione.info](#), 25 maggio 2024, secondo il quale il giudice non avrebbe considerato svariate allegazioni degli attori, come ad esempio la violazione del diritto alla salute e i principi sanciti nelle sentenze n. 184/1986 e n. 641/1987 della Corte costituzionale, sì da ritenere che «il Tribunale ha eluso il principio del "chiesto-pronunciato". Il che significa [...] che la sentenza "Giudizio Universale" è nulla per violazione dell'art. 24, comma 1, Cost., dell'art. 2697, comma 2, Cod. civ., e dell'art. 112 Cod. proc. Civile».

<sup>95</sup> Oltre a quelle sollevate dall'opinione pubblica, infatti, nel giugno 2024 l'Assemblea Federale svizzera, mediante l'adozione di una delibera, ha, di fatto, respinto la sentenza della Corte EDU, ritenendo, da un lato, che non fosse necessario intervenire ulteriormente per la lotta al cambiamento climatico, già disponendo, il paese, di adeguate strategie di contrasto; dall'altro, che la Corte avrebbe espresso un giudizio al di fuori della sua giurisdizione, accusandola di attivismo giudiziario illecito e inappropriato (al seguente link è reperibile la Dichiarazione del Consiglio Nazionale del 12.6.2024: [www.parlament.ch](#)). Analogamente, il Consiglio Federale, in una nota adottata il 28 agosto 2024, si è dichiarato critico rispetto alla sentenza *KlimaSeniorinnen*: ha sostenuto la sufficienza delle misure già adottate in ambito climatico e si è opposto all'estensione della legittimazione ad agire in favore delle associazioni ambientaliste (qui il link al sito del Consiglio Federale: [www.admin.ch/gov](#)).

<sup>96</sup> Di questo avviso è G. Palombino, *Lo afferma (anche) la Corte europea dei diritti dell'uomo: la sfida climatica è una questione di diritti*, in [laCostituzione.info](#), 12 aprile 2024, il quale evidenzia come «i giudici abbiano accolto in pieno l'orientamento volto a considerare il riscaldamento globale quale fenomeno lesivo dei diritti e di cui lo Stato può considerarsi responsabile».

fondamentali sono legati da un vero e proprio nesso eziologico da cui scaturisce, quale conseguenza del fascio di diritti riconducibile all'art. 8 della Convenzione, il dovere giuridico dello Stato di attivarsi positivamente al fine di proteggere la vita, la salute e il benessere degli individui.

In altre parole, la Corte EDU ha certificato una volta per tutte che il cambiamento climatico è una questione di tutela dei diritti fondamentali, da garantire non solo a favore degli individui presenti, ma anche a favore di quelli che verranno ad esistenza domani. In questo discorso, infatti, le generazioni future assumono un ruolo di primario interesse, poiché, da un lato, rappresentano i soggetti su cui graveranno conseguenze negative di gran lunga maggiori, rispetto a quelle che dovranno sopportare gli individui presenti, qualora, oggi, non siano adottate adeguate misure di contrasto; dall'altro, in quanto tali soggetti, non esistendo nel presente, non hanno alcuna possibilità di intervento o partecipazione nei processi decisionali volti all'assunzioni di tali misure<sup>97</sup>.

Proprio la necessità di garantire specifica protezione alle libertà fondamentali innanzi ad un fenomeno incidente anche sulla dimensione intergenerazionale, unita alla considerazione per cui la discrezionalità politica, in materia climatica, subisce, soprattutto per via dei risultati della scienza, una limitazione rispetto agli obiettivi da perseguire, pare giustificare la possibilità di un controllo giurisdizionale sulle misure adottate dai decisori, senza che ciò implichi una rottura del principio di separazione dei poteri.

Al riguardo, infatti, i giudici di Strasburgo hanno enunciato un principio di fondamentale importanza, in base al quale: «[j]udicial intervention, including by this Court, cannot replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and executive branches of government. However, democracy cannot be reduced to the will of the majority of the electorate and elected representatives, in disregard of the requirements of the rule of law. The remit of domestic courts and the Court is therefore complementary to those democratic processes. The task of the judiciary is to ensure the necessary oversight of compliance with legal requirements»<sup>98</sup>.

Dunque, la Corte EDU sembra aver scelto di valorizzare quella dimensione dinamica e mobile del principio di separazione dei poteri che, invece, il Tribunale di Roma ha ignorato: le corti, all'interno dei processi democratici, possiedono un ruolo complementare – per tradurre le parole dei giudici di Strasburgo – a quello dell'esecutivo e del legislativo, il che non si traduce nell'intrusione dell'uno nella sfera di competenza riservata agli altri, quanto piuttosto, in un dialogo necessario a garantire una quanto più efficace tutela dei diritti fondamentali della persona e, pertanto, a perseguire il miglior funzionamento possibile dello Stato di diritto.

I diritti fondamentali, infatti, appartengono indistintamente ad ogni generazione poiché esistono in quanto esiste l'essere umano; ciò significa che altrettanto

---

<sup>97</sup> Corte EDU, 9 aprile 2024, ric. 53600/20, *Case of Verein KlimaSeniorinnen*, cit., par. 420.

<sup>98</sup> Ivi, par. 412.

indistintamente ogni generazione deve poterne godere (almeno) quanto ne godeva quella precedente, sicché qualora questo equilibrio venga alterato o rischi concretamente di esserlo, le corti possono essere chiamate a ristabilirlo, se del caso anche dichiarando le autorità statali responsabili di certe violazioni e condannandole ad adottare determinate misure, senza, naturalmente, definirne il contenuto.

In questo discorso, allora, sembra scorgersi in maniera più definita la natura mobile e dinamica del principio di separazione dei poteri: la complementarità del mandato affidato alle corti si rende necessaria al fine di controbilanciare un'attività politica spesso contingente che, anche per via delle caratteristiche intrinseche alla vita delle istituzioni, come si è visto, rischia di tralasciare una necessaria considerazione per la tutela dei diritti fondamentali, anche secondo una prospettiva futura, che questioni come quella relativa al cambiamento climatico impongono e, giocoforza, attualizzano.

Proprio questo effetto di attualizzazione pare essere il precipitato definitivo di tale concezione: garantire il più possibile misure lungimiranti e sostenibili oggi per evitare che, domani, i diritti fondamentali delle generazioni future, una volta giunte ad esistenza, subiscano lesioni. In questo senso, la tutela attuale della dimensione futura si traduce, non tanto nella necessità di qualificare giuridicamente i diritti delle generazioni che verranno come una, da sempre e inevitabilmente controversa, categoria di diritti soggettivi<sup>99</sup>, quanto piuttosto in un argomento in grado di orientare

---

<sup>99</sup> La tematica della soggettività delle generazioni future, e più in particolare la questione relativa al se tale categoria di (ipotetici) individui possa ritenersi titolare di veri e propri diritti, è da lungo tempo dibattuta. I diritti soggettivi, infatti, nella loro accezione tradizionale, presuppongono un titolare presente, attuale, in grado di agire per ottenere in caso di lesione, mentre i diritti delle generazioni future, in quanto appartenenti a individui potenziali sarebbero privi di un soggetto in grado di esercitarli e di rivendicarli. In questi termini si esprime S. Pratesi, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2007, p. 39, secondo il quale «se soggetto di diritto si considera solo colui che è suscettibile dell'imputazione, attiva o passiva, di rapporti giuridici, le generazioni future farebbero fatica a poter essere ricondotte a forme di personalità giuridica; l'assenza e l'astrattezza del soggetto influenzerebbero negativamente la possibilità di configurare una qualsivoglia soggettività». Critico rispetto alla riconoscibilità di diritti in capo alle generazioni future è anche M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2, 2008, p. 148-149. L'A. sostiene che la «costruzione giuridica dei diritti delle generazioni future» discenderebbe da una finzione nella quale sarebbe insita una «contraddizione logica» che giunge «agli estremi limiti delle sue possibilità quando si immaginano diritti di un soggetto non esistente in atto, ma solo in potenza, che – appunto per difetto d'un soggetto che ne sia titolare – non possono essere esercitati». In termini analoghi si esprime anche C. De Fiores, *op. cit.*, p. 429, il quale avverte che la *fiutio* dei diritti delle generazioni future è «da impiegare con prudenza e circospezione» poiché «[r]ischi e abusi [...] sono dietro l'angolo ogni qual volta si pretende di assimilare interessi che assimilabili non sono e, più in generale, di ponderare situazioni che ponderabili non sono: interessi attuali e interessi futuri, situazioni soggettive esistenti e situazioni soggettive futuribili, pretese esigibili e pretese inesigibili»; secondo l'A., in definitiva, non è «spendibile, sul terreno dei rapporti intergenerazionali, la costruzione giuridica [...] protesa ad ammettere l'esistenza di 'diritti senza soggetto'». In termini più moderati, invece, si pone altra parte della dottrina: secondo A. D'Aloia, *op. cit.*, p. 368, è «affrettato respingere aprioristicamente la possibilità di diritti delle generazioni future solo perché non esistenti». Similmente anche R. Bifulco, *Diritto e generazioni future, op. cit.*, p. 78. Per G. Pontara, *Etica e generazioni future*, Roma-Bari, 1995, p. 96, anche i diritti delle generazioni future

le scelte politiche, se necessario anche attraverso un impulso giudiziario, poiché espressione di un dovere costituzionalmente rilevante per l'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>100</sup>.

A ben vedere, tale approccio argomentativo ha riguardato anche il dato processuale. La Corte EDU, infatti, a fronte delle stringenti condizioni poste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto alla ricevibilità di contenziosi climatici, ha evidenziato l'esigenza, nell'ottica, appunto, di garantire una tutela quanto più possibile efficiente dei diritti fondamentali, di interpretare le regole processuali anche alla luce delle criticità che la società contemporanea si trova a dover affrontare e che possono mettere a repentaglio la vita e la salute degli individui.

Ciò ha fatto, in particolare, con riferimento allo status di vittima di cui all'art. 34 Cedu che, non dissimilmente dai canoni che governano la disciplina processuale italiana, richiede la dimostrazione di una lesione ad una situazione giuridica individuale differenziata da quelli degli altri consociati. In questa direzione, la Corte ha, anzitutto, enfatizzato il concetto per cui lo status di vittima può essere soddisfatto anche qualora sia lamentato un pregiudizio futuro; in secondo luogo, ha posto l'accento sulla rilevanza del ruolo rivestito dalle associazioni ambientaliste nella tutela dei diritti fondamentali messi a repentaglio dai cambiamenti climatici, alle quali può essere riconosciuta la legittimazione ad agire pure in assenza dei criteri necessari a qualificarle come vittime. Il tutto, in ogni caso, è stato argomentato nella consapevolezza di dover scongiurare il rischio di riconoscere implicitamente un'*actio popularis* o di alterare il principio di separazione dei poteri, motivo per cui la Corte ha, come si è visto, fornito

---

possono essere fatti valere «attraverso persone o istituzioni che li rappresentino *hic et nunc*». S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 176-177, nell'ambito di una riflessione più ampia, relativa anche alla soggettività della natura e dell'umanità, definisce le generazioni future come «entità astratte e disincarnate» e, in risposta alla domanda: «chi agisce in loro nome?», rileva che la società si trova innanzi all'emersione «di diritti e beni che mettono in discussione il modo stesso in cui il soggetto è stato storicamente costruito, esigendo non solo una diversa entità di riferimento, appunto la persona, ma pure un diverso modo di costruire i criteri di imputazione».

<sup>100</sup> Questa, a ben vedere, sembra essere la direzione intrapresa dal nostro legislatore, che, attraverso la legge costituzionale n. 1/2022, ha scelto di inserire all'art. 9 Cost. il riferimento all'«interesse delle future generazioni» e non, invece, ai loro diritti. In proposito sia consentito il rinvio a Y. Guerra - R. Mazza, *La proposta di modifica*, cit., p. 126, laddove si è sostenuto che «il carattere futuro delle generazioni contrasta col “presentismo” che caratterizza il concetto di diritto soggettivo, il quale presuppone un titolare attuale in grado di agire per ottenerne la tutela qualora sia ritenuto lesa. Il termine *interesse*, invece, pare “ammorbidire” questo contrasto ed elevarsi ad obiettivo costituzionalmente rilevante che la Repubblica deve perseguire nel tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, nonché divenire esplicito parametro per il giudizio di costituzionalità delle leggi». In questo discorso, peraltro, riecheggia quanto sostenuto da M. Luciani, *op. cit.*, p. 150, il quale proponeva di convertire «la questione dei *diritti* delle *generazioni* future» in «quella degli *interessi* del *genere* umano»; e ciò senza preoccuparsi sul se «il limite dell'*interesse* possa essere tradotto in limite *etico*, perché quel che conta è la perfetta coerenza di una costruzione *giuridica* che su quell'*interesse* [...] eriga i propri *doveri* (e non i propri *diritti*)».

delle coordinate chiare che, sia i ricorrenti nella proposizione dell'azione, sia la stessa Corte nella valutazione della sua ricevibilità, devono seguire.

Sotto questo punto di vista, il caso KlimaSeniorinnen evidenzia ancora una volta che la questione climatica non può trovare piena voce nelle aule giudiziarie senza il riconoscimento di una specifica legittimazione ad agire, o in assenza di una interpretazione estensiva dei requisiti processuali ad essa connessi. Le limitazioni allo *standing*, infatti, «finiscono inevitabilmente per tradursi in limitazioni dei poteri dei giudici»<sup>101</sup>, che precludono la possibilità di conoscere certe tipologie di interessi e di invocare l'applicazione di determinati principi. Come si è avuto modo di analizzare, infatti, i contenziosi richiamati nel corso del presente studio devono il proprio successo, prima di tutto, alla predisposizione, negli ordinamenti di riferimento, di strumenti processuali che affidano ai membri della collettività, o ad alcuni di essi, una specifica *legitimatio ad causam* idonea invocare innanzi alle corti interessi connotati da una dimensione pubblica e superindividuale, come, appunto, l'interesse alla tutela dell'ambiente e del sistema climatico.

La questione dello *standing* processuale, dunque, stante il perdurante aumento di effetti nocivi sull'ecosistema, continua a rivestire una centrale importanza nella lotta al cambiamento climatico e al degrado ambientale. Essa impone agli ordinamenti di elaborare modelli e tecniche processuali che garantiscano la ricevibilità, da parte dei giudici, tanto ordinari, quanto costituzionali, delle istanze di tutela sollevate dagli individui e dalle associazioni ambientaliste. Solo in questo modo, infatti, la tutela dell'ambiente e del clima, anche nell'interesse delle future generazioni, può divenire vero centrale argomento nelle decisioni delle corti e sperare, conseguentemente, di assumere un ruolo di rilievo nelle scelte dei decisori politici<sup>102</sup>.

In definitiva, dunque, la sentenza resa dalla Corte EDU sembra scardinare<sup>103</sup> l'intero, seppur scarno, impianto motivazionale della pronuncia adottata dal Tribunale

---

<sup>101</sup> M. Caielli, *op. cit.*, p. 31.

<sup>102</sup> La tematica, peraltro, era già stata compiutamente messa a fuoco, nel 1972, dai giudici Blackmun e Douglas dell'allora Corte Suprema degli Stati Uniti che, nelle loro *dissenting opinions* sul caso *Sierra Club v. Morton* del 19 aprile 1972 – uno dei primi contenziosi ambientali statunitensi – affermarono che «[c]ontemporary public concern for protecting nature's ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation» (par. 741-742) ed evidenziarono la necessità di elaborare una «expansion of our traditional concepts of standing in order to enable an organization [...], possessed, as it is, of pertinent, bona fide, and well recognized attributes and purposes in the area of environment, to litigate environmental issues» (par. 757). Il Giudice Blackmun, infatti, domandò provocatoriamente: «[d]o we need any further indication and proof that all this means that the area will no longer be one "of great natural beauty" and one "uncluttered by the products of civilization?" Are we to be rendered helpless to consider and evaluate allegations and challenges of this kind because of procedural limitations rooted in traditional concepts of standing?» (par. 759).

<sup>103</sup> L. Cardelli, *Se Strasburgo smentisce Roma su Carbon Budget e fattore tempo nell'emergenza climatica*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info), 12 aprile 2024, la quale, riprendendo proprio il titolo del suo commento, qualifica quella della Cedu come una vera e propria «smentita» della sentenza resa dal Tribunale di Roma. In termini simili si esprimono M. Vinken - P. Mazzotti, *The First Italian Climate Judgement and the Separation of*



di Roma, fornendo, al contempo, ai giudici di appello gli argomenti per costruirne uno nuovo, a partire proprio dalla possibilità di riconoscere la giurisdizione del giudice civile e dalla conseguente ammissibilità dell'azione di risarcimento avanzata dagli attori.

I giudici italiani, ora, tanto in virtù della revisione degli artt. 9 e 41 Cost., tanto in ragione dei principi espressi dalla Corte EDU, sembrano senz'altro disporre di alcuni strumenti incisivi per superare le problematiche insite nell'apparato normativo processuale italiano e far sì che la questione climatica acquisisca anche nel nostro ordinamento il rilievo che necessita; e ciò, peraltro, in ossequio al monito lanciato dalla stessa Corte di Strasburgo, la quale ha ribadito «the importance of access to justice in this field» ed ha sottolineato il «key role which domestic courts have played and will play in climate-change litigation»<sup>104</sup>.

Tale assunto, però, lascia aperta due riflessioni di più ampio respiro che in questa sede, tra le altre cose, si è cercato di sviluppare.

La prima è quella relativa al processo evolutivo che sta riguardando il principio di separazione dei poteri e, in particolare, il ruolo di crescente rilevanza che il giudiziario va assumendo nelle questioni di portata intergenerazionale, come quella del cambiamento climatico.

La seconda, invece, afferisce al percorso che, gradualmente, sta conducendo ad una concettualizzazione di un diritto al clima quale vero e proprio diritto umano, nel cui contesto non può non mettersi in evidenza la centrale posizione che stanno rivestendo le Nazioni Unite. Già con la pubblicazione da parte dell'Alto Commissario per i diritti umani del *Report on the Relationship between Climate Change and Human Rights* del 2009<sup>105</sup>, infatti, era stato posto l'accento sul fatto che l'impatto negativo dei cambiamenti climatici incide irrimediabilmente sul godimento dei più essenziali diritti umani (alla vita, ad una alimentazione adeguata, all'acqua potabile, al più alto livello di salute possibile), esortando tutti i membri della comunità internazionale a cooperare al fine di dare effettività alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici<sup>106</sup>. Di recente, poi, con le risoluzioni n. 48/13 e n. 48/14 dell'ottobre 2021<sup>107</sup>, il Consiglio dei diritti umani ha per la prima volta riconosciuto l'esistenza di un diritto

---

*Powers*, in [VerfBlog](#), 22 aprile 2024, i quali, mettendo a confronto il Giudizio Universale con il caso *KlimaSeniorinnen*, affermano che «[t]he Italian judgement sits uneasily with the principles distilled above», riferendosi, appunto, a quelli sanciti dalla Corte EDU.

<sup>104</sup> Corte EDU, 9 aprile 2024, ric. 53600/20, *Case of Verein KlimaSeniorinnen*, cit., par. 639.

<sup>105</sup> Il report è reperibile al seguente link: [www.digitallibrary.un.org](http://www.digitallibrary.un.org).

<sup>106</sup> In proposito, si v. la conclusione di cui al punto 99, ove è affermato che «[g]lobal warming can only be dealt with through cooperation by all members of the international community. Equally, international assistance is required to ensure sustainable development pathways in developing countries and enable them to adapt to now unavoidable climate change. International human rights law complements the United Nations Framework Convention on Climate Change by underlining that international cooperation is not only expedient but also a human rights obligation and that its central objective is the realization of human rights».

<sup>107</sup> Per uno studio sul punto si v. A. Cuppini, *Le Nazioni Unite danno il via libera: che cosa significano per la tutela dell'ambiente le Risoluzioni 48/13 e 48/14 del Consiglio per i Diritti Umani?*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, 2023, p. 194 ss.

ad un ambiente pulito, sano e sostenibile quale «human right that is important for the enjoyment of human rights»<sup>108</sup> e ha istituito un Relatore Speciale sulla Promozione e la Protezione dei Diritti Umani nel contesto dei cambiamenti climatici, con il compito di studiare le modalità con cui gli effetti negativi del fenomeno incidono sul godimento di tali diritti e di formulare raccomandazioni agli Stati affinché ne promuovano la protezione nella progettazione e nell'attuazione delle politiche climatiche<sup>109</sup>. Tali riferimenti contribuiscono senz'altro a corroborare la tesi per cui i pericoli derivanti dagli effetti negativi prodotti dal cambiamento climatico rappresentano una questione di diritti fondamentali, e rafforzano, conseguentemente, la legittimazione delle corti all'adozione di provvedimenti tesi a indirizzare le scelte dei decisori politici anche in attuazione degli obblighi derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, dalla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici e dall'Accordo di Parigi.

\*\*\*

**ABSTRACT:** In February 2024, the Court of Rome dismissed the first Italian climate change litigation, the *Giudizio Universale*, as inadmissible due to lack of jurisdiction. Just one month later, the ECtHR, in the case *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland*, adopted its first ruling on climate change, declaring the Swiss state liable for violation of art. 8 of the Convention. Even if pronounced by two deeply different courts, the outcomes of the judgments offer the opportunity to reflect, both from a procedural and a substantive point of view, on some issues that make it difficult the configurability of climate change litigations in the Italian legal system, as well as to question the evolutionary process that is affecting the principle of separation of powers.

**KEYWORDS:** climate change - legal standing - fundamental rights - future generations - separation of powers

\*\*\*

**Riccardo Mazza** – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna ([riccardo.mazza3@unibo.it](mailto:riccardo.mazza3@unibo.it))

---

<sup>108</sup> Così la Risoluzione 48/13, p. 3, reperibile al seguente link: [www.documents.un.org](http://www.documents.un.org).

<sup>109</sup> Si v. la Risoluzione 48/14, p. 3 ss., reperibile al seguente link: [www.documents.un.org/doc](http://www.documents.un.org/doc).

## 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.