

DPCE ONLINE

n. 4-2020



Direttore responsabile
Giuseppe Franco Ferrari

Sede e direzione,
Università comm.le L. Bocconi,
via Röntgen 1, 20136 – MILANO

Tel. (+39) 02.5836.5227 mail:
dpceonline@gmail.com
Sito internet: www.dpceonline.it

ISSN: 2037-6677

*I saggi, le note e i commenti pubblicati nella Rivista sono soggetti a un sistema di double-blind peer review. Gli interessati possono prendere visione delle relative **linee guida** raggiungibili cliccando [qua](#).*

Le **proposte editoriali** – esclusivamente in formato .doc o .docx e corredate da un breve cv – vanno inviate all'indirizzo di posta elettronica sopra indicato.

Comitato scientifico

Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia Depasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Paolo Passaglia, Pier Luigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

Redazione

Coordinamento: Edmondo Mostacci; **Comitato di redazione:** Serena Baldin, Carla Bassu, Vincenzo De Falco, Andrea Marchetti, Graziella Romeo, Sabrina Ragone, Dario Tosi, Claudia Sartoretti; **Comitato editoriale:** Valerio Lubello, Nausica Palazzo; Nicola Pisciovino.

Redazioni territoriali

La Rivista si vale del contributo di [45 redazioni territoriali](#), incardinate in altrettanti atenei italiani.

Collaboratori stranieri

Charles F. Abernathy (USA), Rainer Arnold (Germania), José Asensi (Spagna), Boguslaw Banaszak (Polonia), Daniel Barbu (Romania), Richard Bauman (Canada), Victor Bazán (Argentina), Christian Bidegaray (Francia), Andrea Biondi (UK), Torsten Bjerken (Svezia), Carlos Blanco de Moraes (Portogallo), Roberto L. Blanco Valdés (Spagna), Allan Brewer Carías (Venezuela), Bojko Bucvar (Slovenia), Laurance Burgogue-Larsen (Francia), Paolo Carozza (USA), Alberto Ricardo Dalla Via (Argentina), José Alfonso Da Silva (Brasile), Francis Delpérée (Belgio), Carlos Delpiazzo (Uruguay), Silvio Devetak (Slovenia), Sean Donlan (Irlanda), Claude Emeri (Francia), Francisco Fernández Segado (Spagna), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Brasile), Manuel Gutan (Romania), Tomás Font i Llovet (Spagna), Christian Frank (Svizzera), Anna Gamper (Austria), Manuel Gutan (Romania), Gábor Hamza (Ungheria), Volkmar Götz (Germania), José Joaquim Gomes Canotilho (Portogallo), Andrew Harding (Canada), A.E. Dick Howard (USA), Paul Jackson (UK), Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica), Jiri Jirasek (Rep. Ceca), Christian Joly (Francia), Mariana Karagyzova (Bulgaria), Anatoli Kovler (Russia), Cesar Landa (Perù), Juan Fernando López Aguilar (Spagna), Jorge Miranda (Portogallo), Jörg Monar (Germania), Sandra Morelli Rico (Colombia), Karlos Navarro (Nicaragua), Humberto Nogueira Alcalá (Cile), Nestor Osuna Patiño (Colombia), Otto Pfersmann (Francia), Alfredo Mordechai Rabello (Israele), Thierry Renoux (Francia), Olivo Rodríguez (Santo Domingo), Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Spagna), Gerardo Ruiz-Rico Ruiz (Spagna), Jurij Shulzhenko (Russia), Guillaume Tusseau (Francia), Diego Valadés (Messico), Mauro Zamboni (Svezia), Jan Wawrzyniak (Polonia), Diana Woodhouse (UK).

Indice dei contributi

EDITORIALE

- R. Toniatti**, *Elezioni USA* p. XI

SAGGI

- F. Battaglia**, *La disciplina sull'elettorato passivo nel diritto dell'Unione europea tra competenze nazionali e principio d'autonomia del Parlamento europeo* p. 4467
- D. Bonetto**, *Immunity vis-à-vis the ECJ. The Potential Effects of a European 'Counter-Limit' Approach* p. 4497
- D. Camoni**, *Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza Bostock v. Clayton County della Corte Suprema degli Stati Uniti* p. 4515
- F. Falorni**, *Verso una compiuta elaborazione del "test di proporzionalità"? La Corte Costituzionale italiana nello specchio di altre esperienze di giustizia costituzionale* p. 5307
- S. Gianello e P. Zicchittu**, *Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria* p. 4545
- S. Haberl**, *Hartz IV, il sistema delle sanzioni e ciò che il Bundesverfassungsgericht (non) ha detto* p. 4583
- G. Naglieri**, *Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimità giudiziale alla prova del partisan gerrymandering* p. 4603
- N. Parisi**, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio* p. 4631
- G. M. Racca**, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica* p. 4669
- G. Saputelli**, *Brexit e devolution nel Regno Unito: quando è lo Stato (e non l'UE) a mostrare i suoi limiti* p. 4707
- G. Romeo**, *Femminismo ed eguaglianza dentro la comunità politica: un ritratto di Ruth Bader Ginsburg* p. 5300
- C. Sbailò**, *Perché l'Europa è condannata a vincere Premessa allo studio delle ricadute del pensiero di Emanuele Severino nella dottrina giuspubblicistica* p. 4735
- S. Roberto Vinceti**, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork* p. 4781
- D. Zecca**, *Gli effetti della crisi sanitaria sull'esercizio del suffragio negli Stati Uniti d'America: considerazioni sul recente contenzioso relativo al voto per corrispondenza e anticipato* p. 4817

SEZIONE MONOGRAFICA

- M. Volpi**, *Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica* p. 4851
- G. Ferri**, *Il Consiglio Superiore della Magistratura italiano tra diritto e prassi* p. 4869
- L. Montanari**, *Il Consiglio superiore della magistratura in Francia tra proposte di modifica e resistenze conservatrici* p. 4883
- M. Iacometti**, *Il Consejo General del Poder Judicial nell'ordinamento costituzionale spagnolo* p. 4897
- P. Costantini**, *Il Conselho Superior da Magistratura portoghese* p. 4909
- G. Aravantinou Leonidi**, *Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura* p. 4923
- S. Penasa**, *L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale"* p. 4937
- V. Lubello**, *Il Consiglio superiore della magistratura rumeno. Prospettive di una transizione ancora in corso* p. 4951
- M. Mazza**, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto* p. 4969

G. Delledonne , <i>Il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori nell'ordinamento turco, fra alleanza repubblicana e derive illiberali</i>	p. 4981
E. Bertolini , <i>Indipendenza e autonomia della magistratura senza un organo di autogoverno: il modello tedesco</i>	p. 4993
A. Marchetti e R. Tarchi , <i>Gli strumenti di autogoverno e di garanzia dell'indipendenza della magistratura in Inghilterra e Galles ed il ruolo della Judicial Appointment Commission</i>	p. 5005
A. Torre , <i>Le Corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo Giudiziario</i>	p. 5033
E. Ceccherini , <i>Indipendenza senza autonomia. I delicati rapporti fra potere esecutivo e giudiziario in Canada</i>	p. 5045
M. S. Bussi , <i>Il "governo" della Magistratura e l'indipendenza del potere giudiziario in India</i>	p. 5061
A. Catani , <i>La Gender Equality nei Consigli di Giustizia dell'European Network of Council for the Judiciary (ENCJ)</i>	p. 5080
F. Duranti , <i>Governo autonomo della magistratura: il modello nordico</i>	p. 5096
J. Paffarini , <i>I Consigli di giustizia in America Latina: un quadro comparativo tra continuità e instabilità dei modelli</i>	p. 5114

II SEZIONE MONOGRAFICA

G. Cerrina Feroni, V. Federico e R. Ibrido , <i>Governing through uncertainty? Migration law and governance in a comparative perspective</i>	p. 5130
P. Pannia , <i>"Institutional uncertainty" as a technique of migration governance. A comparative legal perspective.</i>	p. 5136
G. Cerrina Feroni e A. Cardone , <i>The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM) and its implications for constitutional law</i>	p. 5158
E. Çetin , <i>Uncertainties involved in Turkey's migration management: The case of Syrians under Temporary Protection</i>	p. 5172
C. Corsi , <i>Between declared rigour and actual precariousness: rhetorical profiles of legislation</i>	p. 5190
M. Roos , <i>The impact of national values on health-care provisions for asylum seekers and refugees in Germany and Sweden</i>	p. 5208
M. Rosina , <i>Criminal law and migration: The sources and implications of uncertain sanctioning regimes</i>	p. 5226
J. P. Aris Escarcena , <i>Punishing solidarity. The crime of solidarity at the land and sea borders of the European Union.</i>	p. 5240
O. Zmiyenko , <i>Acquis or not acquis: statelessness in the context of forced migration</i>	p. 5258
S. Poli , <i>"Flexible" cooperation between the European Union and third countries to contain migration flows and the uncertainties of "compensation measures": the case of the resettlement of refugees in EU Member States</i>	p. 5272

NOTE E COMMENTI

Guido Befani , C-516/19 (<i>aiuti di Stato</i>)	p. 5331
Gianluca Bellomo , C-311/18 (<i>trattamento dati personali</i>)	p. 5337
Oscar Genovesi , (Marta Ferrara) C-610/18 (<i>Lavoratori emigrati</i>)	p. 5347
Giacomo Mannocci , C-658/18 (<i>Politica sociale, lavoro</i>)	p. 5355
Fabio Masci , Causa C-686/18 (<i>Aiuti di Stato</i>)	p. 5365
Danilo Pappano , C-367/19 (<i>appalti pubblici</i>)	p. 5377
Andrea Perelli , C-129/19 (<i>Sistemi nazionali di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti</i>)	p. 5383
Marina Roma , C-719/18 (<i>Comunicazioni elettroniche</i>)	p. 5389
Nicolás Carrillo-Santarelli , <i>Limits on the possibility of restricting political rights of elected individuals and their links to the protection of democratic foundations, the rights of voters, and the rights of the elected</i>	p. 5395
María del Ángel Iglesias Vázquez , <i>El diálogo entre las Cortes Regionales de Derechos Humanos: una necesidad en favor de la justicia y de la paz</i>	p. 5405
Chiara Graziani , <i>Coronavirus and Judicial Review in the United Kingdom</i>	p. 5411
Gianpaolo Maria Ruotolo , <i>Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020</i>	p. 5419

L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta

di Roberto Toniatti

1. – La quarantaseiesima elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America è destinata a rimanere connotata nella storia costituzionale dell'ordinamento – almeno per qualche tempo – per numerosi profili formali e sostanziali del tutto anomali, singolari ed anzi atipici.

Tali profili – che sono, in parte, di natura sistematica mentre, per altra parte, risultano invece strettamente legati alle circostanze peculiari della vicenda elettorale in esame – si rivelano essere di rilevante interesse per il costituzionalista e il comparatista e consentono di trarre spunto dalla competizione del 2020 per porre in evidenza quanto il contesto politico contingente condizioni la sopravvivenza del testo della Costituzione del 1789 (con i suoi XXVII emendamenti, i quali – con l'eccezione dei tre *Civil War Amendments*, ne costituiscono però un aggiornamento di portata sostanziale in fondo contenuta) e, detto altrimenti, quanto la solidità della *living Constitution*, ovvero il diritto costituzionale statunitense *mainstream* in vigore, sia dipendente dal contesto politico.

Sin da questi primi rilievi, infatti, occorre osservare come non soltanto il sistema istituzionale e lo scontro fra i candidati presidenziali e i due maggiori partiti ma, in misura ben percettibile, anche l'elettorato in generale sia stato direttamente investito dal contesto di marcata polarizzazione ideologica che da tempo è in fase di incremento. Non è un caso se la formula da più parti utilizzata per descrivere tale contesto sia quella di *culture war*.

Il riferimento è alle dinamiche politiche che hanno segnato la competizione elettorale, la celebrazione del voto (3 novembre 2020), la determinazione del suo risultato (7 novembre 2020, data del primo discorso ufficiale del *President Elect* Biden), la configurazione della inusuale fase post-elettorale – di certo sino all'espressione del voto da parte dell'*Electoral College* (14 dicembre 2020) infestata da temerarie iniziative giudiziarie volte ad un ribaltamento dell'esito delle urne – e con tutte le incognite ancora aperte in vista dell'*Inauguration Day* (20 gennaio

2021) e dell'effettivo insediamento del Presidente Joe (Joseph) R. Biden e della Vice Presidente Kamala D. Harris.

Al centro della vicenda elettorale si colloca, dunque, il fenomeno di un esteso ed intenso disagio – non esente da aree di livore sociale anti-sistema e di rabbia potenzialmente violenta – di considerevoli settori della popolazione e la capacità di uno spregiudicato uomo d'affari – Donald J. Trump – di intercettarlo e sfruttarlo per modellare su di esso l'origine del proprio successo politico all'interno del partito repubblicano e della propria ascesa istituzionale con la candidatura alla presidenza e con la vittoria elettorale nel 2016.

In proposito, infatti, si deve ricordare che il fenomeno in parola non nasce con Trump ed è destinato a proseguire dopo la sua prima ed unica presidenza. Trump ne ha certamente ed efficacemente agevolato l'ulteriore manifestazione e, soprattutto, la sua traduzione in termini elettorali al termine della campagna elettorale del 2016, anche in ragione dell'insistenza sull'identificazione della sua avversaria (Hillary Clinton) con l'*establishment* politico ed istituzionale (il *Washington consensus*) contro il quale quel disagio sociale ha avuto modo di aggregarsi, benché – com'è ben noto – il voto popolare a favore della candidata del partito democratico fosse risultato numericamente superiore a quello di Trump ma non fosse stato espresso negli stati dotati di un maggior numero di seggi nell'*Electoral College*.

Occorre ricordare anche come le elezioni si siano tenute nel pieno dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia, circostanza che si è riflessa sul fenomeno di riforme parziali della legislazione in materia elettorale da parte degli stati, facendo anche ricorso a fonti e procedimenti irrituali (classificate come illegittime da parte del fronte trumpiano perdente ma avallate dalla giurisprudenza *ad hoc*) e che, di conseguenza, ha determinato un forte incremento della partecipazione al voto anche attraverso le modalità del voto per corrispondenza e del voto in assenza (*absentee voting*) e con altre modifiche, quali una diversa dislocazione dei seggi elettorali (*official polling stations*).

In proposito è dato registrare una differenziazione ancora più marcata della disciplina elettorale degli stati di quanto non sia già un dato tipico dell'ordinamento: le variazioni hanno riguardato, ad esempio, i giorni di ritardo ammessi per l'arrivo delle schede (peraltro con la data di invio chiaramente riscontrabile) rispetto alla chiusura dei seggi, la contemporaneità dello scrutinio delle schede votate in presenza ovvero inviate per posta ed altre questioni.

Gli esiti finali della tipologia delle schede scrutinate (*total early votes: 101,453,111 in-person, 35,811,062 Mail, 65,642,049 Ballots Returned, 26,576,729 Mail Ballots Outstanding*) offerti dal sito *United States Elections Project* della Università della Florida (electproject.github.io/Early-Vote-2020G/index.html) sono indicativi della composita realtà statunitense della disciplina in materia elettorale che garantisce la relativa competenza agli stati (con l'eccezione dei contenuti che, nella stessa materia, le *implementation clauses* degli emendamenti costituzionali riservano invece alla legislazione federale).

In proposito, l'osservatore di formazione europeo continentale deve fare uno sforzo aggiuntivo di conoscenza e comprensione giacché inevitabilmente portato a leggere questa pagine dell'ordinamento statunitense con le proprie categorie concettuali che risultano inapplicabili in questo contesto, sia federale che statale; altrettanto deve dirsi anche per quanto concerne l'assenza di una lista elettorale permanente, con l'obbligo di registrazione quale condizione per poter votare in ciascuna elezione e, in taluni casi, con l'onere di dichiarare il partito per il quale s'intende votare anche in occasione delle votazioni primarie per la scelta dei candidati (ad esempio, lo stesso sito sopra citato riporta, con riguardo agli stati che prevedono la registrazione con indicazione di partito, i seguenti dati: democratici 22,250,979 (44,8%), repubblicani 15,168,587 (30.5%), partiti minori 337,192 (0,7%), nessuna affiliazione di partito 11,912,722 (2.4%) per le elezioni del 2020).

2. – Fra i profili rilevanti di natura sistematica dell'ordinamento costituzionale statunitense che la recente esperienza elettorale pone in rilievo per criticità non marginali occorre dedicare un primo ordine di considerazioni al ruolo dell'*Electoral College*.

È la configurazione strutturale di quest'organo, infatti che consente il verificarsi delle condizioni per le quali il voto popolare considerato unitariamente nel contesto federale (o *national*) sia solo un dato statistico del tutto irrilevante quanto alla determinazione dell'esito del voto, che dipende esclusivamente dalla ripartizione dei "seggi" nell'organo collegiale.

L'elezione del 2016, già richiamata, aveva prodotto un forte divario fra il voto popolare a favore di Hillary R. Clinton quale candidata del partito democratico (destinataria di 59,814,018 voti, pari al 48,2%) e quello, inferiore, conferito a Trump (59,621,678 voti, pari al 46.1%, con il 4,3% conferito ad altri due candidati Johnson e Stein), divario riprodotto inversamente nel numero di seggi ripartiti nell'*Electoral College* (rispettivamente, 227 e 304).

Lo stesso risultato si è prodotto soltanto cinque volte nel corso della storia degli Stati Uniti come - più di recente - nel confronto fra Al Gore (48,4%) e George W. Bush (47.9%), con un margine a favore di quest'ultimo di 5 voti in più nell'*Electoral College* ottenuti grazie alla sentenza della Corte Suprema in *Bush v. Gore*, adottata a stretta maggioranza di 5 a 4 (sulla sentenza cfr. il Forum DPCE su *Le elezioni presidenziali USA*, 2001, n. 1, con contributi di G.F. Ferrari, A. Gratteri, D. R. Miller, G. Pasquino, M. Patrono, G. Recchia, A. Reposo, R. Toniatti; in proposito si vedano anche le recenti acerrime critiche in Michael J. Klarman, *The Degradation of American Democracy – and the Court*, in *Harvard Law Review*, 2020, 211 ss.)

Occorre anche osservare come, sino a tempi recentissimi, la natura vincolante del voto dei cittadini negli stati nei confronti dei componenti statali in seno all'*Electoral College* non fosse definita. In assenza di fonti scritte (ovviamente degli stati) e in ragione di una giurisprudenza statale non frequente e non sempre univoca, la forza vincolante del voto popolare sui *Presidential Electors* si è a lungo risolta sul piano delle *conventions of the Constitution* ovvero, secondo quanto stabilito

dalla Corte Suprema, della prassi reiterata (si veda *Peter B. Chiafalo, Levi Jenet Guerra, and Esther Virginia John, Petitioners v. Washington*, No. 19–465, decisione del 6 luglio 2020, su cui R. Toniatti, *La Corte suprema conferma la sanzionabilità dei componenti “infedeli” dell’Electoral College presidenziale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020).

Ben più difficile intervenire sull’*Electoral College* attraverso una revisione costituzionale: esso, infatti, benché si configuri come organo non permanente ma che si costituisce ogni quattro anni con l’unica funzione di procedere all’elezione del Presidente e il Vice Presidente, è previsto e disciplinato dalla Costituzione federale (tuttavia, per l’indicazione di proposte volte ad introdurre un’elezione popolare senza una previa revisione costituzionale cfr. R. W. Bennett, *Chi elegge il Presidente degli Stati Uniti?*, Milano, 2006, 319 ss., trad. italiana di *Taming the Electoral College*, Stanford, 2006; e il recente A. Keyssar, *Why Do We Still Have the Electoral College?*, Cambridge, 2020).

Esso riveste un significato sistematico molto importante nel contesto delle origini della Costituzione federale in quanto destinato a riflettere la natura composta e interstatale dell’ordinamento federale ed è da annoverare nell’ambito dei “residui contrattualistici” del *pactum foederis* del 1789 (si è scritto: “il difetto di fondo del sistema dell’*Electoral College*: la sua incoerenza relativa con la radicale trasformazione del contesto sistemico nel quale si trova da tempo inserito”, così C. Fusaro, in *Presentazione* di R. W. Bennett, *op. cit.*, XVII).

Giova appena ricordare che, sia pure con modalità diverse, anche l’ordinamento regionale italiano (il Parlamento in seduta comune integrato da delegati regionali) e l’ordinamento federale tedesco (un organo da attivare *ad hoc*, il *Bundesversammlung*) hanno previsto la partecipazione delle rispettive autonomie politiche territoriali (Regioni e Regioni speciali, art. 83 Cost. it. e *Länder*, art 65 GG) all’elezione del capo dello Stato.

Ma, nel caso statunitense, la fonte costituzionale va al di là della funzione in fondo prevalentemente simbolica di riflettere gli stati membri: ed infatti, in base sia all’art. 2, comma 3 della Costituzione federale sia al XII emendamento del 1804 (che ha sostituito la disposizione originaria) si prevede che, qualora i *Presidential Electors* non riescano ad aggregare una maggioranza, la funzione elettorale sia di diritto trasferita alla *House of Representatives* per l’elezione del Presidente e al *Senate* per il Vice Presidente, ma che in questa ipotesi ciascuna Camera disponga solo di un voto unitario: tutti i rappresentanti e tutti i senatori, in altre parole, sono tenuti a comportarsi come delegazione di stato in una conferenza diplomatica.

Non si deve dimenticare che il sistema fondato sugli *Articles of Confederation* era privo di un organo esecutivo e tale innovazione non mancava di suscitare perplessità e timori alla vigilia della transizione verso “*a more perfect union*”, secondo quanto dice il preambolo della Costituzione del 1789. Sicché anche l’*Electoral College* – al quale è attribuita dalla Costituzione la funzione di elezione del Presidente – si qualifica come uno degli istituti di compensazione fra la perdita di sovranità e l’acquisizione di poteri di partecipazione alla composizione degli organi federali e all’esercizio delle rispettive funzioni. In proposito si è sostenuto,

infatti, che «it was [...] one of the keys to the future of republican government as well as to the place of the states in the Union» (così in C. Rossiter, 1787 *The Grand Convention*, New York and London, 1987, 198 ss.); e giova ricordare come già J. Madison avesse qualificato l'organo e il procedimento elettorale come tale da essere “*of a mixed character, presenting at least as many federal as national features*”, ne *The Federalist Papers*, No. 39 (corsivo originale).

3. – Un altro profilo sistematico dell'ordinamento statunitense le cui criticità sono state poste in evidenza non solo dalla campagna elettorale del 2020 ma dal fenomeno in sé del trumpismo – sin dalla campagna del 2016 e, ininterrottamente, per tutta la presidenza – si rinviene, a nostro giudizio, nel condizionamento che il sistema politico, date certe circostanze, può esercitare sull'architettura costituzionale fondata sui principi portanti di separazione dei poteri e di *checks and balances*.

In proposito giova richiamare una felice risalente intuizione di uno studioso italiano – G. U. Rescigno –, secondo il quale il Presidente degli Stati Uniti, più che essere un capo di stato, è in realtà un capo di governo cui sono attribuite anche le funzioni che, negli ordinamenti nei quali la figura distinta di capo dello stato esiste formalmente, sono attribuite a quest'ultimo.

Questa ricostruzione è un'ottima premessa sistematica per una trattazione comparata della forma di governo presidenziale che, a nostro modesto giudizio, non è una categoria scientifica autonoma giacché essa non è in grado di accogliere in sé altre esperienze diverse da quella statunitense quale sviluppata nel corso degli oltre duecento anni di storia (di certo non quelle dell'America latina cui pure si attribuiscono tratti di imitazione e mera assonanza, né, a maggior ragione, le forme di governo semipresidenziale); in senso conforme A. Di Giovine, *Forme di governo*, in A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino (a cura di), *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017, 79 ss.

In realtà, è la forma di governo presidenziale che, anche dal punto di vista formale della Costituzione scritta, è idonea a rientrare, in qualità di *species*, nella categoria della forma di governo dualista – accanto alla sua diretta matrice storica del XVIII secolo, ossia la forma di governo britannica –, caratterizzata dalla presenza di due circuiti politici separati e reciprocamente indipendenti di legittimazione elettorale: le elezioni sono in parte contestuali ma distinte e parallele e – ciò che più conta – il Congresso non può essere sciolto anticipatamente dal Presidente ed esso stesso non può rimuovere il Presidente prima del mandato quadriennale, salvo l'ipotesi di *impeachment* che rimane però ben distinta da ogni figura di sfiducia o censura politica, con conseguente obbligo di dimissioni, secondo la *ratio* tipica delle forme di governo parlamentare.

Ma, a differenza dello sviluppo costituzionale britannico – dove il circuito di legittimazione della Corona non è evidentemente elettorale ma è radicato nella storia e nella tradizione di *common law*, separazione dei poteri e *checks and balances* si sono adattati alle trasformazioni del contesto politico attraverso un considerevole impiego delle *conventions of the constitution*, le quali, se hanno avuto

un'applicazione negli Stati Uniti, l'hanno avuta nella direzione di un rafforzamento del ruolo presidenziale, esattamente al contrario di quanto avvenuto nel Regno Unito per la Corona. Si ponga mente alla circostanza per la quale il testo dell'art. II Cost. ("*The executive Power shall be vested in a President of the United States of America*") è sempre stato interpretato letteralmente come fonte di un potere presidenziale individuale ed esclusivo e, in particolare, nella prassi non si sia mai configurata in concreto una dimensione collegiale – di certo non il *Cabinet* o, sia pure con *nuances*, il *National Security Council* – quale sede cui riconoscere un ruolo effettivo di portata anche solo consultiva nella definizione dell'indirizzo politico.

In altre parole, l'attuale ruolo del Presidente è il risultato dell'evoluzione storica e del riflesso sulle istituzioni di dinamiche storiche e politiche. È indicativo che l'autorevole professore di scienza politica dell'Università di Princeton Woodrow Wilson abbia potuto lamentare le tendenze assembleari del governo statunitense (in *Congressional Government. A Study in American Politics*, Boston and London, 1885 con asserzioni quali "*Congress is the central and predominant power of the system*" e "*Congressional Government is Committee government*", dalla Prefazione, ovvero (anche con ampi riferimenti comparati soprattutto al Regno Unito) che "*Congress is fast becoming the governing body of the nation*", p.301) e, registrando una dinamica del tutto contrapposta, che nel 1973 lo storico Arthur M. Schlesinger abbia scritto *The Imperial Presidency*, Boston, 1973 – trad. italiana *La Presidenza Imperiale*, Milano, 1980). È evidente che, fra l'uno e l'altro libro, vi sono state due guerre mondiali, la guerra fredda, le priorità della sicurezza nazionale, il frequente uso della forza militare senza una formale dichiarazione di guerra da parte del Congresso per non parlare, più di recente, della minaccia terroristica. Fra gli Autori ormai classici che per primi hanno testimoniato l'espansione del ruolo presidenziale che veniva svolgendosi quasi in tempo reale come un *work in progress* occorre citare anche Edward S. Corwin e i suoi *The President: Office and Powers*, New York, 4th rev. ed., 1957 e *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, 1930 successivamente aggiornato sino all'edizione curata da H. W. Chase e C. R. Ducat, Princeton, 1978. Gli sviluppi qui indicati si sono in ampia misura consolidati e si distinguono due letture della forma di governo quali *separated institutions sharing powers* ovvero *competing for powers* (su cui cfr. G. Pasquino, *Il bello di federalismo e presidenzialismo*, in Forum DPCE su *Le elezioni presidenziali USA*, 2001, 257 ss.).

L'evoluzione storica in parola disegna dunque un Presidente (e un apparato di Presidenza) che, in qualità di *Chief Executive* e di *Commander-in-Chief* si rivela in grado di svolgere un ruolo ben lontano da paradigmi di garanzia dell'unità dell'ordinamento tipici di un capo di stato, privilegiando invece una lettura della funzione presidenziale di natura vistosamente partigiana, politicamente dominante, che le circostanze politiche contingenti – la maggioranza di entrambe le Camere del Congresso uniformemente e acriticamente favorevoli al suo indirizzo politico e una magistratura federale modellata in modo da riflettere le sue priorità assiologiche nell'interpretazione della Costituzione – possono contribuire a preservare dagli effetti di equilibrio promananti da separazione dei poteri e *checks and balances*. A titolo di esempio si possono

citare la successione di *executive orders* volti a bandire l'immigrazione da Paesi islamici, la proclamazione dell'emergenza nazionale per acquisire i fondi necessari per la costruzione di un muro di separazione con il Messico, il trattamento dei transgender nelle Forze armate, il rafforzamento della direzione politica interna ed estera senza il coinvolgimento del Congresso con riferimento non solo ai primi due anni del suo mandato (cfr. G. F. Ferrari, *President Trump and the Congress*, 1 ss. e R. Toniatti, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, 65 ss. entrambi in G. F. Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump*, The Hague, 2020).

Non si può omettere di rilevare come le *mid-term elections* – un dato normativo strutturale – possono produrre l'effetto di attenuare l'invadenza politica presidenziale – come è avvenuto con la stessa presidenza Trump che nel 2018 ha dovuto affrontare i problemi del *divided government* (sino all'avvio della procedura di *impeachment*). Né può trascurarsi la tendenza per la quale i magistrati federali – a maggior ragione se si tratti dei componenti la Corte Suprema (ma anche delle giurisdizioni federali superiori, dove l'ambizione di una promozione costituisce un motore rilevante) – tendono a curare non solo la propria immagine personale nel presente ma anche e soprattutto il segno storico e sistematico della propria giurisprudenza più che la fedele corrispondenza con le aspettative del Presidente che li ha nominati.

Rimane il fatto che le circostanze da ultimo richiamate, per quanto costituiscano ragionevoli aspettative sull'idoneità del quadro costituzionale a garantire i necessari equilibri e bilanciamenti, sono dipendenti da fattori politici il cui peso condizionante appare eccessivo. Le politiche di compromesso che per decenni hanno consentito ad un sistema partitico poco ideologizzato di fare buon uso della propria vocazione al pragmatismo si sono rese molto difficili, soprattutto durante la Presidenza Trump e questa percezione ha reso le elezioni del 2020 altamente significative circa la possibilità di qualificare le dinamiche in corso come la conferma di un processo volto ad un cambio di paradigma del costituzionalismo statunitense (in argomento cfr. R. Toniatti, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE Online*, 2020/3, 3945 ss.).

Il fenomeno, come ben noto, non è esclusivo dell'ordinamento statunitense (è stato opportunamente osservato da (l compianto) Paolo Carrozza che “Trump costituisce in qualche modo il campione di un'antipolitica che anche in Europa sembra in grado di rivoluzionare i sistemi politici fino a farsi maggioranza”, in *DPCE Online* 2017, *La vittoria di Donald Trump*) ma si può ragionare nel senso di riconoscere che i riflessi delle dinamiche politiche del populismo su questa forma di governo sono più immediati ed incisivi che sulle forme di governo parlamentare (sul fenomeno in generale rinviamo alla Sezione Monografica di *DPCE Online* n. 3 del 2020 sul tema *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?*, a cura di G. D'Ignazio, A.M. Russo con ulteriori contributi di G. D'Ignazio, A. Spadaro, F. Raniolo, A. Di Gregorio, G. Martinico, A. Salomoni, G. Delledonne, S. Gambino, I. Wences, E. Ceccherini, A. M. Russo, R. Orrù, R. Toniatti).

4. – Un ulteriore profilo sistematico dell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti che la Presidenza Trump ha evidenziato contenere in sé profili potenzialmente involutivi prodotti dalla degenerazione del contesto politico si riferisce al procedimento di proposta e di nomina dei magistrati federali. È chiaro che le osservazioni critiche in argomento acquistano uno spessore del tutto speciale con riguardo alla Corte Suprema ma è altrettanto evidente che esse non possono non applicarsi alla designazione di tutti i giudici federali e, in particolare, dei giudici federali d'appello i quali, in un sistema di controllo diffuso di costituzionalità e a fronte di una marcata selettività del *docket* della Corte Suprema, spesso rappresentano la giurisdizione di ultima istanza.

Ricordiamo, dunque, che la Costituzione prevede un procedimento di proposta (*nomination*) e di nomina (*appointment*) presidenziale della magistratura federale, previo espletamento del ruolo di *advice and consent* del Senato, espresso a maggioranza. A differenza del modello europeo che manifesta una prevalente ispirazione di equilibrio e garanzia (ad esempio per quanto concerne il frazionamento del procedimento fra più organi ed il requisito di maggioranze qualificate (su cui cfr. R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 399 ss.) nel modello statunitense la nomina presidenziale dei giudici federali è suscettibile di configurarsi in termini di esercizio della funzione di indirizzo politico.

Giova ribadire come “l'impianto del governo costituzionale puro statunitense respinga una concezione “istituzionale” e *super partes* e contenga invece una decisa opzione di fondo a favore di una ricostruzione del potere di nomina dei giudici federali, compresi – e tanto più – i membri della Corte suprema, quale profilo funzionale intrinsecamente connesso alla manifestazione dell'indirizzo politico (così in R. Toniatti, *Appointing Power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 191).

In altre parole, se la selezione presidenziale del candidato giudice federale si fonda sulla *judicial philosophy* di quest'ultimo – estrapolata da scritti dottrinari, discorsi pubblici, eventuali precedenti giudiziari, indicatori quanto al metodo interpretativo, vocazioni di pensiero – è del tutto conforme al sistema che tali orientamenti coincidano con l'impostazione ideologica ed assiologica del Presidente, della maggioranza dei senatori e del suo elettorato. Una *weltanschauung* di sistema equilibrata e condivisa da parte di tutti questi attori conduce ad una selezione dei candidati compatibili con gli orientamenti presidenziali nel solco del costituzionalismo *mainstream*; inoltre, il contesto istituzionale della Corte Suprema si è rivelato idoneo a saper assorbire nell'integrità della funzione eventuali ed occasionali tratti eccentrici di singoli giudici (i quali, del resto, come già detto, non aspirano certo ad acquisire una reputazione di subordinazione alla *leadership* politica del *Chief Executive*).

Ma quanto avvenuto con la Presidenza Trump si discosta marcatamente da

tale ricostruzione che riconduce la natura di atto di indirizzo politico della nomina dei giudici federali ad un contesto fisiologico. Sin dal primo biennio della sua Presidenza, infatti, Donald J. Trump ha esercitato l'*appointing power* manifestando “*a non-negligible reduction of diversity*” con riguardo al genere (22.4% di nomine femminili) e al *background* personale (il 78% dei nominati essendo bianchi). Tuttavia, «the most controversial issue was [...] related to the political orientation of President's Trump appointees, who were generally described by critics as 'hard-right' judges, most of them being members of the Federalist Society and 'anti-choice, anti-union, anti-immigrant and pro-gun» (tutte le citazioni da P. Passaglia, *President Trump's Appointments in Four Keywords*, in G. F. Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump. The First Two Years*, cit., 63).

Un'accurata ed analitica trattazione in proposito - che fornisce una moltitudine di dati e testimonianze circa il carattere partigiano delle selezioni presidenziali (sostenendo, fra l'altro, che “*the Trump approach has translated into a new breed of appellate appointees with open experience in ideological and political warfare*”, a cura di R.R. Ruiz, R. Gebeloff, S. Eder and B. Protess, *A Conservative Agenda Unleashed on the Federal Courts*, - è stata pubblicata dal *New York Times* il 14 marzo 2020 ed è reperibile in www.nytimes.com/2020/03/14/us/trump-appeals-court-judges.html).

La partigianeria della maggioranza repubblicana in Senato, inoltre, si è resa palese, in primo luogo, impedendo al Presidente Obama di procedere alla nomina di un nuovo giudice della Corte Suprema (individuato nella persona di Merrick Garland) dopo la scomparsa di Antonin Scalia nel febbraio del 2016 (nove mesi prima dell'insediamento di Trump) e consentendo al neo-eletto Trump di acquisire la sua prima nomina alla Corte (cfr. in proposito F. Clementi, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *federalismi.it*, 24 febbraio 2016; e P. Bonini, *Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos* n. 2, 2017, 1 ss.).

In secondo luogo, immediatamente dopo la scomparsa di Ruth Bader Ginsburg (il 18 settembre 2020), favorendo la fulminea nomina della nuova *Associate Justice* Amy Coney Barrett (già nominata dallo stesso Trump presso la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* nel periodo 2017-2020): la proposta presidenziale, infatti, risale al 29 settembre, la fase istruttoria e il voto in Senato hanno richiesto meno di un mese e il 27 ottobre - con l'*Election Day* fissato per il 3 novembre - la nuova giudice ha assunto l'ufficio.

In proposito occorre anche ricordare la decisione del Senato di modificare la norma regolamentare interna applicabile alla designazione *de qua*, prevedendo per la chiusura del dibattito e il passaggio al voto (la *cloture motion*) la maggioranza del voto dei senatori e non più quella dei tre quinti prevista espressamente ed esclusivamente per la procedura di nomina dei *Justices* della Corte Suprema (in proposito cfr. P. Passaglia, *President Trump's Appointments in Four Keywords*, cit., 59 ss. e l'acuta ed ironica ricostruzione in L. Testa, *Trump, Justice Gorsuch e i corsari in laticlavio*, in *Forum DPCE Online* - Trump, 16.05.2017.

Queste circostanze hanno fatto sì che il tema delle nomine presidenziali dei giudici federali sia insolitamente entrato nel vivo del dibattito politico della campagna elettorale e che – nell'ipotesi di una vittoria del partito democratico e al fine di pervenire ad un riequilibrio degli orientamenti della magistratura – si sia prospettata una riedizione del *Court Packing Plan* già ipotizzato (e minacciato) da Franklin Delano Roosevelt per garantire spazi di legittimità alle politiche sociali del *New Deal*. La determinazione circa il numero dei componenti la Corte Suprema è contenuta in una legge ordinaria e attraverso la (eventuale) maggioranza nel Congresso si sarebbe potuto rovesciare la prevista maggioranza di orientamento conservatore (6-3) aumentando il numero dei componenti la Corte stessa (cfr. W. G. Ross, *Has the Supreme Court Finally Become a Major Issue in a Presidential Election?*, in *JURIST – Academic Commentary*, October 20, 2020, www.jurist.org/commentary/2020/10/william-ross-sctus-presidential-election/).

Si è osservato in argomento – dopo aver esposto e qualificato come *constitutional convention* la prassi secondo la quale «never since the American Civil War did the Senate confirm a Supreme Court Justice in a presidential election year without bipartisan support» – che “Court packing is the antidote by constitutional design to a partisan takeover of the Supreme Court during election time as part of the inherent checks and balances of a popular sovereignty system. Senators must be aware that an appointment confirmed by a purely partisan vote during presidential election time legitimizes court packing as a countermeasure», in R. Weill, *Court Packing as an Antidote*, in *Cardozo Law Review*, 2021, 101 ss.

5. – L'avventura del mandato presidenziale di Trump, oltre alle criticità connesse al suo impatto su profili sistematici dell'ordinamento e della forma di governo, si distingue anche per altri profili contingenti e auspicabilmente circoscritti a questa Presidenza.

Fra questi, ad esempio, è certamente da considerare l'uso spregiudicato dei *social media*, cui il Presidente Obama, ad esempio, aveva deliberatamente rinunciato. In proposito, è stato efficacemente posto l'accento sulla “forma di comunicazione extraistituzionale fra il presidente e il popolo” e sulla “radicale e privata personalizzazione consentita dai nuovi mezzi di comunicazione” per spiegare come la “sovranità dell'*audience*” abbia contribuito alla configurazione dell'egemonia presidenziale (N. Urbinati, *Il presidente plebiscitario*, ne *Il Manifesto*, 13 gennaio 2020).

Ancora, in relazione alle politiche e allo stile della comunicazione, occorre rilevare l'estrema disinvoltura presidenziale nel suo rapporto con la verità e con l'oggettività nell'esposizione dei fatti che ha segnato una linea di fedele continuità fra gli anni della Presidenza e delle due campagne elettorali (a proposito della campagna del 2016 si è ben rilevato che “[...] Donald Trump, soprattutto, ha veicolato direttamente o indirettamente, una serie di notizie false, dal luogo di nascita di Barack Obama alla crescita esponenziale del numero di immigrati, dalle percentuali degli omicidii all'interno e fra i gruppi etnici alle sorti delle battaglie in Siria e Iraq. Le conseguenze di tali elementi di complessità e disinformazione –

ma altri se ne potrebbero aggiungere – portano il corpo elettorale a decidere non sul reale merito dei contenuti effettivi delle scelte da prendere, ma sulla base del maggior senso di affidamento e di empatia generato dai leader che sostengono l’una o l’altra posizione. Se tale profilo è in parte fisiologico, soprattutto nel dispiegarsi delle odierne forme di “rappresentanza di carattere personale”, ricerche di political science hanno dimostrato come il portato su larga scala di tale comportamento conduca ad una decisione sulla popolarità percepita della persona o delle persone che propugnano l’una o l’altra delle alternative proposte (secondo dinamiche di legittimazione carismatica) e non sul pregio delle questioni presentate. Ed anche l’attendibilità della comunicazione cede il passo rispetto al grado di appealing del comunicatore”, C. Casonato, *Much ado about... something*, in *FORUM DPCE Online – Trump*, 2016)

Ma il fenomeno più sconcertante ed inquietante da registrare in un’ottica di diritto costituzionale, anche alla luce di possibili (ma improbabili) sviluppi di portata autenticamente eversiva, si riconduce alla reazione di Trump alla sconfitta elettorale.

Il Presidente uscente, infatti, non solo non ha mai riconosciuto espressamente l’esito del voto, violando così un codice convenzionale non solo di *fairness* fra avversari politici – si ricorda sempre in questo caso il diverso comportamento di A. Gore nei confronti della vittoria di G.W. Bush prodotta da una discutibile sentenza della Corte Suprema – e aggravando sostanzialmente l’efficienza della transizione all’assunzione delle funzioni di governo da parte del *President Elect*. Ma, anzi: l’esito del voto e della vittoria elettorale è stato patologicamente attribuito a sé stesso, in pubblico. Non solo: la “presunta” vittoria del candidato democratico è stata fatta risalire a comportamenti di frode elettorale dell’avversario, elaborando una insussistente “*conspiracy rethoric*” sui poteri forti ai danni del popolo americano. E, di conseguenza, si è promossa una serie di oltre una cinquantina di ricorsi giudiziari nei singoli stati: in alcuni casi sollecitando un nuovo spoglio delle schede, in altri, invece, contestando le innovazioni legislative con le quali si era inteso agevolare la partecipazione elettorale nonostante l’epidemia attraverso il voto per corrispondenza o il voto anticipato che avrebbero favorito il candidato democratico (In argomento si veda D. Dwyer, O. Rubin, and M. Mosk, *Trump and his GOP loyalists seek to pile on Supreme Court election challenge*, in ABA News, 10 dicembre 2020. Per una dettagliata ricognizione delle single azioni giudiziarie negli stati si rinvia a M. Deliso, C. Thorbecke, and M. Nathanson, *Election 2020: A look at Trump campaign election lawsuits and where they stand. The campaign has filed numerous suits in several battleground states*, in ABC News, 12 dicembre 2020, entrambi disponibili in abcnews.go.com/Politics/).

Oltre ai tribunali statali, anche la Corte Suprema federale è stata investita nel contenzioso generato da tali ricorsi.

In un primo caso - *Kelly, Mike et al. v. Pennsylvania et al.* (8 dicembre) – la Corte, senza entrare nel merito e senza fornire una motivazione (si trattava formalmente di un *order in pending case*) ha deciso che «the application for

injunctive relief presented to Justice Alito and by him referred to the Court is denied».

Anche in un secondo caso - *Texas v. Pennsylvania et al.* (11 dicembre, i convenuti erano il Commonwealth of Pennsylvania e gli stati della Georgia, del Michigan e del Wisconsin) – la pronuncia della Corte è stata netta, negando la legittimità processuale dello stato del Texas ad intervenire sulla materia elettorale concernente un altro stato («The State of Texas’s motion for leave to file a bill of complaint is denied for lack of standing under Article III of the Constitution. Texas has not demonstrated a judicially cognizable interest in the manner in which another State conducts its elections. All other pending motions are dismissed as moot»). Da notare lo statement del Justice Alito, “with whom Justice Thomas joins: In my view, we do not have discretion to deny the filing of a bill of complaint in a case that falls within our original jurisdiction. See *Arizona v. California*, 589 U. S. (Feb. 24, 2020) (Thomas, J., dissenting). I would therefore grant the motion to file the bill of complaint but would not grant other relief, and I express no view on any other issue»).

In argomento non può omettersi di segnalare non solo come ben 17 stati (a guida repubblicana) abbiano depositato le proprie memorie di sostegno (sotto forma di *amicus curiae*) alle rivendicazioni del Texas ma anche come lo stesso Trump sia intervenuto “*in his personal capacity as candidate for re-election*”, come si legge nell’intestazione dell’atto. Nel documento, si sostiene che la violazione della legislazione statale in materia elettorale viola la *Electors Clause* della Costituzione e comporta pertanto una violazione del diritto federale. Inoltre, citando un sondaggio d’opinione, si rileva come «our Country is deeply divided in ways that it arguably has not been seen since the election of 1860. There is a high level of distrust between the opposing sides, compounded by the fact that, in the election just held, election officials in key swing states, for apparently partisan advantage, failed to conduct their state elections in compliance with state election law, in direct violation of the plenary power that Article II of the U.S”. Pertanto, “the fact that nearly half of the country believes the election was stolen should come as no surprise. President Trump prevailed on nearly every historical indicia of success in presidential elections».

Si confuta anche la necessità di dover addurre prove a sostegno dell’accusa di frode elettorale in quanto sarebbe sufficiente provare la violazione delle leggi statali in materia. («It is not necessary for the Plaintiff in Intervention to prove that fraud occurred, however; it is only necessary to demonstrate that the elections in the defendant States materially deviated from the “manner” of choosing electors established by their respective state Legislatures. By failing to follow the rule of law, these officials put our nation’s belief in elected self-government at risk»).

Quanto al *petitum*, il candidato Trump richiede che «this Court should issue a declaratory judgment that the defendant States have violated the Constitution and the rights of the Plaintiff in Intervention by conducting the elections according to unauthorized rules created by officials and courts rather than by the pre-existing requirements of state law. And it should further direct the defendant

States to review their election results in compliance with pre-existing state law and count only lawfully cast ballots and thereby determine who truly won the contest for President of the United States. Only then will the public's faith in the election process be restored, and only then will voters on either side of the intensely partisan divide be able to find solace in a result that was obtained after a fair electoral fight, where every legal vote was counted but where those votes were not diluted or negated by the casting and counting of illegal votes».

Si tratta di una prosecuzione della competizione elettorale per la Presidenza nelle aule giudiziarie che Trump aveva preannunciato già da tempo e che, dunque, non era del tutto inattesa ma che, verosimilmente, non si pensava potesse arrivare ad essere tanto grottesca quanto si è rivelata nella realtà.

Da ultimo, è da ricordare che la fine della Presidenza può comportare per Donald Trump l'avvio di una serie di controversie giudiziarie legate alla sua persona (vicende familiari, scandali sessuali) e alle sue attività imprenditoriali (frode fiscale, bancaria, etc.). Un resoconto dettagliato è offerto da J. Nevett, *Trump's legal battles: How six cases may play out*, in *BBC News* (www.bbc.com/news/world-us-canada-54716550).

6. – L'esperienza di un solo mandato presidenziale – nella ricostruzione qui sopra esposta – è stata pericolosamente sufficiente a suggerire una riflessione su quanto questa Presidenza abbia prodotto ovvero solo prospettato una diversa lettura in chiave involutiva di rilevanti profili dell'ordinamento costituzionale e della forma di governo. Fra questi, il rapporto fra voto popolare ed *Electoral College*, la configurazione individuale e monista dell'organo esecutivo in rapporto al Congresso, un conseguente spregiudicato sfruttamento di una maggioranza acriticamente appiattita sulle posizioni presidenziali, anche in occasione dell'esercizio di una funzione cruciale come è il conferimento dell'*advice and consent* sulle proposte di nomina per la magistratura federale e, in particolare – anche ricorrendo alla manipolazione delle norme regolamentari –, dei componenti la Corte Suprema.

Nondimeno, occorre rilevare come, alla fine, dopo una forte e costante tensione durata tutto il quadriennio, il sistema costituzionale politico abbia reagito alla degenerazione in atto e alla sua proiezione nel futuro e, in virtù dell'esito elettorale che ha portato alla vittoria di Joe Biden e Kamala Harris, la deriva verso il superamento del costituzionalismo statunitense *mainstream* sia stata rallentata, grazie alla convergenza di tutti gli attori: il corpo elettorale, l'*Electoral College*, le corti statali e federali, compresa la Corte Suprema a maggioranza conservatrice.

Si è parlato di un rallentamento, anziché di un arresto definitivo di quelle dinamiche, giacché è essenziale tenere a mente che Donald Trump, se ha perso questo giro, rimane comunque in grado di lasciare dietro di sé la *Trump legacy*, un movimento cospicuo nei numeri e nelle risorse, nella dimostrata capacità di mobilitazione dell'elettorato ma anche di settori della società poco disposti a perdere del tutto i vantaggi acquisiti nell'ultimo quadriennio. Si è osservato che *“Trump, governing by whim and tweet, deepened the nation's racial and cultural divides*

and undermined faith in its institutions. His legacy: a tumultuous four years that were marked by his impeachment, failures during the worst pandemic in a century and his refusal to accept defeat. He smashed conceptions about how presidents behave and communicate, offering unvarnished thoughts and policy declarations alike”, in J. Lemire, Z. Miller and D. Superville, *Trump’s legacy: He changed the presidency, but will it last?* (disponibile in apnews.com/), Si veda in proposito anche George Packer, *A Political Obituary for Trump. The effects of his reign will linger. But democracy survived*, in *The Atlantic*, January/February 2021 issue (in www.theatlantic.com/magazine/archive/2021/01/the-legacy-of-donald-trump/617255/).

In proposito, è almeno da segnalare il movimento d’ispirazione conservatrice che sta promuovendo la convocazione di una *constitutional convention* ex art. V della Costituzione federale per una revisione costituzionale che, in questa fase, sarebbe ulteriormente divisiva e presenterebbe esiti incerti sulla qualità delle riforme (in argomento si rinvia all’aggiornamento del 2020 del testo prodotto da *Common Cause* “*U.S. Constitution Threatened as Article V Convention Movement Nears Success*” disponibile in www.commoncause.org).

Il problema, dunque, non è certo l’*an* ma il *quando*, il *quomodo* e soprattutto il *quis* che si affermerà quale titolare della prosecuzione dell’avventura trumpiana e del suo ulteriore consolidamento: si tratta, infatti, di un patrimonio politico che potrà essere ancora valorizzato dallo stesso Donald Trump – nonostante l’età, i problemi giudiziari personali e la sconfitta del 2020 –, o da persone della sua famiglia (e già non mancano riferimenti alla continuazione della dinastia), ovvero del suo *entourage*, benché il Presidente abbia allontanato chiunque non fosse supinamente disposto ad una sorta di “culto del genio” nei suoi confronti (da ultimo – ma non è detto, in attesa dell’*Inauguration Day* – l’*Attorney General* William Barr, che, dopo una indefettibile militanza trumpiana, alla fine si è rifiutato di nominare uno *special counsel* per svolgere un’indagine sulle presunte frodi elettorali negli stati e sulla persona del figlio del *President Elect*).

Giova infatti valutare attentamente l’esito del voto – sia pure limitandosi ai dati essenziali in attesa di analisi più approfondite e sofisticate che solo i politologi e i sociologi sono in grado di svolgere in modo appropriato – per sottolineare il fatto che la vittoria del *ticket* Biden-Harris, per quanto chiara e netta, non può di certo essere considerata una valanga ma, in realtà, solo come una pausa – si vedrà quanto interlocutoria o definitiva – della perdurante ed anzi crescente onda populista.

In tal senso, del resto, i risultati complessivi dell’elezione presidenziale del 2020 suggeriscono di muovere le riflessioni conclusive con indispensabile realismo (dati tratti da edition.cnn.com/election/2020/results/).

Ricordiamo, che l’affluenza al voto è stata del 66,7% - con un incremento dell’11% rispetto al 2016 (dove si era registrato un incremento solo dello 0,8%), facendo dell’elezione del 2020 la più partecipata elezione nella storia degli Stati Uniti (anche grazie al massiccio ricorso al voto non in presenza dovuto alla drammatica emergenza sanitaria).

Per quanto riguarda le elezioni presidenziali, di per sé, Biden ha ricevuto il 51,4% (pari a 81 milioni e rotti di voti popolari) e Trump il 46,9% (corrispondente a 74 milioni e rotti di voti), con un residuo dell'1,8% destinato ad altri tre candidati (quasi 3 milioni di voti che non hanno guadagnato alcun seggio dell'*Electoral College*). Il divario di 7 milioni di voti non è enorme ma di certo è ragguardevole e diviene ancor più significativo se rapportato ai voti in seno ai *Presidential Electors*: 306 (56,9%) per Biden e 232 (43,1%) per Trump. Tuttavia, Trump ha ricevuto non solo un considerevole numero di suffragi, ma addirittura ha incrementato il suo consenso di circa 12 milioni di voti rispetto al 2016 (raccogliendo consensi, a quanto risulta dalle prime indagini, anche nell'ambito della popolazione di colore e dei *Latinos*).

Inoltre, si considerino anche gli altri risultati: l'esito delle elezioni per la *House of Representatives* vede 222 seggi per il partito democratico (con un guadagno di 3 seggi e una perdita di 12) e, per il partito repubblicano, 211 seggi (con un guadagno di 13 seggi e la perdita di 3); nel Senato (dove erano in gioco 35 seggi), il vantaggio è di 50 seggi per il partito repubblicano e di 48 per il partito democratico (con due seggi della Georgia destinati però ad un voto di ballottaggio (il *runoff vote* si terrà il 5 gennaio 2021). Sicché la prospettiva di una partenza della Presidenza Biden in condizioni di *divided government* è abbastanza concreta.

Da ultimo, occorre ricordare anche che, per quanto concerne i governatori, la competizione elettorale del 2020 ha riguardato undici stati: i governatori repubblicani si ritrovano in maggioranza in 27 stati contro i 23 dei governatori del partito democratico.

La *Trump legacy*, pertanto, già dal prossimo mandato presidenziale rappresenta una componente cruciale non solo per il sistema istituzionale degli Stati Uniti ma anche per la società civile e la sfera dei diritti fondamentali, anche in ragione della prossimità e degli ammiccamenti di Trump al mondo dell'estremismo di destra e della *white supremacy*.

In realtà il riferimento, ormai diffuso e costante, alla stessa *Trump legacy* rappresenta una forma di semplificazione per alludere ad un fenomeno ben più consistente e risalente, ossia il graduale venir meno della forza di aggregazione unitaria esercitata dal concetto di nazione (si sa che negli Stati Uniti il riferimento a questa dimensione è sempre collocato a livello federale) e dal mito della Costituzione (si veda R. Toniatti, *La «nazione costituzionale»: genesi e consolidamento dell'identità repubblicana dell'ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, in *DPCE*, 2011, 1150 ss.). Tale fenomeno sempre più spesso viene richiamato con la formula inquietante di *cultural war* (in proposito rinviando a A. Hartman, *A War for the Soul of America*, 2nd ed., Chicago, 2019; e B. Bishop, *The Big Sort: Why the Clustering of Like-minded America is Tearing Us Apart*, Boston, 2009).

Questo contesto – che solleva forti timori e preoccupazioni non solo per l'ordine statunitense (che qui abbiamo più volte identificato con il costituzionalismo *mainstream*) ma anche per la stabilità internazionale – è inevitabilmente destinato a protrarsi per uno spazio di tempo che certamente andrà ben oltre la Presidenza Biden - Harris (di uno o quanti più mandati possano

– auspicabilmente – giovarsi). Di certo Joe Biden ne ha lucida consapevolezza se, con una visione che certamente va al di là della retorica della celebrazione della vittoria elettorale, nel primo discorso ufficiale da *President Elect* (il 7 novembre) ha affermato, fra l'altro, che «I pledge to be a President who seeks not to divide, but to unify. Who doesn't see Red and Blue states, but a United States. And who will work with all my heart to win the confidence of the whole people. For that is what America is about: The people. And that is what our Administration will be about. I sought this office to restore the soul of America. To rebuild the backbone of the nation — the middle class. To make America respected around the world again and to unite us here at home. It is the honor of my lifetime that so many millions of Americans have voted for this vision. And now the work of making this vision real is the task of our time [...] I am proud of the campaign we built and ran. I am proud of the coalition we put together, the broadest and most diverse in history. Democrats, Republicans and Independents. Progressives, moderates and conservatives. Young and old. Urban, suburban and rural. Gay, straight, transgender. White. Latino. Asian. Native American. And especially for those moments when this campaign was at its lowest — the African American community stood up again for me. They always have my back, and I'll have yours. I said from the outset I wanted a campaign that represented America, and I think we did that. Now that's what I want the administration to look like. And to those who voted for President Trump, I understand your disappointment tonight. I've lost a couple of elections myself. But now, let's give each other a chance. It's time to put away the harsh rhetoric. To lower the temperature. To see each other again. To listen to each other again. To make progress, we must stop treating our opponents as our enemy. We are not enemies. We are Americans. The Bible tells us that to everything there is a season — a time to build, a time to reap, a time to sow. And a time to heal. This is the time to heal in America».

La disciplina sull'elettorato passivo nel diritto dell'Unione europea tra competenze nazionali e principio d'autonomia del Parlamento europeo

di Francesco Battaglia

Abstract: The Rules on Passive Electorate under European Union Law between National Competences and the Principle of Autonomy of the European Parliament -

This article carries out an analysis on the rules on passive electorate under EU Law, particularly in the framework of the European citizenship, focusing on the prerogatives of the European Parliament in this field. Following the analysis of the legal framework, the author examines on the case-law of the European Court of Justice, underlining the narrow approach usually adopted by the latter.

In the second part of the article, however, the paper takes under consideration a judgement and an order issued in December 2019, regarding the election of some members of the Junts per Catalunya Party, which are interesting because the Court has interpreted the powers of the European Parliament in a broader sense. Starting from those decisions, the author makes some reflection on the necessity to strengthen the autonomy of the European Parliament through an electoral reform.

4467

Keywords: European Parliament; passive electorate; European citizenship; electoral reform; parliamentary immunity.

1. Introduzione

L' art. 14, par.2, TUE, novellato dal trattato di Lisbona, contiene una definizione di Parlamento europeo innovativa rispetto a quella figurante all'art. 189 TCE, a sua volta risalente all'art. 137 del Trattato di Roma, poiché afferma che tale istituzione è composta dai "rappresentanti dei cittadini dell'Unione" e non dai "rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità".

La nuova formula, oltre a valorizzare la natura democratica del Parlamento europeo¹ e a mettere in risalto la sua autonomia dagli Stati membri, riconduce la rappresentanza parlamentare all'interno del quadro giuridico inerente alla cittadinanza europea, il che impone di interpretare la norma in questione in combinato con l'art. 14, par. 2, TUE, l'art. 22, par. 2, TFUE e l'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali.

La detta modifica, come sottolineato in dottrina, è da ritenersi rilevante «for the determination of the individual status of MEPs [...] as it means that

¹ Lo rilevò con chiarezza la Corte di giustizia nella nota sentenza del 29 ottobre 1980, *SA Roquette frères c. Consiglio*, causa 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, punto 33.

MEPs should be representative of the citizens of the Union in unity without differentiation»². Inoltre, essa introduce un elemento di maggior chiarezza all'interno dei trattati, dal momento che il termine “popoli” poteva assumere significati differenti a seconda dei contesti nazionali di riferimento e delle lingue dell'Unione³ e, di conseguenza, offriva agli Stati membri un più ampio margine di discrezionalità in materia di diritto d'elettorato attivo e passivo.

Tuttavia, la sola revisione dell'art. 189 TCE non si presta ad offrire al Parlamento europeo quel necessario grado di indipendenza di cui dovrebbe disporre un'istituzione direttamente rappresentante dei cittadini europei. Proprio per tale motivo, il trattato ha posto la base giuridica per ulteriori modifiche. Ad esempio, per quanto concerne l'elettorato passivo, l'art. 223 TFUE – e già sostanzialmente l'art. 137 del Trattato di Roma – dispone che «il Parlamento europeo elabora un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri». Tale progetto dovrebbe poi essere adottato dal Consiglio, deliberando all'unanimità, secondo una procedura legislativa speciale, e previa approvazione del Parlamento europeo. A più di dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e oltre sessanta dal Trattato di Roma – tuttavia, la detta riforma non è stata ancora adottata. Pertanto, il diritto d'elettorato passivo, dalle questioni relative alla procedura elettorale, fino all'eventuale decadenza dei deputati europei, continua ad essere sostanzialmente regolato dai diritti nazionali.

Probabilmente, questo è uno dei motivi per cui tutt'oggi manca alla politica europea un solido *trait d'union* tra elettori ed istituzioni⁴, come dimostra, ad esempio, il fatto che, ad eccezione delle elezioni del 2019⁵, durante la campagna elettorale per le elezioni europee, i cui candidati sono ancora selezionati dai partiti nazionali, vengono affrontati, in prevalenza, temi d'interesse dei singoli Stati membri⁶.

² D. DUIĆ, *Member of the European Parliament*, in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (eds.), *Dictionary of Statutes within EU Law. The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration*, Cham, 2019, pp. 379-380.

³ Al riguardo, cfr. sentenza della Corte (grande sezione) del 12 settembre 2006, causa C-300/04, *M. G. Eman e O. B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, punto 44; sentenza della Corte (grande sezione) del 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punto 71.

⁴ Così A. CIANCIO, *New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimize the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act*, in *federalismi.it*, 23/2015, p. 4.

⁵ Sulle elezioni del 2019, cfr. N. LUPO, *Elezioni europee 2019: politicamente cruciali, ma con quali effetti istituzionali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 172-175; A. MANZELLA, *Parlamento europeo: un nuovo inizio?*, in *I Post di AISDUE*, 2019, pp. 48-57.

⁶ Al riguardo, in dottrina si è affermato che «fewer individuals choose to participate at the European level, and those that cast a vote often base their decision on national political agendas instead of issues pertinent to the European Union» (cfr. N. CLARK, *The Federalist Perspective in Elections to the European Parliament*, in *Journal of Common Market Studies*, 2015, p. 524). Tuttavia, vale anche la pena di sottolineare che quelle del 2019 sono state,

Alla luce di quanto detto, nel presente lavoro ci si propone di esaminare le norme riguardanti il diritto di elettorato passivo, inquadrandole nel contesto della cittadinanza dell'Unione. Tale scelta è dovuta al fatto che non ci sembra che l'istituto in parola sia stato sufficientemente valorizzato per stimolare l'evoluzione della disciplina sull'elettorato passivo in una prospettiva sovranazionale.

Come si vedrà, infatti, la Corte di giustizia ha adottato un approccio piuttosto restrittivo in materia, a differenza di quanto fatto in altri ambiti legati alla cittadinanza europea, come, ad esempio, il diritto di elettorato attivo. Solo di recente, con una sentenza del 19 dicembre 2019 e un'ordinanza del giorno successivo, entrambe riguardanti il mancato insediamento al Parlamento europeo di alcuni esponenti del partito *Junts per Catalunya*, la Corte, come si vedrà, ha mostrato una leggera inversione di tendenza.

Di seguito, quindi, dopo aver esaminato il quadro giuridico di riferimento, ci si soffermerà sulla giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia, analizzando i più recenti arresti del giudice di Lussemburgo. L'obiettivo è quello di valutare in che misura la disciplina sul diritto di elettorato passivo, così come interpretata dalla Corte, sia confacente alla natura democratica dell'Unione, di cui la rappresentanza dei cittadini garantita dal Parlamento europeo costituisce un elemento chiave, al fine di svolgere anche alcune riflessioni di carattere più generale sull'autonomia del Parlamento quale tassello di una valorizzazione dell'organo e della sua capacità di offrire adeguata rappresentanza ai cittadini.

2. La disciplina in materia di elettorato passivo.

Il processo che ha portato alla prima elezione a suffragio universale diretto del Parlamento europeo è stato piuttosto lungo e complesso⁷.

Al riguardo, in dottrina si è sostenuto che i tempi di tale processo si sono dilatati anche a causa della riluttanza mostrata da alcuni Stati membri, come la

probabilmente, le “più europee” tra le elezioni. Fra l'altro, per la prima volta dal 1979, è cresciuta la partecipazione rispetto alla precedente tornata elettorale. Dopo le prime elezioni a suffragio universale, infatti, la percentuale dei votanti era costantemente diminuita ad ogni elezione.

⁷ Basti ricordare che, già nel giugno del 1960, l'Assemblea parlamentare, in applicazione dell'art. 137 del Trattato CEE, ritenendo che fosse giunto il momento «di associare direttamente i popoli alla costruzione dell'Europa» aveva adottato un *progetto di Convenzione sulla elezione dell'Assemblea parlamentare europea a suffragio universale diretto*, secondo il quale, al termine di un periodo transitorio determinato dalla stessa Assemblea, quest'ultima avrebbe dovuto stabilire le norme volte a disciplinare, secondo una procedura per quanto possibile uniforme, il sistema di elezione dei parlamentari europei (Risoluzione relativa all'approvazione del progetto di Convenzione sull'elezione dell'Assemblea Parlamentare Europea a suffragio universale diretto, in GUCE del 2 giugno 1960). Per una ricostruzione approfondita del percorso che ha portato alla prima elezione a suffragio universale diretto, cfr. European Parliament, Archive and Documentation Centre (CARDOC) Directorate-General for the Presidency, *Towards direct elections to the European Parliament*, 2009 (disponibile online su http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/cc28392c-c78d-49f2-98cb-3e1859ed6e5a/Direct_elections.pdf, ultimo accesso il 15 marzo 2020).

Francia, all'idea «of autonomous, legitimated political institutions, independent of national parliaments, and perhaps capable of usurping national power and authority»⁸, poiché una tale evoluzione avrebbe inevitabilmente rafforzato la legittimità del Parlamento europeo e lo avrebbe posto nelle condizioni di rivendicare un ruolo più incisivo nel processo decisionale⁹.

In effetti, è proprio a partire dall'inizio degli anni '80 del Novecento, cioè all'indomani della prima elezione a suffragio universale diretto, che la Corte di giustizia, basandosi sul principio di democrazia rappresentativa, ha sviluppato un ampio filone giurisprudenziale volto a rafforzare il coinvolgimento del Parlamento europeo nell'*iter* di formazione delle norme¹⁰.

A prescindere da quest'ultima considerazione, però, è evidente come la disciplina contenuta nell'atto elettorale del 1976¹¹, anche dopo le modifiche apportate nel 2002¹² e nel 2018¹³, sia da considerare come un risultato di compromesso tra le diverse posizioni degli Stati membri, molti dei quali erano apertamente contrari all'adozione di un sistema elettorale comune.

Come noto, l'atto del 1976, così come successivamente novellato, fissa solo alcune regole comuni all'elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo, tra cui il meccanismo proporzionale, lasciando agli Stati membri la possibilità di disciplinare la procedura elettorale secondo le proprie disposizioni nazionali.

Proprio per tale motivo, il sistema elettorale è stato definito in dottrina come “polimorfo”, nella misura in cui, ferma restando l'adozione comune della formula proporzionale, ogni sistema elettorale prevede poi un nucleo di regole procedurali *ad hoc* che è differente per ciascun ordinamento e che quindi va a delineare un mosaico elettorale formato da ventisette tasselli¹⁴. Tra l'altro, nell'applicazione dei detti principi comuni «non sono mancate critiche e incertezze, con interventi tutt'altro che convergenti di alcuni tribunali

⁸ Così, P.-C. MÜLLER-GRAFF, *Direct Elections to the European Parliament*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1979, pp. 1-36.

⁹ Cfr. V. HERMAN, J. LODGE, *The European Parliament and the European Community*, London, 1978, p. 2.

¹⁰ Sul punto, cfr. P. DE PASQUALE, *Osservazioni sulla valorizzazione del ruolo del Parlamento europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 288-300.

¹¹ Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'assemblea a suffragio universale diretto, in *GUCE* del 8 ottobre, 1976, pp. 5-11.

¹² Decisione del Consiglio, del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002, che modifica l'atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, in *GUCE* del 21 ottobre 2002, L 283, pp. 1-4.

¹³ Decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio, del 13 luglio 2018, che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, in *GUUE* del 16 luglio 2018, L 178, pp. 1-3.

¹⁴ F. SGRÒ, *Clausola di sbarramento e Parlamento europeo. Una lettura comparata della sentenza n. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, p. 243

costituzionali nazionali, quasi ad indicare che la materia elettorale è fatalmente legata all'identità nazionale di cui all'art. 4 TUE»¹⁵.

Al fine di risolvere le criticità dovute all'attuale sistema, il Parlamento europeo, negli ultimi anni, ha rilanciato l'idea di rendere più omogenea la normativa sulla procedura d'elezione e sullo *status* degli europarlamentari. Nel 2015, quindi, ha adottato una risoluzione mirata ad accrescere la dimensione democratica e sovranazionale delle elezioni europee, a cui ha allegato un progetto di riforma elettorale¹⁶, ai sensi dell'art. 223 TFUE¹⁷.

Solo dopo tre anni di negoziati, tuttavia, si è giunti all'adozione della decisione 2018/994, che però ha subito alcune rilevanti modifiche rispetto alla proposta iniziale, tanto che la commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo ha affermato che sarebbe stato lecito aspettarsi maggiore ambizione da parte dell'istituzione in cui sono rappresentati gli Stati membri¹⁸.

¹⁵ N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, 2019.

¹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2015 sulla riforma della legge elettorale dell'Unione europea (2015/2035(INL)), in *GUUE* del 27 ottobre 2017, C 366, pp. 7-18. Per quanto concerne, nello specifico, la riforma elettorale, i punti essenziali di novità del progetto prevedevano: a) l'introduzione di una soglia obbligatoria, compresa tra il 3% e il 5%, per l'attribuzione dei seggi negli Stati membri a circoscrizione unica e nelle circoscrizioni in cui è utilizzato il sistema di lista e che comprendono più di 26 seggi; b) l'utilizzo nelle schede elettorali dei simboli dei partiti europei, a fianco di quelli nazionali; c) il diritto di voto anche per chi risiede o lavora in un Paese terzo; d) il rispetto della parità di genere nella composizione delle liste elettorali; e) la possibilità del voto anticipato, per corrispondenza, elettronico e via internet, adottando misure adeguate per garantire l'affidabilità dei risultati, la segretezza del voto e la protezione dei dati personali conformemente al diritto dell'Unione applicabili.

¹⁷ Si ricorda che, ai sensi di questa disposizione, «1. Il Parlamento europeo elabora un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri. Il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo che si pronuncia alla maggioranza dei membri che lo compongono, stabilisce le disposizioni necessarie. Tali disposizioni entrano in vigore previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali. 2. Previo parere della Commissione e con l'approvazione del Consiglio, il Parlamento europeo, di sua iniziativa, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce lo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni dei suoi membri. Per le norme o le condizioni relative al regime fiscale dei membri o ex membri è richiesta l'unanimità in sede di Consiglio».

¹⁸ Commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo, Raccomandazione concernente il progetto di decisione del Consiglio che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976 (09425/2018 – C8-0276/2018 – 2015/0907(APP)). Tra le altre cose, la detta risoluzione invitava gli Stati membri a rafforzare la visibilità dei partiti politici europei, apponendo i rispettivi nomi e loghi sulle schede elettorali. Inoltre, proponeva di riconoscere a tutti i cittadini dell'Unione, inclusi quelli che vivono o lavorano in un paese terzo, il diritto di esprimere il loro voto alle elezioni per il Parlamento europeo. Per un esame più approfondito del progetto adottato dal Parlamento europeo, cfr. L. PELUCCHINI, *La risoluzione 2015/20135 del Parlamento europeo: fare gli europei per fare l'Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2016; A. CIANCIO, *New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimate the Process of Political Integration in Europe*, cit.

In particolare, gli emendamenti più importanti hanno riguardato l'introduzione di una soglia minima per l'attribuzione dei seggi, che fino a tale riforma aveva un carattere facoltativo. Al riguardo, la decisione del 2018: a) non dispone l'obbligo di istituirla nei Paesi a circoscrizione unica; b) stabilisce che, per le circoscrizioni che comprendono più di 35 seggi, in cui si utilizza lo scrutinio di lista, sia prevista una soglia minima, non inferiore al 2 % né superiore al 5 % dei voti validamente espressi nella circoscrizione di cui trattasi.

Su tale aspetto, vale la pena di ricordare uno dei principali punti di divergenza nella giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri in materia di sistema elettorale europeo è stato proprio quello relativo alla soglia minima¹⁹.

Ad esempio, nel 2014, il *Bundesverfassungsgericht*, che già nel 2011 aveva disposto l'abbassamento della soglia in Germania dal 5% al 3%, ha dichiarato l'illegittimità di qualunque clausola di sbarramento, in quanto, limitando l'ingresso dei partiti minori nel Parlamento europeo, comprime in modo irragionevole valori costituzionali fondamentali legati ai principi della democrazia rappresentativa²⁰. A giudizio del Tribunale costituzionale, infatti, mentre la formazione di una maggioranza stabile è indispensabile sul piano nazionale, a livello europeo non si pone il problema di evitare l'eccessiva frammentazione dei partiti politici presenti nel Parlamento europeo, poiché quest'ultimo non è dotato di quelle funzioni di indirizzo politico che potrebbero giustificare la mancata rappresentanza delle forze politiche minori.

Al contrario, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che, in considerazione delle funzioni decisorie acquisite dal Parlamento europeo e dai rischi connessi a una paralisi della sua attività conseguente all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di formare le necessarie maggioranze, si pone anche a livello dell'Unione europea quell'esigenza di efficienza dei meccanismi decisionali, alla quale la previsione di una soglia di sbarramento innegabilmente risponde²¹. Tale esigenza si sarebbe, in particolar modo, rafforzata dopo l'entrata Lisbona,

¹⁹ Sulla questione relativa alla soglia minima di sbarramento, cfr. F. SGRÒ, *Clausola di sbarramento e Parlamento europeo*, cit.; M. ARMANNI, *Elezioni europee e soglia di sbarramento. Il contributo della Corte costituzionale tra diritto dell'Unione e diritto interno*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 175-179; G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2019, pp. 20-33; F. BAILO, *La legge per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia (di nuovo) al cospetto della Corte costituzionale: la (non il) legittimità della soglia di sbarramento e le questioni ancora sul tappeto*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2019, pp. 1-9; G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'illegittimità costituzionale della soglia di sbarramento per le elezioni europee*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 137-140; M.D. POLI, *La clausola di sbarramento nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: tra uguaglianza elettorale e stabilità politica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 1257-1284.

²⁰ 2 BvE 2/13, 2 BvE 5/13, 2 BvE 6/13, 2 BvE 7/13, 2 BvE 8/13, 2 BvE 9/13, 2 BvE 10/13, 2 BvE 12/13, 2 BvR 2220/13, 2 BvR 2221/13, 2 BvR 2238/13, 26 February 2014; 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10, 9 November 2011.

²¹ Corte Costituzionale, Sentenza 239/2018 del 25 ottobre 2018, in *GU* n.51 del 27 dicembre 2018, ECLI:IT:COST:2018:239.

visto che le novità da questo introdotte avrebbero avviato un processo di trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea²², con il conseguente potenziamento della relazione dialettica fra Parlamento europeo e Commissione, cui consegue l'esigenza di favorire il formarsi di una maggioranza politica nell'assemblea.

Sebbene le sentenze appena richiamate riguardino un aspetto circoscritto, si condivide l'idea espressa in dottrina secondo cui esse rappresentino, invero, una differente visione dell'assemblea parlamentare europea e della fisionomia istituzionale assunta nel tempo. Nell'interpretazione di alcune Corti costituzionali, infatti, il Parlamento europeo è ormai assimilabile ai parlamenti nazionali, secondo altre, invece, non ha ancora pienamente raggiunto questo obiettivo, essendo rimasto ancorato a un modello di assemblea che, pur essendo rappresentativa del corpo elettorale europeo, è priva di un vero e proprio potere politico.

A tal proposito, è certamente esemplificativa la posizione assunta dal *Bundesverfassungsgericht* nel *Lissabon-Urteil*, secondo cui «the European Parliament is not a representative body of a sovereign European people», poiché this is reflected in the fact that it is designed as a representation of peoples in the respective national contingents of Members, not as a representation of Union citizens in unity without differentiation, according to the principle of electoral equality»²³.

Si tratta di una distinzione che deve essere tenuta in conto nel contesto del presente lavoro, dal momento che, come detto, l'obiettivo è quello di esaminare l'evoluzione della disciplina sull'elettorato passivo anche al fine di svolgere qualche riflessione sull'autonomia del Parlamento quale tassello di una valorizzazione dell'organo e della sua capacità di offrire adeguata rappresentanza ai cittadini.

Tornando, però, alle novità introdotte dalla riforma elettorale del 2018, è utile segnalare che il progetto inizialmente proposto dal Parlamento europeo, a differenza di quello poi adottato dal Consiglio, prevedeva la possibilità per quest'ultimo di decidere, all'unanimità, in merito alla creazione di una circoscrizione elettorale comune²⁴, in cui i capilista sarebbero stati i candidati di

²² Sulla forma di governo nell'Unione europea, cfr. E. VIGEVANI, *Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea*, cit.; N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, cit.).

²³ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08, par. 280.

²⁴ Al riguardo, si rileva che sulla questione della circoscrizione elettorale transnazionale, lo stesso Parlamento, tra la fase di proposta e l'adozione della decisione finale, aveva, nel frattempo, mutato il proprio approccio, visto che, nel febbraio 2018, in fase di approvazione della risoluzione sulla nuova composizione dell'Assemblea dopo il recesso del Regno Unito, aveva respinto la proposta di creare un'unica circoscrizione transnazionale per eleggere i 46 seggi che sarebbero rimasti vuoti a seguito della *Brexit* (Risoluzione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla composizione del Parlamento europeo. Per un approfondimento, cfr. L. DI STEFANO, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, pp. 1-12).

ciascuna famiglia politica alla carica di presidente della Commissione, consolidando così il modello dello *Spitzenkandidat*²⁵, utilizzato per la prima volta nel 2014, ma confermato nel 2019²⁶.

Al riguardo, vale la pena di ricordare che l'abbandono dello *Spitzenkandidat* da taluni autori è stato considerato come la rinuncia a un tentativo, ancora in fase embrionale, di consolidare le basi democratiche dell'Unione, rappresentando uno spostamento del baricentro dei poteri nella direzione di un rafforzamento degli Stati e dell'organo rappresentativo degli stessi²⁷. Secondo altri, invece, tale scelta non avrebbe interrotto o rallentato la trasformazione della forma di governo dell'Unione europea in senso parlamentare. Anzi, le elezioni al Parlamento europeo del 2019 avrebbero segnato l'avvio di un processo di allontanamento dal modello del "premierato" e di avvicinamento ad una forma di governo propriamente parlamentare-consensuale, per certi aspetti persino assembleare²⁸.

La prima tesi, quindi, riconduce il Parlamento europeo al modello delineato nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, mentre la seconda, condivisa dallo scrivente, è più allineata alla visione della Corte costituzionale italiana.

Naturalmente, però, qualsiasi considerazione sul processo di evoluzione del Parlamento europeo non può prescindere dalla peculiare natura di quest'ultimo. Come, rilevato in dottrina, infatti, il Parlamento europeo, benché abbia tutte le caratteristiche di una istituzione parlamentare, non è un Parlamento "come gli altri", poiché è il dato della sovrastatalità che gli conferisce una natura inedita²⁹.

²⁵ Sul sistema dello *Spitzenkandidat*, cfr. M. DAWSON, *The Lost Spitzenkandidaten and the Future of European Democracy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, pp. 731-735; E.C. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *federalismi.it*, 2019, pp. 1-20; S. ILLARI, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea*, in *NOMOS – Le attualità nel diritto*, 2018, pp. 1-32; M. GOLDONI, *Politicising EU lawmaking?: the Spitzenkandidaten experiment as a cautionary tale*, in *Eur. L. J.*, 2016, pp. 279-295; F. SPITALERI, *L'equilibrio istituzionale fra Parlamento europeo e Consiglio europeo nella nomina del Presidente della Commissione*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, pp. 839-863; C. CURTI GIALDINO, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura*, in *federalismi.it*, 2014, pp. 1-11; M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014, pp. 1-6; M.I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: "questa volta è (veramente) diverso"?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, pp. 1-12; B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *forum Quad. cost.*, 10 ottobre, 2014; A. MANZELLA, *Prima lettura di un Parlamento (un po' meno) europeo*, in *Federalismi.it*, 28 maggio 2014, pp. 1-5.

²⁶ Invero, i candidati alla presidenza furono inizialmente presentati e gli stessi tennero anche un confronto televisivo, ma in fase di nomina non se ne tenne conto. Sulla decisione di non seguire il sistema in questione, cfr. M. DAWSON, *The Lost Spitzenkandidaten and the Future of European Democracy*, cit.

²⁷ Così E. VIGEVANI, *Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 919.

²⁸ Così N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 4.

²⁹ Cfr. A. MANZELLA, *Parlamento europeo: un nuovo inizio?*, cit..

È proprio anche alla luce di questa natura inedita che deve essere esaminata la questione relativa al sistema elettorale.

2.1. Segue: la verifica dei poteri da parte del Parlamento europeo.

Per concludere l'esame del quadro normativo di riferimento, occorre soffermarsi su un aspetto di particolare importanza ai fini della presente analisi, cioè la verifica dei poteri da parte di quest'ultimo³⁰.

Al riguardo, l'art. 12 dell'Atto del 1976 stabilisce che il Parlamento prende atto dei risultati proclamati ufficialmente dagli Stati membri e decide sulle contestazioni che potrebbero essere eventualmente presentate, fatta eccezione delle disposizioni nazionali cui si fa rinvio nello stesso Atto³¹.

Inoltre, l'art. 13 sancisce che quando la legislazione di uno Stato membro dispone la decadenza del mandato di un membro del Parlamento europeo, il detto mandato cessa in applicazione delle disposizioni di tale legislazione. A tal fine, le autorità nazionali competenti ne informano il Parlamento europeo. Anche nel caso della verifica dei poteri, quindi, la materia è sostanzialmente disciplinata dalle legislazioni nazionali.

Infine, a conclusione del breve *excursus* sul quadro giuridico di riferimento, l'ultimo aspetto da prendere in considerazione è quello relativo alle immunità dei parlamentari europei, che sono regolate dal protocollo del 1965 sui privilegi e le immunità dell'Unione, oggi protocollo n. 7 al trattato di Lisbona, il cui fondamento giuridico è l'attuale art. 343 TFUE³².

4475

³⁰ In materia, cfr. A. DI CHIARA, *La verifica dei poteri del Parlamento europeo tra normative elettorali difformi e principio di autonomia*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 475-494; D. SAVY, *La controversa interpretazione dell'atto del 1976 relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2012, pp. 249-265; S. ROSSI, *Parlamento europeo vs. Italia: il caso Occhetto*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 ottobre 2007; B. VOLPE, *Ineleggibilità "sopravvenuta" e limiti al controllo sulla perdita del mandato parlamentare europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 1771-1775; F. RIGANO, *La verifica dei poteri degli eletti al Parlamento europeo: il caso del signor Le Pen*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo il caso del signor Le Pen*, 2003, pp. 1339-1343; G.E. VIGEVANI, *La verifica dei poteri nel caso Le Pen*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 427-431; M. COCCIA, *Su la verifica dei poteri nel Parlamento europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, pp. 360; M. ANGIOY, *La verifica dei poteri nel Parlamento europeo ed il rinnovo della delegazione italiana*, in *Riv. dir. eur.*, 1966, pp. 21-24.

³¹ Sotto il profilo procedurale, l'art. 3 del regolamento interno del Parlamento europeo stabilisce che quest'ultimo, «sulla base di una relazione della sua commissione competente, procede immediatamente alla verifica dei poteri e decide in merito alla validità del mandato di ciascuno dei membri neoeletti, nonché in merito a eventuali contestazioni presentate in base alle disposizioni dell'Atto del 20 settembre 1976, eccettuate quelle che, in conformità di tale Atto, rientrano esclusivamente nelle disposizioni nazionali cui tale Atto rinvia. La relazione della commissione competente si basa sulla comunicazione ufficiale, da parte di ciascuno Stato membro, dell'insieme dei risultati elettorali, nella quale si precisano il nome dei candidati eletti e dei loro eventuali sostituti nonché la graduatoria, così come risulta dal voto».

³² Sul regime delle immunità nell'Unione europea, cfr. I. PINGEL, *L'irresponsabilité des membres du Parlement européen: questions choisies*, in D. SIMON (Sous la direction de), *Le droit international des immunités: constantes et ruptures*, Paris, 2015, pp. 273-281; ID., *Les immunités de l'Union européenne*, in A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER, C. TOMUSCHAT (eds.) *Immunities*

Si tratta di una disciplina abbastanza generica, operante per lo più a livello nazionale, che rispecchia il sistema antecedente al 1979, quando si rese necessario estendere il regime delle immunità applicabile ai parlamentari nazionali anche al livello del Parlamento europeo.

Proprio per quest'ultimo motivo, già nel 1984 era stato proposto un progetto di riforma, il cui intento era quello di realizzare la massima equiparazione possibile tra i membri del Parlamento europeo, definendone lo statuto a livello comunitario piuttosto che in rapporto al diritto nazionale³³.

Tale progetto, che aveva ottenuto il parere favorevole del Parlamento nel 1987, tuttavia non è mai stato adottato dal Consiglio³⁴, sebbene quest'ultimo, nel 2005, si sia impegnato a «prendere in esame la richiesta del Parlamento di una revisione delle disposizioni pertinenti del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee del 1965, per quanto attiene alla parte relativa ai deputati al Parlamento europeo, al fine di giungere quanto prima a una conclusione»³⁵.

Tornando, però, al regime giuridico delle immunità parlamentari, le norme di riferimento sono gli artt. 8 e 9 del protocollo n. 7.

La prima disposizione prevede un'immunità assoluta, il cui contenuto è stabilito dal diritto dell'Unione, secondo la quale i membri del Parlamento non possono essere ricercati, detenuti o perseguitati a motivo delle opinioni o dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni.

L'art. 9, invece, riguarda l'inviolabilità dei deputati europei e stabilisce che questi ultimi beneficino, sul territorio nazionale, delle immunità riconosciute ai membri del Parlamento del loro Paese, mentre sul territorio di ogni altro Stato membro godono dell'esenzione da ogni provvedimento di detenzione e da ogni procedimento giudiziario.

A differenza di quella assoluta, l'immunità processuale di cui all'art. 9, su richiesta formulata da un'autorità nazionale competente, può essere revocata dal Parlamento europeo, secondo la procedura prevista all'art. 9 del suo regolamento interno.

Allo stesso modo, nei casi in cui si presuma che i privilegi e le immunità di un deputato o *ex* deputato siano stati o stiano per essere violati dalle autorità di

in the Age of Global Constitutionalism, Leiden, 2014, pp. 301-315; M. BENLOLO-CARABOT, *Les immunités des Communautés européennes*, in *Ann. fr. dr. intern.*, 2008, pp. 549-588; B. CARAVITA DI TORITTO, *Immunità e privilegi dei membri del Parlamento europeo*, in *federalismi.it*, 2006, n. 1, pp. 1-8.

³³ Commissione delle Comunità europee, Progetto di Protocollo recante revisione del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee dell'8 aprile 1965 per quanto riguarda i membri del Parlamento europeo, 30 novembre 1984, COM(84) 666 def.

³⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 1987 recante chiusura della procedura di consultazione del Parlamento europeo sul progetto di Protocollo recante revisione del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee dell'8 aprile 1965 per quanto riguarda i membri del Parlamento europeo, in *GUCE* del 13 aprile 1987 C 99, pp. 32-33.

³⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2009 sull'immunità parlamentare in Polonia (2008/2232(INI)), in *GUUE* del 8 luglio 2010, C 184 E, pp. 72-74.

uno Stato membro, il Parlamento può decidere di difendere l'immunità del soggetto interessato, anche se tale atto, come si vedrà in seguito, non è vincolante per gli Stati membri.

Vale la pena, infine, di ricordare che la Corte di giustizia ha interpretato in maniera estensiva le norme sulle immunità parlamentari, affermando che queste ultime tutelano i membri del Parlamento europeo non solo nei confronti degli Stati membri, ma anche, per la durata delle sessioni, contro determinati interventi di istituzioni od organi dell'Unione, qualora questi ultimi possano costituire la premessa per procedimenti giudiziari dinanzi a un giudice nazionale e ostacolare il funzionamento interno del Parlamento³⁶.

3. Alcune riflessioni sul legame tra elettorato passivo e cittadinanza dell'Unione

Come indicato all'art. 14, par. 2 TUE, oltre che all'art. 20, par. 2, lettera b), TFUE e all'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'elettorato passivo è strettamente collegato allo *status* di cittadino dell'Unione europea, anche se tale diritto non deve essere per forza esclusivo dei cittadini europei³⁷.

Alla luce di ciò, quindi, è opportuno svolgere alcune riflessioni sul valore aggiunto che può discendere dal detto legame³⁸, facendo un parallelismo con altre materie regolate da normative nazionali che sono, però, diretta espressione della cittadinanza europea.

Come noto, infatti, a partire dalla sentenza *Micheletti*³⁹, la Corte di giustizia, in diversi casi riguardanti, direttamente o indirettamente, la cittadinanza europea, ha individuato, con riferimento alla formula “nel rispetto del diritto dell'Unione” un parametro di legittimità delle norme statali, ponendo così un limite alla discrezionalità dei Paesi membri nell'esercizio delle loro competenze. Tale attività giurisprudenziale ha indubbiamente contribuito a rafforzare il valore e la portata dello *status* del cittadino dell'Unione. In tal modo, quindi, la Corte ha confermato quel ruolo di giudice costituzionale dell'Unione europea, che negli anni l'ha portata, tra le altre cose, ad affermare il primato dell'ordinamento europeo sui diritti nazionali; l'esclusione della caducità dei trattati; l'irreversibilità del trasferimento di competenze alle istituzioni comuni, salvo revisione dei trattati; la connotazione dell'Unione come “Unione di diritto”

³⁶ Ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado del 2 maggio 2000, causa T-17/00 R, *Willy Rothley e a. c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2000:119, punto 92.

³⁷ Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, ECLI:EU:C:2006:543.

³⁸ A proposito del legame tra cittadinanza europea ed elettorato passivo, vale la pena di ricordare che in Italia l'unico non italiano eletto al Parlamento europeo è stato, finora, l'illustre costituzionalista francese Maurice Duverger, eletto con il Partito comunista italiano nel 1989.

³⁹ Sentenza della Corte del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, ECLI:EU:C:1992:295, punto 10.

nella quale né gli Stati membri né le istituzioni sfuggono al controllo della conformità dei loro atti alla “carta costituzionale” costituita dai trattati⁴⁰.

In materia, l'esempio per eccellenza è, ovviamente, quello relativo all'acquisto e alla perdita della cittadinanza nazionale. In particolare, per quanto concerne la perdita, la Corte, nella sentenza *Rottman*, ha precisato che, vista l'importanza riconosciuta dal diritto primario allo *status* di cittadino dell'Unione, il giudice nazionale deve tenere conto delle possibili conseguenze che la decisione di revoca comporta per l'interessato sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode in quanto cittadino dell'Unione⁴¹. A tal fine, il giudice nazionale deve svolgere un test di proporzionalità alla luce del diritto dell'Unione⁴².

Sulla portata del test di proporzionalità, la Corte è entrata più in dettaglio nella successiva sentenza *Tjebbes*⁴³. Tale pronuncia origina da una questione pregiudiziale volta ad accertare la legittimità della legislazione olandese sulla cittadinanza, in particolare nella parte in cui questa prevede la perdita *ipso iure* della stessa in presenza di determinate condizioni, segnatamente: a) nel caso in cui un maggiorenne, che possiede anche una cittadinanza straniera insieme a quella dei Paesi Bassi, abbia avuto la sua residenza principale fuori dai Paesi Bassi per un periodo ininterrotto di dieci anni; b) qualora un minorenni sia figlio di un padre o una madre che hanno perso la cittadinanza dei Paesi Bassi per il ricorrere della condizione appena richiamata.

⁴⁰ C. CURTI GIALDINO, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 16/2018, p. 13.

⁴¹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104.

⁴² Al riguardo, in dottrina si è messo in evidenza che, nonostante il carattere progressista e evolutivo di tale approccio, risulta criticabile il fatto che il test di proporzionalità indicato dalla Corte sia sostanzialmente rimesso alle autorità nazionali piuttosto che compiuto dalla Corte stessa in base a criteri propri all'ordine giuridico europeo. Cfr. M.F. ORZAN, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 1001. Per un esame della sentenza *Rottman*, cfr. anche F. FABBRINI, *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 702-710; M.E. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 423-429; D. KOCHENOV, *Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 2010, pp. 1831-1846; L. MONTANARI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 948-954; A. SELING, *Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 2nd March 2010*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, pp. 470-478; J.M. CORTÉS MARTÍN, *Ciudadanía de la Unión, nacionalidad de los Estados Miembros y estatuto de apatridia*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, pp. 599-602; G.-R. DE GROOT, A. SELING, *The Consequences of the Rottman Judgment on Member State Autonomy. The European Court of Justice's Avant-Gardism in Nationality Matters*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, pp. 150-160; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Decoupling Nationality and Union Citizenship?*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 138-149; P. SIMONE, *Considerazioni sulla perdita dello status di cittadino dell'Unione alla luce del caso Rottmann*, in *Comun. Internaz.*, 2012, pp. 99-113; S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017.

⁴³ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, ECLI:EU:C:2019:189.

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Mengozzi aveva sostenuto che il test di proporzionalità dovesse avere un carattere astratto e non dovesse prendere in considerazione le specifiche situazioni individuali⁴⁴. La Corte, invece, andando oltre la posizione tenuta nel caso *Rottman*, ha statuito che le autorità nazionali devono valutare le conseguenze che la perdita della cittadinanza nazionale e dell'Unione determina sulla situazione di ogni interessato⁴⁵.

Tralasciando, però, la portata del test di proporzionalità, vale la pena di rilevare che tale strumento è stato applicato dalla Corte anche nella sua giurisprudenza in materia di elettorato attivo, ad esempio nel caso *Delvigne* del 2015⁴⁶.

La questione trae origine dal rinvio pregiudiziale con cui il *Tribunal d'instance* di Bordeaux ha chiesto alla Corte di giustizia se la disposizione del codice penale francese che prevedeva la privazione perpetua del diritto di elettorato in caso di condanna penale fosse compatibile con l'art. 39 della Carta o se quest'ultimo dovesse essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri dell'Unione europea di non prevedere un divieto generale, indefinito e

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi presentate il 12 luglio 2018, causa C-221/17, *M. G. Tjebbes, G. J. M. Koopman, E. Abady Saleh, L. Duboux c. Minister van Buitenlandse Zaken*, ECLI:EU:C:2018:572, in particolare parr. 82-84, in cui si afferma «tale controllo [di proporzionalità] deve nondimeno, a mio avviso e conformemente alla giurisprudenza, limitarsi a verificare che il provvedimento nazionale in questione, che ha come conseguenza diretta la perdita della qualità di cittadino dell'Unione, sia idoneo a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di pubblico interesse da esso perseguito e che tale obiettivo non possa essere raggiunto mediante misure meno restrittive, vale a dire che la misura in questione non vada oltre quanto è necessario per il conseguimento di tale obiettivo di pubblico interesse. Il punto 59 ed il dispositivo della sentenza *Rottmann* (C-135/08, EU:C:2010:104), che subordinano, in termini generali, la compatibilità con il diritto dell'Unione, in particolare con l'articolo 17 CE (divenuto articolo 20 TFUE), di una decisione di revoca della naturalizzazione al rispetto del 'principio di proporzionalità', avvalorano tale interpretazione. In ogni caso, il controllo di proporzionalità che la Corte, nella sentenza *Rottmann* (C-135/08, EU:C:2010:104), ha invitato il giudice nazionale a compiere non comprende, a mio avviso, l'esame di tutte le circostanze specifiche di ciascun singolo caso che, nonostante l'avveramento delle condizioni di applicazione della legislazione nazionale che presiedono alla revoca della cittadinanza, potrebbero dimostrare il mantenimento di un legame effettivo con lo Stato membro interessato».

⁴⁵ L'approccio seguito dalla Corte è stato, difatti, oggetto di critica in dottrina. Al riguardo, cfr. R. PALLADINO, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale*, in *federalismi.it*, 2019, pp. 1-20; M. MESSINA, *Conseguenze della perdita della cittadinanza nazionale e dell'Unione europea e rispetto del principio di proporzionalità: la Corte di giustizia ritiene insufficiente il criterio del legame effettivo e continuato nel tempo e sembra andare oltre la sentenza Rottmann?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 451-456; M.F. ORZAN, *Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea*, cit.; L. MARIN, *La perdita della cittadinanza europea ai tempi di Brexit: la sentenza Tjebbes*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 466-469; H. VAN EIJKEN, *Tjebbes in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 714-730; D. KOCHENOV, *The Tjebbes Fail*, in *European Papers*, 2019, pp. 319-336; M. VAN DEN BRINK, *Bold, but Without Justification? Tjebbes*, in *European Papers*, 2019, pp. 409-415.

⁴⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc e Préfet de la Gironde*, ECLI:EU:C:2015:648.

automatico di esercitare i diritti civili e politici, al fine di non creare una disparità di trattamento tra i cittadini degli Stati membri.

Al riguardo, la Corte ha deciso che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti come quelli sanciti all'articolo 39, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, sono ammissibili a condizione che esse siano previste per legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

In questo caso, quindi, a differenza della sentenza *Tjebbes*, il giudice dell'Unione ha applicato il test di proporzionalità in termini astratti, senza tener conto delle specifiche situazioni del singolo interessato. Inoltre, discostandosi anche dalla pronuncia nel caso *Rottman*, la Corte non ha delegato l'esame di proporzionalità alle autorità nazionali, ma lo ha svolto essa stessa⁴⁷.

Ai fini della presente analisi, però, prescindendo dalle divergenze interpretative appena rilevate, è bene sottolineare come la Corte, attraverso la sua giurisprudenza in materia di cittadinanza europea, abbia limitato la discrezionalità degli Stati membri nell'esercizio delle materie di loro competenza, ridefinendo la portata di queste ultime nel caso in cui possano incidere sui diritti derivanti dallo *status* di cittadino dell'Unione.

In altre parole, la Corte di giustizia, benché non abbia mai messo in discussione il carattere derivato della cittadinanza europea, ne ha esaltato il valore, arrivando finanche a sostenere che quest'ultima sia destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri⁴⁸.

4. Il ruolo della Corte di giustizia nel rafforzamento del diritto di elettorato passivo

Tenuto conto delle sentenze poc'anzi esaminate, ci si sarebbe atteso l'applicazione del modello *Micheletti* anche in materia di elettorato passivo, dal momento che, ai sensi dell'art. 14, par. 2, TUE, oltre che dell'art. 20, par. 2 TFUE e dell'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali, esiste, come detto, un legame diretto tra lo *status* di cittadino dell'Unione e quello di membro del Parlamento europeo.

Tuttavia, dall'esame della giurisprudenza emerge che in tale materia la Corte ha adottato un approccio insolitamente restrittivo.

⁴⁷ Per un approfondimento sulla sentenza *Delvigne*, cfr. L. TRUCCO, *Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 1030-1033; H. VAN EIJKEN; J.W. VAN ROSSEM, *Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship?*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 114-132; S. COUTTS, *Delvigne: A Multi-Levelled Political Citizenship*, in *Eur. L. Rev.*, 2017, pp. 867-881.

⁴⁸ Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 febbraio 2020, causa C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, ECLI:EU:C:2020:119, punto 35.

Tra le prime decisioni, risulta di particolare interesse quella del 2005 sul caso *Le Pen*, in cui la Corte si è pronunciata sulla verifica delle credenziali, ai sensi dell'art. 12 dell'Atto del 1976⁴⁹.

Nel caso in questione, il deputato francese Jean-Marie Le Pen, pochi mesi prima dell'elezione a membro del Parlamento europeo, avvenuta il 13 giugno del 1999, era stato condannato dalla Corte d'appello di Versailles per il reato di percosse a danno di un pubblico ufficiale, con decisione diventata definitiva nel novembre 1999.

Alla luce di ciò, il primo ministro francese, con un decreto del marzo 2000, aveva dichiarato la fine del mandato dell'on. Le Pen e ne aveva informato il Parlamento europeo. Quest'ultimo, tuttavia, in una prima fase, non aveva preso atto della comunicazione pervenuta dalle autorità francesi, poiché, avendo l'interessato la possibilità di presentare ricorso presso il *Conseil d'État*, la condanna non era da considerarsi come definitiva. Pertanto, aveva deciso che, nel rispetto del principio di certezza del diritto, avrebbe atteso la decorrenza dei termini di ricorso presso il *Conseil d'État* o una pronuncia da parte di quest'ultimo.

Solo dopo che il *Conseil d'État* ha respinto il ricorso dell'on. Le Pen, il Parlamento europeo, con una dichiarazione del suo presidente, ha preso atto dell'avvenuta decadenza, nonostante l'interessato avesse chiesto un'ulteriore sospensione della procedura, poiché sulla vicenda erano stati presentati una richiesta di grazia al Presidente della Repubblica francese e un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Proprio per tale ragione, l'on. Le Pen ha proposto ricorso dinnanzi al Tribunale dell'Unione europea, chiedendo l'annullamento dell'atto con cui il presidente del Parlamento aveva accertato la sua decadenza⁵⁰.

Tuttavia, sia il Tribunale, sia la Corte di giustizia in sede di impugnazione, hanno dichiarato il ricorso irricevibile, ritenendo che l'atto contestato non fosse idoneo a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi e che, quindi, non potesse essere oggetto di un ricorso di annullamento.

Il giudice dell'Unione, infatti, ha rilevato che, ai sensi dell'art. 12 dell'Atto del 1976, il Parlamento europeo, al fine di verificare i poteri dei suoi membri, si limita "a prendere atto" dei risultati proclamati ufficialmente dagli Stati membri. Pertanto, la decadenza avviene per opera dell'autorità nazionale competente e non a seguito della presa d'atto da parte del Parlamento europeo.

In sostanza, quest'ultimo, in base a quanto disposto all'art. 12 dell'Atto del 1976, non ha alcun potere di controllo sulla regolarità delle procedure svolte a livello nazionale.

⁴⁹ Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 7 luglio 2005, causa C-208/03 P, *Jean-Marie Le Pen c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:2005:429. Per un approfondimento cfr. B. VOLPE, *Ineleggibilità "sopravvenuta" e limiti al controllo sulla perdita del mandato parlamentare europeo*, cit.; F. RIGANO, *La verifica dei poteri degli eletti al Parlamento europeo: il caso del signor Le Pen*, cit.; G.E. VIGEVANI, *La verifica dei poteri nel caso Le Pen*, cit.

⁵⁰ Sentenza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione) del 10 aprile 2003, causa T-353/00, *Jean-Marie Le Pen c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2003:112.

In merito alla sentenza in esame, è opportuno fare almeno due osservazioni. In primo luogo, vale la pena di rilevare che nelle argomentazioni della Corte non viene mai fatto cenno al legame esistente tra elettorato passivo e *status* di cittadino dell'Unione e su come tale legame possa eventualmente incidere sulla portata delle competenze conferite al Parlamento europeo. Né, tantomeno, viene fatto alcun richiamo all'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce, per l'appunto, il diritto ad essere eletto al Parlamento europeo.

In secondo luogo, si deve sottolineare che, nel corso della procedura che ha portato alla decadenza dell'on. Le Pen, il Parlamento europeo, a differenza di quanto sostenuto dalla Corte, ha provato a rivendicare un certo potere discrezionale, rifiutandosi di prenderne atto finché non fosse giunta la pronuncia del *Conseil d'État*. Tale comportamento ha prodotto degli effetti giuridici, poiché ha permesso all'on. Le Pen di continuare a svolgere le sue funzioni di membro del Parlamento europeo, sebbene le autorità francesi ne avessero già proclamato la decadenza⁵¹.

In altre parole, la decisione di non prendere immediatamente atto della decadenza, ha di fatto privato di efficacia la decisione delle autorità nazionali francesi.

Pertanto, non è condivisibile la tesi della Corte, secondo cui «la circostanza che il Parlamento non abbia preso atto [del decreto attestante la decadenza dell'interessato] sin dalla sua notifica da parte delle autorità francesi, ma l'abbia fatto successivamente e il fatto che ne siano derivate talune conseguenze pratiche per il ricorrente non possono incidere sugli effetti giuridici che, ai sensi dell'art. 12, n. 2, dell'atto del 1976, si ricollegano a tale notificazione»⁵².

Allo stesso tempo, non si condivide nemmeno l'idea espressa in dottrina, in base alla quale l'eventuale individuazione da parte della Corte di un qualche spazio di discrezionalità in un procedimento quasi interamente affidato ad istituzioni nazionali avrebbe finito con l'accrescere problemi di coordinamento tra i due livelli⁵³. Non sarebbe, infatti, il primo caso in cui una materia è regolata congiuntamente dall'Unione europea e dagli Stati membri, nel rispetto, ovviamente, del principio di leale collaborazione, di cui all'art. 4, paragrafo 3,

⁵¹ A tal proposito, infatti, nella sentenza della Corte si legge: «con lettera del 9 giugno 2000, inviata ai sigg. Védrine e Moscovici, rispettivamente Ministro degli Affari esteri e Ministro delegato, incaricato degli Affari europei, la Presidente del Parlamento li informava del fatto che, in considerazione del carattere irreversibile della decadenza dal mandato (...) il Parlamento europeo [avrebbe preso] formalmente atto del decreto [31 marzo 2000] solo dopo la decorrenza dei termini stabiliti per presentare ricorso dinanzi al Conseil d'État, oppure, eventualmente, dopo la decisione di quest'ultimo. La posizione del Parlamento veniva vivacemente contestata dalle autorità francesi, secondo cui il Parlamento, agendo in tal modo, violava i termini dell'art. 12, n. 2, dell'atto del 1976 e il motivo dedotto non giustificava in alcun modo una simile violazione; tale contestazione, tuttavia, non sortiva alcun effetto» (sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 7 luglio 2005, causa C-208/03 P, cit., punti 20-21).

⁵² *Ibidem*, punto 94.

⁵³ Così G.E. VIGEVANI, *La verifica dei poteri nel caso Le Pen*, cit., p. 431.

TUE. Tra l'altro, come detto, la peculiarità del Parlamento europeo risiede proprio nella sua natura sovrastatale, il che impone un'interazione tra il piano nazionale e quello sovranazionale.

Continuando, però, con l'esame della giurisprudenza, un'altra interessante sentenza in materia di verifica dei poteri è quella sul caso *Donnici* del 2009⁵⁴.

La questione riguarda una controversia originata in occasione delle elezioni del Parlamento europeo del 2004, alle quali il sig. Donnici, terzo della sua lista, era risultato primo dei non eletti. L'unico seggio ottenuto, infatti, era stato assegnato al capolista, Antonio Di Pietro, mentre il candidato in seconda posizione, Achille Occhetto, all'epoca senatore della Repubblica, aveva presentato una lettera di rinuncia⁵⁵.

La situazione si è complicata nel 2006, quando a seguito delle dimissioni presentate da Di Pietro, l'Ufficio elettorale italiano, invece di proclamare eletto Beniamino Donnici, ha attribuito il seggio resosi vacante ad Achille Occhetto, il quale, non essendo stato rieletto al Senato, aveva nel frattempo revocato la precedente rinuncia.

A seguito di tale decisione, il sig. Donnici ha presentato ricorso davanti al giudice amministrativo, ottenendo l'annullamento della proclamazione di Achille Occhetto, con una sentenza passata in giudicato nel marzo del 2007⁵⁶. Sotto il profilo del diritto dell'Unione europea, la particolarità della vicenda in esame è costituita dal fatto che il Parlamento europeo si è rifiutato di prendere atto della sentenza emessa dal giudice italiano, cui aveva fatto seguito anche la proclamazione di Beniamino Donnici da parte dell'Ufficio elettorale, e ha confermato lo *status* di membro del Parlamento ad Achille Occhetto.

A parere dell'istituzione europea, infatti, la sentenza del Consiglio di Stato sarebbe stata in contrasto con la lettera e lo spirito dell'Atto del 1976 e, pertanto, avrebbe dovuto essere ignorata. Tale comportamento sarebbe stato legittimo ai sensi dell'art. 12 dell'Atto in parola, poiché quest'ultimo attribuirebbe al Parlamento un potere di verifica dei suoi membri che «non può essere inficiato o ancor meno vanificato, da un provvedimento delle autorità nazionali emesso in palese contrasto con le pertinenti norme e principi del diritto comunitario»⁵⁷.

⁵⁴ Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 30 aprile 2009, cause riunite C-393/07 e C-9/08, *Repubblica italiana (C-393/07) e Beniamino Donnici (C-9/08) c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:2009:275. Cfr. anche Ordinanza del Tribunale di primo grado (giudice del procedimento d'urgenza) del 15 novembre 2007, causa T-215/07 R, *Beniamino Donnici c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2007:344.

⁵⁵ Per un approfondimento, cfr. S. CURRERI, *Il 'caso Occhetto' rinuncia all'elezione e autonomia del parlamento europeo*, in *Rass. parl.*, 2008, pp. 197-231; C. MARTINELLI, *Il caso "Occhetto-Donnici", ovvero una poltrona per due*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, pp. 1467-1471; S. ROSSI, *Parlamento europeo vs. Italia: il caso Occhetto*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 ottobre 2007.

⁵⁶ Inizialmente, il TAR Lazio aveva respinto il ricorso del sig. Donnici, mentre il Consiglio di Stato, in appello, ha annullato la proclamazione a membro del Parlamento europeo di Occhetto. Cfr. Sentenza 21 luglio 2006 n. 6232, con la quale il tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda-bis; Consiglio di Stato, V sezione, decisione del 6 dicembre 2006, n. 7185.

⁵⁷ Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 30 aprile 2009, cause riunite C-393/07 e C-9/08, cit., punto 23. Nello stesso punto della sentenza sono riportati alcuni passaggi

In questo caso, quindi, il Parlamento europeo è andato ben oltre quanto fatto in occasione della vicenda *Le Pen*, contestando, non solo la regolarità della procedura di proclamazione effettuale dall'Ufficio elettorale, ma pure la legittimità di una sentenza emessa da un organo giurisdizionale nazionale. In questo modo, a parere di chi scrive, ha anche messo in discussione la tenuta dello Stato di diritto in Italia, violando, fra l'altro, l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

A prescindere, però, dall'illegittimità del comportamento tenuto dall'istituzione europea, la Corte avrebbe potuto cogliere l'occasione per sviluppare un'analisi più profonda in merito alla portata del diritto di elettorato passivo e alla natura dello *status* di membro del Parlamento europeo, mettendo anche in luce il legame esistente tra le elezioni del Parlamento europeo e lo *status* di cittadino dell'Unione.

Invece, il giudice dell'Unione, confermando l'approccio tenuto nel caso *Le Pen*, si è imitato ad affermare che la procedura elettorale europea è regolata dai diritti nazionali e che il Parlamento europeo è totalmente carente di potere discrezionale in materia.

Passando, però, ad un altro aspetto collegato allo *status* di membro del Parlamento, cioè quello del regime delle immunità dei deputati europei, una pronuncia di particolare interesse è quella sul caso *Marra* del 2008⁵⁸, concernente il diritto di immunità assoluta, di cui all'art. 8 del protocollo n. 7 sui privilegi e le immunità.

Come detto, tale norma, il cui contenuto è stabilito dal diritto dell'Unione, prevede che i membri del Parlamento non possano essere ricercati, detenuti o perseguitati a motivo delle opinioni o dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni.

fondamentali delle argomentazioni sostenute dal Parlamento europeo per giustificare la sua posizione, che possono essere così sintetizzati: *a)* le disposizioni nazionali relative alla procedura elettorale europea devono essere conformi ai principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, e in particolare al diritto dell'Unione primario, nonché allo spirito e alla lettera dell'atto del 1976; *b)* le autorità nazionali competenti, quando applicano e/o interpretano le loro disposizioni nazionali relative alla procedura elettorale europea non possono non tenere conto di principi di diritto dell'Unione europea in materia elettorale; *c)* la conformità della rinuncia all'elezione dell'On. Achille Occhetto alla lettera e allo spirito dell'atto del 1976 doveva essere valutata alla luce dell'articolo 6 di quest'ultimo *d)* qualsiasi accordo sulle dimissioni dal mandato prima della scadenza o al termine della legislatura è nullo; *e)* anche i candidati che figurano ufficialmente nella graduatoria dei votati, e ciò nell'interesse del Parlamento europeo, poiché tali candidati sono potenzialmente componenti del Parlamento stesso; *f)* la rinuncia all'elezione presentata dall'On. Achille Occhetto era il risultato di una volontà condizionata da un accordo e, pertanto, tale rinuncia doveva ritenersi incompatibile con la lettera e lo spirito dell'Atto del 1976 e quindi nulla, *g)* la rinuncia all'elezione dell'On. Achille Occhetto aveva fatto venir meno l'elemento di fatto e di diritto presupposto alla sussistenza e validità del mandato del suo successore Beniamino Donnici.

⁵⁸ Sentenza della Corte (Grande sezione) del 21 ottobre 2008, cause riunite C-200/07 e C-201/07, *Alfonso Luigi Marra c. Eduardo De Gregorio e Antonio Clemente*, ECLI:EU:C:2008:579.

Il problema interpretativo della disposizione in parola risiede nel definire chi deve decidere se un determinato comportamento rientri o meno nella fattispecie di cui all'art. 8.

A differenza dei casi di insindacabilità, *ex art. 9* del protocollo n. 7, per i quali è previsto che spetti al Parlamento europeo il potere di revoca, l'art. 8, difatti, non conferisce tale competenza all'istituzione europea, né rinvia ai diritti nazionali⁵⁹. A colmare tale lacuna, interviene tuttavia il regolamento interno del Parlamento europeo, il cui art. 7 stabilisce che «nei casi in cui si presuma che i privilegi e le immunità di un deputato o *ex* deputato siano stati o stiano per essere violati dalle autorità di uno Stato membro, può essere presentata, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, una richiesta di decisione del Parlamento che stabilisca se sia stata effettivamente commessa o vi sia la probabilità che venga commessa una violazione di tali privilegi e immunità». Infatti, benché tale disposizione faccia riferimento solo all'art. 9, paragrafo 1, del protocollo 7, lo strumento della difesa dell'immunità è stato attuato anche di fronte a casi di immunità assoluta.

Al riguardo, il Parlamento europeo ha sostenuto che, dal combinato disposto dell'art. 8 del protocollo n. 7 e dell'art. 7 del proprio regolamento interno, si dovrebbe determinare che se una questione, *prima facie*, ricade all'interno dell'art. 8, l'organo giurisdizionale nazionale deve: *a)* trasmettere al Parlamento la documentazione necessaria a valutare se il caso rientri nell'ipotesi di insindacabilità per le opinioni o i voti espressi dai membri del Parlamento europeo; *b)* sospendere il procedimento in attesa di una decisione definitiva del Parlamento⁶⁰.

⁵⁹ Sulla distinzione tra la revoca dell'immunità, *ex art. 9* del protocollo n. 7 al trattato, e la difesa della stessa, come previsto all'art. 7 del regolamento interno del Parlamento europeo, cfr. sentenza del Tribunale (Prima Sezione) del 17 gennaio 2013, cause riunite T-346/11 e T-347/11, *Bruno Gollnisch c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2013:23, in particolare ai punti 51-53 in cui si afferma: «occorre distinguere la nozione di difesa dell'immunità fondata sull'articolo 8 del protocollo, il quale prevede un'immunità assoluta il cui contenuto viene stabilito dal solo diritto europeo e che non può essere revocata dal Parlamento, dall'immunità fondata sull'articolo 9 del protocollo, dal momento che quest'ultimo rinvia invece alle norme di diritto nazionale dello Stato membro d'origine del deputato al Parlamento per quanto attiene alla portata dell'inviolabilità prevista a suo favore e potendo tale inviolabilità essere inoltre revocata dal Parlamento, laddove ve ne sia motivo. Poiché l'inviolabilità prevista all'articolo 9 del Protocollo opera *de iure* e il deputato può esserne privato solo in caso di revoca da parte del Parlamento, la difesa dell'immunità, nel quadro delle disposizioni dell'articolo 9 del Protocollo, è concepibile solo nel caso in cui, in mancanza di una richiesta di revoca dell'immunità di un deputato, l'inviolabilità, come configurata dalle norme di diritto nazionale dello Stato membro d'origine del deputato al Parlamento, sia compromessa, in particolare, dall'azione delle autorità di polizia o giudiziarie dello Stato membro d'origine del suddetto deputato. In tali circostanze, il deputato europeo può chiedere al Parlamento di difendere la sua immunità, come previsto anche dall'articolo 6, paragrafo 3, del regolamento interno del Parlamento».

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento europeo sull'immunità dei deputati al Parlamento europeo eletti in Italia e le prassi delle autorità italiane in materia (2001/2099(REG)), in *GUCE* del 30 ottobre 2003, C 261E pp. 102-103.

Tale tesi, tuttavia, non è stata accolta dalla Corte, la quale, dopo aver ricordato che il regolamento del Parlamento è un atto di organizzazione interna, inidoneo come tale a istituire a favore di tale istituzione competenze che non siano espressamente riconosciute da un atto legislativo, nella fattispecie dal protocollo n. 7, ha affermato che «ove il Parlamento, a seguito della domanda del deputato europeo di cui trattasi, adotti, sul fondamento del regolamento interno, una decisione di difesa dell'immunità, tale decisione costituisce un parere sprovvisto di effetti vincolanti nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali»⁶¹.

La competenza a decidere se una questione ricade all'interno dell'art. 8, quindi, spetta al giudice nazionale, il quale, può, al limite, rinviare la questione alla Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Allo stesso tempo, però, il giudice dell'Unione ha affermato che, alla luce del principio di leale cooperazione, il Parlamento europeo e le autorità giudiziarie nazionali devono collaborare al fine di evitare qualunque conflitto nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni del protocollo n. 7. Pertanto, «qualora nei confronti di un deputato europeo sia promossa un'azione dinanzi a un giudice nazionale e quest'ultimo sia informato del fatto che è stata avviata una procedura di difesa dei privilegi e delle immunità dello stesso deputato, detto giudice deve sospendere il procedimento giudiziario e chiedere al Parlamento che emetta al più presto un parere»⁶².

In sostanza, sembra che la Corte abbia tenuto lo stesso approccio interpretativo seguito nel caso dei pareri che, durante talune procedure legislative, il Consiglio deve chiedere al Parlamento europeo⁶³. Come noto, infatti, la consultazione del Parlamento nei casi previsti dal Trattato, anche ove lo stesso possa esprimere solo un parere, costituisce una formalità sostanziale, la cui inosservanza implica la nullità dell'atto considerato, per violazione del principio di leale cooperazione⁶⁴.

In questo caso, però, la situazione appare profondamente diversa, poiché, visto che si tratta di difendere l'immunità assoluta di uno dei suoi membri, che, come detto, è una forma di immunità non revocabile e determinata unicamente sulla scorta del diritto dell'Unione europea, l'intervento del Parlamento sarebbe

⁶¹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 21 ottobre 2008, cause riunite C-200/07 e C-201/07, cit., punti 38-39.

⁶² *Ibidem*, punto 43.

⁶³ Sentenza della Corte del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:1997:289, punto 14.

⁶⁴ Sulla natura giuridica del parere espresso dal Parlamento per difendere l'immunità di un proprio deputato, in dottrina, con riferimento alla sentenza *Marra*, ci si è domandati se "il principio di leale cooperazione sia tanto forte da conferire efficacia vincolante al detto parere (Così T. GIOVANNETTI, *L'immunità dei parlamentari europei per le opinioni espresse: note a margine della sentenza Marra*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 425). Una simile possibilità, tuttavia, sembra debba essere esclusa, visto che il parere, per sua natura, non può avere efficacia vincolante e che non esiste alcun precedente in cui la Corte ne abbia riconosciuto il carattere obbligatorio.

diretto a tutelare una propria prerogativa essenziale, cioè garantire il corretto funzionamento e l'indipendenza dell'istituzione.

4.1. La più recente giurisprudenza del giudice dell'Unione: i casi *Junqueras Vies, Puigdemont e Comín*

Riassumendo quanto finora detto, si possono individuare due elementi essenziali che contraddistinguono la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di elettorato passivo e di poteri attribuiti al Parlamento europeo relativamente allo *status* dei suoi membri.

In primo luogo, è emerso come il giudice dell'Unione abbia sempre adottato un approccio restrittivo, escludendo ogni margine di discrezionalità del Parlamento europeo nello svolgimento delle procedure elettorali.

Inoltre, a differenza di quanto fatto in altre materie collegate alla cittadinanza, incluse quelle concernenti l'elettorato attivo, il giudice dell'Unione non ha mai preso in considerazione il legame fra lo *status* di membro del Parlamento europeo e quello di cittadino dell'Unione, anche al fine di rafforzare i poteri e l'autonomia del Parlamento europeo.

Come accennato nel precedente paragrafo, però, una lieve inversione di tendenza si è manifestata in alcune recenti sentenze, riguardanti le elezioni europee del 2019.

Difatti, con la sentenza *Junqueras Vies* del 19 dicembre 2019⁶⁵ e l'ordinanza del giorno successivo sul caso *Puigdemont e Comín*⁶⁶, il giudice dell'Unione, per la prima volta, ha interpretato la disciplina in materia di elettorato passivo alla luce dei diritti derivanti dallo *status* di cittadino dell'Unione, al fine di tutelare alcuni parlamentari europei neoeletti da disposizioni nazionali che avrebbero pregiudicato le loro prerogative di membri dell'istituzione europea⁶⁷. In questo

⁶⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 dicembre 2019, causa C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115.

⁶⁶ Ordinanza del vicepresidente della Corte del 20 dicembre 2019, causa C-646/19 P(R), *Carles Puigdemont i Casamajó e Antoni Comín i Oliveres c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:2019:1149.

⁶⁷ Per alcuni commenti, cfr. C. FASONE, N. LUPO, *The Court of Justice on the Junqueras saga: Interpreting the European parliamentary immunities in light of the democratic principle*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1527-1554; S. HARDT, *Fault Lines of the European Parliamentary Mandate: The Immunity of Oriol Junqueras Vies: ECJ 19 December 2019, Case C-502/19, Junqueras*, ECLI:EU:C:2019:1115, in *European Constitutional Law Review*, 2020, pp. 1-16 (disponibile online <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/fault-lines-of-the-european-parliamentary-mandate-the-immunity-of-oriol-junqueras-vies-ecj-19-december-2019-case-c50219-junqueras-eclieuc20191115/5552E577A19F04D4560DB41F7F21839D>); C. FASONE, *I limiti nazionali della democrazia rappresentativa europea e del suo procedimento elettorale nel caso Junqueras*, in *Quad. cost.*, 2020, pp. 169-173; P. VAN ELSUWEGE, *Empty Seats in the European Parliament: What About EU Citizenship?*, in *Verfassungsblog*, 9 July 2019 (disponibile online su <https://verfassungsblog.de/empty-seats-in-the-european-parliament-what-about-eu-citizenship/>); N. DE ARRIBA-SELLIER, *"Free the MEPs" Roars the Court of Justice?*, in *Leiden Law Blog*, 20 December 2019 (disponibile online su <https://leidenlawblog.nl/articles/free-the-meps-roars-the-court-of-justice>); N. ZAMBRANA-TÉVAR, *The European Court of Justice*

modo, la Corte, oltre a rafforzare l'autonomia del Parlamento europeo, ha valorizzato il concetto di democrazia partecipativa di cui all'art. 10 TUE.

Entrambi i casi riguardano l'impossibilità di alcuni cittadini spagnoli, Oriol Junqueras Vies, Carles Puigdemont i Casamajó e Antoni Comín i Oliveres, di assumere le loro funzioni di membri del Parlamento europeo, poiché, dopo la proclamazione da parte della commissione elettorale centrale spagnola, non avevano potuto prestare giuramento dinnanzi alla stessa commissione. Formalità quest'ultima che, secondo il diritto spagnolo, costituisce un adempimento necessario per l'acquisizione dello *status* di parlamentare.

Per quanto concerne il caso di Oriol Junqueras Vies, egli, al momento dell'elezione, era sottoposto a custodia cautelare nell'ambito di un procedimento penale nel quale gli erano stati contestati i reati di ribellione, disobbedienza e malversazione⁶⁸. In tale contesto, visto il diniego del *Tribunal Supremo* alla richiesta di un permesso straordinario, l'interessato non è potuto andare a prestare il summenzionato giuramento e, pertanto, la commissione elettorale ha dichiarato la vacanza del seggio attribuitogli, nonché la sospensione di tutte le relative prerogative.

Come sottolineato da alcuni commentatori, la decisione del *Tribunal Supremo* di negare a Junqueras Vies il permesso straordinario per recarsi a giurare potrebbe essere stata influenzata dal fatto che l'eventuale conferimento dello *status* di membro del Parlamento europeo gli avrebbe permesso di beneficiare dell'immunità di cui all'art. 9 del Protocollo n. 7. Di conseguenza, visto che ai sensi della Costituzione spagnola i deputati non possono essere arrestati se non in flagranza di reato, il procedimento penale a suo carico avrebbe dovuto essere sospeso, fino a quando il Parlamento europeo non avesse accolto la richiesta di revoca dell'immunità⁶⁹.

Un simile comportamento, tuttavia, costituirebbe una violazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, poiché si tratterebbe di un ostacolo al corretto funzionamento del Parlamento europeo da parte di un organo nazionale.

Non meno criticabile appaiono le argomentazioni esposte dalla stessa Corte suprema spagnola in sede pregiudiziale, quando ha affermato che sarebbe stato

Establishes the Immunity of Catalan Separatist Leader but the Spanish Supreme Court Keeps Him in Jail, in *Opinio Juris*, 16 October 2020 (disponibile online su <http://opiniojuris.org/2020/01/16/the-european-court-of-justice-establishes-the-immunity-of-catalan-separatist-leader-but-the-spanish-supreme-court-keeps-him-in-jail/>);

G. M. TERUEL LOZANO, *Junqueras' Immunity: An Example of Judicial Dialogue*, in *Verfassungsblog*, 19 January 2020 (disponibile online su <https://verfassungsblog.de/junqueras-immunity-an-example-of-judicial-dialogue/>);

M. CECILI, *Catalogna: Junqueras vince la battaglia alla Corte di Giustizia, mentre Torra rischia la Presidenza*, in *Diritti comparati*, 20 Dicembre 2019 (disponibile online su <https://www.diritticomparati.it/catalogna-junqueras-vince-la-battaglia-alla-corte-di-giustizia-mentre-torra-rischia-la-presidenza/>).

⁶⁸ Per una ricostruzione della vicenda, cfr. L. FROSINA, *Il conflitto catalano tra giustizia e politica. Prime osservazioni sulla sentenza del Tribunale Supremo sul cd. Procés*, in *federalismi.it*, 2019, pp. 1-17.

⁶⁹ Al riguardo, cfr. P. VAN ELSUWEGE, *Empty Seats in the European Parliament*, cit.

rischioso permettere all'interessato di prestare giuramento e andare alla prima sessione della nuova legislatura del Parlamento europeo, perché ciò presupponeva la sua uscita dal territorio spagnolo e, quindi, la perdita di controllo sulla misura di custodia cautelare nei suoi confronti, «in un contesto caratterizzato dall'esistenza di limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno dell'Unione europea»⁷⁰.

Il ragionamento del giudice supremo spagnolo, infatti, si fonda sulla totale sfiducia nell'efficacia del principio di leale cooperazione a livello interstatale, che, come noto, trova una delle sue più chiare manifestazioni nella procedura del mandato d'arresto europeo⁷¹.

Tralasciando, però le ragioni che possono aver spinto il *Tribunal Supremo* a bloccare la procedura di nomina di Junqueras Vies e proseguendo con l'evoluzione della vicenda, avverso la decisione finale della commissione elettorale, l'interessato ha proposto ricorso al *Tribunal Supremo*, il quale, a sua volta, ha presentato una domanda di pronuncia in via pregiudiziale alla Corte, con la quale, fra le altre cose, ha chiesto se l'art. 9 del Protocollo n. 7 sia applicabile prima dell'inizio delle sessioni a un imputato di reati gravi che si trova in custodia cautelare per ordine del giudice, a motivo di fatti anteriori all'inizio di un processo elettorale in cui questi è stato eletto al Parlamento europeo, ma al quale, con decisione giudiziaria, è stato negato un permesso straordinario di uscita dal carcere, che gli avrebbe consentito di soddisfare i stabiliti dalla normativa interna cui rinvia l'art. 8 dell'atto del 1976⁷².

La sentenza della Corte, come detto, ha un approccio innovativo, poiché, a differenza delle altre decisioni sulla stessa materia, è fortemente incentrata sul legame fra procedura elettorale e diritti discendenti dalla cittadinanza europea, oltre che sul principio di democrazia rappresentativa nell'Unione.

In primo luogo, il giudice dell'Unione ha chiarito il contesto nel quale si colloca il procedimento in esame, cioè quello del principio democratico su cui si fonda l'Unione. Al riguardo, ha subito ricordato che l'elezione a suffragio universale dei membri del Parlamento europeo è un'applicazione dell'art. 10, par. 1, TUE, il quale, a sua volta, concretizza il valore fondante della democrazia di cui all'art. 2 TUE⁷³.

Da ciò se ne ricava che, sebbene la procedura elettorale sia ancora nelle mani degli Stati membri, poiché non se ne è adottata una uniforme, ai sensi dell'art. 223, par. 1, TFUE, non si può trascurare che l'elezione di membri del Parlamento incide su un interesse essenziale dell'Unione, cioè la sua democraticità, che è, fra l'altro, come detto, uno dei valori fondanti di cui all'art. 2 TUE. Quindi, i comportamenti degli Stati in tale materia devono essere interpretati anche alla luce di questa considerazione.

⁷⁰ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 dicembre 2019, causa C-502/19, cit., punto 35.

⁷¹ Sul rapporto tra leale cooperazione e mandato d'arresto europeo, cfr. Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 25 luglio 2018, causa C-220/18 PPU, *ML*, ECLI:EU:C:2018:589.

⁷² *Ibidem*, punto 40.

⁷³ *Ibidem*, punti 63-65.

Come si è visto dall'esame della giurisprudenza pregressa, è la prima volta che la Corte ha trattato un caso relativo al diritto di elettorato passivo non solo sotto il profilo procedurale, ma come una questione che può incidere sugli stessi valori fondanti dell'Unione.

L'utilizzo di un simile approccio ha portato la Corte a stabilire che lo *status* di membro del Parlamento europeo deriva dalla volontà espressa dai cittadini dell'Unione e non dall'adempimento di tutte le formalità previste dalla normativa nazionale.

Con riferimento alla vicenda di Junqueras Vies, quindi, i giudici dell'Unione hanno statuito che quest'ultimo avesse acquisito lo *status* di membro a seguito della proclamazione da parte della commissione elettorale centrale, anche se poi non è stato autorizzato ad adempiere taluni requisiti previsti dal diritto nazionale, nonché a recarsi al Parlamento europeo per partecipare alla prima sessione del medesimo.

Come suggerito dall'avvocato generale Szpunar, la Corte ha, quindi, valutato la questione dell'acquisizione dello *status* di membro del Parlamento europeo in una prospettiva di indipendenza istituzionale e di autonomia giuridica⁷⁴.

Dopo essersi pronunciata sulla dinamica relativa allo *status* di membro, la Corte ha proseguito con l'esame la disciplina sull'immunità, di cui all'art. 9 del protocollo n. 7, utilizzando anche in questo caso un approccio estensivo volto a tutelare l'autonomia del Parlamento europeo e l'indipendenza dei suoi membri.

A suo giudizio, infatti, i privilegi previsti agli artt. 8 e 9 del protocollo n. 7, conformemente all'art. 5, par. 2, dell'atto del 1976, vengono acquisiti con l'apertura della prima sessione dopo le elezioni da tutti i deputati, anche da quelli che, per varie ragioni, non hanno potuto essere presenti. Invece, a parere della Corte suprema spagnola «le immunità previste dalle disposizioni in parola si applicano soltanto ai membri del Parlamento europeo che abbiano preso possesso del loro seggio in suddetta istituzione o, quanto meno, alle persone che siano state inserite, dalle autorità nazionali competenti, nell'elenco di coloro che hanno

⁷⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate il 12 novembre 2019, causa C-502/19 ECLI:EU:C:2019:958. Si vedano, in particolare, i paragrafi 43 e 44, in cui Szpunar afferma: «ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2, TUE, il Parlamento è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione, eletti, in conformità dell'articolo 14, paragrafo 3, TUE, a suffragio universale diretto. Tale elezione è disciplinata dalle disposizioni dell'atto del 1976, in forza del quale, fatti salvi gli aspetti ivi armonizzati, la procedura elettorale è disciplinata dal diritto nazionale degli Stati membri (articolo 8 di detto atto). Il rinvio al diritto nazionale riguarda, oltre alla procedura elettorale propriamente detta, aspetti quali il diritto di voto e di eleggibilità, il controllo della validità delle elezioni o, in parte, le incompatibilità. Per contro, lo status dei deputati al Parlamento, quali rappresentanti dei cittadini dell'Unione eletti a suffragio diretto e membri di un'istituzione dell'Unione, può essere disciplinato unicamente dal diritto di quest'ultima. Difatti, consentire al diritto nazionale degli Stati membri di disciplinare lo status dei deputati al Parlamento lederebbe non soltanto l'indipendenza del Parlamento rispetto agli Stati membri, ma anche l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione nel suo complesso».

soddisfatto i requisiti previsti dal diritto interno degli Stati membri per acquisire lo status di membri del Parlamento europeo»⁷⁵.

Dall'esame della sentenza si ricava che: *a)* Junqueras Vies aveva acquisito lo status di membro del Parlamento al momento della proclamazione da parte della commissione elettorale spagnola, nel luglio 2019; *b)* lo stesso aveva cominciato a beneficiare delle immunità di cui all'art. 9 del protocollo n. 7 dalla data della prima sessione della nuova legislatura, anche non potendo essere presente; *c)* dal momento in cui aveva iniziato a godere dei summenzionati privilegi, la Corte suprema spagnola, prima di continuare ogni procedimento penale nei suoi confronti, avrebbe dovuto presentare al Parlamento europeo una richiesta di revoca dell'immunità.

Fra l'altro, al fine di non far incidere sugli stessi presupposti della domanda pregiudiziale, sarebbe stato opportuno che il *Tribunal Supremo*, alla luce del principio di leale cooperazione, avesse sospeso anche l'altro procedimento penale a carico dell'interessato, in attesa che si pronunciasse il giudice dell'Unione, essendo le due questioni strettamente collegate.

Come, infatti, più volte affermato dalla Corte di giustizia «l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali [...] pertanto, detti giudici adempiono, in collaborazione con la Corte, una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati»⁷⁶. In altre parole, i giudici nazionali e quelli sovranazionali devono collaborare per la corretta applicazione del diritto dell'Unione.

Nel caso in esame, invece, la Corte suprema spagnola – in aperta violazione del citato art. 19 TUE – ha continuato il summenzionato procedimento penale, al termine del quale, nell'ottobre 2019, ha inflitto a Junqueras Vies una condanna a 13 anni di reclusione, con la pena accessoria, della perdita definitiva di tutti gli incarichi pubblici, compresi quelli elettivi.

A tal proposito, è ancor più criticabile la tempistica che, a seguito della condanna emessa il 14 ottobre 2019, ha portato alla decadenza di Junqueras Vies da membro del Parlamento europeo. Quest'ultima, infatti, è stata proclamata dalla commissione elettorale spagnola il 3 gennaio 2020, quindici giorni dopo la sentenza della Corte di giustizia⁷⁷.

L'atteggiamento tenuto del *Tribunal Supremo*, di fatto, ha comportato che Junqueras Vies, benché fosse stato eletto deputato al Parlamento e sebbene avesse acquisito tale condizione senza aver potuto iniziare ad esercitare effettivamente il mandato, è stato giudicato e condannato penalmente senza che

⁷⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 dicembre 2019, causa C-502/19, cit., punto 38.

⁷⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punti 32-33.

⁷⁷ Acuerdos de la Junta Electoral Central, Sesión JEC 3 de enero 2020, número Acuerdo 3/2020 número Expediente: 561/79.

il Parlamento europeo abbia avuto occasione di pronunciarsi sulla revoca o su un'eventuale tutela della sua immunità parlamentare, come previsto dall'art. 9 del protocollo n. 7. Ciò costituisce una lesione dell'autonomia dell'istituzione europea, oltre che dell'indipendenza dei suoi membri, soprattutto alla luce del fatto che la detta condanna ha portato alla decadenza da deputato dell'interessato.

Fra l'altro, è ragionevole ritenere che il Parlamento europeo non avrebbe negato la revoca dell'immunità, tenuto conto che, per prassi, ciò si verifica solo quando ha motivo di sospettare che la richiesta di revoca sia stata avanzata nel tentativo di ostacolare l'attività del parlamentare interessato con l'intento di causargli un danno politico⁷⁸.

Ciò, tuttavia, non giustifica il fatto che il Parlamento europeo non abbia contestato il comportamento del *Tribunal Supremo* e che, per tramite del suo presidente, si sia limitato a prendere atto della decisione adottata dalla commissione elettorale spagnola il 3 gennaio 2020, senza nemmeno ricordare che, in base a quanto stabilito solo 15 giorni prima dalla Corte di giustizia, sarebbe stato necessario chiedere la revoca dell'immunità di Junqueras Vies, ai sensi dell'art. 9 del protocollo n. 7⁷⁹.

Il comportamento dell'istituzione europea, fra l'altro, risulta ancor più anomalo se confrontato con quello tenuto dalla stessa in circostanze analoghe. Dall'analisi svolta, infatti, è emerso come il Parlamento europeo, al fine di rafforzare la propria autonomia, abbia ripetutamente rivendicato una qualche competenza in merito alle questioni collegate allo *status* di deputato europeo. Talvolta, come avvenuto nel caso della decadenza di Occhetto, si è spinto anche al punto di violare palesemente il diritto dell'Unione europea, negando la legittimità di una sentenza nazionale definitiva.

A questo punto, tuttavia, l'accertamento di una violazione del diritto dell'Unione da parte della Spagna, a motivo della condotta del suo giudice supremo, tuttavia, potrà avvenire solo da parte dei giudici nazionali oppure, in caso di rinvio pregiudiziale o di ricorso per infrazione, ad opera del giudice dell'Unione.

⁷⁸ Come chiarito in diverse circostanze dal Parlamento europeo, indizi dell'esistenza di *fumus persecutionis* sono, ad esempio, il fatto che nei confronti di un deputato siano mosse accuse penali per fatti che, nel caso di un normale cittadino, darebbero luogo semplicemente a una procedura amministrativa, laddove il pubblico ministero cerca di impedire che il deputato interessato sia informato della natura dell'imputazione a suo carico; l'incertezza per quanto riguarda lo stato e le fonti delle prove addotte a fondamento delle accuse; il momento stesso in cui è avviato il procedimento (in concomitanza di una campagna elettorale o a molti anni di distanza dalla commissione dei presunti reati), nonché le evidenti intenzioni politiche del singolo all'origine del procedimento. Cfr., ad esempio, Relazione sulla richiesta di difesa dei privilegi e delle immunità di Gabriele Albertini (2014/2096(IMM)), 24 marzo 2015.

⁷⁹ Dichiarazione del Presidente Sassoli sulla composizione del Parlamento europeo, 10 gennaio 2020 (disponibile online su <https://www.europarl.europa.eu/the-president/it/home/ep-newsroom/pageContent-area/newsroom/declaracion-del-presidente-sassoli-sobre-la-composicion-del-parlamento-europeo.html>).

Vale la pena, infatti, di sottolineare che, a marzo 2020, Junqueras Vies ha presentato un ricorso contro la decisione sulla decadenza adottata dal Parlamento europeo, nel quale, si contesta, fra le altre cose, una violazione del principio di leale cooperazione da parte del *Tribunal Supremo* spagnolo⁸⁰.

Nell'ambito di tale procedimento, il Tribunale dell'Unione, con un'ordinanza del suo vicepresidente, ha affermato che il Parlamento, non avendo alcun potere «de contrôler la régularité de la procédure nationale ayant conduit à la déchéance du mandat du requérant, au regard du droit de l'Union, et en particulier de l'article 9 du protocole no 7, de l'article 6 de l'acte électoral, et de l'article 5 du règlement intérieur»⁸¹, non avrebbe potuto fare altro che prendere atto della decisione della commissione elettorale spagnola. Allo stesso tempo, però, ha precisato che «cette conclusion est sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par les juridictions nationales ou, le cas échéant, par la Cour, notamment dans le cadre d'un renvoi préjudiciel ou d'une procédure en manquement, dans le cadre de recours ayant pour objet de contester la régularité des procédures ayant conduit à la déchéance du mandat du requérant, en particulier au regard du protocole no 7 et de l'acte électoral»⁸².

L'approccio restrittivo utilizzato dal vicepresidente del Tribunale appare tuttavia in singolare controtendenza con le, seppur modeste, aperture ad una maggiore autonomia del Parlamento europeo indicate con la menzionata sentenza della Grande sezione della Corte del 19 dicembre 2019. Alla luce delle argomentazioni svolte in quella circostanza, appare infatti discutibile l'idea che l'istituzione europea non disponga di alcun mezzo per contrastare gli effetti di una decisione nazionale presa in violazione del diritto dell'Unione europea che potrebbe compromettere la propria autonomia, oltre che l'indipendenza dei suoi membri.

Per concludere l'esame della più recente giurisprudenza, occorre, infine, fare un breve richiamo alla citata ordinanza sul caso *Puigdemont e Comin*⁸³, che tratta una questione analoga a quella appena analizzata.

In questo caso, però, i due ricorrenti, nei confronti dei quali le autorità spagnole avevano emesso un mandato d'arresto europeo per i reati di sedizione e ribellione, non avevano adempiuto all'ultima formalità procedurale prevista dalla legge nazionale, cioè al giuramento davanti alla commissione elettorale, perché, al fine di evitare l'arresto, non erano potuti uscire dal Belgio, dove avevano presentato una domanda d'asilo⁸⁴.

⁸⁰ Ricorso proposto il 17 gennaio 2020 – *Junqueras i Vies / Parlamento*, causa T-24/20.

⁸¹ Ordonnance du vice-président du Tribunal du 3 mars 2020, affaire T-24/20 R, *Oriol Junqueras i Vies c. Parlement européen*, ECLI:EU:T:2020:78, point 60.

⁸² *Ibidem*, punto 64.

⁸³ Ordinanza del vicepresidente della Corte del 20 dicembre 2019, causa C-646/19 P(R), cit.

⁸⁴ Sulla questione, cfr. B. NASCIBENE, H. LABAYLE, *Refuge ou asile? La situation de Carles Puigdemont en Belgique au regard du droit de l'Union européenne*, in *Eurojus*, 2 novembre 2017 (disponibile online su <http://rivista.eurojus.it/refuge-ou-asile-la-situation-de-carles-puigdemont-en-belgique-au-regard-du-droit-de-lunion-europeenne-asilo-o-rifugio-il-caso-carles-puigdemont-in-belgio-e-il-diritto-dellunione/?print=pdf>); H. LABAYLE, *L'affaire*

La Corte di giustizia, quindi, con un'ordinanza del suo vicepresidente, ha annullato la precedente ordinanza con cui il Tribunale aveva respinto la richiesta di misure provvisorie presentata da Puigdemont e Comin⁸⁵, volta a far prendere loro possesso del seggio ottenuto alle elezioni per il Parlamento europeo. Le motivazioni addotte della Corte sono, ovviamente, le stesse svolte nel caso *Junqueras Vies*. Nell'occasione però, non essendo ancora intervenuta una sentenza definitiva di condanna, i due interessati hanno potuto acquisire lo *status* di membri del Parlamento europeo.

5. Considerazioni conclusive

Nelle sue conclusioni sul caso *Delvigne*, l'avvocato generale Pedro Cruz Villalón ha affermato che, sebbene la procedura elettorale uniforme di cui all'art. 223, par. 1, TFUE non sia stata ancora stabilita, il mandato contenuto in tale disposizione esprime la volontà del legislatore primario di fare dell'elezione dei membri del Parlamento una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione. Alla luce di ciò, ha sostenuto che le normative nazionali in materia elettorale devono essere considerate come un'applicazione del diritto dell'Unione europea e, pertanto, devono rispettare quanto previsto nella Carta dei diritti fondamentali, conformemente all'art. 51 della stessa. A parere dell'avvocato generale, infatti: «è chiaro che, sia stabilendo una procedura di elezione dei membri del Parlamento, sia definendo i principi comuni sulla cui base deve svolgersi tale elezione, il legislatore dell'Unione partecipa all'esercizio di una competenza particolare che potrebbe forse essere definita 'concorrente', ma che in ogni caso lo coinvolge direttamente. La competenza in questione appare 'concorrente' in un duplice senso. Nel primo senso, in quanto, mentre l'iniziativa e l'elaborazione delle disposizioni che disciplinano detta procedura o, eventualmente, la definizione dei principi comuni che devono ispirarlo, spettano esclusivamente al legislatore dell'Unione, rimane riservata agli Stati membri la decisione relativa all'«entrata in vigore» di tali disposizioni. Nel secondo senso, in quanto, una volta stabilita una procedura uniforme o, in alternativa, una volta definiti i principi comuni sui quali devono basarsi le procedure elettorali europee, resterà sempre un margine per l'esercizio delle competenze degli Stati membri ai fini della regolamentazione delle elezioni del Parlamento»⁸⁶.

Invero, l'esame svolto ha mostrato come la procedura elettorale, nonché le altre questioni correlate all'acquisizione o alla perdita dello *status* di membro del Parlamento europeo, continuino a restare, prevalentemente, una competenza

Puigdemont et le mandat d'arrêt européen: chronique d'une faillite annoncée, in *Revue des affaires européennes*, 2018, pp. 417-429.

⁸⁵ Order of the President of the General Court, 1 July 2019, case T-388/19 R, *Carles Puigdemont i Casamajó and Antoni Comín i Oliveres v. European Parliament*, ECLI:EU:T:2019:467.

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 4 giugno 2015, Causa C-650/13, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc*, e *Préfet de la Gironde*, ECLI:EU:C:2015:363, par. 94.

nelle mani degli Stati membri, i quali, nell'esercitarla, godono di un ampio margine di discrezionalità, che potrebbe anche portare a talune forme di compressione dell'autonomia parlamentare.

Il riferimento è, chiaramente, alla vicenda concernente Junqueras Vies, dove il comportamento del *Tribunal Supremo*, qualificabile come violazione dell'obbligo di leale cooperazione *ex* art. 4, par. 3, TUE, in una prima fase, ha precluso ad un cittadino dell'Unione regolarmente eletto nel suo Stato di occupare il proprio seggio in Parlamento europeo e, successivamente, ha portato alla decadenza dello stesso senza che l'istituzione europea si fosse potuta pronunciare in merito alla revoca dell'immunità, ai sensi dell'art. 9 del protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea.

In tale contesto, la Corte, a differenza di quanto fatto relativamente ad altre materie ricadenti nell'ambito della cittadinanza europea, ha mantenuto un approccio particolarmente restrittivo, il che porta ad escludere ogni margine di discrezionalità del Parlamento europeo.

Nemmeno la sentenza sul caso *Junqueras Vies* può essere considerata però come un definitivo cambio di passo da parte del giudice dell'Unione, poiché, sebbene in questa circostanza la disciplina sull'elettorato passivo sia stata correttamente ricondotta nel quadro dei diritti discendenti dallo *status* di cittadino dell'Unione, non sono state in alcun modo messe in discussione le prerogative degli Stati membri.

Al riguardo, appare particolarmente criticabile la tesi sostenuta nella più recente ordinanza sul caso *Junqueras Vies*, cioè quella del 3 marzo 2020, in cui il giudice dell'Unione ha affermato che pure in presenza ad una possibile violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro, il Parlamento non può fare altro che prendere atto delle decisioni prese dalle autorità nazionali, poiché la materia elettorale è di competenza di queste ultime.

A parere dello scrivente l'attuale normativa, così come interpretata dalla Corte, si pone, quindi, in contrasto con il ruolo assunto dal Parlamento europeo, in termini sia di competenze acquisite, sia di rappresentatività dei cittadini europei. In tal senso, è certamente condivisibile la posizione sostenuta sempre dall'avvocato generale Cruz Villalón, secondo cui la progressiva estensione delle competenze del Parlamento e il crescente ravvicinamento della sua posizione istituzionale e politica a quella propria dei parlamenti nazionali ha reso sempre più perentoria l'esigenza di adeguarne la procedura di elezione alla sua qualità di organo di rappresentanza della volontà dei cittadini dell'Unione.

Non stupisce, pertanto, che il Parlamento europeo, negli ultimi anni, abbia provato ad affermare la propria autonomia, rivendicando un certo potere di controllo sulla regolarità delle procedure svolte a livello nazionale, anche se, al riguardo, si deve rilevare che l'atteggiamento dell'istituzione europea non è parso sempre coerente. In alcune circostanze, come quella in cui si è rifiutata di prendere atto della decadenza di Occhetto, ha, infatti, rivendicato le proprie competenze con estrema forza, spingendosi fino al punto di violare il diritto

dell'Unione europea, mentre in altri casi, come quello di Junqueras Vies, ha sostenuto di non avere alcun potere con riferimento alle procedure elettorali.

In definitiva, dalle numerose ambiguità e problematiche messe in evidenza nell'esame dei casi esaminati, fra le quali rientra anche il comportamento ondivago tenuto dal Parlamento europeo, risulta evidente come sia non solo opportuna, ma addirittura necessaria, una riforma che adegui la disciplina sull'elettorato passivo alla natura democratica su cui si fonda l'Unione, così come enunciato in varie disposizioni dei trattati, tra cui, segnatamente, l'art. 14, par. 2, TUE. Vale la pena di ribadire, infatti, che tale disposizione definisce i membri del Parlamento come «rappresentanti dei cittadini dell'Unione» e non più come «rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità». Ciò, naturalmente, richiede che tale istituzione goda di una maggiore autonomia, anche al fine di poter tutelare in maniera più adeguata l'indipendenza dei propri membri.

Francesco Battaglia
Dip.to di Scienze politiche
Università di Roma "La Sapienza"
f.battaglia@uniroma1.it

Immunity vis-à-vis the ECJ. The Potential Effects of a European ‘Counter-Limit’ Approach

di Diego Bonetto

Abstract: *Immunità alla prova della CGUE. I possibili effetti di un approccio europeo dei ‘controlimiti’* – The extension of State immunity to private actors, to whom are delegated functions typically undertaken by sovereign States, is posing some challenges to the international legal order. The Judgement C-641/18 of the ECJ has intervened on the matter setting important criteria and boundaries to such extension of immunity. However, the importance of this judgement extends beyond the boundaries of immunity as the Court intervened in the, hitherto uncertain, relation between customary international law and the fundamental rights enshrined in the European Charter of Fundamental Rights. This contribution investigates the relevance of the judgement in the configuration of the interaction between these two different sources of law.

Keywords: State immunity; ECJ; Private actors; Counter-limit; Right to an effective remedy

4497

1. Introduction

There are a number of principles framing the international legal order. One such principle is “*par in parem non habet imperium*”¹, limiting the jurisdictional power of States over foreign sovereign countries. It participates in the construction of what is commonly known as the “Westphalian model”², according to which states are equal and sovereign in the international arena. From this principle descends State immunity. Understood as a customary principle of international law, it prevents a sovereign State from being subjected to the jurisdiction of the judge of another State, precisely because, pursuant to the Westphalian model, the sovereign power of a State ends where the sovereign power of the other begins.

If the traditional model of international law identifies *States* as the “normal types” of legal persons and the primary subjects of the international community³,

¹ Y. Dinstein, *Par in Parem non Habet Imperium*, in 1 *Israel L. Rev.* 3, 407-420 (1996); A. Atteritano, *Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years*, in 19 *The Italian Yearbook of Int'l L. Online* 1, 31-56 (2009); P.T. Stoll, *State Immunity*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int'l L.*, online edition (2009), available at www.mpepil.com.

² S. Beaulac, *The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth*, in 8 *Australian J. of Legal History*, 181 (2004); A. Peters, *Immune Against Constitutionalisation?*, in A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, and C. Tomuschat, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2014, 2.

³ J. Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, Oxford, 2008, 116; A. Cassese,

the past century witnessed a gradual reshaping of this idea together with that of international society⁴. The fragmentation and informalisation of the sources of international law, as well as the technological and commercial developments, have bolstered the appearance of new entities known as ‘non-State actors’ in the international legal landscape⁵.

Against this backdrop, States are increasingly delegating the execution of activities to private entities or, better, non-State actors. This trend entails a plethora of consequences, among which emerges the mutation in the relation between State immunity and non-State actors⁶. In particular, the foregrounding of this type of actors in the exercise of activities typically undertaken by States is posing the question of the extension of immunity of sovereign States to the delegated private subjects. The recent case *LG and others v Rina* (the *Rina* case) of the European Court of Justice (ECJ)⁷ has set some relevant criteria for and limits to the possibility of according immunity to delegated non-State actors. The relevance of the ECJ judgment is not confined in the elaboration of criteria for the extension of immunity common to EU Member States. It also intervened in clarifying the, hitherto uncertain, relation between customary international law (CIL) and the fundamental rights enshrined in the European Charter of Fundamental Rights. This contribution explores the importance of such clarification in the configuration of the system of sources of law believing that it constitutes a landmark case reassessing the hierarchy between international law and EU law.

In order to do so, the contribution will first present immunity as a principle of CIL (section 2). It will then investigate the challenges posed to immunity by the emergence of non-State actors and will introduce the Judgment of the ECJ therein (section 3). Sections 4 will focus on the limits to immunity, expressed by the Court, deriving from art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Section 5 will investigate the relevance that such finding of the ECJ has on the system of sources of law of the EU in relation to CIL. This section will address as well the effect that the ECJ judgement might have in the mutation

International Law, Oxford, 2005, 72; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964, 67, quoting P. Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1948.

⁴ See generally, Cassese, *International Law*, 22–45. The processes of mutation taking place at the international level are characterised by different patterns – like the absence of a unitary sovereign – that make such processes happening at a slower pace if compared to the ones happening within national borders, on this point see A. Pellet, *L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale*, in 329 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 18 ff. (2007).

⁵ This notion includes all those actors in international relations that are not states: international organisations, individuals, international corporations, and non-governmental organizations (NGO); See M. Wagner, *Non-State Actors*, in R. Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2009, 1; and H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014, 17.

⁶ A. Cutler, *Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: A crisis of legitimacy*, in 27 *Review of International Studies*, 2, 133–150 (2001).

⁷ Court of Justice, judgment of 7 May 2020, case C-641/18, *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*.

of the international law principle of immunity. The last section will draw some conclusions on the effects of the ECJ Judgement on the shaping of the principle of immunity.

2. Immunity: A principle of customary international law

Immunity excludes the jurisdictional power of a State over sovereign acts of another country. This norm is understood as an essential component of the recognition of State sovereignty, as well as a by-product of the formal legal equality of States and their duty of non-interference⁸. The reciprocal recognition of foreign States' sovereign powers at the interstate level determines that the activities, which can be qualified an exercise of public authority, are considered by other States a prerogative descending from international law⁹. This latter, in order to facilitate the exercise of such public functions provides states with immunities for those events in which they might be prosecuted in foreign courts.

"Immunities are a messy affair" wrote Peters in 2014¹⁰. Their complexity may be grasped by looking at the evolution that the principle underwent throughout its evolution, that witnessed the appearance of immunity as a matter of "mere grace, comity, or usage"¹¹. Indeed, this was the case in what is referred as the first judicial decision on immunity: the US Supreme Court decision *Schooner Exchange v. McFaddon*, in which the Court granted immunity to a French public/national military vessel as "a matter of grace and comity"¹². Paradoxically, traces of this conception of immunity can still be found in those legal systems that carried out greater enterprises of codification of matter in domestic law; *i.e.* common law systems in which domestic statute law represents the primary, if not the sole, ground for judgements on immunity. The judgement *Samantar v. Yousuf* is one such example where the exclusive legal basis referenced were the American Foreign Policy Act and the policy of the State Department, whereas there was no mention of international law whatsoever¹³.

From the perspective of international law, immunity is directed to the protection of the legal order, the stability of international relations, inter-state cooperation, and secure the discharge of public functions of the relevant actors¹⁴. However, the function of State immunity would be frustrated if applied beyond its

⁸ M. Shaw, *International Law*, Cambridge, 2008, 697; immunity is grounded on the international law principle "*par in parem non habet imperium*" confirmed in the relative case law, see for instance *Mahamdia v. Algeria*, Court of Justice, Judgement of 19 July 2012, C-154/11.

⁹ R. Luzzatto, I. Queirolo, *Sovranità territoriale, jurisdiction e regole di immunità*, in G. Carbone *et al.* (eds), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Torino, 2011, 240.

¹⁰ Peters, *Immune Against Constitutionalisation?*, 1.

¹¹ L. Damrosch, *Changing International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions*, in 44 *Vanderbilt Journal of Transnational L.*, 1186 (2001).

¹² US Supreme Court, *Schooner Exchange v. McFaddon*, judgment of 24 February 1812, 11 us (7 Cranch) 116–147.

¹³ US Supreme Court., *Mohamed Ali Samantar v. Bashe Abdi Yousuf et al.*, 1 June 2010, 560.

¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

rationale. It should not be granted “*au-delà de sa véritable justification*”¹⁵ in order to prevent its degeneration into forms of privileges, unjustifiable in the contemporary international legal order. In this sense, the evolution of immunity saw an important reconfiguration, or dimensioning. Indeed, from an absolute conception – historically linked to the person of the sovereign – immunity is understood today as relative; *i.e.* relating exclusively to the acts of the State that are expression of its sovereign power. These are the *acta iure imperii*, that are distinguished from the other acts, *iure gestionis*, performed by the State, and which are not expression of its public authority¹⁶. This conception has been adopted by the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities that, as results from the phrasing of article 10, explicitly excludes “commercial transactions” from the activities of the State covered by immunity¹⁷. However, in the absence of a black letter law norm on immunity – in fact, if the UN Convention constitutes a point of reference, it is not yet in force – immunity remains a principle of CIL¹⁸.

Particularly relevant appears the ICJ judgement of 2012, stating that the application of immunity is a requirement of international law, and that «whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity»¹⁹. In this sense, State immunity is a reflection of the structure of the international legal order. As Lady Hazel Fox argued, any «study of State immunity directs attention to the central issues of the international legal system. [...] Ultimately the extent to which international law requires, and municipal legislations and courts afford, immunity to a foreign State depends on the underlying structure of the international community»²⁰.

Therefore, an important premise, that has to be taken into consideration in the analysis of this matter, is that the discipline of immunity is driven by courts²¹. Differently from other aspects of international law, a crucial role in the configuration of the law of immunity is played not much by the governments of

¹⁵ S. El Sawah, *Les immunités de l'Etat et des organisations internationales: immunités et procès équitable*, Bruxelles, 2012, 22.

¹⁶ See C. Sun, A. Llamzon, *Acta iure gestionis and acta iure imperii*, in *Max Planck Encyclopedia of Comp. Const. L.*, June 2018.

¹⁷ The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities, New York, 2004, at art. 10(1) states: «If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of the applicable rules of private international law, differences relating to the commercial transaction fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction».

¹⁸ A. Spagnolo, *Imprese private delegate di funzioni pubbliche e immunità dalla giurisdizione civile nella prassi recente*, in *Questione Giustizia*, 3 ff. (2015). As emerged from a study conducted more than two decades ago, relative state immunity was a rule of international customary law formed through the convergence of state practice and *opinio iuris* since the late 1970s; see Y I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, 1997, 4-11.

¹⁹ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, judgment of 3 February 2012, ICJ Reports 2012, para. 56.

²⁰ H. Fox, F. Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2013, 7.

²¹ Peters, *Immune Against Constitutionalisation?*, 6.

States, their executive branches, or NGOs as much as it is done by the judiciary. In many cases, NGOs play an important part in motivating victims to bring their claims to court as well as in providing them legal counsel, but the issues at stake are ultimately dealt by courts.

Against this backdrop, the role played by international courts on the matter appear somehow modest. It is only recently that the ECtHR and the ICJ began to address a number of cases concerning immunity. The ECtHR developed a limited case-law on the issue of immunity, with particular reference to employment disputes raising the question of immunity of international organizations, which has been heavily relied upon by national courts of both members to the ECHR and other European countries²². Besides this specific case-law, a small number of judgements of the ECtHR have been the object of a horizontal interaction with the ICJ²³, which was respectively cited “as authoritative” by the ECtHR²⁴.

However, besides the case law of the two international courts, the discipline of State immunity has primarily been a concern of domestic courts, which rely on foreign cases to induce the rules applicable to the issue at hand²⁵. This pattern appears quite unusual in international law, and this is arguably due to the fact that immunity becomes a question when a controversy is brought before a national court. Therefore, domestic case-law matters in the configuration of the international law of immunities under at least three aspects²⁶. First, domestic judgements could develop national practices as well as constitute pronouncements of *opinio iuris*, contributing to the international customary law²⁷. Second, domestic court decisions may constitute “subsequent practice” for the interpretation of treaty law – in the sense of Art. 31(1)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties – and for the “interpretation” of international customary rules. Third, as of Art. 38(1)(d) of the ICJ Statute, domestic “judicial decisions” amount to a «subsidiary means for the determination of rules of law». In this scenario, the recent Judgement of the ECJ *LG and others v Rina* results of particular importance because it sets out the rules for the extension of immunity to non-State actors – an increasingly relevant aspect – with a binding effect on all domestic jurisdictions of the Member States, establishing a common standard or *opinion iuris* on the matter.

²² ECtHR, *Waite and Kennedy*, Appl. No. 26083/94, judgment of 18 February 1999.

²³ ECtHR, *Al-Adsani v. United Kingdom* (Grand Chamber), application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, ECHR Reports 2001-xi, p. 101, and *Kalogeropoulos and Others v. Greece and Germany*, Application No. 59021/00, decision of 12 December 2002, ECHR Reports 2002-x, p. 417, quoted in ICJ, *Jurisdictional Immunities* (n.3), para. 90.

²⁴ ECtHR, *Jones and others v. United Kingdom*, appl. nos. 34356/06 and 40528/06, judgment of 14 Jan. 2014, para. 197.

²⁵ See X. Yang, *State Immunity*, 4 ff., when explaining the practice of national courts to rely on foreign cases the author states that “such references constitute a persistent feature in cases of State immunity”.

²⁶ See, among others, A. Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International law*, in *Int'l and Comp. L. Quarterly*, 60, 62-63.

²⁷ See X. Yang, E. Kadens, and E.A. Young, *How Customary is Customary International Law?*, in 54 *William & Mary L. Rev.*, 3, 885 (2013).

3. The Judgement of the ECJ

The ECJ Judgement is a preliminary ruling requested by the Italian tribunal of Genoa upon the interpretation of Articles 1(1) and 2 of the Council Regulation (EC) No 44/2001 of December 2000 on the jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, read in the light of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter “the Charter”) and of recital 16 of the Directive 2009/15/EC of the European Parliament and of the Council on common rules and standards for ship inspection and survey organisations and for the relevant activities of maritime administrations.

The proceedings before the national judge, between LG and Others, on the one side, and the Rina companies on the other, concerns the compensation by the latter, by means of civil liability, of the pecuniary and non-pecuniary losses suffered by the actors resulting of the sinking of the vessel *Al Salam Boccaccio '98* (“the Vessel”) occurred in February 2006 in the Red Sea. In particular, the relatives of the victims and survivors of the sinking of the Vessel – causing more than 1000 victims – brought an action before the Tribunale di Genova (District Court, Genoa, Italy) against the ship classification and certification societies, the Rina companies, seating in Genoa. In claiming compensation, the actors argue that the classification and certification operations for the Vessel carried out by the Rina companies under a contract concluded with the Republic of Panama, in order to obtain the flag of the State for the Vessel, were the cause of the sinking.

On their hand, the defendants contend that the Italian judge lacks jurisdiction, relying on the international law principle of State immunity from jurisdiction. Such defense is based on the assertion that the classification and certification operations were conducted by the Rina companies upon delegation from the Republic of Panama and constitute, therefore, expression of the sovereign powers of the delegating State.

By contrast, the claimants affirm the jurisdiction of the Italian court, arguing that the Rina companies have their seat in Italy and that the dispute is of civil nature, therefore falling within the meaning of Articles 1 and 2(1) of the Regulation No 44/2001. Moreover, the claimants submit that the plea of immunity from jurisdiction, relied upon by the defendants, does not cover activities governed by non-discretionary technical rules which are unrelated to the political decisions and prerogatives of a State²⁸.

The Italian Tribunal raised the question of its jurisdiction in so far as, if it is undisputed that the Rina companies have their seat in Italy, it is claimed that they acted upon delegation from the Republic of Panama. In referring to the ECJ for a preliminary ruling, the Italian Court referred to the case-law of the Italian Constitutional Court²⁹ and of the Supreme Court of Cassation³⁰ concerning

²⁸ Judgement of the 7 May 2020, *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, C-641/18, EU:C:2020:349, para. 17.

²⁹ Italian Constitutional Court, judgment No. 238 of 22 October 2014.

³⁰ Court of Cassation, Italy, in Joint Session, judgment No. 15812 of 29 July 2016.

immunity from jurisdiction. Pursuant to this case-law immunity from jurisdiction is precluded only with regard to the acts of foreign States consisting in war crimes and crimes against humanity, or where such recognition undermines the principle of judicial protection.

Hence, the preliminary ruling requested to the ECJ verts on whether a non-State actor, performing activities delegated by a sovereign State, may be granted immunity from the foreign jurisdiction over the ascertainment of its liability deriving from the carrying out of such activities. The issue is of particular relevance due to the increasing trend of attribution of public functions by States to private entities, by means of delegation or special investitures. A phenomenon that brings those non-State actors to seek the protection from foreign jurisdiction proper of State immunity, adducing a public nature or relevance of the activities performed³¹. The recognition of immunity has been demanded by both public and private enterprises advocating a ‘special’ relationship with the State, from which would descend the extension of the jurisdictional protection of the State to those non-State entities. The issue has been raised with particular regard to the widespread phenomenon of privatisation of hitherto public activities. An example is the privatisation and outsourcing of security activities to private military contractors³². Other examples of delegation of State power are that of private companies running detention facilities, or of airline companies, carrying out activities of immigration control.

The *Rina* case, raised before the ECJ, is one such example. Indeed, the defendants claim to be covered by immunity from the Italian jurisdiction because the classification and certification activities object of the proceedings were performed by the companies on behalf and upon delegation by the Republic of Panama and, therefore, in the exercise of public power³³. With particular regard to the matter of the case, the defendants claim that their activities, for the reason above, qualify as administrative matters, therefore falling out of the scope of application of the Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters. Indeed, this Regulation of private international law defines the jurisdiction of Member States over civil and commercial matters³⁴ establishing, should the subject matter of the case be qualified as civil, the jurisdiction of the Italian judge.

³¹ See A. Oddenino, D. Bonetto, *The issue of Immunity of Private Actors exercising public authority and the new paradigm of international law*, in *Global Jurist*, 1 (2020).

³² See generally F. Francioni, N. Ronzitti, *War by Contract, Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford, 2011; and C. Bakker, M. Sossai (ed), *Multilevel regulation of military and security contractors*, Oxford-Portland, 2012.

³³ See the defendant’s argument as summarised in the Opinion of AG Spzunar delivered on 14 January 2020, case C-641/18, *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*.

³⁴ The Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters states as follow: Art. 1(1) «This Regulation shall apply in civil and commercial matters whatever the nature of the court or tribunal. It shall not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters»; Art. 2(1) «Subject to this Regulation, persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State».

The ECJ, in judging on the request of preliminary ruling,³⁵ established that «Article 1(1) of Council Regulation (EC) No 44/2001 [...] must be interpreted as meaning that an action for damages, brought against private-law corporations engaged in the classification and certification of ships on behalf of and upon delegation from a third State, falls within the concept of ‘civil and commercial matters’, within the meaning of that provision, and, therefore, within the scope of that regulation, provided that that classification and certification activity is not exercised under public powers, within the meaning of EU law, which it is for the referring court to determine. The principle of CIL concerning immunity from jurisdiction does not preclude the national court seised from exercising the jurisdiction provided for by that regulation in a dispute relating to such an action, where that court finds that such corporations have not had recourse to public powers within the meaning of international law».

The Court judgement appears of particular relevance for the discipline of immunity and its eventual extension to delegated non-State actors with particular regard to three different aspects addressed in the reasoning: 1) The central role of the effective exercise of public powers by the non-State actor as a requisite for the recognition of immunity by a foreign court; 2) The competence of the judge, against which immunity is opposed, to assess the existence of the conditions for the recognition of immunity to the party to the dispute; 3) The limits to the recognition of immunity deriving from Article 47 of the Charter, in situations where such recognition would result in the impossibility for the claimants to seek an effective remedy. The first two findings of the Court are extremely important as they set common criteria for a case-by-case assessment of immunity to delegated private actors and establish a general presumption of non-applicability in such cases. Presumption that can be overcome in each case by the ascertainment of an actual exercise of public powers by the non-State actor. With the third finding the Court poses a limit to the applicability to immunity and establishes an important clarification of the relation between the principle of CIL and the fundamental rights of EU law; clarification whose impact may extend beyond the specific conflict of law raised by the subject matter of the case.

4. The (counter-)limit of art. 47 of the Charter

In order to better understand the relevance of such position adopted by the Court, it is necessary to look at the reasoning that brought the judge to such conclusion. The Italian court, in referring the case to the ECJ, posed the question of to what extent art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union would influence the eventual recognition of immunity to the respondent.

Art. 47 of the Charter titles «Right to an effective remedy and to a fair trial» and comprises, among its various elements, the right of access to a tribunal. In particular, paragraph 2 corresponds to art. 6(1) of the European Convention of Human Rights (ECHR) in which the right of access to a court is inherent in the

³⁵ *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, cit., para. 27.

first paragraph of the article stating the right to a fair trial. From the ECtHR case-law emerges that the granting of immunity amounts to a restriction of the right of access to a court provided for by art. 6(1). Nonetheless, such restriction is understood by the ECtHR as legitimate because in compliance with international law to promote comity and good relations at the interstate level by respecting State's sovereignty. This restriction of art. 6(1) has also been deemed proportioned because it reflects generally recognised principles of international law in State immunity³⁶.

In the *Rina* case, the question is whether the granting of immunity would entail a restriction of the right of access to a court provided by art. 47 and, if so, which effect would derive by such restriction. In his conclusions, AG Spzunar analyses the matter and grounds his reasoning on three major assertions. First, a national court that derives its jurisdiction from Regulation No 44/2001, must apply EU law in accordance with art 52(1) of the Charter. Since the principle of effective judicial protection is a general principle of EU law, when the scope of protection of art. 47 of the Charter is limited for some reason in accordance with art. 52(1) of the Charter, the principle of effective judicial protection should 'fill the gap'³⁷. Second, art. 47 of the Charter is sufficient in itself, with no need to further specification by any EU or national provision, to confer on individuals a right which they may rely on as such³⁸. Moreover, provided that the principle of effective judicial protection comprises the right of access to a tribunal, individuals must be able to exercise, before national authorities, their right to apply to the court having jurisdiction³⁹. Lastly, AG Spzunar argues as follow: «the Court has already held that the obligation to disapply any provision of national law which is contrary to a provision of EU law that has direct effect is not altered by the fact that the legal position of an individual might change once a national court disapplies a provision of national law on jurisdiction and rules on the action brought before it. The same must be true of the implications of the exercise of

³⁶ See, in particular, ECtHR, 21 November 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, CE:ECHR:2001:1121JUD003576397, para. 5; and ECtHR, 14 January 2014, *Jones and Others v. United Kingdom* CE:ECHR:2014:0114JUD003435606, paras. 186 to 189. This case-law developed in the context of disputes between individuals and States. That imply a set of different considerations and may explain why the ECtHR did not consider whether other effective alternative means of securing redress existed and held that the restriction on the right of access to a tribunal was not disproportionate. On the contrary, in a dispute involving individuals and an international organisation, with no particular forum State, the ECtHR did consider whether there were reasonable alternative means to protect effectively the rights under the ECHR. See ECtHR, 18 February 1999, *Waite and Kennedy v. Germany*, CE:ECHR:1999:0218JUD002608394, para. 68.

³⁷ S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. Paulussen, T. Takacs, V. Lazic, and B. van Rompuy (eds), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspective*, Berlin, 2016, 148-149.

³⁸ See, with reference to the possibility of relying on Article 47 of the Charter, Court of Justice, judgment of 17 April 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, para. 78.

³⁹ Opinion of AG Spzunar, para. 151.

balancing obligations under international law and obligations arising under EU law»⁴⁰.

These assertions of the AG appear to constitute the implicit base of the reasoning of the ECJ in the development of the argument on the matter. In particular, the Court articulates the reasoning drawing on the assertion that «the rules which constitute an expression of CIL are binding, as such, upon the EU institutions and form part of the EU legal order»⁴¹. The Court recognises CIL as producing its binding effect and, therefore, constituting a source of law in the legal system of the EU. The role played by this source of international law within the EU was already recognised in previous cases⁴². One such example is the *Racke* case, in which the Court affirmed that the (then) European Community is required to comply with the rules of CIL when adopting a regulation suspending the trade concessions granted by, or by virtue of, an agreement which it has concluded with a non-member country⁴³.

Nonetheless, the Court affirms that «a national court implementing EU law in applying Regulation No 44/2001 must comply with the requirements flowing from Article 47 of the Charter. [...] Consequently, in the present case, the referring court must satisfy itself that, if upheld the plea relating to immunity from jurisdiction, [the claimants] would not be deprived of their right of access to the courts, which is one of the elements of the right to effective judicial protection in Article 47 of the Charter»⁴⁴. With this conclusion, the ECJ reaffirms the horizontal applicability of the Charter to the subject matter, determined by the application of Regulation No 44/2001⁴⁵. National courts are bound to apply such EU principle whenever they are implementing Union law.

However, this Court's assertion might have further implications on the relation between EU law and CIL. Indeed, the reasoning of the ECJ seems to imply that art. 47, as part of the Charter of Fundamental Rights, constitutes a principle of the EU legal order which, when Union law applies, cannot be limited by the principle of CIL. Consequently, national courts, when implementing EU law, are bound to apply such EU principle and, in the event of a conflict with a norm of CIL, the former should prevail.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 152

⁴¹ *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, cit., para. 54.

⁴² See, to that effect, Court of Justice, judgments of 16 June 1998, *Racke*, C-162/96, EU:C:1998:293, para. 46; judgement of 25 February 2010, *Brita*, C-386/08, EU:C:2010:91, para. 42; and judgement of 23 January 2014, *Manzi and Compagnia Naviera Orchestra*, C-537/11, EU:C:2014:19, para. 39.

⁴³ *Racke*, cit. para 47.

⁴⁴ See Court of Justice, judgment of 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349, para. 44.

⁴⁵ The immediate reference here is to the issue of the limits of application of the Charter. Indeed, the attention of the ECJ to the relation between the Charter and the competences of the EU is linked to the tension between the “expansive” character of fundamental rights and the “limitative” rationale of the principle of conferral; on this tension see, for instance, the ECJ opinion upon the adhesion of the EU to the ECHR, EU:C:2014:2454, para. 165. For a more exhaustive account on the matter see N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milan, 2018, 133 ff.

This implication stands in contrast with the position of the ECtHR held in the case *Jones v. United Kingdom*, where the Court denied access to justice to UK citizens seeking redress for their alleged torture in Saudi Arabia due to the application of immunity⁴⁶. A similar position has been adopted by the ICJ in the case *Germany v. Italy* of 2012, in which the court asserted the prevalence of the principle of immunity over the right of the victims, of Nazi crimes during World War II, to seek judicial restoration⁴⁷.

Contrary to the positions so far adopted by the ICJ and the ECtHR, the ECJ judgement seems to imply a determined position concerning the role of CIL within the EU legal order. Principles of CIL are to be understood as binding norms by national courts of Member States. However, when EU law applies, these international law principles encounter a limit in the funding principles laid down in the Charter⁴⁸. This role of CIL is not new in the case law of the Court. In the mentioned *Racke* case, the ECJ held that CIL, just like treaty law, was a standard of assessment in the review of the validity of EU secondary legislation, hence ranking CIL in a higher position within the EU legal order than secondary legislation⁴⁹. The *Rina* judgement recalls this hierarchy asserting that, if CIL ranks higher than secondary legislation, its application is subordinated to the compatibility with the fundamental rights expressed in the Charter of the EU.

Besides the diversification in the ranking of EU primary and secondary legislation, a further hierarchy within EU law has emerged from the *Kadi I* judgement of 2008 (later reinforced in the 2013 *Kadi II* judgement)⁵⁰. Within EU primary legislation there is a distinction between “ordinary” primary law and primary law constituting the “foundations” of the Union, namely «the constitutional principles of the EU from which no derogation is possible»⁵¹. In *Kadi I* these are, in particular, identified with «the principle of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms enshrined in Article [6(3) TEU] as a foundation of the Union»⁵². In the *Rina* case, the ECJ appears to adopt this hierarchical distinction between sources of primary legislation in order to subordinate the principle of CIL to article 47 of the Charter, *i.e.* a funding principle of the EU legal order.

The position adopted by the Court recalls the “counter-limit” doctrine famously expressed by the Italian Constitutional Court in the case No 238 of

⁴⁶ *Jones v. United Kingdom*, App. Nos. 34356/06 and 40528/06, Eur.Ct.H.R. 14 January 2014. Similarly see *Al Adsani v. United Kingdom*, App. No. 35763/97, Eur.Ct.H.R. 1 November 2001.

⁴⁷ ICJ case *Germany v. Italy*, judgement of the judgment of 3 February 2012.

⁴⁸ *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, cit., para. 54.

⁴⁹ *Racke*, cit. paras. 46 ff., see also K. Ziegler, *The Relationship between EU Law and International Law*, University of Leicester School of Law, Research Paper No. 15-04., p. 7.

⁵⁰ Joined Cases C-402 and 415/05 P. Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission of the European Union, 2008, ECR I-6351, para. 317 (“Kadi I”), judgment of 18 July 2013 (“Kadi II”).

⁵¹ Ziegler, *The Relationship between EU Law and International Law*, 11.

⁵² Kadi I, n 1, para 303, see also paras. 282 ff, 304 ff.

2014⁵³. This judgement came in the aftermath of the ICJ decision *Germany v. Italy* and, in posing a limit to the applicability of the CIL principle of immunity in those situations where the right to judicial remedy would be denied, the Court intervened in the hierarchical relation between domestic law and international law⁵⁴. It reviewed the compatibility of the CIL principle of State immunity – ranking at the same level as the Italian Constitution through the automatic adaptation of article 10(1) of the Italian Constitution – with the right to a judge of article 24 of the Constitution, in conjunction with the principle of protection of fundamental human rights (Article 2). The Court concluded that the principle of State immunity, as defined in its scope by the ICJ, conflicts with the constitutional standards and, consequently, it has neither entered the Italian legal order nor it has any effect therein⁵⁵.

With this judgement the Italian Constitutional Court established a hierarchy between the founding principles of the constitutional order of the State and the other norms contained in the constitution. Moreover, the principles of CIL, such as immunity, enter in the Italian legal system, by means of the “*trasformatore permanente*”⁵⁶ of article 10 Cost., at the same hierarchical level of the ordinary constitutional norms. However, as the Constitutional Court argued⁵⁷, the entry in the national order of these rules of international law is subordinated to the compatibility with the core principles contained in the Constitution. If the CIL principle results incompatible with a core principle, like the one provided for by article 24 Cost., article 10 does not operate and the international norm does not enter into the domestic legal order⁵⁸.

The Judgment 238/14 of the Italian Constitutional Court locates into a long debate upon the relation between immunity and the right to effective remedy originated with the *Distomo* case back in the late ‘90s concerning the responsibility

⁵³ Some aspects of the doctrine of “counter-limit” trace back to the 60s, when the Constitutional Court addressed the issue of equivalence between the jurisdictional protections deriving from Community law and the principle of art. 24 of the Italian Constitution (Const. Court. No 98 of 1965). The Doctrine has then been fully developed by the Court, with the judgement No 183 of 1973, as a counterbalance to the primacy of Community law, and extended to the generally recognized norms of international law by the judgement No 48 of 1979. See L. Gradoni, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. ancora sulla storica sentenza della corte costituzionale italiana*, *SidiBlog*, 10 November 2014, available at <http://www.sidiblog.org/2014/11/10/giudizi-costituzionali-del-quinto-tipo-ancora-sulla-storica-sentenza-della-corte-costituzionale-italiana/>.

⁵⁴ Italian Constitutional Court, Judgement of 22 October 2014, No. 238.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ On the point see F. Salerno, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 45 ff. (2015).

⁵⁷ Italian Constitutional Court, Judgement of 22 October 2014, No. 238.

⁵⁸ The authority of the Italian Constitutional Court to assess the compatibility of international law norms with the Constitution exceeds its competences. However, the Court elaborated the mechanism according to which art. 10 does not operate when the CIL norm is incompatible with a core domestic principle already in the judgement No 48 of 1979, which extended the application of the mechanism already applied to EU law to the relation to international law. On this matter see Gradoni, *Giudizi costituzionali del quinto tipo*, 3 ff.

of the German State for the massacre that took place in Distomo during World War II⁵⁹. However, the Constitutional Court moved out of the debate concerning the determination of the actual content of the norm of international law. Debate in which the case *Ferrini*, of the Italian Court of Cassation⁶⁰, constituted probably the most significant turning point. The Italian Constitutional Court did not question the content of the CIL principle of immunity as understood by the ICJ in the judgment *Germania v. Italia*. It did not rule ‘upon’ international law, but ‘against’ the entrance of the rules of international law standing in contrast with the core principles of the domestic legal order⁶¹.

The same approach seems to adopt the ECJ in *Rina* where it affirms that the referring court should verify that, if upheld the plea relating to immunity from jurisdiction, the claimants must not be deprived of their right of access to the courts⁶². Thus, the ECJ judgement appears to determine that, in cases where EU law applies, if a principle of CIL conflicts with a core element of the EU legal order the former should not find application before the judge *a quo*. In this respect the approach of the ECJ differentiates from the one adopted by the Italian Constitutional Court insofar as it attributes the competence to assess the compatibility between the norms to the referring judge⁶³. This European counter-limit doctrine reticently expressed by the ECJ may also shed some light upon the relation between CIL and EU law.

5. The relation between customary international law and EU law

4509

The relation between international law and the EU legal order has long been – and, to some extent, still is – debated⁶⁴. Indeed, the European Union presents a multifaceted nature that makes the configuration of its system of sources a difficult exercise. With the *Rina* case, the ECJ seems to shed some light on such relation. In the judgement, the Court adopts a somewhat constitutionalist approach assimilating the relationship between EU law (in particular: the Charter) and

⁵⁹ See E. Handl, *Introductory Note to the German Supreme Court: Judgement in the Distomo Massacre Case*, in 42 *International Law Materials*, 1027 ff. (2003).

⁶⁰ Corte di Cassazione 5044, 11 Mars 2004.

⁶¹ See L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana e corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *SidiBlog*, 27 October 2014, available at <http://www.sidiblog.org/2014/10/27/corte-costituzionale-italiana-e-corte-internazionale-di-giustizia-in-rotta-di-collisione-sullimmunita-dello-stato-straniero-dalla-giurisdizione-civile/>.

⁶² One may wonder whether it could also constitute an extension of such approach beyond the limits of *ius cogens*, on the matter see M. Ferri, *Attività di certificazione delle navi svolte da società private su delega di stati: tra immunità e tutela giurisdizionale delle vittime*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 3, 2020, pp. 789 ff.

⁶³ The Italian Constitutional Court instead attributes to itself such competence. Attribution already determined in the cases Nos. 348 and 349 of 2007, and extended to CIL in general with the case No. 238 of 2014.

⁶⁴ For an overview see, among others, K.S. Ziegler, *The Relationship between EU Law and International Law*, in D. Patterson, A. Södersen (eds), *A Companion to European Union Law and International Law*, Chapter: 4, Hoboken, 2016, 42-61.

international law in many respects to the relationship between international law and national law⁶⁵. This appears particularly true having in mind the *Solange* approach consistently adopted by the Court in cases like *Bosphorus*, *Kadi* or *Schrems I*. Approach recently confirmed in *Schrems II* where the Charter constituted the legal device for the Court to raise the level of data protection by transforming the parameter of ‘adequacy’ into ‘essential equivalence’⁶⁶. At the same time, however, the ECJ acts as an international court scrutinising the practice of the EU⁶⁷.

With particular regard to CIL, it is well-known that article 38(1) of the Statute of the ICJ makes it explicit that international custom is part of international law⁶⁸. However, if the ECJ’s case law on international treaties expresses the EU dualist approach to conventional international law, from the relevant judgements of the Court concerning international custom is more difficult to decode the kind of relationship – monist or dualist – between the EU legal order and CIL. Indeed, the dualist approach adopted by the EU with reference to international treaties does not imply *ipso iure* its extension to custom. For instance, article 3(5) TEU⁶⁹ prompts a monist approach of the EU with regard to custom.

The ECJ, in judging upon the preliminary ruling in *Rina*, clarifies the relation between these two sources and sets forth two elements. 1) CIL constitutes a source of law of the EU legal order whose implementation is, however, subjected to its compatibility with the primary (constitutional) legislation of the EU, encompassing its fundamental rights. 2) The judge before which arises a conflict between these two sources of law must satisfy itself that the application of the principle of CIL would not take place to the detriment of those fundamental principles⁷⁰.

In order to understand the kind of relation between the two sources of law, it might be useful to understand whether the ECJ frames the relationship in terms of a balance between principles or whether it applies the logic of subsumption

⁶⁵ Ziegler, *The Relationship between EU Law and International Law*, 2.

⁶⁶ See Judgement of the 7 May 2020, *Schrems v. Facebook Ireland Ltd.*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559. See O. Pollicino, “Diabolical Persistence: Thoughts on the Schrems II Decision,” *VerfassungBlog*, 2020/7/25, available at <https://verfassungsblog.de/diabolical-persistence/>.

⁶⁷ On this point see A. Spagnolo, *A European Way to Approach (and Limit) the Law on State Immunity? The Court of Justice in the Rina Case*, in *European Papers*, 11 (June 2020); see also S.D. Murphy, *Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission*, in *American J. of Int’l L.*, 824 (2017).

⁶⁸ For more on international custom, see O. Sender, M. Wood, *The Emergence of Customary International Law*, in C. Brö Imann, Y. Radi (eds), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, 2016; R.B. Baker, *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*, in 21 *European J. of Int’l L.*, 1, 173 (2010); B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge, 2010; M.P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognising Grotian Moments*, Cambridge, 2013.

⁶⁹ Art. 3(5) TEU: “In its relations with the wider world, the Union [...] shall contribute [...] to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter.”

⁷⁰ See *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, cit., paras. 54–55.

between legal rules⁷¹. In its reasoning the ECJ does not operate any balancing between immunity and article 47 of the Charter. Quite the opposite, it affirms that, in cases governed by Union law, the CIL principle should find application without being subjected to any balancing process, unless it impedes the exercise of the right of access to the courts (article 47). In that event, immunity does not find application within the EU legal order. The reasoning of the ECJ, very much like the operation undertaken by the Italian Constitutional Court in 2014, resolves the relationship between CIL and EU primary law with a clear cut. If the former is incompatible with the latter, it does not find application. Such neat, even though not explicitly expressed, position on the relation suggests a dualist approach of EU law towards CIL⁷². The ECJ establishes a limit to the operability of CIL principles within the EU legal order constituted by the core principles and the fundamental rights of the EU. One may wonder whether the Court implicitly framed the relation in terms of internal hierarchy – envisaging the entrance of CIL within the EU legal system, which is then subsumed in article 47 of the Charter – or as an external limit to the entrance of CIL in the EU legal order. The Court did not express itself on this point. Nonetheless, the logic underlying its reasoning seems to follow the blueprint of the mechanism of suspension of the Italian ‘*trasformatore permanente*’ in the event of incompatibility between the sources, leaving CIL out of the EU legal order⁷³. This seems to be confirmed by the recent judgement of the Italian Court of Cassation, which considers the position of the ECJ in the preliminary ruling in close relation with the Italian Constitutional Court counter-limit approach⁷⁴.

Such reassertion of the system of hierarchy of sources of the EU legal order by the ECJ may produce a further effect upon the principle of CIL involved. Indeed, the Court poses a limit to the possibility of recognising immunity. Given the customary nature of this principle, one should wonder about the effects of the Court’s decision on the modification of the principle itself. Immunity, as a principle of CIL, is shaped by the practice of the international actors abiding to such rule with the belief of its compulsory nature. The question, then, may be whether the relevant practice is solely that of States or whether international organisations (IO) and the EU, in its *sui generis* configuration, could contribute to the formation of such practice.

⁷¹ The reasoning draws on the dichotomy between rules and principles, and the related subsuming and balancing operations applied thereto. See R. Dworkin, *The Model of Rules*, in *University of Chicago L. Rev.*, 14 ff. (1967-68); R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 433 (2003).

⁷² On this point see P. De Sena, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della corte costituzionale*, in *SidiBlog*, 30 October 2014, available at <http://www.sidiblog.org/2014/10/30/spunti-di-riflessione-sulla-sentenza-2382014-della-corte-costituzionale/>.

⁷³ See *Ibid.* and Gradoni, *Corte costituzionale italiana e corte internazionale di giustizia*, 3 ff.

⁷⁴ Italian Court of Cassation, United Sections, no. 28180/20, p. 19: «La Corte di giustizia ha dimostrato di considerare altamente problematica un’estensione dell’immunità giurisdizionale al di là del limite dell’interpretazione restrittiva. [...] Convergente è l’ottica del diritto interno costituzionale, nel senso che la necessità di una interpretazione restrittiva [...] è l’unica compatibile coi controllimiti offerti dall’ordinamento costituzionale italiano».

A strict conception of international custom would understand the element of *diuturnitas* as constituted by State practice; accordingly IOs practice would not generate custom. Nonetheless, it can be acknowledged that EU law can express a general, consistent and uniform practice, and a perception of legal obligation upon Member States. Moreover, the EU, like most IOs, is recognised international legal personality and can participate in international relations in its own capacity, independently of its Member States⁷⁵. So far, the EU has not been a significant generative force of international custom, at least one that transcends the regional level. Nonetheless, it has had a primary role in reinforcing and consolidating some emerging international customary rules. An example could be the principle of legitimate expectations and the strength with which it is assessed in the EU legal order. As it has been argued, the protection it provides for may have raised the principle to the level of custom in the international arena⁷⁶.

To this regard, the EU has been indicated by the Special Rapporteur on the “Formation and evidence of customary international law”, appointed by the International Law Commission in 2012, as the “most clear-cut” example of an international organization contributing to the formation and identification of rules of CIL “as such”⁷⁷. In particular, the Special Rapporteur has acknowledged the possibility that the EU’s practice contributes to the formation of CIL, provided that the practice is directly attributable to the EU and that it is an ‘external’ practice, *i.e.* a practice involving the organization’s relationships with third States and organizations⁷⁸.

The issue at hand requires a further reflection on the nature of the ECJ and on its ability to trigger changes in the international legal system. Indeed, some authors have maintained that the practice of the ECJ is closer to that of domestic courts, which are not responsible for providing authoritative interpretations of public international law⁷⁹. However, it would be improper and problematic to compare the ECJ’s case law to that of a domestic court. If the ECJ shares some features with national courts, it also functions as the court of an IO and «its jurisprudence, and the way in which it contributes to customary international law, reflects this important difference»⁸⁰. The preliminary ruling of the ECJ in *Rina*

⁷⁵ Konstadinides, *Customary International Law as a Source of EU Law*, 526; see also N. Blokker, *International Organisations and Customary International Law*, in 14 *International Organisations L. Rev.*, 1-12 (2017).

⁷⁶ On the debate upon the role of the EU in the advancement of legitimate expectations in the international sphere see, Konstadinides, *Customary International Law as a Source of EU Law*, 530.

⁷⁷ ILC, Third Report on Identification of Customary International Law by M. Wood, Special Rapporteur, International Law Commission 67th Session, Geneva, (4 May–5 June and 6 July–7 August 2015) UN Doc A/CN.4/682, para. 77.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 70.

⁷⁹ As Rosas argues, ‘it should be recalled that the ECJ, or the other EU courts, including the national courts of the Member States, are not international courts primarily called upon to deliver authoritative interpretations of public international norms,’ A. Rosas, *International Responsibility of the EU and the ECJ*, in M. Evans, P. Koutrakos (eds), *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives*, Oxford, 2013.

⁸⁰ See J. Odermatt, *The Court of Justice of the European Union: International or Domestic Court?*,

appears to be suitable to produce effects on CIL as it represents a case, in the jurisprudence of the Court, where it acts as an international judge scrutinising the (external) practice of a *sui generis* international organisation⁸¹.

Even in the hypothesis of not recognising such direct effect of the ECJ's judgement on CIL, it would still have an indirect effect as catalyst of Member States' behaviour which, in turn, would constitute a significant State practice for the purposes of the development of the international custom. Indeed, the triangular relationship between EU law, international law and EU Member States entails that the EU's approach to international law may influence and, in certain cases, like the one considered in this contribution, determine Member States' approaches to international law. When dealing with CIL, this relationship is likely to trigger a conformation of Member States' practice relevant for the identification of the principle of CIL.

6. Conclusions

The preliminary ruling requested by the Italian judge to the ECJ has raised important questions on the configuration of the principle of immunity. In particular the question concerning the relation between the principle of CIL and article 47 of the Charter has raised a crucial issue lying at the core of the EU legal order. Indeed, as discussed in the previous section, this relation is inextricably linked with the hierarchy of the system of sources of the EU.

In its preliminary ruling the Court established rather unambiguously that, when Union law applies, the grant of immunity cannot imply a deprivation of the counterparts of one of the fundamental rights of the EU and, in particular, of the right of access to the courts⁸². The decision expresses a somewhat firm and aware positioning of the Court in the imposition of limits to immunity deriving from EU primary legislation. Positioning that could imply a clarification of the supremacy of such fundamental rights over CIL more broadly. This constitutional configuration of the system of sources appears to establish a European counter-limit approach on the blueprint of the homonymous doctrine developed by the Italian Constitutional Court⁸³. However, the fact that this position has been adopted by ECJ, as opposed to a domestic court, may be productive of consequences on the principle of CIL.

As argued, the immediate consequence of the judgement is the subordination of the rules of CIL to the primary legislation of the EU, that part which is

in 3 *Cambridge J. of Int'l and Comp. L.*, (2014).

⁸¹ See on this point A. Spagnolo, *A European Way to Approach*, 11; see also Murphy, *Identification of Customary International Law*, 824. On the relevance of the ECJ to contribute to the production of international law see F. Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nel diritto dell'Unione europea*, Milan, 2008, 84-108; and A. Giannelli, *Unione Europa e diritto internazionale consuetudinario*, Turin, 2004, 119 ff.

⁸² *LG and Others v. Rina and Ente Registro Navale*, cit., paras. 55.

⁸³ Position recently confirmed with regard to the dispute analysed in this contribution by the Italian Court of Cassation, United Sections, in the judgement no. 28180/20.

considered to constitute the structure of the legal order of the Union and determines its fundamental characters. The other effect that the decision may produce is a modification of the very international law principle of immunity. The importance of this effect, and the rapidity with which it may modify the custom, will depend upon the role recognised to the ECJ's case law and the EU's practice.⁸⁴ If, as pointed out by the Special Rapporteur, the practice of the EU is recognised as contributing to the formation of CIL, then the ECJ's judgment represents a strong, significant and direct mutation of the practice underpinning immunity. If, on the other hand, EU's practice is not recognised as practice relevant *per se* for the identification of the *diuturnitas*, it would still have the indirect effect of catalysing Member States' behaviour.

It has been observed that the judgement of the ECJ diverges from the positions adopted in the past by other international courts. In fact, both the ECtHR⁸⁵ and the ICJ⁸⁶ in their case law have propended for the prevalence of the principle of immunity over the rights of the claimants to have their instances heard by a court. How significant may then be the judgement of the ECJ in contributing to the formation of a new relevant practice shaping immunity?

Unlike the cases decided by the ECtHR and the ICJ, the ECJ in *Rina* had to deal for the first time with the emerging phenomenon of immunity being raised by non-State actors. The foregrounding of this type of actors in the exercise of activities typically undertaken by States, and the correlated quest for the extension of immunity of sovereign States to the delegated private subjects as in *Rina*, may radically change the conditions and the *ratio* of the international law principle of immunity. A change that may bring to a widespread reconsideration of the relation of the CIL principle with the fundamental rights. Immunity is not going through a "Grotian Moment."⁸⁷ Nonetheless, the different consequences deriving from the application of immunity to non-State actors may determine a different approach to the CIL principle, of which the ECJ's preliminary ruling would constitute the landmark. Whether this is the turning point in the mutation of the relevant practice underpinning immunity is yet to be seen. What is already clear is that immunity is no longer absolute *vis-à-vis* the fundamental rights of the EU.

Diego Bonetto
Dep. of Law
University of Turin
diego.bonetto@unito.it

⁸⁴ On the rapidity with which a custom may form and what constitutes a relevant practice Sender, Wood, *The Emergence of Customary International Law*, 143.

⁸⁵ *Jones v. United Kingdom*, App. Nos. 34356/06 and 40528/06, Eur.Ct.H.R. 14 January 2014.

⁸⁶ ICJ case *Germany v. Italy*, judgement of the judgment of 3 February 2012.

⁸⁷ The Grotian Moment is elaborated by Scharf as a moment of fundamental change determining a rapid formation of a custom, see M.P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change. Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013, 211-222.

Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza *Bostock v. Clayton County* della Corte Suprema degli Stati Uniti

di Daniele Camoni

Abstract: *Can a word change the world? Remarks from the Bostock v. Clayton County judgment of the Supreme Court of the United States* – The paper will deal with the Supreme Court of the United States judgment in *Bostock v. Clayton County*, which held that discrimination based on sexual orientation cannot be severed from discrimination “because of (biological) sex”. It will then consider the opinion of the Court and the dissenting opinions filed, looking at the judicial philosophy of textualism and originalism both in the Supreme Court interpretation and in some opinions of Justice Gorsuch (who delivered the Court’s opinion in *Bostock*). Finally, attention will be paid to discriminations because of sexual orientation and the way the Supreme Court should consider them in order to protect social minorities.

Keywords: United States Supreme Court; sex discrimination; textualism; non-discrimination principle; social minorities.

4515

1. Premessa introduttiva

L’importanza (e, in alcuni casi, imprevedibilità) della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ben può essere riassunta – con riferimento alla “corretta” scelta dei suoi componenti da parte del Presidente – nelle parole che avrebbe pronunciato in proposito Dwight Eisenhower: «my two worst mistakes are both sitting on the Supreme Court»¹. Al netto della autenticità dell’espressione, la cronaca narra che in questi termini egli si riferisse alle nomine di Earl Warren (1953-1969) e William Brennan (1956-1990).

Nonostante la convinzione di chi fu Presidente degli Stati Uniti tra il 1953 ed il 1961 di aver elevato alla massima autorità giudiziaria della Nazione due giudici “ideologicamente” conservatori, entrambi si sarebbero rivelati, per una non voluta eterogenesi dei fini, tra i membri più *liberal* e “influenti” che la Corte Suprema abbia mai conosciuto nel corso della sua storia, imprimendo una

¹ Cfr. S.J. Wermiel, *The Nomination of Justice Brennan: Eisenhower’s Mistake? A Look at the Historical Record*, in 11 *Constitutional Commentary* 515 (1992), 534.

rivoluzionaria svolta giurisprudenziale che ancora perdura in numerosi settori della società americana².

Da un lato, durante la Presidenza Warren il riconoscimento e la tutela a tutto campo di nuovi diritti e libertà fondamentali sono stati particolarmente ampi e, sotto diversi aspetti, sono rimasti da allora ineguagliati³.

Dall'altro, la persuasività appassionata di Brennan nella sua lunga permanenza presso la Corte Suprema è ben riassunta nelle parole del collega Antonin Scalia, il quale – nonostante si trovasse agli antipodi ideologici – non esitò a definirlo «probably the most influential Justice of the [20th] century»⁴.

Peraltro, non cessa di essere curioso che una discrepanza analoga tra Presidente e Giudice-eletto (o forse un altro *Presidential mistake?*) abbia investito “a cascata” anche il successore di Brennan. Quando questi si ritirò nel 1990, G.H. Bush nominò – su suggerimento di John Sununu, suo *Chief of Staff* – David Souter (1990-2009), considerato a tutti gli effetti «a home run for conservatives»⁵.

Tuttavia, quest'ultimo non avrebbe tardato molto nell'evolvere la sua giurisprudenza verso posizioni sempre più moderate e liberali, deludendo coloro che ne avevano interpretato la scelta come un altro tassello (dopo Scalia e prima di Clarence Thomas) per una contro-rivoluzione conservatrice in seno alla Corte.

Non sempre, pertanto, le decisioni adottate dai giudici dalla Corte Suprema coincidono perfettamente con gli schemi ideologici del Presidente che li ha nominati⁶ o con quanto si era “previsto” (scrutinando i loro *curricula*) che gli stessi avrebbero potuto affermare in decisioni future.

Al contrario, in un numero non trascurabile di occasioni è accaduto l'esatto opposto, come dimostrato dalla pronuncia – plasmata soprattutto nella “sfuggente” categoria dei cosiddetti *swing Justices*⁷ – di soluzioni tanto inattese quanto di enorme ripercussione giuridico-sociale⁸.

² Nella testimonianza di A. Cox, *Chief Justice Earl Warren*, in 83(1) *Harvard Law Review* 1 (1969), 1, «the responsibility of government for equality among men, the openness of American society to change and reform, and the decency of the administration of criminal justice received both creative and enduring impetus from the work of the Warren Court».

³ Una ricostruzione sistematica dei casi più significativi della Corte Warren in M.R. Belknap, *The Supreme Court Under Earl Warren, 1953-1969*, Columbia, 2005 e R.W. Galloway Jr., *Third Period of the Warren Court: Liberal Dominance (1962-1969). The Supreme Court History Project: The Warren Court 1962-1969*, in 20 *Santa Clara Law Review* 773 (1980).

⁴ D. Johnsen, *Justice Brennan: Legacy of a Champion*, in 111 *Michigan Law Review* 1151 (2013), 1157.

⁵ Si vedano C.M. Oldfather, *The inconspicuous DHS: The Supreme Court, celebrity culture and Justice David H. Souter*, in *Marquette University Law School Legal Studies Paper No. 20-04*, 11th July 2020 e S.P. Johnson, *The Judicial Career of Justice David H. Souter and His Impact on the Rights of Criminal Defendants*, in 13(1) *Wyoming Law Review* 263 (2013), 263.

⁶ Sul rapporto tra ideologia presidenziale e criteri di nomina, cfr. N. Devins, L. Baum, *Split definitive: how party polarization turned the Supreme Court into a partisan Court*, in 8 *The Supreme Court Review* 301 (2016).

⁷ Sul tema, si veda *Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in 101 *Minnesota Law Review* 1247 (2017) e P.K. Enns, P.C. Wohlfarth, *The Swing Justice*, in 75(4) *The Journal of Politics* 1089 (2013).

⁸ Sulla “combinazione” tra Presidenti e Giudici, vedi A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 3 ss.

In questo senso, infatti, la giurisprudenza della Corte Suprema dipende (in stretta relazione alle singole controversie) anche dal profilo politico-giuridico di coloro che i Presidenti scelgono per coprire i seggi volta a volta vacanti⁹, anche se non è detto che le soluzioni finali rispecchino sempre le attese degli osservatori.

Provando a tradurre in termini concreti i profili teorici così evidenziati, la recente sentenza *Bostock v. Clayton County*¹⁰ presenta – al di là dell'importante soluzione cui è pervenuta – spunti assai interessanti sia in ordine all'*iter* ermeneutico seguito dalla maggioranza, sia in relazione al fatto che la decisione finale è stata adottata con il voto determinante e, per certi versi, sorprendente di un giudice (Neil Gorsuch) la cui filosofia giurisprudenziale non lasciava presagire quanto sarebbe in effetti accaduto.

In termini sistematici, saranno analizzati in primo luogo gli indici argomentativi contenuti nella citata pronuncia (nonché nelle opinioni dissenzienti) e le possibili ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali, con specifico riferimento alla protezione delle persone omosessuali e transessuali.

A seguire, verranno sviluppate alcune riflessioni a proposito della “tecnica” interpretativa impiegata (*textualism*), dando anche breve conto dei suoi sviluppi storici e della sua importanza nell'ambito della recente giurisprudenza della Corte Suprema.

Infine, saranno svolte alcune considerazioni sulla filosofia giurisprudenziale di Gorsuch, estensore della sentenza e *deciding vote* (assieme al *Chief Justice* Robert) nella citata controversia.

Alla luce delle descritte asincronie tra Presidenti e *Justices* (nonché in relazione al caso concreto), può anche Gorsuch essere considerato un giudice “ribelle” rispetto all'impostazione giuridico-ideologica (conservatrice) del Governo che ne aveva voluto a tutti i costi l'insediamento e della corrispondente Corte Suprema¹¹, oppure si è trattato di un mero “accidente”, che in nulla ha scalfito il suo generale modo di intendere la tutela di determinati diritti ed il ruolo della funzione giudiziaria?

Come si vedrà, il percorso interpretativo impiegato, la *judicial philosophy* di (almeno) un giudice “conservatore” e la soluzione conclusiva presentano diversi punti di contatto che, in questo caso, hanno condotto ad un esito tanto importante quanto inatteso.

⁹ Per una descrizione delle “strategie” dei Presidenti statunitensi, volte ad assicurarsi il controllo della Corte Suprema, cfr. D. Root, *Overruled: The Long War for Control of the U.S. Supreme Court*, New York, 2014 e J. Crawford Greenburg, *Supreme Conflict: The Inside Story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court*, New York, 2007. Nella dottrina italiana, si vedano le suggestioni di B. Barbisan, *Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 5, 2003, 187-202.

¹⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. __ (2020).

¹¹ Al momento della decisione, la Corte era composta da cinque giudici nominati da Presidenti repubblicani e quattro da Presidenti democratici. Sul rinnovato contesto giuridico e l'aspro scontro politico in cui è maturata la nomina di Gorsuch alla Corte Suprema, si veda ampiamente L.P. Vanoni, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017, 833-866.

2. *The opinion of the Court in Bostock v. Clayton County*: una soluzione (veramente) “testuale”?

Le tre vicende sottese alla controversia in esame non suscitano particolari difficoltà nella ricostruzione delle circostanze fattuali. Da una parte, i signori Gerald Bostock e Donald Zarda erano stati licenziati dai rispettivi datori di lavoro dopo essersi scoperto che entrambi erano gay.

Nel caso del sig. Bostock (impiegato presso la contea di Clayton County, in Georgia, come *child welfare advocate*), diverse persone appartenenti alla comunità sociale da questo frequentata avevano iniziato a diffondere voci sul suo orientamento sessuale – dopo che egli aveva partecipato ad una competizione di *softball* tra persone omosessuali – causandone il licenziamento. Il sig. Zarda (istruttore di paracadutismo), invece, era stato licenziato una volta dichiarata la propria omosessualità al suo datore di lavoro.

Da ultimo, la medesima sorte era toccata alla signora Aimee Stephens (assunta presso un'impresa di onoranze funebri quando ancora era un uomo), la quale aveva comunicato al proprio superiore l'intenzione di vivere, vestirsi e comportarsi come una donna, con l'obiettivo di intraprendere un percorso per il cambio di sesso¹².

In nessuno di questi casi, inoltre, i datori di lavoro negarono che l'allontanamento dei propri dipendenti fosse dovuto in modo esclusivo a ragioni di mero orientamento sessuale, da loro eticamente stigmatizzato in quanto tale. In altre parole, essi non avevano ritenuto che la condizione di omosessualità/transessualità dei ricorrenti avesse inciso in termini negativi sulle qualità etico-morali richieste per l'esercizio di una data professione: la loro non-eterosessualità in sé era requisito sufficiente per licenziarli¹³.

A titolo preliminare, la sentenza della Corte Suprema svolge una funzione nomofilattica, in quanto chiamata a stabilire – a fronte di un contrasto interpretativo tra giudici sottostanti – un criterio uniforme in materia di discriminazione per questioni di sesso (*sub specie* di orientamento sessuale).

I ricorrenti avevano infatti allegato dinanzi alle rispettive Corti d'Appello di essere stati ingiustamente congedati a causa del loro orientamento sessuale e impugnato il conseguente licenziamento. Nel merito, mentre la Corte dell'Undicesimo Circuito aveva rigettato il ricorso del sig. Bostock¹⁴, quelle del

¹² A questa sentenza si sommano quelle relative alle analoghe fattispecie “collegate” in *Altitude Express, Inc. v. Zarda*, 590 U.S. ____ (2020) e *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 590 U.S. ____ (2020).

¹³ Può essere utile ricordare quanto affermato in U.S. Supreme Court, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), 239: «In passing Title VII [Civil Rights Act 1964], Congress made the simple but momentous announcement that sex, race, religion, and national origin are not relevant to the selection, evaluation, or compensation of employees».

¹⁴ Cfr. 723 Fed. Appx. 964 (2018). Alcune considerazioni in C.E. Ruggeri, *Let's Talk About Sex: A Discussion of Sexual Orientation Discrimination Under Title VII*, in 61 (E. Supp.) *Boston College Law Review* II-34 (2020).

Secondo e del Sesto Circuito avevano invece accolto le doglianze dei sigg. Zarda e Stephens¹⁵.

In particolare, il nocciolo giuridico della questione si sviluppa attorno ad una singola (eppure decisiva) parola. Nel momento in cui l'art. 42 U.S.C. §2000e-2(a)(1) – contenuto nel Titolo VII, *Section 703(a)* del *Civil Rights Act* del 1964 – proibisce ai datori di lavoro «to discriminate against any individual with respect to hiring, discharge, compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of [...] sex», il *punctum pruriens* impone innanzitutto un confronto sulla definizione della categoria concettuale da ultimo indicata (*sex*).

In seconda battuta, occorre considerare le implicazioni sistematiche che ne derivano sul piano della tutela giuridica di una condizione personale che, a seconda del livello di protezione, viene ad assumere il rango di diritto soggettivo più o meno ampio¹⁶.

La soluzione della controversia (alla quale veniva garantito *writ of certiorari* il 22 aprile 2019) assume fin da subito un'impostazione terminologico-testuale, quasi di profonda esegesi lessicale e contenutistico-letterale di un unico lemma.

Con la parola “sesso”, infatti, ci si deve riferire esclusivamente alla condizione sessuale “di nascita”, intesa in senso puramente biologico e genetico – uomo o donna – oppure è possibile “ricondurre” alla stessa anche le differenti categorie dell'orientamento o genere sessuale (omosessualità, bisessualità, transessualità, etc.)?¹⁷

La Corte si è pronunciata a favore della soluzione più ampia con una maggioranza di sei giudici favorevoli e tre contrari. Al fronte *liberal* (Bader Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) si sono uniti il *Chief Justice* Roberts e Gorsuch (estensore), entrambi di ascendenza conservatrice. Hanno invece espresso opinioni dissenzienti fortemente critiche Alito (al quale si è associato Thomas) e Kavanaugh.

Il ragionamento sviluppato è sicuramente di interesse per vari aspetti, in quanto si è pervenuti ad una soluzione decisamente progressista – «an employer who fires an individual merely for being gay or transgender violates Title VII»¹⁸ – attraverso un percorso esegetico fondato su quel *textualism* di stretta interpretazione delle parole che oramai è divenuto un tratto distintivo della filosofia giurisprudenziale “conservatrice”¹⁹: «the question isn't just what “sex”

¹⁵ Cfr. 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) e 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).

¹⁶ Per una ricostruzione dei parametri “dottrinali” applicati storicamente dalla giurisprudenza statunitense in materia, si veda B. Soucek, *Perceived Homosexuals: Looking Gay Enough for Title VII*, in 63(3) *American University Law Review* 715 (2014).

¹⁷ Questa la questione di diritto sottoposta alla Corte Suprema nella relativa *petition of certiorari*: «Whether discrimination against an employee because of sexual orientation constitutes prohibited employment discrimination “because of ... sex” within the meaning of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-2». Sulla (complicata) distinzione tra «sex, sexual orientation, and gender», si veda D.S. Schwartz, *When is sex because of sex? The causation problem in sexual harassment law*, in 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1697 (2002).

¹⁸ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 1.

¹⁹ Sebbene esso sia stato storicamente ricondotto ad un più ampio criterio interpretativo della Costituzione e delle leggi di stampo conservatore – in contrapposizione al *living*

meant, but what Title VII says about it»²⁰.

Sotto questo aspetto, la necessità di muovere da una lettura testuale sembra essere stata fatta propria – fors’anche in modo imprevisto – da alcuni insospettabili protagonisti già in sede di discussione orale²¹.

Da un lato, la professoressa Pamela Karlan (la quale ha difeso le posizioni del sig. Bostock nella causa in esame), ha strutturato la propria esposizione argomentativa utilizzando fin da subito parole inequivoche: «I think you should read the words as they were understood then, which is ‘men’ and ‘women’. Title VII was intended to make sure that men were not disadvantaged relative to women and women were not disadvantaged relative to men»²².

Tale importante considerazione si ricollegava alla prima domanda del *Chief Justice* Roberts circa la necessità di interpretare o meno in modo estensivo il Titolo VII, «to encompass sexual orientation discrimination to avoid placing the entire burden of updating old statutes on the legislative branch»²³.

La difesa dei ricorrenti ha così giocato fin da subito la carta del testualismo e dell’intenzione del legislatore in modo scaltro, con l’obiettivo di provare a convincere almeno un giudice conservatore attraverso la sua stessa filosofia interpretativa.

Dall’altro, anche *Justice* Kagan (non certo conservatrice) ha ripreso le ragioni sottese a tale impostazione, facendo presente come «for many years, the lodestar of this Court’s statutory interpretation has been the text of a statute, not the legislative history, and certainly not the subsequent legislative history»²⁴ e trovando subito la “sponda” di *Justice* Gorsuch nell’interrogatorio al *Solicitor General* Noel Francisco (chiamato a difendere la posizione del Governo federale in qualità di *amicus curiae*).

Venendo ora alla sentenza della Corte, la premessa di un ragionamento nel quale il formalismo giuridico si intreccia ad un’esposizione ricca di casi concreti ed esempi chiarificatori è diretta e rivelatrice: «it is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex»²⁵.

In primo luogo, la discriminazione per sesso sanzionata dal Titolo VII del *Civil Rights Act* presenta carattere individuale, in quanto protegge la singola persona (sia essa uomo o donna) da trattamenti deteriori che, viceversa, non

constitutionalism liberale – alcuni autori hanno di recente messo in discussione tale distinzione: per tutti, cfr. J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, 2011. Sulla non riconducibilità dell’originalismo al solo spettro ideologico conservatore, si vedano anche D.A. Strauss, *The death of judicial conservatism*, in 4(1) *Duke Journal Of Constitutional Law & Public Policy* 1 (2009), 4 ss. e Id., *Originalism and Precedent: Why Conservatives Shouldn’t Be Originalists*, in 31 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 969 (2008).

²⁰ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 5.

²¹ Un riassunto dell’*oral argument* in A. Howe, *Argument analysis: Justices divided on federal protections for LGBT employees*, in *www.scotusblog.com*, 8th October 2019.

²² Cfr. *Transcript of oral argument*, 7.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Transcript of oral argument*, cit., 59.

²⁵ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 9.

sarebbero applicati nei confronti di un altro individuo che si trovi nelle sue stesse condizioni.

Nel merito, la soluzione vergata da Gorsuch prende le mosse dall'interpretazione testuale ed originaria della categoria "sesso" per giungere ad un esito solo apparentemente "estensivo", in quanto non mira affatto a ricomprendere nella definizione di sesso biologico le diverse nozioni di orientamento e/o identità sessuale.

In questo senso, sebbene il ragionamento seguito a partire dalle discriminazioni per sesso si applichi anche a quelle (diverse) per orientamento sessuale, esso in nulla altera – su un piano di presunta "innovazione legislativa" – il contenuto letterale delle parole impiegate dal legislatore del 1964.

Valga per tutti il seguente esempio. Un datore di lavoro assume due dipendenti (di sesso maschile e femminile), entrambi attratti da persone di sesso maschile. Se costui decide di licenziare solo il primo (in ragione delle sue preferenze sessuali), ciò significa che egli biasima nell'uomo quella stessa identica condotta che invece approva nella donna, vale a dire l'attrazione nei confronti degli uomini.

Il diverso parametro di giudizio dell'omosessualità maschile rispetto all'eterosessualità femminile si traduce perciò in un trattamento irragionevolmente differenziato tra i dipendenti di sesso maschile e femminile.

Tuttavia, così facendo si ha una preliminare discriminazione tra uomo e donna, poiché discriminare per orientamento sessuale impone già "in partenza" un trattamento diseguale e non giustificato per ragioni di sesso biologico: l'uomo è trattato in modo diverso dalla donna in quanto "uomo", prima ancora che in quanto "omosessuale"²⁶.

Allo stesso modo, colui che stia sperimentando una transizione fisico-emotiva da uomo a donna è discriminato rispetto a colei che è nata donna in ragione della diversa condizione di nascita: se la persona transessuale fosse nata anch'essa donna, non vi sarebbe stata alcuna discriminazione nei confronti di una donna non caratterizzata da transessualità.

Siffatta ricostruzione – per certi aspetti tortuosa – trova tuttavia piena ragione di esistere laddove letta secondo le lenti conservatrici di un'interpretazione testualista della legge, alla quale soprattutto Gorsuch difficilmente avrebbe potuto sottrarsi, pena il rischio di una incoerenza con i parametri interpretativi da lui abitualmente applicati e la necessità di non riconoscere la protezione infine garantita²⁷.

²⁶ Cfr. *ivi*, 10: «homosexuality and transgender status are inextricably bound up with sex. Not because homosexuality or transgender status are related to sex in some vague sense or because discrimination on these bases has some disparate impact on one sex or another, but because to discriminate on these grounds requires an employer to intentionally treat individual employees differently because of their sex».

²⁷ Si vedano le parole dello stesso Gorsuch in *Confirmation Hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, S. Hrg. 115-208, 22nd March 2017, Serial No. J-115-6, 266: «[...] The point of originalism, textualism, whatever label you want to put on it, what a good judge always strives to do, and I think we all do, is try to understand what the words on the page mean. Not import words that come

Pertanto, l'esigenza di fondare la soluzione conclusiva su un approccio testuale condiviso dalla maggioranza è stata decisiva, a livello numerico, per "attrarre" due giudici conservatori (su cinque) sul fronte della minoranza *liberal* in seno alla Corte: in caso contrario, infatti, l'esito del giudizio non sarebbe ragionevolmente stato il medesimo.

Omosessualità e transessualità sono, quindi, condizioni personali distinte, sul piano strutturale, da quella di sesso biologico. Tuttavia, esiste un nesso funzionale che fa sì che, a fronte della discriminazione considerata, la prima categoria (più ristretta) debba comunque essere considerata nell'ambito di un'interpretazione delineata a partire dalla seconda²⁸.

In altre parole, il diverso trattamento tra uomo e donna può implicare o meno anche una contemporanea – e conseguente – discriminazione per orientamento sessuale (anche solo parziale), ma quest'ultima comporta sempre una pregiudiziale discriminazione per sesso (*but-for cause*)²⁹.

Tale ricostruzione è spiegata anche attraverso l'immagine figurata del «canon of donut holes»³⁰. Il fatto che il legislatore non abbia contemplato in modo espresso tra le ipotesi di discriminazione per sesso biologico una sub-categoria specifica (l'orientamento sessuale) non può significare che sia stata creata un'eccezione normativa tacita all'interno di una più ampia categoria generale (*discrimination "because of sex"*).

Il passaggio argomentativo della Corte è, quindi, sottile nel distinguere tra loro sesso biologico e orientamento sessuale e nel focalizzare l'attenzione soprattutto sulla prima dimensione ma, allo stesso tempo, esso determina rilevanti conseguenze sostanziali: pur trattandosi di due fattori causali differenti, poiché la presenza di un dato inequivoco (la non eterosessualità dei ricorrenti) "incrocia" la discriminazione per sesso biologico, è proprio quest'ultimo indice ad essere decisivo ai fini della soluzione finale.

Di conseguenza, la valutazione delle preferenze sessuali come causa effettiva di discriminazione rileva indirettamente quale elemento sottostante (ma imprescindibile) del diverso trattamento riservato a uomini e donne in quanto tali.

L'interpretazione testuale trova poi fondamento nella assoluta chiarezza del dato letterale, riferito alla categoria del sesso biologico come già inteso al momento dell'adozione del *Civil Rights Act*³¹.

Il principio dell'*in claris non fit interpretatio* è quindi decisivo e blocca sul nascere la possibilità di ricostruire la norma oggetto del giudizio attraverso criteri alternativi che, diversamente combinati, potrebbero portare a soluzioni distinte,

from us, but apply what you, the people's representatives, the lawmakers have done».

²⁸ Con riferimento alla categoria «sex», infatti, la sentenza discorre *passim* di «broad rule», «broad language» e «broad terms».

²⁹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 24: «This Court has explained many times over many years that, when the meaning of the statute's terms is plain, our job is at an end. The people are entitled to rely on the law as written, without fearing that courts might disregard its plain terms based on some extratextual consideration».

negando l'esistenza di una causa "positiva" (poiché presente nella legge) di discriminazione per orientamento sessuale.

Così, si è ritenuto che non soccorra, ad esempio, il parametro della "storia legislativa" anteriore, contemporanea e successiva all'adozione della disposizione in esame o dei precedenti giurisprudenziali contrari³², giacché non esiste ambiguità possibile sul significato attribuibile alla parola "sesso".

Risulta allora impossibile, nel caso di specie, costruire altre soluzioni basandosi su ciò che il Congresso avrebbe deliberato *ex post*, introducendo esplicitamente il parametro della discriminazione per orientamento sessuale in determinate normative di settore³³.

Del resto, i datori di lavoro coinvolti nelle descritte controversie non contestavano un mutamento sopravvenuto del significato della parola "sesso" dal 1964 al 2020, bensì facevano leva sul fatto che, a significato letterale invariato, il risultato oggi raggiunto non era certo prevedibile dalla collettività quando la legge entrò in vigore.

In realtà, secondo la Corte sono proprio costoro che hanno tentato una ricostruzione volta ad alterare impropriamente il contenuto della legge, «displac[ing] the plain meaning of the law in favor of something lying beyond it»³⁴.

Inoltre, il parametro della prevedibilità/imprevedibilità delle eventuali soluzioni giurisprudenziali è considerato del tutto ambiguo. Il fatto che, pochi anni dopo, siano stati proposti numerosi ricorsi per discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (fondati proprio sulla previsione del Titolo VII qui considerata) non è forse condizione sufficiente per dedurre che l'interpretazione oggi accolta era già stata concepita – a ridosso dell'adozione della legge – come una possibile alternativa all'esegesi restrittiva diretta a distinguere solo tra sesso biologico maschile e femminile?

E ancora, avrebbe dovuto considerarsi solo quest'ultimo momento o anche la cornice temporale immediatamente posteriore? Tale criterio è di per sé incerto, fermo restando che, in caso contrario, sarebbe comunque stato considerato recessivo rispetto alla prevalente chiarezza del dato letterale, il quale si impone sull'utilizzo di ogni altro parametro.

³² Tale parametro di giudizio non è certo nuovo nella "giurisprudenza" di Gorsuch: sul rapporto tra tenore letterale della legge e interpretazione giurisprudenziale, cfr. *U.S. v. Games-Perez*, No. 11-1011, 10th Cir. 2012, 4-5 (Gorsuch, J., dissenting): «whatever weight courts may give to judicial interpretations of predecessor statutes when the current statute is ambiguous, those prior interpretations of now defunct statutes carry no weight when the language of the current statute is clear. When the current statute's language is clear, it must be enforced just as Congress wrote it». In dottrina, si veda H.Y. Levin, *Justice Gorsuch's views on precedent in the context of statutory interpretation*, in 70(3) *Alabama Law Review* 687 (2019).

³³ Cfr. U.S. Supreme Court, *Sullivan v. Finkelstein*, 496 U.S. 617 (1990), 631-632 (Scalia, J., concurring): «Subsequent legislative history [...] is a contradiction in terms [...]. Arguments based on subsequent legislative history, like arguments based on antecedent futurity, should not be taken seriously, not even in a footnote».

³⁴ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 26.

Infine, il fatto che il legislatore abbia adottato una categoria linguisticamente ampia non è in contraddizione con l'esigenza che il diritto applicabile sia sempre quello creato dal Potere legislativo e tradotto in norme scritte, come tale applicato dal giudice e non frutto di una (innaturale) creazione giurisprudenziale di quest'ultimo.

In questi casi, infatti, la scelta di una categoria non specifica e circoscritta rivela altresì l'intenzione legislativa di non precludere la strada a soluzioni che poi hanno trovato effettiva consacrazione grazie alla giurisprudenza della stessa Corte Suprema.

A titolo esemplificativo, il legislatore statunitense del 1964 non aveva certo in mente che, a fronte del suddetto quadro normativo, potesse ricavarsi l'esistenza di una protezione "diretta" – poiché distinta da quella riservata alla condizione sessuale biologica – nei casi di discriminazioni per ragioni familiari (presenza o meno di prole a carico di impiegate donne)³⁵ o per aspettativa di vita (con un obbligo di maggiori contributi a carico delle dipendenti di sesso femminile)³⁶, ovvero di molestie sul luogo di lavoro arrecate a persone di sesso maschile³⁷.

Eppure ciò non ha impedito che la Corte abbia ritenuto sussistere nei casi in questione profili di discriminazione «because of sex», laddove l'argomento dell'orientamento sessuale era solo un elemento caratterizzante del preliminare trattamento diseguale per ragioni di sesso biologico.

Utilizzando una *narrow construction* plasmata sulla fattispecie in esame, in *Bostock* essa ha così permesso all'orientamento sessuale di "aleggiare" sullo sfondo della corrispondente categoria biologica, sebbene sia stata quest'ultima a prevalere nella soluzione del caso concreto³⁸.

È quindi (innanzitutto) il sesso biologico il perno sul quale ruota l'intero ragionamento della Corte, nonostante i fatti della causa non permettano di giungere a tale soluzione – l'unica prevista dalla legge – se non "passando" anche attraverso la discriminazione per orientamento sessuale³⁹: in una prospettiva testualista non poteva essere altrimenti.

L'applicazione della legge ad una fattispecie non esplicitamente riconosciuta in quanto tale non serve quindi a dimostrare un'ambiguità destinata a tradursi in un'impropria sostituzione del potere giudiziario a quello legislativo: al contrario, rivela l'ampio respiro "di partenza" della previsione legislativa stessa⁴⁰.

³⁵ U.S. Supreme Court, *Phillips v. Martin Marietta Corporation*, 400 U. S. 542 (1971).

³⁶ U.S. Supreme Court, *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart*, 435 U. S. 702 (1978).

³⁷ U.S. Supreme Court, *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U. S. 75 (1998).

³⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19: «discrimination based on homosexuality or transgender status necessarily entails discrimination based on sex; the first cannot happen without the second».

³⁹ *Ivi*, 11: «When an employer fires an employee because she is homosexual or transgender two causal factors may be in play - both the individual's sex and something else (the sex to which the individual is attracted or with which the individual identifies)».

⁴⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co.*, 473 U.S. 479 (1985), 499.

Textualism at its best, dunque⁴¹. Il potere di fare le leggi – introducendo nuove soluzioni nell’ordinamento giuridico-sociale – rimane nelle mani del Congresso, al quale la Corte Suprema mostra deferenza nel momento in cui essa non “crea” fattispecie che ritiene giuste o socialmente doverose ma si limita ad applicare al caso di specie la fonte normativa già esistente.

Allo stesso tempo, però, il *self-restraint* rispetto alla produzione di soluzioni “additive” impone, in via uguale e contraria, di non “restringere” un’interpretazione già esistente nella disposizione legislativa in senso letterale, accettata dalla Corte dal punto di vista applicativo e dell’esegesi giudiziaria prima ancora che in termini di tutela sostanziale di specifiche situazioni.

Concludendo, secondo la Corte Suprema discriminare una persona per il suo orientamento sessuale significa trattarla in modo peggiore a causa del sesso (biologico), con la conseguente illegittimità di tali condotte, riconducibili “letteralmente” – perché così ha voluto il Congresso⁴² – alla premessa normativa (*sex*) sulla quale si fonda in modo esplicito uno dei divieti di trattamento diseguale consacrato dal Titolo VII del *Civil Rights Act*.

3. Le opinioni dissenzienti di Alito e Kavanaugh: *the (not so) different paths of originalism*

La soluzione sin qui descritta non è stata tuttavia condivisa da Alito (sostenuto da Thomas)⁴³ e Kavanaugh, i quali hanno pronunciato due opinioni dissenzienti dal sapore fortemente belligerante, ponendo fin da subito in discussione i parametri strutturali del *textualism* impiegato dal “collega” conservatore Gorsuch.

Prima di approfondire i contenuti di tali *dissenting opinions*, occorre premettere che soprattutto Alito sembra dissentire parlando più a Gorsuch – come difensore di una determinata filosofia giudiziaria – che non alla maggioranza della Corte.

Inoltre, ricordando come Gorsuch fosse stato eletto alla Corte Suprema all’indomani della scomparsa improvvisa di Scalia, quest’ultimo viene citato per ben diciannove volte nelle indicate opinioni dissenzienti, quasi a voler rinfacciare al primo una sorta di “tradimento” dell’autentico pensiero di colui al quale egli aveva avuto l’onore di succedere⁴⁴.

⁴¹ Si è parlato di «textualism in its narrowest literalist conception» e «rigorous textualism without regard to a statute’s context or history» (J. Skrzemski, *Scalia’s successor, Symposium: The triumph of textualism. “Only the written word is the law”*, in www.scotusblog.com, 15th June 2020) o di «progressive textualism» quale «bulwark against the exclusion of politically unpopular groups from the law’s protections» (K. Eyer, *Symposium: Progressive textualism and LGBTQ rights*, in www.scotusblog.com, 16th June 2020).

⁴² U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 33: «In Title VII, Congress adopted broad language making it illegal for an employer to rely on an employee’s sex when deciding to fire that employee».

⁴³ Per un’ampia ricognizione della sua filosofia giurisprudenziale, si veda S.G. Calabresi, T.W. Shaw, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, in 87 *George Washington Law Review* 507 (2019).

⁴⁴ Sul pensiero giuridico di Scalia, cfr. G.F. Ferrari, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 61(3), 2016, 1191-1216 e B.C. Karkkainen, *Plain Meaning: Justice Scalia’s Jurisprudence of Strict Statutory Construction*, in 17 *Harvard Journal of*

Non mancano, inoltre, numerose citazioni sia di carattere dottrinale⁴⁵, sia di opinioni giurisprudenziali⁴⁶ da parte dei dissenzienti, in entrambi i casi utili a “consolidare” le proprie posizioni discordanti ed a mettere in discussione il (preteso) testualismo della maggioranza.

Solo un’analisi di merito può consentire di comprendere le ragioni dei dissensi che si vanno ad esporre ed alcuni profili non secondari di un “confronto” tra giudici conservatori nel quale sembra quasi di assistere al tentativo di mostrarsi come unici (o migliori) depositari delle radici più profonde del *textualism* giudiziario⁴⁷.

In tale contesto, Alito esordisce “rinfacciando” fin da subito ai propri colleghi di aver compiuto un’autentica attività di produzione legislativa, fingendo di interpretare la legge (preesistente) con il contrario obiettivo di creare una fattispecie non prevista nella disposizione in esame⁴⁸.

L’interpretazione testuale del giudice italo-americano si fonda su diverse tipologie di parametri “conservatori” tra loro intrecciati⁴⁹. Innanzitutto, quello letterale: considerato, infatti, che identità sessuale (biologica) e orientamento sessuale sono due categorie a suo avviso ontologicamente distinte⁵⁰, deve ritenersi che solo la prima sia coperta dalle discriminazioni previste dal *Civil Rights Act*, poiché quello era l’unico significato etimologico pacificamente attribuibile alla parola *sex* al momento della adozione della citata legge.

In seconda battuta, soccorre il profilo dell’interpretazione testuale sistematica: nel ricostruire un dato lemma nella sua versione letterale, bisogna

Law and Public Policy 401 (1994).

⁴⁵ Si considerino i rinvii a A. Scalia, B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012; J.F. Manning, *What Divides Textualists From Purposivists?*, in 106 *Columbia Law Review* 70 (2006); *The Absurdity Doctrine*, in 116 *Harvard Law Review* 2387 (2003) e *Textualism and the Equity of the Statute*, in 101 *Columbia Law Review* 1 (2001), nonché A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

⁴⁶ Cfr. le opinioni dissenzienti di Judge Sykes in *Kimberly Hively v. Ivy Tech Community College*, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017), 363 – «Classifying people by sexual orientation is different than classifying them by sex. The two traits are categorically distinct and widely recognized as such. There is no ambiguity or vagueness here» – e Judge Easterbrook in *Herrmann v. Cencom Cable Assocs., Inc.*, 978 F.2d 978 (7th Cir. 1992), 982: «Words are arbitrary signs, having meaning only to the extent writers and readers share an understanding».

⁴⁷ Sulle sue diverse declinazioni, cfr. J.D.H. Snyder, *How Textualism Has Changed the Conversation in the Supreme Court*, in 48(3) *University of Baltimore Law Review* 413 (2019).

⁴⁸ Valga l’immagine retorica impiegata (Alito, J., dissenting, 3): «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory of statutory interpretation [...] the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society».

⁴⁹ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, Jr. to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, S. Hrg. 109-277, 11th January 2006, Serial No. J-109-56, 474: «I think the Constitution means something, and I don’t think it means whatever I might want it to mean or whatever any other member of the judiciary might want it to mean. It has its own meaning, and it is the job of a judge, the job of a Supreme Court Justice, to interpret the Constitution, not distort the Constitution, not add to the Constitution or subtract from the Constitution».

⁵⁰ Come peraltro riconosciuto dalla stessa maggioranza (U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19): «homosexuality and transgender status are distinct concepts from sex».

infatti ricondurre ad esso il significato ordinariamente attribuitogli (*ordinary meaning*) nel contesto sociale di riferimento e nel momento storico-temporale in cui lo stesso è stato adottato⁵¹.

In questa direzione, si consideri che le numerose fonti normative adottate sino al 1964, nel fare riferimento al concetto di discriminazione «because of sex» alludevano alla sola distinzione visivamente percepibile tra uomo e donna (a titolo di rivendicazione di un'eguale parità di trattamento), senza che fosse dato distinguere ulteriori parametri rispetto a quello dell'orientamento sessuale⁵².

I richiami corrono alle Costituzioni storiche della California (1879), del Wyoming (1890), dello Utah (1895) e di Puerto Rico (1952) o al Diciannovesimo Emendamento (1920), nei quali il divieto di discriminazione «on account of sex» era stato inteso solo come impossibilità di un trattamento diseguale tra uomo e donna.

Del resto – e qui la sistematicità si fa storia del sentire sociale e delle istituzioni – prima di allora nessuna persona di media cultura avrebbe pensato di attribuire alla discriminazione per sesso la declinazione “innovativa” ora accolta dalla Corte, come anche dimostrato dal fatto che omosessualità e transessualità erano largamente percepite quali disturbi mentali (addirittura dalla scienza medica) o condotte moralmente devianti, in alcuni casi addirittura passibili di sanzione penale⁵³.

Inoltre, la volontà originaria del legislatore fornisce un ulteriore sostegno alla predetta ricostruzione: il fatto che il Congresso non avesse incluso l'orientamento sessuale tra le cause di discriminazione per sesso è dimostrato dai numerosi tentativi volti ad introdurre – senza, successo, a partire dal 1975 – proprio tale categoria all'interno del Titolo VII del *Civil Rights Act* (privo di tale riferimento)⁵⁴.

Infine, si afferma che, sul piano giurisprudenziale generale, l'interpretazione restrittiva era stata costantemente condivisa dalle diverse Corti chiamate a pronunciarsi sul tema⁵⁵; addirittura, la stessa agenzia federale della *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) aveva fatto propria una lettura della categoria “sesso” esclusivamente biologica⁵⁶.

⁵¹ Emergono in questa sede i prodromi della distinzione tra *ordinary meaning* e *literal meaning*, approfondita nel *dissent* di Kavanaugh e di cui si darà conto *infra* nel testo. Per un'ampia esegesi di tali parametri, si veda B.G. Slocum, *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*, Chicago, 2015.

⁵² Cfr. Alito, J., dissenting, 26-27.

⁵³ *Ivi*, 36. In proposito, cfr. U.S. Supreme Court, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), la quale confermò la costituzionalità di una legge della Georgia che sanzionava penalmente determinati atti sessuali in luoghi privati (nel caso di specie, tra persone dello stesso sesso).

⁵⁴ Per una critica all'impostazione “tradizionale”, vedi C. Franklin, *Inventing the “traditional concept” of sex discrimination*, in 125(6) *Harvard Law Review* 1307 (2012).

⁵⁵ Sul punto, Alito, J., dissenting, 38, contesta i richiami della maggioranza alla giurisprudenza della Corte Suprema in *Martin Marietta* e *Manhart*, poiché «those cases merely held that Title VII prohibits employer conduct that plainly constitutes discrimination because of biological sex».

⁵⁶ Può essere interessante notare come alcuni richiami alla “giurisprudenza” della EEOC (cfr. Alito, J., dissenting, 43, nota 41) siano riconducibili all'epoca in cui la stessa era presieduta –

Con riferimento alle prospettive future, Alito lamenta che la Corte Suprema non abbia ponderato le deflagranti conseguenze che la censurata interpretazione potrebbe avere in ordine alle possibili ricadute su altri diritti altrettanto fondamentali.

Ben dieci pagine del suo lungo *dissent* (da 45 a 54), infatti, sono dedicate agli esiti potenziali di tale sentenza in relazione a questioni altrettanto scottanti e che potrebbero presto presentarsi all'attenzione della Corte, dall'utilizzo dei bagni e l'esercizio di attività sportive da parte di persone transessuali alla previsione di assicurazioni sanitarie obbligatorie *ad hoc* per i dipendenti che intendano cambiare sesso.

Tra i riferimenti più significativi, merita inoltre di essere in primo luogo considerato quello relativo alla libertà religiosa delle "organizzazioni di tendenza"⁵⁷, le quali si potrebbero dover rassegnare – in alcuni casi – a veder "soccombere" tale diritto rispetto a quello enunciato nella presente sentenza della Corte Suprema.

Il rinvio di sistema è alle ipotesi non riconducibili alla giurisprudenza sancita in *Hosanna-Tabor*, la quale ha previsto una «ministerial exception»⁵⁸, protetta dal Primo Emendamento, all'applicabilità del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, in ordine ai rapporti di lavoro stipulati nell'ambito di associazioni religiosamente connotate⁵⁹.

Tuttavia, nelle ipotesi non rientranti nella descritta fattispecie, la libertà religiosa potrebbe forse essere chiamata ad assumere un ruolo recessivo in considerazione dei più ampi parametri indicati nella sentenza *Employment Division v. Smith* del 1990 (redatta da Scalia), la quale ha escluso che il fattore religioso possa essere invocato come eccezione generalizzata a qualsiasi regolazione legislativa che tocchi, anche solo in modo tangenziale, il sentimento dei credenti, laddove ricorrano «neutral laws of general applicability»⁶⁰.

Sul punto, si tenga presente che la "questione religiosa" è rimasta sotto l'occhio vigile della Corte anche dopo *Bostock*: lo rivela il fatto che, il 4 novembre

non senza controversie – dal collega Thomas (1982-1990), poi giudice della Corte Suprema dal 1991.

⁵⁷ Per una coeva (ed ampia) tutela della libertà religiosa, cfr. U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U. S. ____ (2020); *Our Lady Of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 591 U. S. ____ (2020) e *Little Sisters Of The Poor Saints Peter And Paul Home v. Pennsylvania*, 591 U. S. ____ (2020). La prima sentenza è stata pubblicata il 30 giugno 2020, la seconda e la terza l'8 luglio 2020.

⁵⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S. 171 (2012), 188.

⁵⁹ Sul tema, D.H. Gans, I. Shapiro, *Religious Liberties for Corporations? Hobby Lobby, the Affordable Care Act and the Constitution*, London, 2014. La questione attiene non solo alla natura religiosa dell'organizzazione, bensì anche alla qualità di «minister» attribuibile al soggetto che lamenta l'esistenza di un trattamento discriminatorio: in questi termini, cfr. U.S. Supreme Court, *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, cit., la quale ha riconosciuto tale attributo soggettivo anche a due docenti non incaricate esclusivamente dell'insegnamento di materie a matrice religiosa.

⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 879. Sulla non necessaria inconciliabilità tra tutela antidiscriminatoria e libertà religiosa, si veda A. Koppelman, *Gay Rights vs. Religious Liberty? The Unnecessary Conflict*, Oxford, 2020.

2020, quest'ultima ha ascoltato in pubblica udienza le argomentazioni proposte dalle parti litiganti nel caso *Fulton v. City of Philadelphia*. In concreto, la controversia atteneva alla legittimità, per un ente comunale, di escludere dal sistema locale di affido di minori un'associazione cattolica che si era opposta – per ragioni di fede – alla possibilità di svolgere tale attività nei confronti di coppie omosessuali⁶¹.

Ritornando al merito di *Bostock*, per Alito anche la libertà di espressione ne uscirebbe fortemente ridimensionata, giacché i datori di lavoro vedrebbero impedito il diritto di esprimere la propria approvazione o disapprovazione nei confronti dell'omosessualità e transessualità.

Infine, nonostante la profonda differenza esistente tra la tutela garantita dalla clausola costituzionale del Quattordicesimo Emendamento (*Equal Protection Clause*) – la cui violazione postula uno «heightened standard of review»⁶² – e quella contenuta nel Titolo VII del *Civil Rights Act*, la pronuncia potrebbe operare quale «gravitational pull in constitutional cases»⁶³.

Così facendo, infatti, a suo avviso si rischierebbe di aprire la strada ad una “reinterpretazione” della *Equal Protection Clause*, capace di sussumere costantemente in sé ogni genere di discriminazione e di rappresentare «a ground for subjecting all three forms of discrimination to the same exacting standard of review»⁶⁴.

La *dissenting opinion* di Kavanaugh, invece, pur inserendosi nel medesimo percorso ideologico-concettuale di Alito, sembra far prevalere i connotati istituzionali e fattuali rispetto a quelli più strettamente dogmatici⁶⁵.

In questo senso, la premessa del suo dissenso riposa sul principio della separazione dei poteri e sulla distinzione di funzioni – dal sapore montesquieuiano⁶⁶ – tra potere giudiziario (mero applicatore della legge) e potere legislativo (produttore della legge)⁶⁷. Nel caso di specie, la soluzione proposta dalla maggioranza presenta un chiarissimo carattere di innovazione legislativa, come tale precluso ad un organo giurisdizionale.

⁶¹ In parallelo, il 5 ottobre 2020 la Corte ha però negato il *certiorari* ad una ricorrente (impiegata comunale) che lamentava una violazione della propria libertà religiosa, in quanto “costretta” a rilasciare certificati matrimoniali a coppie omosessuali nonostante la sua opposizione ideologica: cfr. U.S. Supreme Court, *Davis v. Ermold*, 592 U. S. __ (2020). Hanno dissentito Thomas e Alito.

⁶² Cfr. R.H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in 54 *UCLA Law Review* 1267 (2007).

⁶³ Alito, J., dissenting, 53.

⁶⁴ *Ibid.* Per un'interpretazione originalista del Quattordicesimo Emendamento in relazione alle discriminazioni per ragioni di sesso, vedi S. Calabresi, J.T. Rickert, *Originalism and Sex Discrimination*, in 90(1) *Texas Law Review* 1 (2011).

⁶⁵ Significativamente, mancano nell'opinione dissenziente di Kavanaugh gli ampi riferimenti di Alito a possibili ricadute negative di questa sentenza sulla giurisprudenza futura della Corte.

⁶⁶ O forse si dovrebbe dire hamiltoniano: cfr. A. Hamilton, *Paper No. 78*, in G.W. Carey, J. McClellan (cur.), *The Federalist*, Indianapolis, 2001, 401-408.

⁶⁷ Emerge così chiaramente la filosofia ispiratrice di coloro che si rifanno alla *Federalist Society*, ossia il richiamo a «principles that the State exists to preserve freedom, that the separation of governmental powers is central to our Constitution, and that it is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be» (<https://fedsoc.org/about-us>).

Kavanaugh distingue poi tra interpretazione ordinaria (*ordinary meaning*) e interpretazione letterale (*literal meaning*). A suo parere, le Corti devono aderire alla prima (pur considerando anche la seconda), poiché l'interpretazione testuale va oltre il mero dato letterale, mantenendosi tuttavia entro i confini del significato che a quella data norma – considerata nell'ambito legislativo di riferimento – era generalmente attribuito in un determinato contesto storico da una qualsiasi persona di media cultura.

L'interpretazione fondata sulla sola letteralità della disposizione, infatti, restringe indebitamente l'analisi al lemma oggetto della controversia in modo fin troppo limitativo⁶⁸, escludendo il significato più ampio costituito dal contesto giuridico che a quella stessa parola dà senso⁶⁹.

In termini sistematici, non è dovere dei giudici trattare in modo uguale ciò che i diversi Congressi succedutisi nel tempo hanno volutamente deciso di regolamentare in maniera differente.

Detta filosofia giudiziaria riposa, a sua volta, sui principî della *rule of law* e del controllo democratico. Da un lato, il primo esige che i cittadini abbiano a disposizione leggi conoscibili e comprensibili nel loro autentico significato; dall'altro, l'interpretazione "ordinaria" favorisce un miglior controllo degli elettori sui loro rappresentanti, in ragione delle leggi approvate da questi ultimi.

A livello contenutistico, la distinzione tra discriminazione per sesso biologico, da un lato e per orientamento sessuale, dall'altro, si ricava non solo dalla volontà "in negativo" del legislatore – interpretata alla luce del contesto politico-sociale di riferimento – bensì anche da fatto che, ogniquale volta questi ha voluto sanzionare condotte discriminatorie per ragioni di orientamento sessuale, lo ha fatto in modo esplicito⁷⁰.

In conclusione, nonostante un risultato di merito comunque ritenuto (ipocritamente?) apprezzabile – frutto di tenaci battaglie da parte della comunità LGBT – per Kavanaugh non è tollerabile che la Corte Suprema si sia sostituita al Legislatore, violando la divisione dei poteri e gettando le basi per numerosi (ed imprevedibili) sconvolgimenti futuri, pur a fronte di una soluzione fortemente rivendicata da una significativa porzione della società civile⁷¹.

4. Le molteplici vie dell'originalismo *made in USA*

La soluzione plasmata in *Bostock* merita di essere considerata anche in relazione al contesto istituzionale e giurisprudenziale nel quale si inserisce. A seguito delle dimissioni di Justice Kennedy nel luglio del 2018 e la turbolenta nomina di

⁶⁸ Al contrario, «when there is a divide between the literal meaning and the ordinary meaning, courts must follow the ordinary meaning» (Kavanaugh, J., dissenting, 8).

⁶⁹ *Ivi*, 9: «Courts must heed the ordinary meaning of the *phrase as a whole*, not just the meaning of the words in the phrase [...] This Court has often emphasized the importance of sticking to the ordinary meaning *of a phrase*, rather than the meaning of words in the phrase».

⁷⁰ Cfr. *ivi*, 17-19 (in particolare, note 7 e 8).

⁷¹ *Ivi*, 26: «The best way for judges to demonstrate that we are deciding cases based on the ordinary meaning of the law is to walk the walk, even in the hard cases when we might prefer a different policy outcome».

Kavanaugh⁷², gli sguardi verso la ricerca di un nuovo *swing voter* all'interno della Corte sono stati fin da subito indirizzati sul *Chief Justice* Roberts.

Il suo conservatorismo moderato ed il ruolo ricoperto, infatti, hanno fatto ragionevolmente ipotizzare che lo stesso avrebbe potuto essere più permeabile a soluzioni “mediane”⁷³ – rispetto allo spirito “intransigente” dei suoi colleghi conservatori⁷⁴ – una volta vagliate le contrapposte soluzioni fornite da due “blocchi” ideologici contrapposti e, salvo rare eccezioni, fortemente coesi al loro interno.

Si considerino alcuni casi recenti. Da un lato, il 18 giugno 2020 la Corte ha dichiarato l'illegittimità ed arbitrarietà della decisione del *Department of Homeland Security* di porre termine al programma dei cosiddetti “*dreamers*” – immigrati (in larga parte di origine latinoamericana) giunti in tenera età negli Stati Uniti e ivi residenti irregolarmente – implementato dall'Amministrazione Obama, a partire dal 2012, attraverso il sistema dei *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA)⁷⁵.

Dall'altro, il 29 giugno 2020 è stata affermata l'incostituzionalità di una legge della Louisiana che, stabilendo restrizioni sostanziali all'interruzione volontaria della gravidanza, secondo la maggioranza imponeva un ingiustificato «undue burden» all'esercizio di tale diritto⁷⁶. In entrambi i casi, il voto del *Chief Justice* Roberts è stato decisivo per risolvere la situazione di parità.

Meno prevedibile, invece, era che, a seguito della nuova composizione della Corte, Gorsuch – subentrato nell'aprile del 2017 a Scalia – potesse fungere, anche solo in modo sporadico, da “ago della bilancia”, unendo in alcune occasioni il suo voto a quello dei giudici *liberal*.

In relazione a *Bostock*, si consideri il seguente dato. Nel momento in cui *Justice* Kagan ha con sapienza introdotto l'argomento testualista nella discussione orale – soprattutto in sede di esposizione delle considerazioni del *Solicitor General* (in difesa della posizione del Governo federale) – il dibattito ha iniziato ad assumere una “piega” molto cara a Gorsuch: quella dell'interpretazione testuale (e letterale) della norma di legge⁷⁷.

In questa prospettiva, è noto che le domande rivolte dai membri della Corte Suprema alle parti non hanno il solo immediato obiettivo di “ricostruire” le posizioni dei contendenti in causa e gli scopi cui essi aspirano: in aggiunta, esse sono un utile strumento con il quale i giudici – quasi fossero abili giocatori di poker

⁷² Ricostruisce il travagliato procedimento di nomina di Kavanaugh R. Marcus, *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, New York, 2019.

⁷³ Cfr. S.A. Moss, *Judges' Varied Views on Textualism: The Roberts-Alito Schism and the Similar District Judge Divergence that Undercuts the Widely Assumed Textualism-Ideology Correlation*, in 88 *University of Colorado Law Review* 1, 2017, 30.

⁷⁴ Si sofferma sull'argomento A. Feldman, *The Three Shifts of Chief Justice John Roberts*, in *www.empiricalsctus.com*, 27th July 2016.

⁷⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 590 U.S. ____ (2020).

⁷⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *June Medical Services v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020).

⁷⁷ Interessanti riflessioni sull'approccio testualista da parte di Kagan nelle considerazioni di D.F. O'Scannlain, “*We Are All Textualists Now*”: *The Legacy of Justice Antonin Scalia*, in 91(2) *St. John's Law Review* 303 (2017).

– “scoprono le carte” di fronte ai propri colleghi e trattano altresì di comprendere, attraverso le risposte di ricorrenti e convenuti, quale impostazione concettuale i loro “vicini di banco” intendono dare alla controversia in esame (anche interrompendosi mutuamente, con lo scopo di “orientare” la discussione nella direzione ritenuta più consona alla propria filosofia giuridica)⁷⁸.

La scaltra scelta di Kagan non pare quindi per nulla casuale, essendo diretta ad attrarre Gorsuch (e Roberts), attraverso le pieghe del dibattito pubblico, nell’orbita di una soluzione di merito progressista ma, allo stesso tempo, ritagliata sul caso di specie e basata sulla *judicial philosophy* (conservatrice) dell’originalismo⁷⁹.

Entrato per la prima volta – quantomeno in termini espressamente formali⁸⁰ – nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel periodo 1980-1981 grazie agli scritti di Paul Brest⁸¹, l’originalismo si pone come una ben definita modalità di approccio al diritto sostanziale e, soprattutto, alle declinazioni che di quest’ultimo è possibile (quando non doveroso) dare in sede di risoluzione delle controversie da parte dei giudici.

In termini generali, non è possibile identificare in modo netto un’unica tipologia di originalismo⁸², sia dal punto di vista oggettivo, sia riguardo alle diverse sfumature che ad esso possono essere attribuite da distinti interpreti secondo la personale sensibilità di ognuno (anche in considerazione degli indici fondamentali dei singoli casi).

Ciononostante, per ragioni esplicative si possono individuare – in termini strutturali – almeno tre possibili declinazioni della filosofia originalista⁸³, sussumibili nelle differenti versioni del *textualism*, dell’*original intent* e dell’*original meaning*⁸⁴.

⁷⁸ L’importanza e decisività degli *oral arguments* in seno alla Corte Suprema è ben ricostruita da T. Jacobi, M. Sag, *The new oral argument: Justices as advocates*, in 94(3) *Notre Dame Law Review* 1161 (2019), 1172, i quali evidenziano in proposito come «the justices regularly ask remarkably inviting questions of advocates in order to help them persuade their colleagues, leaving the grateful advocates only able to vehemently agree with the justice». Ampie considerazioni sistematiche anche in D.A. Karp, *Why Justice Thomas should speak at oral argument*, in 61 *Florida Law Review* 611 (2009), 614 ss.

⁷⁹ Che, tuttavia, ben è valsa una soluzione volta a riconoscere (al di là del metodo) spazi di tutela ai lavoratori discriminati in ragione del loro orientamento sessuale. Sul “ruolo” di Kagan nella Corte Suprema, si veda l’ampia analisi di M. Talbot, *Is the Supreme Court’s fate in Elena Kagan’s hands?*, in *www.newyorker.com*, 18th November 2019.

⁸⁰ Sulle origini storiche dell’originalismo, cfr. L.B. Solum, *What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory*, in G. Huscroft, B.W. Miller (cur.), *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, 2011.

⁸¹ Si veda P. Brest, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in 90 *Yale Law Journal* 1063 (1981) e Id., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in 60 *Boston University Law Review* 204 (1980).

⁸² «What constitutes originalism differs depending upon who is asked»: così P.J. Charles, *Historicism, Originalism and the Constitution: The Use and Abuse of the Past in American Jurisprudence*, Jefferson, 2014, 1.

⁸³ Cfr. F.B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, 2013 e G. Huscroft, B.W. Miller, *The Challenge of Originalism*, cit., 2011.

⁸⁴ Riassume le diverse accezioni possibili J.G. Wooford, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, in 31(3) *University of Chicago Law Review* 502 (1964), 502,

L'interpretazione testualista si fonda su una dimensione strettamente formalista e scevra da una (sdruciolevole?) ricostruzione interpretativo-volontaristica: sulla scia del pensiero di Oliver Wendell Holmes⁸⁵, si è sostenuto che occorre guardare «at the statutory structure and hear the words as they would sound in the mind of a skilled, objectively reasonable user of words»⁸⁶.

La distinzione tra *original intent* e *original meaning* si snoda, invece, attraverso il passaggio da un'interpretazione sostanziale particolarmente restrittiva (sul piano sia soggettivo che oggettivo) ad un'altra più ampia, senza tuttavia sconfinare nella "creazione" giurisprudenziale, in ogni caso rifiutata⁸⁷.

In concreto, la prima categoria «refers to the goals, objectives, or purposes of those who wrote or ratified the text», mentre la seconda «refers to the meaning a reasonable speaker of English would have attached to the words, phrases, sentences, etc. at the time the particular provision was adopted»⁸⁸.

L'*original intent* si mantiene, in questo modo, entro i rigorosi confini della esclusiva *voluntas legislatoris*, senza che possano assumere rilevanza altri indici "circostanti" –quali, ad esempio, l'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi nel periodo storico in esame o le scelte coeve del Legislatore, in relazione alla medesima materia o a questioni affini– che invece diventano determinanti nella più estesa prospettiva storicista dell'*original meaning*⁸⁹.

Come principale esponente della filosofia giudiziaria dell'*original intent*⁹⁰ può ricordarsi il sempre controverso Robert Bork⁹¹ – «the Father of originalism»⁹² – mentre la versione maggiormente dinamica e moderna dell'*original meaning* ha

richiamando «the intent of those who 'framed' the document, of discovering the meaning which the words had at the time they were inserted in the document or of discovering the purpose for which particular propositions were designed».

⁸⁵ Si veda O.W. Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, in 12(6) *Harvard Law Review* 417 (1899), 417-419: «we ask, not what this [...] meant, but what those words would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used [...] We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means». La stessa filosofia è ribadita in U.S. Supreme Court, *United States v. Wurzbach*, 280 U.S. 396 (1930), 398: «there is no warrant for seeking refined arguments to show that the statute does not mean what it says».

⁸⁶ F.H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, in 11 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 59 (1988), 65.

⁸⁷ Per una critica sferzante a tale impostazione interpretativa, si veda Justice W. Brennan, *The Constitution of The United States: Contemporary Ratification*, in 43 *Guild Practitioner* 1 (1986), 4: «It is a view that feigns self-effacing deference to the specific judgments of those who forged our original social compact. But in truth it is little more than arrogance cloaked as humility. It is arrogant to pretend that from our vantage we can gauge accurately the intent of the Framers on application of principle to specific, contemporary questions».

⁸⁸ Cfr. R.E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, in 68 *University of Chicago Law Review* 101 (2001), 105.

⁸⁹ Per un primo richiamo espresso all'originalismo in sede giurisprudenziale, si veda U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), 672 e 677-678 (Black, J., dissenting).

⁹⁰ Già plasmata in R. Berger, *Government by Judiciary*, Indianapolis, 1997 (1^a ed. 1977).

⁹¹ Cfr. B. Pomerance, *What might have been: 25 years of Robert Bork on the United States Supreme Court*, in 1 *Belmont Law Review* 221 (2014).

⁹² B. Dobranski, *Remembering Judge Bork*, in 11 *Ave Maria Law Review* 207 (2013), 207.

trovato senza dubbio il suo massimo rappresentante nel più volte citato Antonin Scalia⁹³.

Sulla scena politica, merita di essere menzionata anche la figura di Edwin Meese III⁹⁴, il quale contribuì in modo decisivo – in un celebre discorso tenuto presso l'*American Bar Association*, il 9 luglio 1985⁹⁵ – a porre in modo definitivo l'*original intent* (all'epoca ritenuto un criterio fin troppo estremo anche dal conservatorismo giuridico *mainstream*) al centro del dibattito pubblico ed istituzionale.

Da allora in poi, tutti i Presidenti repubblicani avrebbero richiamato (quasi ossessivamente) il parametro dell'originalismo come elemento ineludibile nella nomina dei propri candidati presso la Corte Suprema⁹⁶, con l'obiettivo di saggiarne la "purezza di sangue" conservatore⁹⁷.

Sul punto, non si trascuri anche l'importanza decisiva della *Federalist Society*, fondata nel 1982 con l'obiettivo di fomentare un'interpretazione testualista ed originalista della Costituzione: assieme alla associazione progressista *American Civil Liberties Union*, essa è oggi senza dubbio l'organizzazione più influente nello scenario politico-giuridico americano⁹⁸.

In questo senso, l'interprete originalista è sempre e comunque un testualista, ponendosi l'originalismo come un testualismo arricchito di ulteriori profili specializzanti; al contrario, non sempre è necessariamente vero il contrario, come ben dimostra il percorso logico-giuridico seguito da Gorsuch in *Bostock*.

In termini sistematici, un'ulteriore definizione della filosofia testualista è quella riconducibile allo *strict constructionism* (spesso contrapposto, a titolo di contenitore onnicomprensivo, al *judicial activism*), risultando però difficile considerarlo a pieno titolo come una categoria a sé stante⁹⁹.

⁹³ Cfr. R.F. Duncan, *Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living Constitution*, in 29(1) *Regent University Law Review* 9 (2016). L'originalismo di Scalia ben può essere riassunto con le sue stesse parole: «The Constitution is a written instrument. As such its meaning does not alter. That which it meant when adopted it means now» (A. Scalia, B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, cit., 81).

⁹⁴ Avvocato, consigliere del Presidente Reagan (1981-1985) e *Attorney General* del Governo federale (1985-1988).

⁹⁵ Il testo è disponibile in S.G. Calabresi (cur.), *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, 2007, 47-55.

⁹⁶ Sulla ritrovata attualità dell'originalismo negli Stati Uniti cfr. D. Fontana, *Has Originalism Become Second Nature?*, in *DPCE Online*, 3, 2017, 591-596.

⁹⁷ Da ultimo, si vedano le parole di A. Coney Barrett in occasione della sua nomina alla Corte Suprema da parte del Presidente Trump (il 26 settembre 2020), in sostituzione di Bader Ginsburg (deceduta il 18 settembre 2020): «A judge must apply the law as written, judges are not policymakers».

⁹⁸ Cfr. A. Hollis-Brusky, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, 2015.

⁹⁹ Può essere utile la definizione data da C.R. Cooke, *Don't Hear What I'm not Saying: Defining Strict Constructionism to Distinguish It*, in *www.fedsoc.org*, 26th February 2019: «Strict constructionism is hyperliteralism – it provides that a text be interpreted by reading the words as they come literally. Whereas textualism requires a reader to interpret a particular provision by considering context, e.g., strict constructionism forbids such extracurriculars».

A tal proposito, anche autorevoli esponenti conservatori hanno dimostrato di non apprezzare particolarmente l'idea dello *strict constructionism* come parametro esclusivo di giudizio sulle norme, interpretandolo quale «a degraded form of textualism that brings the whole philosophy into disrepute»¹⁰⁰.

Volendo ricondurre ad unità le categorie così descritte, l'interpretazione normativa linguistico-letterale può essere innanzitutto ricompresa nello *strict constructionism* o nel testualismo restrittivamente inteso.

Laddove invece si voglia superare tale tipologia interpretativa in favore di elementi aggiuntivi che, pur non alterando l'impostazione filosofico-giuridica di fondo, consentano comunque di estendere il ragionamento oltre il freddo dato letterale, la ricostruzione testualista diventa originalista¹⁰¹.

Quest'ultima, a sua volta, può essere classificata in termini di *original intent* oppure di *original meaning*. Infine, andando ancora oltre, rimane solo il criterio della *living Constitution* e della reinterpretazione normativa¹⁰², certamente regole di giudizio non “conservatrici”¹⁰³.

5. Neil Gorsuch: *hero or villain?*

Alla luce della sentenza commentata, molto si è discusso della *judicial philosophy* di Gorsuch¹⁰⁴. In particolare, fuor di ogni dubbio che egli sia un giudice conservatore ed un solido originalista¹⁰⁵, «la questione è che tipo di originalista sia»¹⁰⁶.

Dal punto di vista sistematico, il conservatorismo di Gorsuch non pare riconducibile all'*original intent* più “radicale” – in larga parte superato, come parametro esclusivo di giudizio, anche nel mondo conservatore (almeno in quello

¹⁰⁰ Così A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, Princeton University, 8/9th March 1995, 98 (disponibile in https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf), secondo cui, *ibidem*, «a text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means».

¹⁰¹ Per un'evoluzione interpretativa dal più “rigido” testualismo letterale al più “flessibile” originalismo storico-sociale, cfr. *Note. The Rise of Purposivism and Fall of Chevron: Major Statutory Cases in the Supreme Court*, in 130 *Harvard Law Review* 1227 (2017), 1228.

¹⁰² Cfr. T. Marshall, *The Constitution: A Living Document*, in 30 *Howard Law Journal* 623 (1987). Sulla contrapposizione “filosofica” tra interpretazione originalista ed evolutiva, si veda A. Sardo, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Madrid, 2018.

¹⁰³ Con parole (ben si può dire testuali) di Scalia: «I have classes of little kids who come to the court, and they recite very proudly what they've been taught, 'The Constitution is a living document'. It isn't a living document! It's dead. Dead, dead, dead!» [E.J. Segall, *The Constitution According to Justices Scalia and Thomas: Alive and Kickin'*, in 91 *Washington University Law Review* 1663 (2014), 1663].

¹⁰⁴ Per un inquadramento biografico, si veda l'opera dello stesso N. Gorsuch, *A Republic, if you can keep it*, New York, 2019 e J. Greenya, *Gorsuch: The Judge Who Speaks for Himself*, New York, 2018.

¹⁰⁵ Con specifico riferimento alla “giurisprudenza” di Gorsuch durante la sua permanenza presso la *United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* (2006-2017), in particolare in ordine alle varie declinazioni da egli fornite alla tutela dei “diritti civili”, cfr. K. Russell, *Justice Gorsuch on civil rights*, in www.scotusblog.com, 14th March 2017.

¹⁰⁶ G. Romeo, *La Corte Suprema nella transizione: il conservatorismo costituzionale dopo Scalia*, in C. Murgia (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 930.

giurisprudenziale) – né perfettamente sovrapponibile all'originalismo storicista “alla Scalia”, al quale Alito e Kavanaugh sembrano invece rifarsi in modo evidente¹⁰⁷.

Esso sembra porsi, piuttosto, come una sorta di *tertium genus*, in alcuni casi addirittura quale possibile mediazione “interna” tra tali ultime posizioni – più “rigide” a livello interpretativo – ed il pragmatismo conservatore (meno dogmaticamente connotato) del *Chief Justice* Roberts.

In questo senso, pretendere di cogliere in via definitiva l'ideologia di un giudice della Corte Suprema è sempre operazione complicata e rischiosa, soprattutto laddove si consideri un mandato ad oggi non particolarmente lungo (Gorsuch è stato eletto nel 2017).

Si tenga anche a mente che Gorsuch è stato nominato in sostituzione di Scalia, in un percorso di selezione del successore di quest'ultimo mai così soggettivamente “personalizzato” e intriso dalla necessità di perpetuare a tutti costi la piattaforma ideologica del sostituito.

Il nuovo giudice della Corte Suprema, infatti, non doveva essere solo un fidato conservatore – come tale dotato di una ben definita sensibilità in merito a precise *hot-button issues* (libertà di espressione e religiosa, Secondo Emendamento, aborto, pena di morte o libertà economiche) – bensì un vero e proprio epigono di Scalia¹⁰⁸ e delle sue più solide rigidità concettuali¹⁰⁹.

Sul punto, è stato però evidenziato come la filosofia interpretativa di Gorsuch non coincida del tutto con quella di Scalia, né sul piano di una polemica giuridica spesso eccessiva e divisiva, né a livello di declinazione specifica di una complessiva base politico-giuridica comunque condivisa¹¹⁰.

In concreto, viene ad evidenza in Gorsuch la centralità di un'interpretazione letterale che, senza rimanere confinata in schemi ideologici preconfezionati, può determinare soluzioni in grado di coagulare maggioranze apparentemente “eterodosse” che, in alcuni casi, trovano un punto di coesione pur seguendo *iter* argomentativi differenti.

¹⁰⁷ Sulla appassionata capacità di Scalia di porre sempre al centro del dibattito le proprie argomentazioni (persuadendo la maggioranza o redigendo egli stesso aspri *dissents*), cfr. G.F. Ferrari, *Nino Scalia*, cit., 1211.

¹⁰⁸ Una sorta di «Scalia after Scalia» (F. Clementi, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in www.federalismi.it, 4, 24 febbraio 2016).

¹⁰⁹ Tra i parametri di giudizio usati per valutare il grado di adesione al pensiero di Scalia, si è fatto riferimento alla tipologia di originalismo praticata, alle citazioni dei suoi scritti dottrinali ed al numero di opinioni “non maggioritarie” sottoscritte in dissenso: sul punto, cfr. J. Kidd, R.S. Dasgupta, R. Walters, J. Phillips, *Searching For Justice Scalia: Measuring The “Scalia-Ness” of the next potential member of the U.S. Supreme Court*, 27th January 2017, disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874794.

¹¹⁰ Cfr. P. Bonini, *Gorsuch after Scalia. il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2, 2017, 33, secondo cui «per quanto attiene al pensiero del nuovo Justice, il suo profilo è in linea con l'orientamento generale della nuova amministrazione rispetto ai valori di fondo ed alla impostazione pragmatico-conservatrice. Tuttavia, a discapito di quanto affermato dal *mainstream* mediatico, piuttosto distante dal suo predecessore».

Si pensi, in prima battuta, alla sentenza *Sessions v. Dimaya*¹¹¹. Chiamata a pronunciarsi sulla determinatezza del precetto penale contenuto in 18 U.S.C. §16 – che consentiva, in relazione alla sussistenza di una «aggravated felony» (*sub specie* di «crime of violence»), la possibilità per il non-cittadino statunitense di essere deportato nel paese di origine – la Corte stabilì che la previsione ivi contenuta era da considerare «unconstitutionally vague», in quanto insufficientemente determinata (e prevedibile) nella definizione degli indici che avrebbero dovuto orientare i comportamenti dei consociati¹¹².

Tale soluzione – adottata per cinque voti a quattro, con il voto decisivo di Gorsuch – rivela un’adesione non estemporanea ad una ben definita concezione della *vagueness doctrine* che, lungi dall’essere espressione di un parametro ideologico (e liberale) di giudizio, rappresenta il portato di una più ampia interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale¹¹³.

Del resto, l’orientamento di Gorsuch si inserisce nel solco del precedente tracciato dalla stessa Corte in *Johnson v. United States*¹¹⁴ – con i voti decisivi di Scalia (estensore della sentenza) e Roberts¹¹⁵ – e costituirà poi la base per l’analoga pronuncia successiva *United States v. Davis*¹¹⁶, da egli redatta e condivisa anche dai quattro giudici “progressisti”.

Non deve quindi credersi che Gorsuch sia diventato un giudice *liberal*¹¹⁷ o, in termini più “moderati”, uno *swing voter* “alla Kennedy”, conservatore ma anche in grado di recidere in modo determinante il nodo gordiano di due maggioranze contrapposte, dimostrando una sensibilità progressista¹¹⁸ in materia di diritti sociali¹¹⁹.

¹¹¹ U.S. Supreme Court, *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. __ (2018).

¹¹² Sulla materia, cfr. già U.S. Supreme Court, *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), 391.

¹¹³ Sull’interpretazione comune di alcune categorie del diritto penale tra Scalia ed il suo successore, si veda P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017, 134-220.

¹¹⁴ U.S. Supreme Court, *Johnson v. United States*, 576 U.S. 591 (2015).

¹¹⁵ Al contrario, il parametro della *vagueness doctrine* non era stato ritenuto sussistente nel caso di specie da Kennedy, Thomas e Alito.

¹¹⁶ U.S. Supreme Court, *United States v. Davis*, 588 U.S. __ (2019).

¹¹⁷ Secondo P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch*, cit., 219, «emerge un ‘confident textualist’, un giurista precipuamente focalizzato sul dato positivo e sui suoi limiti, refrattario ad intervenire in via giudiziale, affidando alla giurisdizione compiti di ‘riscrittura’ delle norme che non le sono propri, sulla base di incerte valutazioni teleologiche, sempre a rischio di sostituirsi alle scelte politiche discrezionali effettuate dal legislatore».

¹¹⁸ Cfr. N. Robinson, *Don’t be fooled. The US supreme court hasn’t suddenly become leftwing*, in *www.theguardian.com*, 12th June 2020. Consultando le statistiche disponibili in *2018 term - The Statistics*, in 133 *Harvard Law Review* 412 (2019), 418, si ricava che, nel corso dell’ultima sessione della Corte, il voto di Gorsuch è stato decisivo (insieme a quelli di Bader Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) in tre casi: *United States v. Davis*, 588 U.S. __ (2019); *Herrera v. Wyoming*, 587 U.S. __ (2019) e *Wash. State Department of Licensing v. Cougar Den, Inc.*, 586 U.S. __ (2019). Per un ultimo caso, cfr. anche *McGirt v. Oklahoma*, 591 U.S. __ (2020).

¹¹⁹ Ciononostante, si veda l’*opinion* sottoscritta in *Kastl v. Maricopa Community College*, 325 F. App’x 492 (9th Cir. 2009), 2: «it is unlawful to discriminate against a transgender (or any other) person because he or she does not behave in accordance with an employer’s expectations

Al contrario – e lo stesso discorso può valere per il *Chief Justice Roberts*¹²⁰ – la sua filosofia giurisprudenziale dimostra di essere molto “solida” laddove vengano in considerazione determinati parametri fondamentali dell’interpretazione letterale, i quali possono condurre anche ad esiti che, seppure non sempre “prevedibili” (e forse nemmeno ideologicamente desiderati), in realtà sono il portato di schemi giuridici razionali e coerenti, per quanto ciò possa o meno piacere all’uno o all’altro fronte “politico”¹²¹.

Inoltre, può essere forse addirittura sorprendente notare come, sia nel corso della sua esperienza decennale quale giudice federale, sia da quando è divenuto giudice della Corte Suprema, Gorsuch abbia dimostrato una spiccata “sensibilità” – lontana dal tradizionale orizzonte conservatore – nel riconoscere e tutelare i diritti delle diverse popolazioni riconducibili al gruppo etnico dei Nativi americani¹²².

Tale sostegno per i diritti “indigeni” gli era anche valso il pieno appoggio del *National Congress of American Indians* e del *Native American Rights Fund* in sede di scrutinio (davanti al Senato) della sua nomina alla Corte Suprema, in ragione del riconoscimento delle tribù americane «as sovereign governments» e dell’aver sempre attentamente considerato nelle sue sentenze «issues of significance to Tribes, including state police incursions onto tribal lands, sovereign immunity, religious freedom, accounting for trust funds, exhaustion of tribal remedies and Indian country criminal jurisdiction»¹²³.

Si guardi, infine, al seguente (suggestivo) spunto biografico. Gorsuch è stato *law clerk* nel 1993 di Byron White, giudice della Corte Suprema tra il 1962 ed il 1993 (su nomina di J.F. Kennedy) e difensore di una filosofia giurisprudenziale improntata al più strenuo *judicial restraint*.

In questo senso, allora, pur lontano dal pragmatismo e dall’approccio assai casistico del suo mentore¹²⁴, anche in Gorsuch sembra doversi riconoscere (nonostante un conservatorismo ideologico ben più marcato) una grande deferenza in favore di «legislative solutions and judicial nonintervention, as demonstrated in

for men or women».

¹²⁰ Sulla necessità di osservare il principio dello *stare decisis* (pur ritenendo che un caso precedente analogo sia stato erroneamente giudicato nel merito), si veda *June Medical Services v. Russo*, cit. (Roberts, C.J., concurring in judgment).

¹²¹ Così, G. Romeo, *La Corte Suprema nella transizione*, cit., 6 aveva osservato che «l’attitudine a ridimensionare la dottrina dello *stare decisis*, nelle ipotesi in cui l’interpretazione del testo, secondo i canoni del testualismo originalista, smentisca la ricostruzione giurisprudenziale precedente, potrebbe avere conseguenze non soltanto sulla giurisprudenza in tema di diritti civili».

¹²² Cfr. https://sct.narf.org/articles/indian_law_jurisprudence/gorsuch-indian-law-cases.pdf. Tra i casi più emblematici, si vedano i già citati *Herrera v. Wyoming* (2019), in ordine al diritto della tribù Crow di cacciare in terre considerate “non occupate”; *Washington State Department of Licensing v. Cougar Den, Inc.* (2019), a proposito dei diritti di tassazione sulla detenzione e trasporto di combustibile da parte di una società controllata dalla tribù Yakama e *McGirt v. Oklahoma* (2020), in ordine all’estensione dei confini territoriali della tribù Creek e del diritto penale ivi applicabile. Nei tre casi il voto di Gorsuch è sempre stato decisivo.

¹²³ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch*, cit., 1143.

¹²⁴ Sulla difficile collocazione “ideologica” di White, vedi M. Herz, *Nearest to Legitimacy: Justice White and Strict Rational Basis Scrutiny*, 74 *University of Colorado Law Review* 1329 (2003).

his separation-of-powers and administrative law decisions [...] usually avoid[ing] the judicial creation of protected interest», senza però rinunciare – in «appropriate circumstances» – ad estendere «the scope of constitutional protection»¹²⁵.

Eludendo, pertanto, riduttive ed ingenerose classificazioni politico-partitiche dei giudici della Corte Suprema, sia sufficiente concludere con le parole dello stesso Gorsuch nell'opinione dissenziente pronunciata, quale giudice federale d'appello, nel caso *A.M. v. Holmes*: «a judge who likes every result he reaches is very likely a bad judge, reaching for results he prefers rather than those the law compels»¹²⁶.

6. Brevi osservazioni conclusive

Come ogni *landmark case* della Corte Suprema degli Stati Uniti che si rispetti, la soluzione accolta in *Bostock* non ha mancato di suscitare entusiasmi e delusioni, favori e critiche, anche in ragione del ruolo decisivo inaspettatamente assunto da Gorsuch¹²⁷.

Guardando ai contenuti della sentenza, agli occhi del giurista “continentale” potrebbe suscitare sorpresa il fatto che una controversia che chiama in gioco, in maniera evidente, il principio di uguaglianza – intrinsecamente unito a quello di non discriminazione – sia stata risolta secondo parametri (almeno in partenza) formali¹²⁸, in relazione ai quali l'orientamento sessuale è considerato solo in via ancillare come indice (indiretto) di una più ampia differenziazione per sesso biologico.

Tuttavia, occorre evidenziare attentamente le specificità delle diverse tipologie di sindacato a disposizione della Corte Suprema. Come è stato ricordato, infatti, la mancata invocazione della *Equal Protection Clause* e dell'orientamento sessuale come indice diretto e fattore vietato di discriminazione trova la sua ragione d'essere nella volontà dell'organo giudicante di non “legarsi le mani” (guardando a futuri casi analoghi) con la costruzione di una «presunzione di

¹²⁵ A. Ides, *The Jurisprudence of Justice Byron White*, in 103(2) *The Yale Law Journal* 419 (1993), 447.

¹²⁶ 830 F.3d 1123 (10th Cir. 2016), 1170.

¹²⁷ Per un'analisi delle opinioni favorevoli e contrarie al cosiddetto «Gorsuch test» (R. Anderson, *Symposium: The simplistic logic of Justice Neil Gorsuch's account of sex discrimination*, in www.scotusblog.com, 16th June 2020), si vedano le contrapposte posizioni dottrinali raccolte in <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/bostock-v-clayton-county-georgia/>.

¹²⁸ Sul punto, ricorda G. Sorrenti, “*Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica*”. *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 444, che «al contrario di quanto è avvenuto nella storia europea continentale, negli USA non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una “costola” di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì, del tutto all'inverso, si è proceduto all'introduzione di un apposito emendamento costituzionale per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione».

incostituzionalità per le disparità di trattamento, al pari di quanto avviene per quelle fondate sul sesso, sulla razza, sulle opinioni politiche»¹²⁹.

Nel merito, contrariamente alla posizione – pur argomentata in modo articolato – manifestata nelle opinioni dissenzienti, risulta alquanto complicato scindere la condizione sessuale “biologica” di una persona dal suo orientamento sessuale, in modo tale da contrastare l’esistenza di una lesione della prima e, nello stesso tempo, ammettere una “legittima” violazione del secondo.

L’interrogativo conseguente rivela tutte le problematicità del dibattito. È giuridicamente possibile – prima ancora che ragionevole – distinguere la condizione affettivo-sessuale dal sesso biologico, al fine di ritenere che le discriminazioni nei confronti di persone omosessuali non vadano in realtà ad incidere sulla seconda categoria, rivelandosi addirittura giustificate?

Può essere utile, in proposito, il seguente esempio (invero già proposto da Alito, seppur con l’obiettivo di giungere ad una soluzione contrapposta)¹³⁰. Si immagini che un imprenditore sottoponga ad alcuni candidati ad un posto di lavoro presso la sua azienda un questionario anonimo che, tra i vari requisiti, richieda loro di indicare anche il proprio orientamento sessuale, ma non il fatto di essere uomo o donna.

Tale datore di lavoro, inoltre, esige – in ragione delle sue profonde convinzioni religiose – che tutti i suoi dipendenti siano rigorosamente eterosessuali, senza che le loro preferenze sessuali abbiano però alcuna incidenza sulla concreta attività lavorativa.

Nel caso in cui egli decida di non assumere coloro che hanno rivelato di essere omosessuali, può ritenersi che siffatto trattamento sia del tutto avulso da qualsiasi considerazione in ordine alla sessualità “biologica” dei candidati?¹³¹

Il parametro risolutore usato dalla Corte in *Bostock* sembrerebbe applicabile anche in quest’ultima fattispecie¹³². È vero che l’imprenditore ancora non sa se il suo potenziale dipendente è uomo o donna, ma ciò non toglie che una discriminazione per sesso sia già in corso nel momento in cui egli opera tale differenziazione.

¹²⁹ A. Sperti, *Un’altra storica decisione della Corte Suprema: è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender*, in www.articolo29.it, 29 giugno 2020.

¹³⁰ Cfr. Alito, J., dissenting, 9.

¹³¹ Riprendendo U.S. Supreme Court, *Harris v. Forklift Sys., Inc.*, 510 U.S. 17 (1993), 25 (Ginsburg, J., concurring), «the critical issue, Title VII’s text indicates, is whether members of one sex are exposed to disadvantageous terms or conditions of employment to which members of the other sex are not exposed».

¹³² *Contra*, però, la stessa Karlan, la quale, a precisa domanda di Alito («Your argument is that sex discrimination based on sexual orientation necessarily entails discrimination based on sex. But if it’s the case that there would be no liability in the situation where the decisionmaker has no knowledge of sex, then that can’t possibly be true») ha escluso che vi possa essere una discriminazione per orientamento sessuale («If there was that case, it might be the rare case in which sexual orientation discrimination is not a subset of sex»). Cfr. *Transcript of oral argument*, cit., 69.

La premessa del trattamento diseguale, infatti, è che la persona omosessuale non merita di essere trattata nello stesso modo di quella eterosessuale ed è proprio a partire da tale pregiudizio che si ricava la concreta discriminazione successiva¹³³.

A tal proposito, non può soccorrere la giustificazione secondo cui non vi è discriminazione laddove il datore di lavoro usi lo stesso metro (ingiusto) di giudizio nei confronti di tutte le persone omosessuali, siano esse uomini o donne¹³⁴.

Da un lato, infatti, il parametro di riferimento non è l'uomo omosessuale rispetto alla donna omosessuale (o viceversa), bensì la persona eterosessuale *tout court*, nei confronti della quale è indifferente che il soggetto caratterizzato da omosessualità sia di sesso maschile o femminile¹³⁵.

Dall'altro, la condotta in esame – lungi dal risolversi in un trattamento egualitario – si configura come doppiamente discriminatoria, colpendo in modo indistinto sia uomini che donne per il solo fatto di non soddisfare un certo requisito¹³⁶.

L'inscindibilità tra i due parametri si riflette così nel fatto che il favore o disfavore nei confronti di un dato orientamento sessuale deriva da una determinata percezione delle categorie sessuali biologiche, laddove l'uomo/donna omosessuale è comunque discriminato (per il solo fatto di essere tale) dall'uomo/donna eterosessuale, a prescindere dalla conoscenza preliminare del sesso della persona discriminata.

Del resto, la problematica questione della separabilità o meno tra condizione personale “a monte” e condotta discriminatoria “a valle” aveva già mostrato tutta la sua delicatezza nel recente caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*.

In quella fattispecie, tuttavia, la Corte Suprema aveva omesso di entrare nel merito del dibattito – esiste discriminazione laddove un pasticciere rifiuti di produrre una torta per una coppia gay, volta a celebrare il loro matrimonio? – riscontrando una preliminare violazione del diritto di libertà religiosa nei confronti del pasticciere stesso; violazione in forza della quale era stato eluso l'altro (ben più spinoso) interrogativo¹³⁷.

¹³³ Come anche ricordato in New Mexico Supreme Court, *Elane Photography, LLC v. Willock* – 309 P.3d 53 (N.M. 2013), 62, «when a law prohibits discrimination on the basis of sexual orientation, that law similarly protects conduct that is inextricably tied to sexual orientation».

¹³⁴ Secondo W.N. Eskridge, *Symposium: Textualism's moment of truth*, in *www.scotusblog.com*, 4th September 2019, distinguere tra «discrimination because of 'sexual orientation' e [discrimination] because of 'sex' [...] is simply a word game and does not answer the plain-meaning argument. An employer can play the same word game with race: he can fire a black man who is attracted to white women and claim he is discriminating because of sexual orientation (the man is an 'interracial-sexual') and not because of race. The point is that categories of discrimination overlap: sexual orientation can overlap with both sex (the 'homosexual') and race (the 'interracial-sexual')».

¹³⁵ Cfr. A. Koppelman, *Why Discrimination against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in 69(2) *New York University Law Review* 197 (1994).

¹³⁶ Si veda (rispetto al parametro razziale), U.S. Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), 11.

¹³⁷ Sia consentito il rinvio a D. Camoni, *Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE Online*, 2,

A livello comparato tra le due sponde dell'Atlantico, può essere interessante evidenziare che la lettura combinata tra il *genus* “sesso biologico” e la *species* “orientamento sessuale” non è del tutto innovativa, essendo già stata introdotta, sul piano continentale – con riferimento alla condizione di transessualità – nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) Giuseppe Tesauro nella controversia *P. v. S. and Cornwall County Council* del 30 aprile 1996¹³⁸.

In presenza della disciplina europea allora vigente – Direttiva 76/207/CEE – che limitava il divieto di discriminazioni al rispetto della parità di trattamento fra uomini e donne¹³⁹, l'Avvocato Generale affermò, infatti, che «allorché il trattamento sfavorevole destinato al transessuale è connesso al (o, meglio, è determinato dal) mutamento di sesso, si è in presenza di una discriminazione in ragione del sesso o, se si preferisce, fondata sul sesso»¹⁴⁰.

È vero, pertanto, che la donna transessuale non è trattata in modo diverso dall'uomo transessuale, ma è altrettanto vero che tale discriminazione non si sarebbe verificata se la persona transessuale non avesse deciso di cambiare sesso. Il nesso di pregiudizialità funzionale fa quindi sì che l'assenza di un elemento (l'orientamento sessuale) renda impossibile il verificarsi dell'altro (la discriminazione per sesso biologico).

Tuttavia, è qui possibile identificare almeno due differenze significative rispetto alla soluzione adottata dalla Corte Suprema statunitense. A livello strutturale, la CGUE richiama il generale principio di uguaglianza (del quale la Direttiva è considerata espressione normativa), invece volutamente assente nella ricostruzione di *Bostock* per le ragioni descritte.

In secondo luogo, si è evidenziato che la pronuncia europea non sembra neppure voler distinguere tra identità sessuale e sesso biologico: al contrario, essa incentra la soluzione giuridica del caso solo su quest'ultimo profilo ed assume una prospettiva egualitaria più ampia che, al di là di (sfuggenti) categorizzazioni formali, «avoids discussions about the role of stereotypes and political minorities»¹⁴¹.

Tornando alla sentenza “americana”, i fatti sottesi a *Bostock* sono stati fin da subito interpretati – come ben dimostra il *dissent* di Alito – anche quali ulteriori

2019, 1069-1092.

¹³⁸ Cfr. T. Ertuna Lagrand, “Because of... sex”. *Inspirations from the European Court of Justice for the United States Supreme Court in the First Transgender Rights Case Before It*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2020, 9 ss.

¹³⁹ Il riferimento esplicito all'orientamento sessuale è stato introdotto per la prima volta nel diritto dell'UE con la Direttiva 2000/78/CE. Cfr. B.G. Bello, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologicogiuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *DPCE online*, 2, 2020, 1053-1090.

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, *P. v S. and Cornwall County Council*, 14.12.1995, §18. Per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza europea in materia, si veda O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005.

¹⁴¹ B. Mestre, *Transgender Discrimination as Sex Discrimination. A Contextual and Comparative Analysis of European and American Courts' Case Law*, in A. Schuster (cur.), *Equality and Justice: Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Udine, 2011, 200.

tasselli nel complicato mosaico volto a contemperare in modo ragionevole libertà di espressione e diritti delle minoranze.

Pare tuttavia difficile ricondurre alla specifica condotta discriminatoria qui considerata – licenziamento per ragioni di orientamento sessuale – l'esercizio di un diritto garantito dal Primo Emendamento, in grado di prevalere in modo decisivo sul comportamento che materialmente realizza la discriminazione, fungendo da *escamotage* attraverso il quale contrastare, per ragioni ideologiche (e trovando sostegno nello strumento giudiziario), soluzioni politico-sociali che non coincidono con la propria tavola di valori.

Cosa accadrebbe, ad esempio, se, invocando la clausola religiosa, un datore di lavoro opponesse la sua contrarietà alla celebrazione di matrimoni interreligiosi (o addirittura interrazziali) per operare pregiudiziali distinzioni tra i propri dipendenti, con l'obiettivo sottostante di trattare in modo deteriore quelli di una certa religione o razza?¹⁴².

Non potrebbe forse discorrersi (sempre quando si ritenga possibile operare tale scissione concettuale) di una ingiusta discriminazione “mascherata”, in ragione del credo o della razza del soggetto discriminato, a prescindere dalla dichiarata disapprovazione del solo vincolo coniugale?

In questo senso, la legittima possibilità di non condividere – in termini etico-morali – una caratteristica personale non dovrebbe potersi spingere sino a mettere in discussione il nucleo essenziale dello stesso principio di non-discriminazione, il quale verrebbe svuotato di ogni significato laddove si assuma una determinata disuguaglianza quale indice per esercitare, in via obliqua, “pretesi” diritti fondamentali a discapito di altri diritti, altrettanto fondamentali.

L'esito finale di siffatta interpretazione rischia allora di avere risvolti quasi orwelliani: tutte le persone (omosessuali compresi) sono uguali sul piano formale, ma alcune – sempre quando non dotate della caratteristica aborrita – sono più uguali delle altre nel godimento di alcuni diritti che, a livello sostanziale, si ritiene (senza però palesarlo in modo esplicito) non debbano essere riconosciuti a tutti¹⁴³.

Accogliendo un'impostazione di questo genere nel caso in esame, infatti, «we would approve of a rule that would extend beyond the subject of employment discrimination against homosexuals. We would necessarily empower any public utility to engage in an infinity of arbitrary employment practices»¹⁴⁴.

Con illuminanti parole di *Justice* Stevens, il pregiudizio personale non può rappresentare «a constitutional shield for a policy that is itself the product of a habitual way of thinking about strangers»¹⁴⁵. In termini analoghi, già *Justice*

¹⁴² Come ricordato da *Justice* Breyer (di origine ebraica), l'opposizione al matrimonio interreligioso non è infrequente in alcune comunità religiose: cfr. *Transcript of oral argument*, cit., 38 ss.

¹⁴³ Cfr. G. Orwell, *Animal Farm*, London, 2008 (1^a ed. 1945), 90: «All animals are equal, but some animals are more equal than others».

¹⁴⁴ Supreme Court of California, *Gay Law Students Assn. v. Pacific Tel. & Tel. Co.*, 24 Cal. 3d 458 (1979), 492.

¹⁴⁵ U.S. Supreme Court, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000), 700 (Stevens, J., dissenting).

Brandeis aveva infatti ammonito sul fatto che «we must be ever on our guard lest we erect our prejudices into legal principles»¹⁴⁶.

In conclusione, la soluzione di merito adottata in *Bostock* certamente rappresenta un momento importante nella progressiva evoluzione dei diritti civili e nella protezione “giurisprudenziale” di una minoranza sociale¹⁴⁷, troppo spesso discriminata in nome di un’uguaglianza rimasta sovente mera proclamazione teorica¹⁴⁸.

Tale estensione degli strumenti di tutela trova giustificazione non solo in un basilare principio di pari trattamento ma soprattutto in un testualismo che, prima di essere (diventato) “conservatore”, è applicazione ed interpretazione delle leggi per una doverosa salvaguardia dei diritti umani: in questo caso, diritti della persona (anche omosessuale) e non diritti – o, peggio ancora, privilegi – del solo omosessuale a discapito di altri.

Certamente si continuerà a discutere sulla “corretta” applicazione dei parametri sottesi alla *Bostock doctrine*, nonché a proposito della natura conservatrice o progressista della scelta compiuta dalla Corte Suprema e delle eventuali conseguenze di *Bostock* rispetto ad ulteriori parametri normativi e costituzionali¹⁴⁹.

Ma questa è un’altra storia, forse per una nuova sentenza ed un’altra soluzione, magari ancora testualista ed ulteriormente estensiva della protezione così riconosciuta anche ad altri gruppi sociali. *We know it when we see it*¹⁵⁰.

Daniele Camoni

Dip.to di Giurisprudenza

Università degli Studi di Milano-Bicocca

d.camoni@campus.unimib.it

¹⁴⁶ U.S. Supreme Court, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), 311 (Brandeis, J., dissenting). Più recentemente, secondo U.S. Supreme Court, *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, (1984), 433 «private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect».

¹⁴⁷ Per un rinvio ad alcuni *landmark cases* in materia di tutela della comunità LGBT (nei quali Justice Kennedy ha sempre redatto l’opinione di maggioranza) – da *Romer v. Evans* (1996) a *Lawrence v. Texas* (2003), da *United States v. Windsor* (2013) a *Obergefell v. Hodges* (2015) – vedi M. Isaacs, *LGBT rights and the administrative State*, in 92 *New York University Law Review* 2012 (2017).

¹⁴⁸ Così, il 3 novembre 2020 gli elettori del Nevada hanno approvato in referendum un emendamento che inserisce nella Costituzione statale il riconoscimento di qualsiasi matrimonio validamente celebrato, «regardless of gender».

¹⁴⁹ Per una prima applicazione della “giurisprudenza *Bostock*”, si veda la sentenza resa in *Walker v. Azar* (E.D.N.Y., Aug. 17, 2020), la quale ha “bloccato” l’entrata in vigore della riforma del §1557 dell’*Affordable Care Act* (cosiddetto *Obamacare*) – prevista per il 18 agosto 2020 – implementata dall’Amministrazione Trump con l’obiettivo di escludere l’orientamento e l’identità sessuale dalle cause di discriminazione per ragioni di “sesso” in materia di trattamenti sanitari.

¹⁵⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), 197 (Stewart, J., concurring): «I know it when I see it».

Verso una compiuta elaborazione del “test di proporzionalità”? La Corte Costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale

di Federico Falorni

Abstract: Towards a full elaboration of the “proportionality test”? The Italian Constitutional Court keeps pace with other systems of judicial review - The proportionality doctrine in the Italian constitutional jurisprudence is the paper’s object. The paper firstly analyses the proportionality framework adopted by the German Constitutional Court and, subsequently, by the Canadian Supreme Court; and seeks to point out the differences, between the two systems, in the functioning of the proportionality test. Then, it focuses on the traditional “unstructured approach” to proportionality adopted by the Italian Constitutional Court and tries to show that, in recent years, also the ICC has timidly construed some kind of proportionality framework, articulated in four different subtests.

5307

Keywords: proportionality test; analytical separation; Italian Constitutional Court; constitutional reasoning; Canadian Supreme Court.

1. Il test di proporzionalità: considerazioni introduttive

La proporzionalità costituisce un concetto centrale del costituzionalismo contemporaneo: essa si inserisce in una «nuova lingua franca che fa dialogare e interagire attori giuridici (specialmente giudici) sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione globale di modelli giuridici e di standard di argomentazione»¹. Numerose voci in dottrina hanno messo in risalto la rilevanza assunta nell’attuale panorama costituzionale dalla nozione di proporzionalità: David M. Beatty, ad esempio, identifica la proporzionalità come un «universal criterion of constitutionality, an essential, unavoidable part of every constitutional text»²; Mattias Kumm ritiene, invece, che la proporzionalità sia «the most successful legal transplant of the twentieth century»³; Marta Cartabia afferma che la proporzionalità «costituisce una costante del costituzionalismo globale»⁴.

¹ G. Pino, *Diritto fondamentali e principio di proporzionalità*, in 43 (2) *Ragion Pratica*, 2014, 541, 541.

² D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, 162.

³ M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles: on the Structure and Domain of Constitutional justice*, in 2 *International Journal of Constitutional Law* 574 (2003), 595.

⁴ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola svoltasi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 – 26 Ottobre 2013, consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it, 5.

Nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi, la proporzionalità assume una duplice accezione: può essere intesa come un criterio di valutazione delle scelte legislative e, in tale prospettiva, lo strumento del giudizio è «qualcosa che compone equilibri senza schiacciamenti o tagli, come suggerisce la piuma della dea egizia dell'equilibrio universale, la dea Ma'at»⁵; ovvero può rappresentare uno schema argomentativo, utilizzabile dai giudici nel risolvere una questione di costituzionalità.

Nella prima ipotesi, si parla di “principio di proporzionalità”: si tratta, giustappunto, di un principio, ovverosia – secondo una ricostruzione largamente condivisa – una norma caratterizzata da un elevato grado di genericità e di indeterminatezza, considerata particolarmente rilevante nella cultura giuridica di riferimento e tendente, per sua natura, ad essere soddisfatta con diverse intensità⁶.

Nella seconda ipotesi, invece, si parla di “test di proporzionalità”, ovvero di un test che, da un lato, offre al giudice un percorso logico valutativo ben delineato e che, dall'altro lato, sul piano argomentativo, consente di presentare le ragioni e le giustificazioni in favore della decisione assunta, in maniera chiara ed ordinata. Il test di proporzionalità costituisce, in sostanza, un modello argomentativo, che comporta la predisposizione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione; si caratterizza per un approccio strutturato, che scompone ed individua i singoli passaggi logico-argomentativi che devono essere seguiti dal giudice.

Le origini della proporzionalità e, conseguentemente, anche del relativo test, si rinvencono nello Stato di Polonia prussiano del XVIII secolo, ove, nell'ambito del diritto amministrativo, la proporzionalità costituiva il principale parametro tramite cui valutare la legittimità delle sanzioni e, più in generale, delle misure restrittive⁷. Con la fine del secondo conflitto mondiale e con l'avvento dello Stato Costituzionale, poi, la proporzionalità si è affrancata dal diritto amministrativo prussiano, per assurgere al rango di principio architettonico dell'ordinamento costituzionale tedesco⁸. Ed è proprio la Corte Costituzionale tedesca che, nel dare concreta attuazione a tale principio, ha, per la prima volta, impiegato lo schema argomentativo della proporzionalità, in una pronuncia del 1958, relativa al diritto di ciascun cittadino di scegliere liberamente la propria professione, sancito dall'Articolo 12, comma 1, della Costituzione tedesca⁹.

Il test di proporzionalità, elaborato dalla Corte Costituzionale tedesca, si articola in quattro fasi di giudizio; in particolare, la disposizione impugnata, per

⁵ G. Zagrebelski, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 108.

⁶ Per un approfondimento sulla natura e sulle caratteristiche dei principi, si vedano: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 215 ss.; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 176-177, 179-180; R. Guastini, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in 1 *Ragion pratica*, giugno 2006, 151, 155-156; C. Pinelli, *Principi, regole, istituti*, in 1 *Diritto Pubblico*, gennaio - aprile 2015, 35, 41; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento d'interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 39-40.

⁷ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, 25.

⁸ S. Ranchordàs, B. De Ward, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, New York, 2016, 13.

⁹ BverfGE vol. 7, 377 - *Pharmacy* (1958).

superare indenne il sindacato di proporzionalità, deve essere sottoposta a tutte le verifiche previste da ciascuna componente del test e tale controllo deve fornire esito positivo con riferimento ad ognuna di esse¹⁰.

Il primo passaggio, conosciuto con l'appellativo “legittimità”, consiste in una verifica in merito all'obiettivo perseguito dal legislatore; sebbene la Corte Costituzionale svolga regolarmente l'esame delle finalità sottese alla disposizione legislativa censurata, esso si sostanzia in un controllo generalmente non incisivo¹¹.

Non particolarmente efficace risulta anche la verifica svolta dalla Corte Costituzionale con la seconda componente del test di proporzionalità, che prende il nome di “idoneità”¹². Con essa, si vuole assicurare che la soluzione scelta dal legislatore sia adatta a realizzare le finalità prefissate: per soddisfare tale livello di controllo, tuttavia, è sufficiente la possibilità astratta, ed anche parziale, di raggiungimento dell'obiettivo, mentre non sono contemplate valutazioni relative al caso concreto¹³.

Il terzo passaggio del test coincide con una verifica in merito alla “necessità” della misura legislativa e consiste in una valutazione comparativa tra tutte le soluzioni ipoteticamente idonee al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. In particolare, si vuole verificare, da un lato, che il legislatore abbia fatto ricorso alla soluzione più rispettosa degli altri diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti; dall'altro lato, che, ove sussistenti soluzioni meno invasive, esse non consentano di raggiungere, con un uguale grado di efficacia, la finalità prefissata. Difatti, laddove sia possibile individuare strumenti meno limitativi ed egualmente

¹⁰ In merito alla struttura quadripartita del test di proporzionalità impiegato dalla Corte Costituzionale tedesca, si veda A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang (Eds), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge, 2020, 43.

¹¹ A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, cit., 60-77: l'autore ha effettuato una ricerca empirica, prendendo in considerazione 114 pronunce, ove è stato applicato il test di proporzionalità, rese dalla Corte Costituzionale tedesca, in materia di diritti fondamentali, nell'arco temporale 2000-2017. Delle 58 decisioni, nelle quali è stata dichiarata l'incostituzionalità della disposizione impugnata, solamente nel 9% dei casi (ovvero in 5 sentenze), la disposizione impugnata non ha superato il sindacato di proporzionalità, in quanto non soddisfaceva il requisito posto dalla prima componente del test.

In proposito, si veda altresì C. Engel, *Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts*, in M. Jestaedt, O. Lepsius (hrsg. von), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen, 2015, 97, 105.

¹² A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, cit., 77-89; come riferito nella nota precedente, l'autore ha svolto una ricerca empirica, all'esito della quale, solamente in 3 sentenze su 58 pronunce di incostituzionalità (ovvero nel 5% dei casi), la disposizione impugnata non ha passato indenne il controllo di proporzionalità, in quanto non superava la seconda componente del test.

In merito alla scarsa rilevanza del secondo passaggio all'interno dello schema argomentativo impiegato dalla Corte Costituzionale tedesca, si vedano, altresì: L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz und Co, 1981, 55-56; R. Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 2013, 130.

¹³ Come osservato, secondo la Corte Costituzionale tedesca è sufficiente anche una parziale realizzazione dell'obiettivo perseguito. In proposito, si vedano, a titolo esemplificativo, BverfGE vol. 87, 363 - *Sunday Baking Ban* (1992), 385-386; BverfGE vol. 73, 301 - *Land Surveyor* (1986), 317.

Con riferimento, invece, all'astratta possibilità di raggiungimento delle finalità prescelte, si vedano: BverfGE vol. 83, 1 - *Limitations of Attorney Fees* (1990), 19; BverfGE vol. 100, 313 - *Telecommunication Surveillance Act* (1999), 373.

soddisfacenti, in termini di perseguimento dello scopo prestabilito, la disposizione censurata non riuscirebbe a superare il terzo livello del test. Nonostante la formulazione, che lascerebbe presupporre un controllo particolarmente rigido, la fase della necessità, al pari delle due precedenti, non ha rappresentato un sindacato particolarmente penetrante¹⁴. La Corte Costituzionale, infatti, ha assunto, negli anni, un atteggiamento sostanzialmente deferente nei confronti delle scelte adottate dal legislatore, non richiedendo che la soluzione legislativa fosse, in assoluto, quella più rispettosa di tutte le altre posizioni coinvolte; ma, piuttosto, valutando se, in linea di principio, la soluzione legislativa potesse considerarsi necessaria, avendo come parametro un ventaglio di soluzioni ragionevoli e di non difficile individuazione (anche, e soprattutto, per il legislatore medesimo)¹⁵. In virtù di tale impostazione, il terzo livello del test non è stato soddisfatto solamente nei rari casi in cui la disposizione legislativa è risultata inutilmente ed eccessivamente gravosa; dunque, solamente nelle ipotesi estreme in cui, richiamando le efficaci parole di Fritz Fleiner, è stato disatteso l'insegnamento in base al quale «la polizia non può sparare ad un passero con un cannone»¹⁶.

L'ultima componente del test è rappresentata dalla "proporzionalità in senso stretto". Quest'ultima, a differenza delle fasi precedenti, impone al giudice di proiettarsi nella realtà fattuale e valutare, in concreto, gli effetti della disposizione impugnata. In particolare, sono da confrontare e bilanciare, da un lato i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo, con la modalità prescelta dal legislatore; e dall'altro lato i costi, in termini di sacrifici, che così facendo vengono imposti agli altri diritti ed interessi di rilievo costituzionale coinvolti. Proprio tale passaggio del test è divenuto, nelle schema argomentativo adottato dalla Corte Costituzionale tedesca, la componente più rilevante: il più delle volte, la disposizione censurata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, in quanto ritenuta non proporzionata, nel senso stretto del termine, dal momento che le limitazioni inflitte alle altre posizioni coinvolte erano maggiori o, comunque, eccessive rispetto ai vantaggi ed al grado di soddisfazione dell'obiettivo prescelto¹⁷.

¹⁴ A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, cit., 89-103; come osservato nella nota n. 11, l'autore ha svolto una ricerca empirica, all'esito della quale, solamente in 8 sentenze su 58 pronunce di incostituzionalità (ovvero nel 14% dei casi), la disposizione impugnata non ha passato indenne il controllo di proporzionalità, in quanto non superava la terza componente del test.

¹⁵ A questo riguardo: BverfGE vol. 30, 292 - *Oil Reserve* (1971), 316; BverfGE vol. 37, 1 - *Vineyard* (1974), 22; BverfGE vol. 68, 155 - *Reimbursement for Transportation of Disabled Persons* (1984), 172.

¹⁶ L'espressione in lingua tedesca è «Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen»; F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, 404.

In senso analogo, nel 1983, Lord Diplock affermò che «one must not use a steam hammer to crack a nut»; *R. v. Goldstein*, 1 WLR 151, (1983), 155.

¹⁷ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *University of Toronto Law Journal* 383 (2007), 389.

In proposito, si veda, altresì, A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, cit., 89-103; come osservato nella nota n. 11, l'autore ha svolto una ricerca empirica, all'esito della quale, in ben 49 sentenze su 58 pronunce di incostituzionalità (ovvero nell'84% dei casi), la disposizione impugnata non ha passato indenne il sindacato di proporzionalità, in quanto non superava la quarta componente del test.

Il modello del test di proporzionalità, elaborato dalla Corte Costituzionale tedesca, anche a causa del notevole impatto sulla cultura giuridica internazionale delle opere di alcuni autori, fra cui Robert Alexy¹⁸, Ronald Dworkin¹⁹ ed Aharon Barak²⁰, ha conosciuto, nel corso degli anni, una notevole diffusione. Così, ad esempio, essa è stata fatta propria sia dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sia dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. A seguito dell’adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nel 1982, l’approccio articolato alla proporzionalità è stato regolarmente adottato in Canada e, in un secondo momento, anche in Australia, in Nuova Zelanda, in Irlanda, in Sud Africa, in Israele, in India ed in Corea del Sud²¹. Di esso, inoltre, sono state proposte diverse formulazioni da parte della dottrina: generalmente si compone di quattro passaggi, anche se sono ne rinvenibili versioni suddivise in tre²² o in cinque fasi²³.

2. La versione canadese del test di proporzionalità

5311

La Corte Suprema del Canada, interpretando la Sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ha delineato a chiare lettere una propria versione del test di proporzionalità, che, nell’ottica del presente lavoro – per la costanza con la quale è stata impiegata nel corso degli anni e per l’influenza che ha avuto in altre esperienze costituzionali –, può essere presa come punto di riferimento, prima di analizzare la proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana²⁴. L’idea è quella di esaminare una formulazione del test di proporzionalità, in parte diversa da quella elaborata dalla Corte Costituzionale tedesca, cui consegue un differente funzionamento complessivo dello standard argomentativo in questione; e di trarre insegnamenti utili anche per l’esperienza costituzionale italiana da eventuali aspetti problematici e/o rilievi critici, che derivano dall’applicazione ultra

¹⁸ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit..

¹⁹ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

²⁰ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.

²¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing & Constitutional Governance. A Comparative & Global Approach*, Oxford, 2019, 69-80; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., 183-210; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in 59 (2) *The American Journal of Comparative Law* 463 (2011), 464-465.

²² Ad esempio, R. Alexy, che per primo ha maturato l’idea di articolare la proporzionalità in un test, ne ha proposto una suddivisione in tre livelli: la verifica di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Al riguardo, si veda R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133-137.

²³ A tal proposito, si veda M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015. L’autore, dopo aver analizzato la legittimità dello scopo, infatti, esamina la legittimità del mezzo, prima di procedere alla verifica dell’idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

²⁴ In merito alla rilevanza ed alla diffusione della versione canadese del test di proporzionalità, si vedano: R.J. Sharpe, K. Roach, *Brian Dickson – A Judge’s Journey*, Toronto, 2003, ove gli autori descrivono lo schema argomentativo proposto dal Chief Justice Dickson come «five of the most important pages ever written in Canadian constitutional law» (334). Si veda, altresì, S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, in 34 *Supreme Court Law Review* 501 (2006), ove l’autore sottolinea l’ampia diffusione che il modello elaborato in *R. v. Oakes* ha conosciuto nel corso degli anni (502).

trentennale dello schema argomentativo della proporzionalità da parte della Corte Suprema del Canada.

Come è noto, la Sezione 1 della *Charter* dispone che i diritti e le libertà fondamentali possono essere sottoposte solamente a «reasonable limits ... as can be demonstrably justified in a free and democratic society». Si tratta, a ben vedere, di una «clausola di interferenza generale», vale a dire una clausola che consente, al ricorrere di determinati requisiti ed in via generale (in quanto trova applicazione a tutti i diritti ricompresi nella *Charter*), la possibilità di limitare i diritti fondamentali ivi sanciti²⁵.

La Sezione 1 ha rappresentato il fondamento legislativo, che ha legittimato l'elaborazione del test di proporzionalità da parte della Corte Suprema; quest'ultima, infatti, nell'interpretare ed attribuire concretezza a tale disposizione, nella sentenza *R. v. Oakes*²⁶, ha per la prima volta formulato ed adottato il test di proporzionalità. In quell'occasione, il Chief Justice Dickson propose il seguente standard argomentativo: «to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" ... Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test". ... Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question. ... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance"»²⁷.

Il modello delineato dal Chief Justice Dickson suddivide in quattro fasi le valutazioni che devono essere di volta in volta effettuate per poter giustificare una misura restrittiva di un diritto previsto dalla *Charter*. In particolare, i singoli passaggi del test di proporzionalità possono essere così individuati: "*sufficient important objective*"; "*rational connection*"; "*minimal impairment*"; "*proportionality in the strict sense*".

La prima fase attiene alle finalità perseguite dalla misura restrittiva di un diritto o di una libertà fondamentale: esse debbono essere di particolare

²⁵ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Toronto, 2007, volume II, 155-159.

²⁶ *R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103, (1986).

²⁷ *R. v. Oakes*, cit., 138-139.

importanza e debbono corrispondere a questioni urgenti ed indifferibili. Almeno sul piano testuale, il primo passaggio della versione canadese appare diverso dallo schema argomentativo adottato dalla Corte Costituzionale tedesca: secondo quest’ultima, infatti, la prima fase si risolve in una verifica finalizzata a controllare che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principî ed i valori costituzionali, mentre non sono contemplati giudizi in merito alla rilevanza dell’obiettivo perseguito²⁸. Nonostante la formulazione testuale, che lascerebbe presagire una verifica particolarmente rigorosa, la Corte Suprema non ha interpretato ed applicato in maniera severa il requisito posto dalla prima componente del test: il più delle volte, infatti, un “valido” obiettivo o, comunque, uno scopo “abbastanza importante” sono stati ritenuti idonei a concludere, in maniera positiva, l’analisi condotta a tale livello²⁹.

La seconda fase contempla una prima valutazione del rapporto mezzi-fini: essa è volta a verificare che sussista una connessione razionale tra la misura restrittiva ed il relativo scopo, ovvero che attraverso la disposizione limitativa sia ragionevolmente ed auspicabilmente possibile raggiungere le finalità prefissate; viceversa, non è richiesta la prova (o, almeno, un principio di prova) in merito alla possibilità concreta di perseguimento delle finalità prescelte³⁰. La Corte Suprema, infatti, ha interpretato ed applicato in maniera elastica e flessibile il requisito della connessione razionale, ritenendo soddisfatto tale elemento in virtù del fatto che era “reasonable to presume”³¹ o “reasonable to anticipate”³² la sussistenza di un nesso causale tra l’obiettivo prefissato e la disposizione censurata³³. Di conseguenza, in virtù di tale approccio, salvo rare eccezioni³⁴, la condizione posta dalla terza componente del test è stata generalmente soddisfatta; al punto che la dottrina ha impiegato l’espressione “minimal rationality”³⁵, proprio al fine di rimarcare l’impostazione, tendenzialmente deferente, adottata dalla Corte Suprema nell’esercizio del controllo previsto dalla seconda fase del test.

La terza componente, invece, ha ad oggetto un controllo più stringente in merito al rapporto strumenti-finalità: il giudice, infatti, deve verificare che non sussistano soluzioni alternative che siano in grado di perseguire, in maniera

²⁸ D. Bilchitz, *Socio-Economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine*, in 14 *International Journal of Constitutional Law* 710 (2014), 735. Si veda, altresì, D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., 388.

²⁹ T. Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in 12 *Judicial Review* 31 (2007), 37-38; A.J. Petter, P.J. Monahan, *Development in Constitutional Law: The 1986-1987 Term*, in 10 *Supreme Court Law Review* 61 (1988), 61 ss..

³⁰ C. Mathen, *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter’s Legal Rights*, in 43 *Ottawa Law Review* 491 (2012), 491 ss..

³¹ *R. v. Butler*, 1 S.C.R. 452, (1992), 503.

³² *Ross v. New Brunswick School District*, 1 S.C.R. 825, (1996), 881.

³³ In proposito, si vedano, altresì: *Edmonton Journal v. Alberta*, 2 S.C.R. 1326, (1989); *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2 S.C.R. 232, (1990).

³⁴ Un’impostazione più stringente, per quanto concerne la connessione razionale, sembra ravvisarsi nei seguenti casi: *Miron v. Trudel*, 2 S.C.R. 418, (1995); *Egan v. Canada*, 2 S.C.R. 513, (1995); *M. v. H.*, 2 S.C.R. 3, (1999); *Delisle v. Canada*, 2 S.C.R. 989, (1999); *Dunmore v. Ontario*, 3 S.C.R. 1016, (2001); *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 3 S.C.R. 519, (2002).

³⁵ R. Elliot, *Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term*, in 2 *Supreme Court Law Review* 83 (1991), 142.

altrettanto efficace, l'obiettivo prescelto e che, al tempo stesso, non comportino un minor sacrificio dei diversi diritti ed interessi coinvolti. La fase del “*minimal impairment*”, nella versione originaria, elaborata nella sentenza *R. v. Oakes*, si risolveva in un controllo particolarmente arduo da superare: era, infatti, necessario che non fosse, in alcun modo, possibile rinvenire strumenti meno restrittivi. Ben presto, tuttavia, la Corte Suprema ha abbandonato tale impostazione, eccessivamente rigida, in favore di un approccio più elastico, secondo cui era necessario verificare se «there is some reasonable alternative scheme»³⁶ ed in virtù del quale «the government is not required to pursue the least drastic means of achieving its objective, but it must adopt a measure that falls within a range of reasonable alternatives»³⁷. Ciò nonostante, il terzo passaggio del test di proporzionalità rappresenta la fase più rilevante dello schema delineato nella sentenza *R. v. Oakes*: nella maggioranza dei casi in cui una legge o un atto amministrativo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Suprema, non è stato soddisfatto il requisito posto dal “*minimal impairment*”³⁸. Ciò, anche quando la Corte Suprema ha ritenuto che la disposizione impugnata non perseguisse un obiettivo rilevante e/o non sussistesse una connessione razionale tra lo scopo prescelto e la soluzione adottata; la Corte, infatti, ha tendenzialmente preferito proseguire il sindacato di proporzionalità e giungere ad una declaratoria di incostituzionalità solamente in occasione del controllo eseguito con la terza componente del test³⁹.

³⁶ *R. v. Edwards Books and Art*, 2 S.C.R. 713, (1986), 772-773.

In senso analogo: *United Stated v. Cotroni*, 1 S.C.R. 1469, (1989), 1489-1490; *R. v. Chaulk*, 3 S.C.R. 1303, (1990), 1341; *R. v. Swain*, 1 S.C.R. 933, (1991), 983; *RJR-MacDonald v. Canada*, 3 S.C.R. 199, (1995), 337; *Harvey v. New Brunswick*, 2 S.C.R. 876, (1996), 905-906; *R. v. Sharpe*, 1 S.C.R. 45, (2001), 102; *Newfoundland v. Nape*, 3 S.C.R. 381, (2004), 420-421; *R. v. Bryan*, 1 S.C.R. 527, (2007), 551-552; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 1 S.C.R. 61 (2013), 264-265.

³⁷ *Mounted Police Association of Ontario v. Canada*, 1 S.C.R. 3, (2015), 77.

³⁸ P.W. Hogg, *Section 1 Revisited*, in 1 *National Journal of Constitutional Law* 1 (1993), 23; D. Beatty, *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments*, in 60 (4) *The Modern Law Review* 481 (1997), 485; J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in 65 *Cambridge Law Journal* 174 (2006), 179; N. Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge, 2017, 118.

In proposito, si veda, altresì, L.E. Trakman, W. Cole-Hamilton, S. Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, in 36 (1) *Osgoode Law Journal* 83 (1998): gli autori hanno svolto uno studio empirico, avendo come periodo di riferimento gli anni ricompresi tra il 1986 ed il 1997. In tale lasso temporale, nel 49% dei casi, le disposizioni sono state dichiarate incostituzionali, in quanto non riuscivano a superare la verifica in merito al “*minimal impairment*” (100-102). Al riguardo, ed a titolo meramente esemplificativo, si vedano le seguenti decisioni: *R. v. Vaillancourt*, 2 S.C.R. 636, (1987); *Ford v. Quebec*, 2 S.C.R. 712, (1988); *Devine v. Quebec*, 2 S.C.R. 790, (1988); *Edmonton Journal v. Alberta*, 2 S.C.R. 1326, (1989); *Black v. Law Society of Alberta*, 1 S.C.R. 591, (1989).

Da ultimo, L. Hardcastle, *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*, in M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang (Eds), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, cit., 152-160; l'autore ha effettuato una ricerca empirica, prendendo in considerazione 120 pronunce, ove è stato applicato il test di proporzionalità, rese dalla Corte Suprema, in materia di diritti fondamentali, nell'arco temporale 1986-2017. Delle 84 decisioni, nelle quali è stata dichiarata l'incostituzionalità della disposizione impugnata, nel 92% dei casi (ovvero in 77 pronunce), la disposizione impugnata non ha superato il sindacato di proporzionalità, in quanto non soddisfaceva (anche) il requisito posto dalla terza componente del test.

³⁹ L. Hardcastle, *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*, cit., 157.

Da ultimo, anche per importanza, viene in rilievo la componente della “*proportionality in the strict sense*”⁴⁰. In tale livello, si esaminano gli effetti in concreto della previsione impugnata, soppesando i benefici ed i sacrifici che essa comporta; in altre parole, si valuta l’impatto che la disposizione ha nel caso specifico. Il quarto livello del test è stato generalmente ritenuto non particolarmente rilevante: l’inutilità di tale passaggio, all’interno dello schema argomentativo predisposto dalla Corte Suprema, trova conferma sia nelle affermazioni di buona parte della dottrina, che ha considerato tale componente ridondante, in quanto comporterebbe valutazioni sostanzialmente analoghe a quelle già svolte nelle prime fasi ed, in particolare modo, a quelle relative all’importanza dell’obiettivo perseguito⁴¹; sia nella prassi applicativa del test di proporzionalità, dal momento che solamente in casi piuttosto recenti e, comunque, minoritari la componente della “*proportionality in the strict sense*” ha assunto una più spiccata rilevanza⁴².

L’elaborazione e l’applicazione dello schema argomentativo della proporzionalità da parte della Corte Suprema del Canada presenta, dunque, una sostanziale divergenza rispetto al modello formulato ed impiegato dalla Corte Costituzionale tedesca. Come già osservato, in Canada, la terza componente rappresenta il passaggio più rilevante del test, mentre, in generale, assume scarso rilievo l’ultima fase, la c.d. “*proportionality in the strict sense*”; viceversa, nel modello tedesco, il quarto livello del test riveste un ruolo centrale, in quanto comporta valutazioni, relative al caso concreto, che non possono essere assolutamente trascurate e che debbono essere svolte nella fase conclusiva del sindacato di proporzionalità.

La differenza, ora illustrata, in merito al funzionamento complessivo dello standard argomentativo della proporzionalità può essere spiegata, in virtù del fatto che, in Canada, le valutazioni – che vengono abitualmente svolte dalla Corte Costituzionale tedesca con la quarta fase del test – sono solitamente anticipate ed effettuate nei passaggi precedenti. In proposito, si pensi al primo livello del test di proporzionalità: la Corte Suprema non si limita a sindacare che l’obiettivo perseguito sia legittimo, ma verifica – sebbene non con particolare incisività – la rilevanza dell’obiettivo medesimo. Tuttavia, la valutazione in merito all’importanza dello scopo non è un controllo astratto; la rilevanza, infatti, si apprezza con riferimento al caso concreto e non tramite l’impiego di parametri astratti e aprioristicamente individuati. Così, già nella prima fase del test è

⁴⁰ L.E. Trakman, W. Cole-Hamilton, S. Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, cit., 102-103; B.L. Berger, *Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 51 *Supreme Court Law Review* 25 (2010), 33-34.

⁴¹ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., 153.

⁴² Il riferimento è alle seguenti pronunce, con le quali la Corte Suprema sembra riconoscere una nuova rilevanza della quarta componente del test di proporzionalità: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2 S.C.R. 567, (2009), e *R. v. K.R.J.*, 1 S.C.R. 906, (2016).

Anche parte della dottrina sembra oggi porre in maggior risalto tale livello di controllo: M. Zion, *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, in 43 (3) *Ottawa Law Review* 431 (2012), 433-434; J. Cameron, *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, in 35 (1) *Osgoode Hall Law Journal* 1 (1997), 66; L. Hardcastle, *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*, cit., 186-192.

richiesto alla Corte Suprema di aprire lo sguardo all'esperienza concreta; mentre, nel modello tedesco, l'apertura verso la dimensione fattuale si verifica solamente con il quarto passaggio del test. Inoltre, valutazioni in merito agli effetti della disposizione impugnata – come è stato rilevato in dottrina – sono regolarmente svolte dalla Corte Suprema, anche nel momento in cui è chiamata a svolgere la verifica inerente al “*minimal impairment*”⁴³.

Come emerge dalle considerazioni sin qui svolte, la prassi applicativa del test di proporzionalità, seguita dalla Corte Suprema del Canada, presenta un rischio non trascurabile: quello di una pericolosa commistione tra valutazioni ed argomentazioni, che afferiscono a diversi passaggi dello schema argomentativo della proporzionalità. Difatti, anticipare già nella prima fase, così come nella terza, la verifica in merito agli effetti in concreto della disposizione impugnata, invece di riservarle all'ultima componente, rischia di determinare una caotica sovrapposizione tra valutazioni, che avrebbero dovuto rimanere ben distinte⁴⁴. Pertanto, proprio al fine di scongiurare tale eventualità, in dottrina, è stata più volte rimarcata l'esigenza di mantenere un’“*analytical separation*”⁴⁵ tra i singoli livelli che compongono il test di proporzionalità. Ed in tale prospettiva, può essere letto quel mutamento, sopra accennato, che, a partire da alcune recenti pronunce, intende assegnare una nuova centralità alla quarta componente del test di proporzionalità⁴⁶. Inoltre, e conseguentemente, è auspicabile la sostituzione della verifica in merito alla (sufficiente) rilevanza della finalità perseguita, con un controllo più circoscritto e limitato a verificare la legittimità dell'obiettivo medesimo, alla stregua di quanto avviene nella giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca.

3. La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana: il tradizionale approccio de-strutturato

In occasione della Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, svoltasi a Roma, presso il Palazzo della Consulta, il 24-26 ottobre 2013, Marta Cartabia, dapprima, sottolineava che «il principio di proporzionalità è frequentemente richiamato nella giurisprudenza costituzionale italiana unitamente al principio di ragionevolezza»; poi, però, rilevava che è del tutto estranea all'esperienza italiana «l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze»⁴⁷.

⁴³ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., 394-395.

⁴⁴ M. Moore, *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, in 82 *Supreme Court Law Review* 143 (2018), 150-153.

⁴⁵ M. Moore, *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, cit., 176.

⁴⁶ A questo riguardo, cfr. la nota n. 42.

Si veda, altresì, S. Weinrib, *The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 68 *University of Toronto Faculty of Law Review* 77 (2010), 80-81 e 87-95.

⁴⁷ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*

Da un lato, dunque, la proporzionalità è costantemente impiegata dalla Corte Costituzionale come parametro per valutare le scelte compiute in sede legislativa. In particolare, nelle argomentazioni dei giudici costituzionali, tale criterio viene generalmente richiamato unitamente ad un altro principio: la ragionevolezza⁴⁸. Tendenzialmente, ragionevolezza e proporzionalità sono impiegati in maniera fungibile l'uno rispetto all'altro, alla stregua di due sinonimi⁴⁹. Ed infatti, molto spesso la Corte Costituzionale fa riferimento al «canone generale della ragionevolezza e proporzionalità»⁵⁰, ricomprendendo in un'unica formulazione entrambi i parametri.

La proporzionalità è stata, altresì, invocata dalla Corte Costituzionale quale parametro per modulare gli effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità: ad esempio, nella sentenza n. 10/2015, la Corte ha fatto riferimento al principio di “stretta proporzionalità”, quale criterio alla stregua del quale circoscrivere gli effetti retroattivi di una pronuncia di accoglimento. In particolare, gli interventi, che derogano alla regola dell'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale, debbono, secondo la Corte, essere subordinati alla sussistenza di due requisiti: «l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento» e «la circostanza che la

italiana, cit., 6.

⁴⁸ Per un approfondimento in merito ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, si rinvia a: AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento d'interessi nelle decisioni delle corti*, in G. Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 201-209; G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit.; C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, Padova, 1973, 1573-1588; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; E. Cheli, *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997; A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991; S. Bartole, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*. Atti del Convegno in memoria di Livio Paladin, Padova, 2001; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

⁴⁹ L. Tria, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. Bronzini, R. Cosio (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017, 206-207.

⁵⁰ Corte Costituzionale, 3 dicembre 2015, n. 250. Si vedano, altresì, le seguenti decisioni, ove si fa riferimento al fondamentale (e generale) canone di ragionevolezza e proporzionalità: Corte Costituzionale, ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33; Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n. 326; Corte Costituzionale, 24 luglio 2013, n. 236; Corte Costituzionale, 13 febbraio 2014, n. 23; Corte Costituzionale, ordinanza 9 luglio 2015, n. 148; Corte Costituzionale, 15 luglio 2015, n. 156; Corte Costituzionale, 20 luglio 2016, n. 192; Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 268.

compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco»⁵¹.

Dall'altro lato, per quel che concerne lo schema argomentativo della proporzionalità, la Corte Costituzionale si è contraddistinta per un approccio diverso, rispetto a quello che ha caratterizzato, ad esempio, la Corte Costituzionale tedesca o la Corte Suprema del Canada. Invero, con l'eccezione di alcune recenti pronunce, che saranno esaminate nel paragrafo successivo, la Corte Costituzionale italiana non ha espressamente formulato una propria versione del test di proporzionalità, mediante la quale dare forma e contenuto al principio di proporzionalità. Tale approccio è stato, pertanto, definito "de-strutturato"⁵², con ciò intendendosi la mancata elaborazione di un modello argomentativo, suddiviso in tre, quattro o cinque passaggi, cui fare riferimento per valutare la costituzionalità di una disposizione legislativa⁵³. Ad esempio, come è stato sottolineato in dottrina, nelle richiamate decisioni, in cui la Corte ha impiegato la proporzionalità, quale parametro per modulare gli effetti temporali della

⁵¹ Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10. Tale impostazione è stata successivamente ripresa dalla Corte in altre pronunce, ove si è posta l'esigenza di graduare l'efficacia temporale della declaratoria di incostituzionalità: Corte Costituzionale, 2 dicembre 2019, n. 246 e Corte Costituzionale, 20 luglio 2020, n. 152.

Sul punto, la letteratura è assai vasta, soprattutto in commento alla sentenza n. 10/2015. In particolare: C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2015; A. Pin, E. Longo, *La sentenza n. 10 de 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2015; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015; A. Anzon Demmig, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5/2015; S. Panizza, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2015; L. Geninatti Satè, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze d'illegittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1/2015, 99; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2015; A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Giur. Cost.*, 1/2015, 67; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte Costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2/2015; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ad origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2015; P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2015; R. Pinardi, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Giur. Cost.*, 1/2015, 222; D. Diaco, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Giur. Cost.*, 1/2016, 194, 204 ss.; F. Depretis, *Un caso di buon governo degli effetti temporali dell'incostituzionalità. A margine della sentenza n. 246 del 2019*, in *Giur. Cost.*, 1/2020, 127, 132 ss..

⁵² La definizione è di M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 14.

⁵³ In proposito, si vedano, inoltre, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 192; N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., 202-204. Entrambi pongono in risalto la difficoltà di individuare nelle pronunce della Corte Costituzionale un modello generale di percorso argomentativo, cui fare riferimento, per risolvere casi di conflitto tra interessi e diritti costituzionalmente rilevanti.

pronuncia di accoglimento, è mancata «la formalizzazione di un sindacato strutturato per tappe intermedie»⁵⁴ e, proprio in ragione di tale carenza, è stata auspicata «una maggiore concretizzazione del test di proporzionalità»⁵⁵.

Ciò premesso, e richiamando al riguardo le considerazioni svolte da Marta Cartabia, le varie fasi, singolarmente considerate, di cui generalmente si compone il test di proporzionalità ricorrono con alterna frequenza nelle motivazioni delle sentenze costituzionali⁵⁶. Infatti, sebbene non sia possibile parlare di struttura quadripartitica della proporzionalità, la Corte Costituzionale ha svolto con una certa regolarità le valutazioni proprie di ciascuna componente del test. In particolare, l'attenzione della Corte sembra essersi concentrata su un duplice ordine di argomenti: il rapporto mezzi-fini, la cui valutazione contraddistingue il secondo ed il terzo passaggio del test di proporzionalità, e gli effetti in concreto della disposizione impugnata, in maniera sostanzialmente analoga alle valutazioni effettuate con la quarta componente del test.

Per quanto concerne il rapporto tra lo strumento scelto dal legislatore e le finalità da perseguire, nel linguaggio della Corte tale categoria di valutazioni ha avuto ad oggetto sia la congruità e l'adeguatezza del mezzo rispetto al fine, sia l'idoneità e la necessità della soluzione adottata⁵⁷. Così, ad esempio, talvolta la Corte fa espresso riferimento al «test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini»⁵⁸; altre volte parla, invece, di «adeguato rapporto tra mezzi e fini»⁵⁹; in altre occasioni, infine, pone in risalto l'esigenza che l'intervento legislativo sia «strettamente necessario alla tutela di quell'interesse»⁶⁰.

Con riferimento agli effetti in concreto della disposizione legislativa impugnata, la Corte ha svolto un'analisi costi-benefici, finalizzata a verificare che i sacrifici imposti ai diritti ed agli interessi coinvolti non risultino eccessivi rispetto all'obiettivo perseguito ed ai vantaggi ad esso connessi⁶¹. Un caso paradigmatico è la sentenza, mediante la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 44 e 45, della Legge di stabilità del 2013, che prevedeva uno specifico meccanismo di retribuzione per il personale dell'allora Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, con qualifica di assistente amministrativo, nel caso in cui avesse svolto funzioni superiori di reggenza di direttore dei servizi generali ed amministrativi (DSGA). Secondo il ricorrente, tale disposizione si poneva in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, sotto il

⁵⁴ C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, cit..

⁵⁵ A. Pin, E. Longo, *La sentenza n. 10 de 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?*, cit..

⁵⁶ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 6.

⁵⁷ N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., 202-210.

⁵⁸ Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 267. In senso analogo: Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10.

⁵⁹ Corte Costituzionale, 12 luglio 2017, n. 169.

⁶⁰ Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20.

⁶¹ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., 106-107; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento d'interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 81-88; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 307.

profilo della ragionevolezza, in quanto il criterio di calcolo della retribuzione introdotto comportava per gli assistenti amministrativi, che ricoprivano mansioni superiori, una progressiva riduzione del compenso previsto dal contratto fino ad arrivare ad un completo azzeramento. Nella fattispecie, venivano in rilievo due distinti interessi, entrambi di rilievo costituzionale: da un lato, il diritto soggettivo a percepire un compenso derivante dalla conclusione di un contratto; dall'altro lato, l'esigenza statale di contenere i costi pubblici, che in astratto poteva legittimare la riduzione dei compensi precedentemente pattuiti. La Corte, nel giustificare la declaratoria di incostituzionalità della disposizione censurata, ha posto l'accento sugli effetti che il meccanismo di retribuzione così congegnato produceva nel caso concreto, ritenendo «non proporzionato il sacrificio imposto al titolare di una situazione soggettiva perfetta derivante da un contratto regolarmente stipulato rispetto all'esigenza di contenimento della spesa pubblica»⁶².

4. La Corte Costituzionale e la tecnica argomentativa della proporzionalità: l'analisi di alcune pronunce recenti

L'approccio "de-strutturato" alla proporzionalità, che ha tradizionalmente contraddistinto il sindacato di costituzionalità svolto dalla Corte Costituzionale, sembra essere messo in discussione da alcune recenti pronunce. Negli ultimi anni, infatti, l'atteggiamento della Corte sembra aver intrapreso anche una nuova direzione: a partire dalla sentenza n. 1/2014, è rinvenibile un, seppur timido, tentativo di delineare uno schema argomentativo che assomiglia, nei tratti essenziali, al test di proporzionalità. In particolare, la Corte, nell'effettuare il sindacato in merito alla ragionevolezza ed alla proporzionalità delle scelte legislative, sembra iniziare a scandire le singole valutazioni che il giudice è chiamato a compiere e di cui deve dare adeguato riscontro nel motivare la propria decisione.

Si accennava al fatto che il test di proporzionalità, nonostante alcuni riferimenti testuali in precedenti decisioni⁶³, sia stato per la prima volta tratteggiato nella sentenza n. 1/2014, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni dell'allora vigente legge elettorale, meglio conosciuta come "Porcellum". L'articolo 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del D.P.R. n. 361/1957, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dalla legge n. 270/2005, prevedeva un meccanismo di assegnazione del premio di maggioranza per l'elezione della Camera dei Deputati, in virtù del quale alla lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti, anche con uno scarto esiguo, veniva comunque attribuita la maggioranza assoluta dei seggi. Tale disposizione, secondo la Corte di Cassazione, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, si poneva in violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto istituiva un sistema di attribuzione del premio di maggioranza palesemente irragionevole. Nel

⁶² Corte Costituzionale, 20 maggio 2016, n. 108.

⁶³ Ad esempio, Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227.

risolvere la questione, la Corte Costituzionale, dopo aver affermato che anche le leggi elettorali soggiacciono allo scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità, ha rilevato che, per valutare se la scelta legislativa possa dirsi rispettosa dei parametri invocati, è opportuno fare riferimento al test di proporzionalità. Quest’ultimo, sostiene la Corte Costituzionale, «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»⁶⁴.

Da una prima lettura, la Corte Costituzionale sembra articolare lo standard argomentativo della proporzionalità in tre fasi, rappresentate rispettivamente dalla idoneità⁶⁵, dalla necessità⁶⁶ e dalla proporzionalità in senso stretto⁶⁷. Tuttavia, nel corpo della motivazione, è rinvenibile anche il passaggio relativo alla verifica della finalità perseguita dall’intervento legislativo; al riguardo, la Corte ha sottolineato che la disposizione censurata perseguiva «il legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari». Ciò nonostante, la Corte ha ritenuto che la previsione legislativa non superasse la verifica in merito alla necessità del mezzo rispetto al fine, dal momento che il meccanismo di assegnazione del premio di maggioranza comportava una «illimitata compressione della rappresentatività dell’assemblea parlamentare». E, dunque, «pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale», la legge elettorale dettava «una disciplina che non rispetta(va) il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti»⁶⁸.

Con la sentenza in esame, in sostanza, la Corte Costituzionale sembra aver fatto propria la nozione “articolata” della proporzionalità, scomponendo in quattro passaggi argomentativi le valutazioni da effettuare per valutare la legittimità costituzionale degli interventi legislativi. L’impostazione inaugurata con tale pronuncia è stata successivamente ripresa in alcune, sporadiche, decisioni, afferenti ad ambiti diversi: il test di proporzionalità, infatti, è stato impiegato, sia con riferimento alla tecnica del bilanciamento dei diritti e degli interessi

⁶⁴ Corte Costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

⁶⁵ La fase della idoneità viene espressamente menzionata e trova, poi, conferma nella parte in cui la Corte ha affermato che le misure scelte dal legislatore debbono essere appropriate.

⁶⁶ La componente della necessità viene esplicitamente richiamata e trova conferma laddove la Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore deve far ricorso alla soluzione meno restrittiva.

⁶⁷ La fase della proporzionalità in senso stretto si rinviene nella parte in cui la Corte fa riferimento agli oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento degli obiettivi prefissati.

⁶⁸ Con la stessa pronuncia, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo anche l’articolo 17, commi 2 e 4, del D.Lgs. n. 533 del 1993, che disciplinava il sistema di assegnazione del premio di maggioranza per le elezioni del Senato della Repubblica, attribuendo alla lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti validi la maggioranza assoluta dei seggi, pari al 55% di quelli riservati alla Regione. Nel dichiarare l’incostituzionalità di tale disposizione, la Corte Costituzionale ha nuovamente fatto riferimento al test di proporzionalità, ravvisando sia il «difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata», sia «l’inidoneità della stessa al raggiungimento dell’obiettivo perseguito».

costituzionalmente rilevanti, sia nel contesto delle relazioni tra Stato e Regioni, sia, infine, per quel che concerne le limitazioni che il legislatore regionale può imporre all'autonomia comunale, in materia di pianificazione urbanistica.

In merito all'attività di bilanciamento dei diritti ed interessi in conflitto⁶⁹, è da segnalare la sentenza n. 20 del 2019, relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 1-*bis* e 1-*ter*, del D.Lgs. n. 33/2013, recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»⁷⁰. Per quel che interessa, l'articolo 14, comma 1-*bis*, estendeva a tutti i titolari di incarichi dirigenziali nella Pubblica Amministrazione, a qualsiasi titolo conferiti, gli obblighi di pubblicazione dei dati, indicati dall'articolo 14, comma 1, del medesimo decreto legislativo (norma, quest'ultima, che si riferisce ai titolari di incarichi politici). In particolare, l'articolo 14, comma 1, lett. c), concerne i compensi, di qualsiasi natura, connessi all'assunzione della carica, nonché gli importi dei viaggi di servizio e delle missioni pagate con fondi pubblici; mentre la lett. f) riguarda i dati patrimoniali e reddituali propri e dei più stretti congiunti. Secondo il giudice rimettente, la disposizione censurata si poneva in contrasto, tra gli altri, con l'articolo 3 della Costituzione, sotto il duplice profilo della violazione del principio di ragionevolezza-proporzionalità e della lesione del principio di uguaglianza.

Il giudizio, così ricostruito, aveva ad oggetto il bilanciamento tra due diritti: quello alla riservatezza dei dati personali, inteso come diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona; e quello di ciascun cittadino al libero accesso ai dati ed alle informazioni in possesso della Pubblica Amministrazione. Nel risolvere tale questione, la Corte ha dato espressamente atto di avvalersi del test di proporzionalità, riproponendone una formulazione analoga a quella adottata nella sentenza n. 1/2014⁷¹. È interessante, tuttavia, analizzare l'applicazione che, nel ragionamento svolto dalla Corte, viene fatta dello schema argomentativo della proporzionalità. Invero, per verificare se la scelta legislativa superava il test di proporzionalità, la Corte ha, in un primo momento, posto l'accento sulle finalità perseguite dalla disposizione censurata, rilevando che essa (al pari delle altre previsioni del D.Lgs. n. 33/2013) perseguiva «rilevanti obiettivi di trasparenza dell'esercizio delle funzioni pubbliche», in vista della «trasformazione della pubblica amministrazione in una "casa di vetro"».

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'obbligo, gravante su ciascun titolare di

⁶⁹ Al riguardo, si segnalano, inoltre, le seguenti pronunce: Corte Costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162; Corte Costituzionale, 27 febbraio 2015, n. 23; Corte Costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63; Corte Costituzionale, 25 maggio 2018, n. 107.

⁷⁰ Corte Costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20.

⁷¹ Afferma, infatti, la Corte che «in valutazioni di tale natura, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

incarichi dirigenziali, di pubblicare i dati di cui all’art. 14, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013, in quanto la possibilità di conoscere tali informazioni, da parte di ciascun cittadino, era «ragionevolmente ed effettivamente connessa» all’obiettivo della trasparenza amministrativa.

Viceversa, con riferimento all’obbligo generalizzato di pubblicità dei dati reddituali e patrimoniali, la Corte ha ritenuto che tale previsione non superasse il test di proporzionalità e, nello specifico, che non rispondesse a due delle condizioni poste da tale standard argomentativo: «l’imposizione di oneri non sproporzionati rispetto ai fini perseguiti e la scelta della misura meno restrittiva dei diritti che si fronteggiano». Il primo requisito, relativo alla scelta della soluzione meno limitativa dei diritti potenzialmente in conflitto, assomiglia molto al passaggio della “necessità” del modello impiegato dalla Corte Costituzionale tedesca; al riguardo, argomenta la Corte, la previsione in esame non supera questo livello di controllo, in quanto «esistono senz’altro soluzioni alternative a quella ora in esame, tante quanti sono i modelli e le tecniche immaginabili per bilanciare adeguatamente le contrapposte esigenze di riservatezza e trasparenza». La seconda condizione, relativa all’imposizione di oneri non sproporzionati, richiama, invece, la quarta componente del test di proporzionalità. La Corte Costituzionale, infatti, si è soffermata sugli effetti, in concreto, della norma censurata, rilevando che essa avrebbe comportato la pubblicazione di un’ingente quantità di dati personali, considerata l’ampia platea dei destinatari. Muovendo da tale premessa, essa ha evidenziato che i benefici auspicati sarebbero stati sensibilmente ridotti; ed infatti, la pubblicazione di una notevole massa di dati avrebbe determinato il «rischio di frustrazione delle stesse esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche, poste a base della normativa sulla trasparenza». Di conseguenza, nel valutare l’impatto concreto della previsione in esame e nel soppesare i benefici ed i sacrifici ad essa connessi, la Corte ha concluso che «alla compressione - indiscutibile - del diritto alla protezione dei dati personali non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell’interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione». L’effetto ultimo, in altre parole, è quello di generare “opacità per confusione”, derivante dalla mancata selezione delle informazioni da pubblicare, più adeguate al perseguimento dell’obiettivo prefissato. La Corte ha così dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 14, comma 1-*bis*, del D.Lgs. n. 33/2013, nella parte in cui prevedeva l’obbligo di pubblicazione dei dati di cui all’art. 14, comma 1, lett. f), anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti.

In materia di rapporti tra Stato e Regioni, la prima decisione ove la Corte ha fatto espressa applicazione del test di proporzionalità, è la sentenza n. 272/2015, relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 41, comma 2, del D.L. n. 66/2014, promosso dalla Regione Veneto⁷². La disposizione in

⁷² Corte Costituzionale, 22 dicembre 2015, n. 272.

In precedenza, già in altre occasioni la Corte Costituzionale ha applicato lo scrutinio di

questione prevedeva un rigido meccanismo sanzionatorio per le Pubbliche Amministrazioni, comprese le Regioni, per l'ipotesi in cui gli enti pubblici accumulassero un ritardo nel pagamento dei propri debiti commerciali, superiore ad un termine individuato dalla norma medesima. In particolare, la sanzione consisteva nel divieto temporaneo, per le Pubbliche Amministrazioni inadempienti, di procedere a nuove assunzioni di personale. Secondo la Regione ricorrente, l'art. 41, comma 2, del D.L. n. 66/2014, avrebbe violato il principio di ragionevolezza-proporzionalità, sotto il profilo della omogeneità e della proporzionalità della sanzione.

La Corte - dopo aver osservato che il rispetto del principio di proporzionalità deve sempre caratterizzare il rapporto tra violazione e sanzione, a maggior ragione nell'ambito delle relazioni tra Stato e Regioni, quando l'imposizione di una sanzione da parte del legislatore statale determina una rilevante compressione dell'autonomia regionale - ha espressamente richiamato il test di proporzionalità, nella formulazione proposta nella sentenza n. 1/2014, quale standard da impiegare per valutare se la disposizione censurata fosse rispettosa del richiamato principio. In particolare, nel ritenere che tale norma non superasse il vaglio di costituzionalità, la Corte ha delineato un percorso argomentativo, all'interno del quale le singole componenti del test di proporzionalità risultano ben scandite l'una dall'altra. Così, in un primo momento, ha affermato che l'art. 41, comma 2, del D.L. n. 66/2014 «ha di mira una finalità che legittimamente può essere perseguita dal legislatore statale, anche nei rapporti con le regioni», individuando tale scopo nell'esigenza di evitare ritardi nel pagamento dei debiti commerciali da parte delle Pubbliche Amministrazioni, anche al fine di «fronteggiare una situazione che provoca gravi conseguenze per il sistema produttivo». Successivamente, con riferimento al passaggio della «idoneità», la Corte ha, dapprima, rilevato che l'apparato sanzionatorio, previsto dalla norma in esame, non era di per sé sempre adeguato a far sì che le Pubbliche Amministrazioni pagassero sollecitamente i loro debiti; e, poi, ha aggiunto che «la mancata considerazione della causa del ritardo, al quale consegue automaticamente l'applicazione della sanzione prevista dalla legge, rende ipotetica e, in definitiva, aleatoria l'idoneità della norma a conseguire la finalità, dal momento che, nei casi in cui il ritardo non fosse superabile con un'attività rimessa alle scelte di azione e di organizzazione proprie dell'ente pubblico, la minaccia del blocco delle assunzioni o la sua concretizzazione non potrebbe sortire l'effetto auspicato». Anche per quel che riguarda la verifica in merito alla necessità della soluzione adottata dal legislatore rispetto all'obiettivo prescelto, la Corte ha rilevato che la norma impugnata non superava il test di proporzionalità; in proposito, essa ha osservato che «la rigidità della previsione, sia sul versante

proporzionalità in materia di rapporti tra Stato e Regioni; ad esempio, nella sentenza Corte Costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, e nella sentenza Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14. Tuttavia, nelle due decisioni richiamate, la Corte ha fatto riferimento al parametro della ragionevolezza-proporzionalità, quale criterio alla stregua del quale valutare la legittimità costituzionale dell'intervento statale, senza, peraltro, dare concretezza a tale sindacato, attraverso l'elaborazione di un compiuto schema argomentativo.

dell'individuazione della violazione (senza differenziazione tra le ipotesi di superamento minimo dei tempi medi prescritti e le altre), sia su quello delle sue conseguenze (la sanzione è, in ogni caso, il blocco totale), porta a ritenere, infatti, che l'obiettivo perseguito potesse essere raggiunto con un sacrificio minore – più precisamente con un sacrificio opportunamente graduato – degli interessi costituzionalmente protetti». Da ultimo, la Corte ha posto l'accento sugli effetti in concreto del meccanismo sanzionatorio in questione, rilevando che la mancata considerazione della situazione in cui versa la Pubblica Amministrazione, per quel che attiene alla dotazione di personale, può determinare effetti di segno negativo, imprevedibili ed eccessivi, a discapito di quelle Regioni che, negli ultimi anni, hanno già sensibilmente ridotto il numero del personale medesimo.

Lo schema argomentativo, adottato nella pronuncia ora esaminata, è stato, nel corso degli anni, ripreso dalla Corte in altre decisioni, aventi ad oggetto il rapporto tra Stato e Regioni: al riguardo, si richiamano le sentenze n. 137/2018⁷³, n. 56/2020⁷⁴ e n. 78/2020⁷⁵.

Una diversa e, forse, più compiuta elaborazione del test di proporzionalità, si rinviene in due recenti pronunce, in merito alla portata ed all'ampiezza dei limiti, cui può essere assoggettata la funzione di pianificazione comunale, da parte del legislatore regionale. Nella sentenza n. 179/2019, prima, e nella decisione n. 119/2020, poi, la Corte ha, infatti, proposto la seguente formulazione, articolandola sempre in quattro passaggi: «il giudizio di proporzionalità deve perciò svolgersi, dapprima, in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale e quindi in concreto con riguardo alla necessità, alla adeguatezza e al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti»⁷⁶.

Nella prima decisione richiamata, la Corte si è, dapprima, soffermata sulla finalità perseguita dal legislatore regionale, osservando che essa «rientra, senza dubbio, nell'ambito del legittimo esercizio della competenza regionale e di per sé appare compatibile con la pianificazione urbanistica locale». Ciò nonostante, l'intervento legislativo regionale è stato considerato costituzionalmente illegittimo, dal momento che non superava il test di proporzionalità, con riferimento ai requisiti dell'adeguatezza e della necessità della limitazione imposta all'autonomia comunale. La norma – ha sottolineato la Corte – comportava infatti un'indiscriminata limitazione dell'autonomia dell'ente locale, precludendo qualsiasi intervento comunale, anche nell'ipotesi in cui fosse rivolto a soddisfare le stesse esigenze che avevano ispirato l'intervento del legislatore regionale; al tempo stesso, la limitazione inferta alla potestà pianificatoria comunale non aveva una durata definita, né era stata prevista la possibilità di interlocuzione da parte dei Comuni con le Regioni. Questi, in sostanza, sono gli argomenti che hanno condotto la Corte a ritenere non adeguata, né necessaria, la scelta del legislatore regionale.

⁷³ Corte Costituzionale, 27 giugno 2018, n. 137.

⁷⁴ Corte Costituzionale, 26 marzo 2020, n. 56.

⁷⁵ Corte Costituzionale, 24 aprile 2020, n. 78.

⁷⁶ Corte Costituzionale, 16 luglio 2019, n. 179 e Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 119.

Di diverso avviso, invece, è stata la Corte nella sentenza n. 119/2020. In tale occasione, essa ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'intervento legislativo regionale, alla luce del principio e del test di proporzionalità. La disposizione censurata, infatti, oltre a soddisfare interessi pubblici di dimensione sovracomunale, introduceva deroghe all'autonomia dell'ente locale, riferendole ad «interventi quantitativamente, qualitativamente e temporalmente circoscritti»; di conseguenza – ha concluso la Corte – la norma regionale non comprimeva la potestà dei Comuni «oltre la soglia dell'adequatezza e della necessità».

5. Riflessioni conclusive

L'esame delle decisioni richiamate al paragrafo precedente lascia intravedere la sporadica presenza, anche nell'argomentazione del giudice costituzionale italiano, dello standard argomentativo della proporzionalità.

Non si vuole certo sostenere che la Corte Costituzionale italiana ha abbandonato l'approccio “de-strutturato” alla proporzionalità, che ha tradizionalmente contraddistinto il suo sindacato. Si è, al riguardo, sottolineato che la Corte non ha impiegato in maniera costante, né ha iniziato a farlo di recente, lo schema argomentativo della proporzionalità.

Semplicemente, si vuole rilevare che sono emersi, nel corso degli ultimi anni, alcuni apprezzabili tentativi di delineare un percorso argomentativo, per dare concretezza ed organicità alle valutazioni, che il giudice è chiamato ad effettuare nel condurre il controllo di costituzionalità alla stregua del principio di ragionevolezza-proporzionalità.

Del resto, se non è possibile trascurare tale aspetto innovativo, non è nemmeno da enfatizzare la presenza del test di proporzionalità nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, i casi in cui la Corte ha fatto ricorso a tale standard costituiscono, pur sempre, episodi isolati ed occasionali, che non consentono – diversamente da altre esperienze costituzionali, come ad esempio quella tedesca o quella canadese – di apprezzarne la portata generale. In secondo luogo, si tratta di formulazioni tendenzialmente incomplete, che non articolano in maniera esplicita e ben definita le singole fasi di cui si compone lo schema argomentativo della proporzionalità. L'individuazione dei singoli passaggi, infatti, necessita di un'attenta attività ermeneutica, finalizzata a ricostruire il ragionamento seguito dal giudice nel pervenire alla decisione; in altre parole, le componenti del test di proporzionalità non emergono espressamente dalla lettura delle motivazioni delle sentenze, ove esso viene invocato ed applicato.

Ciò premesso, la strada intrapresa verso un atteggiamento “strutturato” alla proporzionalità è da guardare con particolare favore. Sembra opportuno richiamare, anche con riferimento all'utilizzo del test di proporzionalità da parte della Corte Costituzionale italiana, quell'esortazione che la dottrina canadese ha, più volte, rivolto alla Corte Suprema del Canada: l'importanza di mantenere un’*“analytical separation”* tra le singole componenti dello standard argomentativo

della proporzionalità⁷⁷. L'importanza, cioè, di distinguere, nell'ambito delle argomentazioni proposte, i singoli passaggi del test e di evitare la confusione che si verrebbe a creare, nel *corpus* della motivazione, dalla commistione tra argomenti e giustificazioni, che afferiscono a fasi diverse. Segnali incoraggianti in tal senso si rinvencono nelle decisioni richiamate al paragrafo precedente: difatti, la Corte Costituzionale si è limitata, nella prima componente del test, a verificare la legittimità della finalità prescelta, senza anticipare giudizi in merito alla rilevanza dell'obiettivo medesimo. Quest'ordine di valutazioni – come dimostra l'esperienza costituzionale tedesca e come, si auspica, avverrà anche nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada – debbono essere effettuate al termine del sindacato di proporzionalità, quando la Corte è chiamata a confrontare i contrapposti interessi ed a soppesare, in concreto, gli effetti, in termini di benefici e di sacrifici, conseguenti e connessi alla disposizione legislativa impugnata.

Invero, uno dei principali benefici, derivanti dall'utilizzo del test di proporzionalità, è individuato dalla formula “*structured analysis*”; tale espressione indica la possibilità di scandire e di tenere distinte le valutazioni che il giudice costituzionale è chiamato ad effettuare⁷⁸. Così, al quesito in merito alla ragionevolezza ed alla proporzionalità della soluzione legislativa, oggetto di controllo, la risposta non sarà semplicemente positiva o negativa, ma sarà, piuttosto, articolata e generalmente suddivisa in quattro passaggi logico-argomentativi⁷⁹. Da qui, la necessità di tenere ben distinte le singole fasi del test, pena la frustrazione della sua *ratio*, che è quella di offrire ai giudici un percorso logico-argomentativo, nel quale ciascun elemento valutativo e giustificativo è inserito nella fase ad esso riservata.

L'adozione del test di proporzionalità sembra comportare anche ulteriori benefici, che possono rilevarsi, innanzitutto, sul piano dell'argomentazione. L'effetto positivo consiste nel consentire ai giudici di presentare le ragioni e le giustificazioni a sostegno della decisione assunta, in maniera ordinata ed analitica; e, dunque, di adottare una motivazione formalmente corretta e coerente. Ciò comporta apprezzabili conseguenze anche in termini di trasparenza del ragionamento giuridico⁸⁰: una motivazione così redatta, infatti, consente una più

⁷⁷ *Supra*, par. 2.

⁷⁸ V.C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal* 3094 (2014-2015), 3142-4143; M. Klatt, M. Meister, *Proportionality - a Benefit for Human Rights - Remarks on the I-CON Controversy*, in 10 *International Journal of Constitutional Law* 687 (2012), 708; A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in 60 *Emory Law Journal* 797 (2010-2011), 804; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72 (2008-2009), 89; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., 460-462.

⁷⁹ K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, in 10 (3) *International Journal of Constitutional Law* 709 (2012), 727.

⁸⁰ V.C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, in 1 *Journal of Constitutional Law* 583 (2014), 621; M. Tushnet, *Advanced Introduction of Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, United Kingdom, 2014, 81-83; A. Corasaniti, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., 267; V.C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., 3142; V.C. Jackson, *Being*

facile emersione delle ragioni in favore della soluzione adottata e, in definitiva, una maggiore giustificabilità della decisione medesima.

Non trascurabili benefici, si rinvergono, inoltre, sia per quanto riguarda l'accresciuta efficacia persuasiva di una pronuncia; sia, dal punto di vista dei destinatari, in una più agevole comprensione degli argomenti proposti e della soluzione adottata. Strettamente correlato al profilo della comprensibilità e della intellegibilità è il tema della controllabilità del ragionamento svolto dai giudici nel pervenire ad una soluzione: il controllo può essere esercitato sia da parte dell'opinione pubblica, sia ad opera del legislatore, e può dar vita ad un duplice ordine di conseguenze. L'esito della verifica, infatti, può coincidere con la condivisione e con l'apprezzamento, ma può anche sfociare in critiche, talvolta aspre, dell'operato dei giudici⁸¹.

Tutto ciò – anche nell'ipotesi in cui il controllo si traduca in un giudizio negativo – non fa altro che impreziosire il dibattito in merito alla Costituzione ed al rispetto della medesima, sul quale è chiamata a vigilare in ultima istanza la Corte Costituzionale; e, conseguentemente, consente di alimentare il sentimento di fiducia dei cittadini verso l'attività svolta dal giudice costituzionale ed accrescere il consenso sociale intorno alla sua funzione ed alle sue decisioni.

Proportional about Proportionality, in 21 *Constitutional Commentary* 803 (2004), 831; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., 96-97.

⁸¹ Per un approfondimento su questi aspetti, si veda F. Falorni, *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *Federalismi.it*, 30/2020, 67, 92-106.

Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria

di Simone Gianello e Paolo Zicchittu*

Abstract: Constitutional Interpretation and Populism: A Comparison between Italy and Hungary. This essay aims to compare constitutional interpretation techniques used by the Italian Constitutional Court and the Hungarian one vis-à-vis the advancing of populist claims in Europe. After introducing the differences between the exercise of sovereignty in constitutional legal systems towards populist regimes, the authors analyze some paradigmatic cases in which Constitutional Courts reacted to populist waves. Through comparing the different legal instrument adopted to interpret the Constitution, this paper will therefore test the Italian and Hungarian legal system concrete democratic evolution.

Keywords: Constitutional Court; Constitutional interpretation; Populism; Constitutionalism; Italy; Hungary.

4545

1. Due logiche inconciliabili, ovvero il ruolo dell'interpretazione costituzionale

Nel corso delle ultime due decadi, numerosi sistemi giuridici contemporanei hanno assistito alla progressiva ascesa di movimenti e rivendicazioni variamente ascrivibili alla categoria dogmatica del populismo¹. A livello europeo, il fenomeno ha interessato sia gli assetti costituzionali occidentali, che possono vantare una tradizione liberale storicamente consolidata, sia gli ordinamenti sviluppatisi a partire dalla caduta del c.d. “blocco sovietico”, i quali, invece, si sono avviati solo di recente verso un compiuto processo di democratizzazione istituzionale. Durante gli anni, dunque, il termine populismo è stato impiegato con frequenza sempre crescente da una pluralità di attori politici, fino a trascendere le divisioni teoriche tradizionali. Il relativo concetto, insomma, si è progressivamente qualificato come

* Benché il presente saggio sia il frutto di una riflessione comune, i paragrafi da 1 a 3 devono attribuirsi principalmente a Paolo Zicchittu, mentre i paragrafi da 4 a 6 devono attribuirsi prevalentemente a Simone Gianello.

¹ Senza pretesa di esaustività, C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, 2007, 121 ss.; Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2001; P. Pombeni, *Il populismo nel contesto del costituzionalismo europeo*, in *Ric. St. Pol.*, 3/2004, 367 ss.; J.W. Müller, *Che cos'è il populismo?*, Milano 2017; F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992; E. Laclau, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2005; K. Weyland, *Populism. A political-strategic approach*, in C. Rovira Kaltwasser, P.A. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy (eds), *The Oxford handbook of populism*, Oxford, 2017, 48 ss.

una sorta di approccio generale – o se si preferisce come uno “stile” politico – che, contrapponendo sul piano ideologico il popolo, comunque portatore di valori positivi, alle *élites* corrotte e incompetenti, si è prestato piuttosto agevolmente ad essere impiegato da una panopia di movimenti e nei contesti più disparati².

Da questo punto di vista, una comparazione tra le realtà ordinamentali di Italia e Ungheria si rivela estremamente istruttiva per chiarire il significato che il populismo ha assunto e tende ancora ad assumere nei diversi assetti normativi. Tradizionalmente, infatti, il caso italiano rappresenta un modello democratico stabile e durevole, in cui il populismo si atteggia secondo connotati meno radicali, mentre il sistema giuridico magiario costituisce, per converso, il paradigma di un ordinamento ancora in transizione, chiamato a confrontarsi con forme di populismo decisamente più autoritarie e illiberali³.

In entrambi i contesti, dunque, si fronteggiano, più o meno apertamente, due approcci alternativi al testo della Costituzione: uno di tipo garantistico, patrocinato dalle Corti costituzionali, l'altro di carattere, per così dire, opportunistico, tipico, viceversa, delle forze populistiche. In altri termini, in Italia e in Ungheria, il confronto giuridico e culturale che oppone strutturalmente costituzionalismo e populismo, si gioca anzitutto sul terreno dell'interpretazione giuridica, ragion per cui diventa decisivo interrogarsi su quale sia il ruolo assolto in concreto dai giudici costituzionali di fronte alle derive più evidenti della sovranità popolare⁴. Attraverso questo accostamento sarà possibile analizzare per contrapposizione e in via di prassi – esaminando cioè le vicende più significative in cui i diversi approcci al testo costituzionale si sono misurati – come le Istituzioni di garanzia italiane e magiare abbiano reagito alle crescenti ondate populiste, non soltanto in ragione del contesto politico e istituzionale di riferimento, ma anche con riguardo alle declinazioni in termini di “*soft populism*” o di “*hard populism*”, che il fenomeno ha rispettivamente assunto nei due assetti normativi⁵.

² Cfr. P.A. Taguieff, *Populismes et antipopulismes: le choc des argumentations*, in *Mots*, 1/1998, 5 ss.; H. Keman, A. Krouvel, *The Rise of a New Political Class? Emerging New Parties and the Populist Challenge in Western Europe*, in *Work. Papers Pol. Sc.*, 2/2006; C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in *Gov. & Opp.*, 4/2004, 542 ss.

³ C. Biancalana, *Four Italian Populisms*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 216 ss.; T. Di Tella, *Populism into the Twenty-first Century*, in *Gov. & Opp.*, 2/1997, 187 ss.; R. Barr, *Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics*, in *Party Pol.*, 1/2009, 29 ss.

⁴ Sul carattere opportunistico dell'interpretazione costituzionale promossa dai movimenti populistici, K.L. Scheppele, *The opportunism of populist and the defense of constitutional liberalism*, in *Ger. Law J.*, 1/2019, 314 ss.; P. Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 3/2019, 519 ss. Nella dottrina italiana, a titolo di esempio, A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 2007 ss.

⁵ In generale sulla *ratio* di un simile accostamento, R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1/2005, 125 ss. Più specificamente, sulla distinzione tra “*hard populism*” e “*soft populism*”, si vedano, tra gli altri, C. Mudde, *The ideology of the extreme right*, Manchester, 2000; J. De Waele, *Faces of Populism in Central and Eastern Europe*, in H. Swoboda, J. Wiersma (eds), *Democracy, Populism and Minority Rights*, Bruxelles, 2008, 49 ss.; M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, in *Pol. St.*,

In linea generale, il pensiero costituzionalistico affronta il tema del potere politico e della sua legittimazione, predisponendo dei limiti cogenti all'esercizio (arbitrario) della sovranità popolare. In questa logica, le Carte costituzionali individuano un sistema di *checks and balances*, che delimita le aspirazioni della maggioranza per mantenere un confronto leale tra visioni contrapposte a garanzia delle libertà dei cittadini⁶. In questa stessa logica, le Costituzioni si propongono come un organico complesso di disposizioni, congegnate nella loro essenza per contenere eventuali deviazioni da parte dei titolari del potere politico, anche quando l'azione di governo goda di un notevole consenso popolare e quindi di un'ampia legittimazione democratica⁷.

Il costituzionalismo, pertanto, non innalza acriticamente il popolo alla stregua di un'indistinta totalità politica, che trascende ogni tipo di divisione e che deve essere assecondata a tutti i costi, ma postula piuttosto la manifestazione diversificata delle opinioni, la tolleranza reciproca e la pacifica coesistenza di molteplici gruppi sociali, tutti parimenti dotati di diritti e interessi, che reclamano la propria salvaguardia all'interno di un contesto comune⁸. Si afferma così una concezione del tutto peculiare, secondo cui esistono elementi inevitabilmente sottratti alla "volontà generale", i quali, rispondendo a logiche diverse da quelle riconducibili al mero principio maggioritario, non sono negoziabili e, proprio per questo, si collocano al vertice del sistema come contrappeso pluralistico all'azione della maggioranza democraticamente eletta⁹.

Le teorie populiste, al contrario, presuppongono che la "volontà popolare", in quanto tale, superi naturalmente i limiti di diritto posti dalla Costituzione: qualora riceva il sostegno diretto da parte degli elettori, l'azione di governo non può e non deve subire interferenze di sorta. Il "popolo", infatti, è l'unico depositario

1/1999, 2-16; K. Lang, *Populism in Central and Eastern Europe a threat to democracy or just political folklore?*, in *Sl. For. Pol. Aff.*, 1/2005, 6 ss.

⁶ M. Dogliani, *La Costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in Aa.Vv., *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, 2003, 33 ss. Analogamente si vedano G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1675.

⁷ Sul rapporto tra sovranità e legittimazione costituzionale, G. De Vergottini, *La persistente sovranità*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino, 2014, 1373 ss.; Q. Skinner, *Sovereignty in Fragment. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, 2011, 151 ss.; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Milano, 1995; P. Passaglia, *Sovranità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5643 ss.; N. McCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 2008, 74 ss.

⁸ In questa prospettiva A. Spadaro, *Dal problema dell'“effettività” della democrazia (la lezione di Martines) a quello dei limiti alla democrazia (la lezione della storia)*, in M. Aini, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, 287 ss.; M. Dogliani, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2/1993, 529 ss.; A. D'Atena, *Lezioni di Diritto costituzionale*, 2006, Torino, 2006, 31 ss.

⁹ Così *passim* A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993. In proposito anche L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, 36 ss.; P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 1992, 73 ss. e G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, 28 ss.

dei valori positivi presenti nella società, ragion per cui i movimenti o i *leaders* carismatici, che, attraverso una relazione disintermediata e non tradizionale, ne rappresentano le istanze, non devono incontrare alcun vincolo in grado di contrastare la rapida e puntuale realizzazione delle aspettative sociali¹⁰.

Il populismo integra cioè una programmatica degenerazione delle regole democratiche-costituzionali, non solo perché esclude in radice la possibilità che esistano delle minoranze qualificate, dotate di diritti e capaci di opporsi agli obiettivi fissati inopinatamente dal “popolo”, ma anche perché rifiuta con fermezza l’esistenza di principi assiologicamente superiori al volere manifestato dal corpo elettorale, delegittimando in varie forme l’azione contro-maggioritaria affidata alle Istituzioni di garanzia¹¹.

Di conseguenza, mentre il costituzionalismo assume come premessa della democrazia la compresenza di posizioni politico-ideologiche diverse, il populismo si basa su una raffigurazione monolitica della società, che livella le differenze e sacrifica le libertà in nome di un interesse suppostamente unitario, onde favorire la costruzione di uno Stato di diritto “debole”, in cui diventa possibile governare senza vincoli di sorta¹².

Proprio per evitare distorsioni di questo tipo, le Costituzioni novecentesche hanno previsto al loro interno tutti gli anticorpi necessari per neutralizzare le pericolose oscillazioni della sovranità insite nel populismo, assegnando ai giudici costituzionali un ruolo di assoluta rilevanza all’interno dell’ordinamento¹³. Nei modelli contemporanei, l’interpretazione della Costituzione viene chiamata a chiarire le regole che governano la democrazia nei confronti del potere politico, ribadendo le condizioni indispensabili affinché l’esercizio del suffragio non trasmodi nell’arbitrio della maggioranza e non si traduca in una violazione dei diritti individuali o in un pregiudizio per la posizione delle minoranze¹⁴.

¹⁰ *Ex plurimis* N. Merker, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari 2009, 52 ss.; N. Matteucci, *Dal populismo al compromesso storico*, Roma 1976; P.A. Taguieff, *A Political Science Confronts Populism: From a Conceptual Mirage to a Real Problem*, in *Telos*, 1/1995, 9 ss.; S. Fabbrini, *Il nuovo populismo europeo*, in *Il Mulino*, 5/2015, 823 ss.; M. Canonvan, *Il populismo come l’ombra della democrazia*, in *Europa Europe*, 2/1993, 40 ss.; L. Zanatta, *Il populismo. Sul nucleo forte di un’ideologia debole*, in *Polis*, 2/2002, 263 ss.

¹¹ Cfr. L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 515 ss.; F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, 18 ss.; S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?*, Bologna, 2002, 102 ss.; K. Weyland, *Clarifying a Contested Concept Populism in the Study of Latin American Politics*, in *Comp. Pol.*, 1/2001, 4 ss.; C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 1/2019, 29 ss.

¹² Così *passim* N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020.

¹³ Sul ruolo dell’interpretazione nelle democrazie costituzionali, *ex multis*, F. Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova, 1998, 42 ss.; M. Dogliani, *Il “posto” del diritto costituzionale*, cit. 538 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. Cost.*, 1/2001, 36 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109 ss.; G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. Cost.*, 1/1989, 229 ss.

¹⁴ Esemplarmente, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, 2000, 258 ss.; A. Spadaro, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. Dir.*, 3/1996, 399 ss.; C. Pinelli, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2012, 1016 ss.; N.

Intesa in questi termini, l'attività esegetica assume un carattere primariamente difensivo, per cui, di fronte a due diverse letture del dettato costituzionale, dovrà preferirsi l'opzione ermeneutica che tuteli maggiormente i principi caratterizzanti di quel dato assetto normativo, così da contrastare le prevaricazioni perpetrate in nome di una pretesa "volontà generale"¹⁵. L'azione dell'interprete così si traduce in un intervento teso continuamente a rimarcare i limiti che la Carta fondamentale ha posto nei confronti di ogni forma di potere costituito, a prescindere dal carattere e dal grado di legittimazione di cui esso gode¹⁶. L'interpretazione costituzionale sottintende sempre un riposizionamento o – se si vuole – una riconsiderazione complessiva del concetto di "sovranità popolare". Anche le decisioni politiche prese con il sostegno della stragrande maggioranza degli elettori e perfino i provvedimenti assunti all'unanimità devono soggiacere a dei limiti di ordine assiologico-giuridico, potendo addirittura essere sanzionate in sede giurisdizionale, qualora incidano sul sostrato garantistico che fonda l'ordinamento¹⁷.

La prima indicazione ermeneutica che ne deriva impone di configurare le norme costituzionali come regole cogenti, capaci di vincolare anche *pro futuro* l'azione della maggioranza. Dalla lettura della Costituzione, quindi, dovrà emergere di continuo la sua funzione logica di *lex legum*, che delimita il potere sovrano in tesi assegnato al "popolo". Nella stessa prospettiva, l'ovvia preferenza per i valori democratici non potrà mai trasformare la Costituzione in una sorta di *loi politique*, la cui attuazione sia interamente rimessa alla contrattazione parlamentare o alla dialettica partitica¹⁸.

Luhmann, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 123 ss.; F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005.

¹⁵ Sul carattere difensivo dei processi ermeneutici legati alla Costituzione, L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 175 ss.; M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2/1997, 104 ss.; M. Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovra-legalità costituzionale (1975)*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, 215 ss.; V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, 185 ss.

¹⁶ Viene qui in discussione l'idea di un diritto costituzionale *wertfrei*. Per una confutazione, R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2/2006, 743 ss.; E.W. Bockenforde, *Diritti fondamentali come norme di principio (1989)*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, 2006, 146 ss. e A. Ruggeri, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, in Aa.Vv., *Il metodo della scienza nel diritto costituzionale*, Padova, 1997, 76 ss.

¹⁷ In questa prospettiva, G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 85 ss., Similmente, F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999, 378 ss.; G. Zagrebelsky, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino 1995, 101 ss.; C.R. Sunstein, *Designing Democracy*, Oxford, 2001, 7 ss.

¹⁸ Sulla lettura della Costituzione in termini assiologico-valoriali, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017; P. Comanducci, *Interpretazione della Costituzione*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, 97 ss.; W. Waluchow, *Constitutional interpretation*, in A. Marmor (a cura di), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Londra, 2012, 417 ss.; M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo*

In secondo luogo, la ricerca sistematica delle regole da applicare alle singole fattispecie diviene qui il frutto di una scelta in grado di condizionare l'azione di tutti gli organi democraticamente eletti, poiché spetta pur sempre alle Corti il compito di valutare le modalità e gli strumenti attraverso cui i rappresentanti del “popolo” hanno provveduto a contemperare gli interessi rilevanti nel caso concreto¹⁹. Nell'ipotesi in cui tale bilanciamento sacrifichi in modo irragionevole i diritti dei singoli o di alcuni gruppi, sarà il giudice costituzionale a reinterpretare la legge per renderla compatibile con i principi fondamentali del sistema giuridico, integrando le decisioni politiche con il significato delle clausole generali contenute in Costituzione, sollecitando l'azione del Parlamento o ancora supplendo direttamente all'inerzia del legislatore²⁰.

2. La Costituzione italiana di fronte al populismo: una breve rassegna giurisprudenziale

Con riguardo alle specificità del caso italiano, emerge in modo piuttosto nitido come, nei suoi oltre sessant'anni di attività, il magistero interpretativo della Corte costituzionale si sia coerentemente sviluppato lungo una direttrice principale, tesa a regolare il più possibile l'esercizio della sovranità popolare in linea con i canoni del costituzionalismo liberale.

Fin dalla sua prima pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha assegnato la legittimazione del potere più che al “popolo” alla stessa Costituzione e, una volta affermata la propria funzione di garanzia contro-maggioritaria, ha affinato il relativo strumentario giuridico in ragione delle esigenze poste, di volta in volta, dal sistema politico in funzione anti-populistica²¹.

In effetti, nelle prime fasi della storia repubblicana, la Costituzione del 1948 fu oggetto di una certa svalutazione sul piano interpretativo. I dubbi ermeneutici più significativi si appuntavano, come noto, sul valore e sul significato da assegnare

ricorrente, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 497 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, spec. cap. II.

¹⁹ La Carta costituzionale opererà, in questo modo, come una sorta di “cassaforte” dentro la quale sono stati assicurati alcuni valori contro-maggioritari, che devono restare sottratti alla disponibilità del legislatore ordinario. Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Roma-Bari, 2007, 822.

²⁰ Sul tema, si vedano *ex plurimis* M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 903 ss.; V. Crisafulli, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 289 ss.; G. Sorrenti, *Interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 177 ss.; M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. Cost.*, 2/1956, 902 ss.; C. Lavagna, *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice* (1959), in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 604 ss.

²¹ *Ex plurimis* C. Mortati, *Articolo 1*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. I Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 5 ss.; F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 21 ss.; V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (1954)*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 114 ss.; A. Pace, *Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione?*, in *Pol. Dir.*, 1/1993, 8 ss.; G. Zagrebelsky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Padova, 2002, 62 ss.

alle previsioni costituzionali di principio²². Si era progressivamente diffusa la convinzione secondo cui l'impiego di precetti indeterminati avrebbe potuto aggirare le indicazioni ricavabili dal diritto positivo, fino a promuovere una lettura della Carta fondamentale alternativa all'opzione politica di maggioranza²³. Questo orientamento costituì il portato più evidente della tradizionale deferenza che una magistratura formatasi culturalmente in epoca fascista tributava ancora al potere politico, ritenendolo legittimato ad agire sostanzialmente senza limiti, perché sorretto dalla "volontà popolare"²⁴.

Sul piano pratico, si creò in questo modo una netta cesura tra sfera politico-costituzionale e ambito giuridico-legislativo, spingendo i giudici a risolvere eventuali antinomie tra la Costituzione e le leggi anteriori alla sua entrata in vigore in termini di mera abrogazione²⁵. Il ricorso a tale istituto, se da una parte rappresentava un sicuro approdo dogmatico per la giurisprudenza, dall'altra, costituì un notevole passo indietro in termini di attuazione dei valori costituzionali, perché, così facendo, la legittimazione del Costituente era di fatto assimilata a quella del legislatore ordinario e la Costituzione veniva degradata al rango di una norma primaria, chiamata a disciplinare solo i rapporti giuridici concreti, fino a perdere la propria caratteristica funzione di limite all'esercizio del potere²⁶.

La svolta esegetica decisiva si ebbe con la storica sentenza n. 1 del 1956, allorché il giudice delle leggi superò definitivamente la ripartizione – a dire il vero, tutta teorica – tra "norme precettive" e "norme programmatiche", affermando che «l'illegittimità di una legge ordinaria ben può derivare anche dall'incompatibilità con disposizioni di principio»²⁷. Secondo la Corte, l'istituto dell'illegittimità costituzionale deve riferirsi tanto alle leggi successive alla Costituzione quanto a quelle anteriori «sia perché, dal lato testuale, l'art. 134 Cost. e l'art. 1 l. cost. 1 del 1948 non operano alcuna distinzione al riguardo, sia perché, sul piano logico, non

²² Sul punto, G. Balladore Pallieri, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro Pad.*, 1/1954, 34 ss. Tra gli scritti più recenti, M. Gregorio, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quad. Fiorentini*, 2/2006, 849 ss. nonché M. Luciani, *Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione*, in P. Perlingieri, S. Gioia (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2018, 36 ss.

²³ Per tutti, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1984, 335 ss.; T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1/1957, 352; V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 501 ss.; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, 195 ss.; V. Villa, *Metodi, teorie, giudizi di valore*, Torino, 2004, 12 ss.

²⁴ Sulla natura intrinsecamente populista del regime fascista, M. Tarchi, *L'Italia populista. Dal qualunquismo ai girotondi*, Bologna, 2003, 73 ss.; C. Tullio-Altan, *Populismo e trasformismo*, Milano, 1989, 56 ss.; L. Incisa Di Camerana, *Fascismo, populismo, modernizzazione*, Roma, 2000, 351 ss. Più in generale, U. Eco, *Il fascismo eterno*, Milano, 1997.

²⁵ Così, Cass. S.U. sent. del 7 febbraio 1948 e Cons. Stato sent. del 26 maggio 1948, con notazione di M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997, 183.

²⁶ Secondo F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 33 ss.

²⁷ C. cost. sent. 1/1956, p.to 5 cons. dir.

muta affatto il grado che le fonti primarie occupano rispetto alle norme costituzionali». Per sua intrinseca natura, si spiega, «una Costituzione rigida deve sempre prevalere sulla legge ordinaria, per cui non occorre esaminare se e in quali casi il contrasto con le previsioni legislative anteriori possa configurare un problema di abrogazione»²⁸.

Il ribaltamento di prospettiva rispetto all'orientamento interpretativo precedente non avrebbe potuto essere più radicale: laddove i giudici comuni avevano privato di valore normativo larghissima parte della Costituzione, il giudice delle leggi riconobbe invece a tutta la Carta una precettività *sui generis* da far valere primariamente in sede di sindacato di costituzionalità. La Costituzione cominciò allora a configurarsi come un documento giuridico direttamente e integralmente vincolante, prescrittivo ed efficace in tutti i suoi elementi²⁹.

In piena coerenza con questa impostazione, l'orientamento giurisprudenziale culminato con la celeberrima sentenza n. 1146 del 1988 prese a identificare alcuni «principi supremi, da intendersi come elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, che non [avrebbero potuto] essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale, neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»³⁰. Questa lettura contribuì ad enucleare un insieme di prescrizioni, tutte ontologicamente sottratte alla regola di maggioranza, la cui individuazione si sarebbe rivelata essenziale per circoscrivere il richiamo diretto alla sovranità popolare come unica fonte di legittimazione del potere e per scongiurare di conseguenza uno stravolgimento della struttura portante dell'ordinamento, anche laddove si fosse manifestata la massima convergenza possibile tra le forze politiche³¹.

Quest'opera di consolidamento della Costituzione e dei suoi «principi supremi» ha avuto modo di dispiegarsi anche nei confronti delle Istituzioni sovranazionali. Con la sentenza n. 183 del 1973, ad esempio, la Corte ha statuito che «in base all'articolo 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate e deve pertanto escludersi che siffatte limitazioni [...] possano comportare una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento o dei diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi una sì aberrante interpretazione [...] sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Per tutti, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 35 ss.; M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 4/2006, 1643 ss.; F. Modugno, voce *Costituzione* in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 55 ss.; A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in Id. (a cura di), *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2005*, Torino, 2006, 216 ss.

³⁰ C. cost. sent. 1146/1988, p.to 2.1. cons. dir.

³¹ A titolo di esempio, C. cost. sentt. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982. Per un commento generale, G. Scaccia, *Revisione di maggioranza e «qualità» della Costituzione*, in *Teoria Dir. St.*, 1/2002, 117 ss. e M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1/1995, 7 ss. secondo cui anche laddove si preveda una revisione totale della Costituzione, non verrebbe meno la distinzione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale.

giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i principi fondamentali»³². In termini comparabili, il giudice costituzionale, nella sentenza n. 238 del 2014, ha affermato che «le norme internazionali da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, comprese le norme internazionali consuetudinarie, vanno rese compatibili con i principi qualificanti del nostro assetto costituzionale, chiamati a sovrintendere alla tutela dei diritti fondamentali»³³. Più di recente, l'ordinanza n. 24 del 2017 e la sentenza n. 115 del 2018, relative alla ben nota vicenda “Taricco”, hanno ribadito che l'ingresso nel sistema giuridico italiano di una norma proveniente dall'Unione europea è subordinata «a una positiva verifica di compatibilità da parte della competente autorità giudiziaria nazionale, circa la sua conformità ai principi che segnano l'identità costituzionale dello Stato membro [...] per cui spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona»³⁴.

Insistendo sul delicato equilibrio esistente tra espressione della sovranità popolare e contenuto insopprimibile della Carta, dunque, la Consulta ha sempre riservato a sé stessa il compito di individuare i principi situati a garanzia della tenuta complessiva del sistema, opponendo alle rivendicazioni populistiche e all'esercizio arbitrario della discrezionalità legislativa la necessità di tutelare i valori che definiscono l'identità più profonda dell'ordinamento. Sono i principi supremi, così come declinati a seguito dell'attività interpretativa della Corte, e non l'esercizio contingente del voto, a determinare i contenuti indefettibili della comunità politica³⁵.

Emblematiche da questo punto di vista si sono rivelate, da un lato, le vicende relative alle immunità previste per i titolari di funzioni pubbliche, all'esercizio del suffragio e alla protezione del libero mandato parlamentare, dall'altro, i non pochi casi riguardanti il trattamento dei detenuti e la gestione dei flussi migratori.

Con riguardo al primo aspetto, agli inizi degli anni 2000, il tema della sospensione processuale per le c.d. “alte cariche” dello Stato aveva alimentato nel nostro Paese un'accesa discussione sul piano giuridico, placatasi solo in parte dopo la sentenza n. 262 del 2009 della Corte costituzionale. Nella ricostruzione fornita dall'allora maggioranza di governo riecheggiava da tempo la necessità di mettere al riparo il “proprio *leader*” dagli attacchi portati da una parte della Magistratura, asseritamente ostile all'Esecutivo. L'argomentazione di fondo addotta per censurare l'attività degli organi inquirenti riposava sull'idea che l'esponente di punta di una coalizione di governo, soprattutto se fortemente legittimato dal voto

³² In questo senso C. cost. sent. 183/1973, p.to 9 cons. dir. *Ex plurimis* anche C. cost. sentt. 30/1971; 12/1972; 175/1973; 1/1977; 18/1982; 170/1984; 232/1989, 168/1991, 284/2007 e 36/2016.

³³ C. cost. sent. 238/2014, p.to 3.1. cons. dir., ma anche C. cost. 48/1979 e 73/2001.

³⁴ Così, C. cost. 115/2018 p.to 8 cons. dir. In senso analogo, ma con riferimento precipuo al sistema CEDU, C. cost. sentt. 232/1989; 73/2001; 1/2013; 219/2008 e 49/2015.

³⁵ Esemplarmente, C. cost. sent. 18/1982, p.to 5 cons. dir. nonché C. cost. sentt. n. 170/1984; 120/2014; 238/2014. In dottrina, F. Gallo, *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 3/2013, 713.

popolare, dovesse esercitare “con serenità” le proprie funzioni, senza incorrere cioè in procedimenti giudiziari, che ne avrebbero potuto ostacolare l’azione politica.

Dalla giurisprudenza della Corte, però, emerge limpidamente come «la serenità nell’esercizio delle funzioni», per quanto rappresenti «un interesse costituzionalmente apprezzabile», non può, di per sé, tradursi in una forma di immunità estensiva, che sottragga il titolare di una carica elettiva alla propria responsabilità giuridica³⁶. A nulla rileva che i responsabili del *munus publicum* godano di una legittimazione popolare generalizzata, dal momento che la stessa sovranità deve comunque «esercitarsi nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione»³⁷. Ne discende che l’azione dei pubblici poteri non potrà mai sottrarsi a forme più o meno intense di controllo istituzionale, giacché il sostegno popolare non solleva i governanti dai propri oneri e non ne giustifica automaticamente l’operato³⁸.

Nella medesima prospettiva, viene in rilievo anche la cospicua giurisprudenza costituzionale in tema di *referendum* abrogativo. Nel corso della propria attività, infatti, la Corte ha provveduto ad estendere in via interpretativa il contenuto dell’art 75 Cost., finendo per sottrarre alcuni ambiti materiali alle logiche della democrazia diretta, nella convinzione che, talvolta, il corpo elettorale agisca senza ponderare le esigenze dei gruppi di minoranza oppure senza assicurare un adeguato bilanciamento tra interessi, che postulano tutti un livello minimo di tutela³⁹. Gli interventi da parte del giudice delle leggi hanno quindi sensibilmente ridotto la possibilità di appellarsi agli elettori, ammettendo l’esistenza di limiti strutturali al pronunciamento del corpo elettorale⁴⁰.

Fin dai primi anni di implementazione dell’istituto referendario, la Corte ha riconosciuto a sé stessa il potere-dovere di valutare l’ammissibilità dei quesiti referendari, verificando, caso per caso, che l’appello diretto al “popolo” non compromettesse i valori fondamentali su cui si erge l’impalcatura complessiva dell’ordinamento. In questo modo, il giudice delle leggi ha esaltato la propria funzione istituzionale di garanzia, impedendo che il ricorso al voto giungesse ad alterare «il nucleo normativo della Costituzione» o privasse di efficacia «un principio [...] la cui esistenza è voluta e garantita esplicitamente dalla Carta fondamentale», a voler significare, ancora una volta, che il voto purchessia non rappresenta un valore assoluto⁴¹. Coerentemente, la Corte è intervenuta anche per assicurare che il suffragio si manifesti in modo autentico, senza cioè subire manipolazioni o alterazioni. Un voto bloccato su una molteplicità di questioni, non riconducibili ad unità, contraddice il principio democratico, perché «incide sulla

³⁶ C. cost. sent. 262/2009, p.to 7 cons. dir.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ In termini più generali, C. cost. sent. 24/2004.

³⁹ Cfr. C. cost. sent. 45/2005, che riprende quanto già sostenuto in C. cost. sentt. 19/1997 e 20/1997.

⁴⁰ In questo senso, C. cost. sent. 16/1978. In dottrina, per tutti, A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 131 ss.; M. Ruini, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milano, 1953, p. 13 ss.; A. Di Giovine, *Referendum e responsabilità politica*, in *DPCE*, 3/2005, 1214 ss.

⁴¹ C. cost. sent. 26/1981, nonché C. cost. sentt. 27/1987; 17/1997 e 35/1997.

stessa libertà di voto»⁴². È pacifica qui l'intenzione di evitare possibili torsioni della democrazia, impedendo che il suffragio si trasformi in una sorta di “voto popolare di fiducia” nei confronti di alcune scelte politiche o – peggio ancora – nei riguardi dei partiti, dei gruppi organizzati e dei *leaders* che hanno variamente assunto l'iniziativa⁴³.

In perfetta continuità con tale impostazione può leggersi pure il più recente sindacato operato dalla Corte in materia elettorale, che ha fortemente valorizzato la portata sistemica del consenso, intensificando il controllo giurisdizionale sui meccanismi di conversione dei voti in seggi⁴⁴.

Nell'ambito delle teorie populiste, infatti, il voto viene sostanzialmente divinizzato, quasi fosse la manifestazione di una verità assoluta, in nome della quale diventa legittimo perseguire qualsiasi fine⁴⁵. Ma vi è di più, perché, in realtà, la primazia che il populismo tributa al consenso palesato dai cittadini è soltanto apparente o, meglio, tende a tramutarsi in una sorta di meccanismo plebiscitario, controllato da chi detiene effettivamente il potere per perpetuare la propria posizione di comando, influenzando l'esito finale delle votazioni⁴⁶. Per questo, i movimenti populistici cercano di derogare, in maniera più o meno esplicita, alla libertà e alla segretezza del voto, attivando strumenti che, dietro una loro illusoria asetticità, manipolano artificialmente il consenso per far apparire come “volontà generale” l'opinione pur sempre espressa da una minoranza. Agli occhi dei populistici, le procedure garantistiche previste dalle democrazie rappresentative per esprimere il consenso popolare inficiano il significato ultimo del suffragio, sia perché rallentano i processi decisionali, sia perché relativizzano il peso del voto, ponderandone l'incidenza in termini di rappresentatività e perfino assicurando ai rappresentanti la facoltà di discostarsi dalle indicazioni ricevute dagli elettori o dal partito di appartenenza⁴⁷.

⁴² Benché indicazioni di questo tipo potessero già esplicitamente rinvenirsi in C. cost. sentt. 16/1978, p.to 5 cons. dir., laddove si prevedeva una formulazione univoca e non contraddittoria del quesito referendario, il richiamo qui va a C. cost. sentt. 27/1982; 47/1991; 16/1997; 23/1997; 28/1997; 39/2000; 40/2000; 50/2000; 42/2003 e 45/2003. Ma si vedano anche C. cost. sentt. 29/1987 e 47/1991.

⁴³ C. cost. sentt. 29/1993. In dottrina, M. Luciani, *Omogeneità e manipolatività delle richieste di referendum abrogativo tra libertà di voto e rispetto del principio rappresentativo*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998, 81 ss.; J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite*, Parigi, 1976, 42 ss.; N. Vizioli, *Chiarezza, univocità ed omogeneità nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997, 416 ss.

⁴⁴ Analogamente, C. cost. sentt. 15/2008 e 16/2008.

⁴⁵ *Ex multis*, C. Biancalana, *Il populismo nell'era di internet. Retorica e uso del web nel Movimento 5 Stelle*, in *Il Mulino*, 1/2014, 53 ss.; P. Pombeni, *Typologie des populismes en Europe (XIX-XX siècle)*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1/1997, 50 ss.; R.S. Jansen, *Populist mobilization: a new theoretical approach to populism*, in *Sociological Theory*, 2/2011, p. 75 ss.; B. Moffitt, S. Tormey, *Rethinking populism: Politics, mediatization and political style*, in *Political Studies*, 2/2014, 381 ss.

⁴⁶ Più in generale, P. Taggart, *Populism*, Buckingham-Philadelphia, 2000.

⁴⁷ Per tutti, R. Barr, *Populists, outsiders and the anti-establishment politics*, in *Party politics*, 1/2009, 29 ss.; P. Mair, *Populist Democracy Vs Party Democracy*, in Y. Mény, Y. Surel (eds), *Democracy*

La stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 14 del 1964 ha espressamente riconosciuto che, per effetto del divieto di mandato imperativo, il parlamentare «è libero di votare secondo gli indirizzi del proprio partito, ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico dell'eletto, per il solo fatto che egli abbia votato contro le istruzioni di partito»⁴⁸. L'unico precedente interessato dall'applicazione diretta dell'art. 67 Cost. impone pertanto di riconsiderare la valenza garantistica delle previsioni costituzionali poste a presidio dell'ufficio di parlamentare, salvaguardando l'autonomia decisionale di deputati e senatori all'interno del circuito democratico-rappresentativo⁴⁹.

Considerato in questi termini, l'art. 67 Cost. tutela espressamente l'autonomia dei membri delle Camere e riafferma l'assoluta centralità del Parlamento, anche rispetto alle indicazioni ricevute dai cittadini mediante il voto. Il divieto di mandato imperativo agisce cioè come limite logico alla dissoluzione della rappresentanza politica, imprimendo alle Assemblee elettive una caratterizzazione tipica e infungibile, finalizzata alla composizione di interessi strutturalmente confliggenti⁵⁰. Da questo punto di vista, la necessaria assenza di istruzioni imperative illumina anche la funzione intermediatrice affidata ai partiti, i quali, svincolati dalle pressioni provenienti da istanze frazionali, restano liberi di diffondere una propria visione dell'interesse generale⁵¹.

In aperto contrasto con le logiche populistiche, che mirano a svalutare il ruolo delle Camere per assecondare l'emersione immediata della volontà popolare, l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi ricostruisce il rapporto che lega eletti ed elettori in termini non organici e ribadisce la componente rappresentativa della democrazia come argine a ogni possibile deriva plebiscitaria, sottolineando

and the Populist Challenge, Londra, 2001, 81 ss.; P. Wiles, *A Syndrome, not a Doctrine*, in E. Gellner, G. Ionescu (eds), *Populism*, Londra, 1969, 166 ss.; T. Pappas, *Modern populism: research advances, conceptual and methodological pitfalls, and the minimal definition*, in W.R. Thompson (eds), *Oxford Research Encyclopaedia of Politics*, Oxford, 2016, 168 ss.; C. Postel, *The populist vision*, Oxford, 2007, 74 ss.

⁴⁸ C. cost. sent. 14/1964, p.to 2, cons. dir. In dottrina, P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1985, 680 ss.; G. Pasquino, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014, 303 ss.; N. Urbinati, *Anti-party-ism as a Structural Component of Italian Democracy*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 67 ss.

⁴⁹ In questo senso, L. Ciaurro, *Art. 67 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1295; N. Zanon, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 131 ss.; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004, 27 ss.; C. De Fiores, *Sulla rappresentazione della Nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Dir. Soc.*, 1/2017, 19 ss.; G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Oss. Cost.*, 2/2012, 1 ss.

⁵⁰ Così, C. cost. ord. 17/2019, secondo cui dall'art. 67 Cost. scaturirebbe il diritto costituzionalmente garantito di apportare emendamenti e correzioni al testo legislativo, soprattutto in caso di gravi violazioni, per poi votare in modo conforme alle convinzioni maturate.

⁵¹ Cfr. C. cost. sent. 106/2002; C. cost. ord. 79/2006; C. cost. sent. 13/2012.

senza equivoci come l'unico contesto istituzionale destinato alla formazione della "volontà generale" sia quello degli organi rappresentativi: solo in Parlamento è possibile rispecchiare compiutamente le divisioni insite nella società civile e raggiungere un accordo rispettoso dei diritti delle minoranze⁵².

In vero, la svalutazione del libero mandato scaturisce proprio da un'implicita negazione del pluralismo sociale e istituzionale, basata, a sua volta, su una pretesa equivalenza tra volontà del partito e istanze degli elettori. I movimenti populistici sottopongono continuamente le decisioni da adottare a prelievi consultazioni popolari – tipicamente on-line – caldeggiando un progressivo abbandono dei tradizionali meccanismi rappresentativi con forme di partecipazione diretta, che tuttavia forzano i cittadini ad esprimersi soltanto con un'alternativa secca su opzioni già formulate dalla minoranza dirigente⁵³.

Al contrario, il divieto di mandato imperativo, per come è stato ricostruito dal giudice delle leggi, garantisce l'apertura del processo di formazione della volontà popolare, preservando l'autonomia decisionale dei parlamentari e sottraendo il compromesso raggiunto all'interno delle Assemblee elettive a qualsiasi riserva di approvazione esterna. Così gli eletti rimangono il perno di un sistema trilatero, che vede tutti i cittadini concorrere alla determinazione della politica nazionale nei partiti e che, per il loro tramite, investe i rappresentati del compito di ricomporre le istanze condivise con altre visioni ugualmente meritevoli di tutela giuridica⁵⁴.

La giurisprudenza costituzionale, in breve, si è sempre opposta ad un'integrale sostituzione della rappresentanza in Parlamento con forme alternative di ascendenza populistica, sia perché le funzioni democratiche di mediazione e controllo possono essere assolte unicamente da un'istituzione che includa in forma stabile una maggioranza e un'opposizione, sia perché le opinioni degli elettori non possono essere strutturalmente ridotte a una presunta onniscienza, che contrapponga in blocco al volere dei governanti il "popolo", in quanto tale⁵⁵.

⁵² C. cost. sent. 129/1981. In dottrina, D. Nocilla, *Il libero mandato parlamentare*, in Aa.Vv., *Il Parlamento*, Padova 2001, 72 ss.; M. Sorice, E. De Blasio, *Techno-populism and Direct Representation*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, 127 ss.; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza*, cit. 109 ss.

⁵³ M. Damiani, *Citizen Democracy. "New Politics" in "New Participation" Models*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 181 ss.; P. Costanzo, *La democrazia elettronica. Note minime sulla c.d. e-democracy*, in *Dir. Inf.*, 1/2003, 467 ss.; S. Ceccanti, S. Curreri, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *DPCE*, 3/2015, 799 ss.; F. Pizzetti, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, 21/2008; A. Voßkuhle, *Populismo e democrazia*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2018, 785 ss.

⁵⁴ C. cost. sent. 246/2004; C. cost. sent. 249/2006 e C. cost. sent. 317/2009.

⁵⁵ Così, *ex multis*, A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 57 ss.; G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in Aa.Vv., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, 177 ss.; P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 82 ss.

Da questo punto di vista, anche le celebri sentenze n.1 del 2014 e n. 35 del 2017 hanno ribadito le condizioni pratiche, indispensabili, affinché la volontà popolare sia scevra da alterazioni e possa quindi esprimersi nella maniera più libera e genuina possibile. La Corte è così arrivata a scrutinare qualsiasi distorsione del suffragio che, manipolando irragionevolmente le preferenze, comprometta in concreto la libertà e l'uguaglianza del voto⁵⁶. Questa contestualizzazione ponderata del suffragio e del correlativo rapporto tra eletti ed elettori ha contribuito a rafforzare gli strumenti teorici necessari per contrastare le derive populistiche più evidenti, sposando un'interpretazione dei principi costituzionali come principale limite operativo da contrapporre ad iniziative politiche, intraprese sulla base di occasionali istanze demagogiche⁵⁷.

Si pensi, ad esempio, a tutte le decisioni relative al trattamento di detenuti e immigrati, in cui il giudice costituzionale, ribadendo la necessità di addivenire ad un ragionevole bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e tutela dei diritti fondamentali, ha escluso tassativamente che il “nucleo essenziale” delle libertà individuali possa essere intaccato dalle scelte di maggioranza.

Nel sistema di rapporti tra Stato e cittadini immaginato dai movimenti populistici primeggia il convincimento che l'espiazione della pena, specie se comminata per gravi delitti, debba essere quasi esclusivamente ispirata a criteri retributivi tanto forti da relegare in secondo piano la rieducazione del reo. Assai frequentemente, dunque, l'indignazione per la concessione di benefici premiali a soggetti che si trovano in regime di privazione della libertà percorre parte dell'opinione pubblica, introducendo l'idea che l'asprezza delle condizioni in cui si sconta effettivamente la propria condanna sia in grado dispiegare un'efficacia dissuasiva supplementare rispetto alla misura detentiva in sé e per sé considerata⁵⁸.

Per parte sua, il giudice costituzionale ha ripetutamente confutato questa tesi, ribadendo, a vario titolo, la portata precettiva dell'art. 27, comma 3, Cost. ed escludendo che i trattamenti cui vengono sottoposte le persone ristrette siano tali da offendere «la dignità della persona umana»⁵⁹. Le libertà riconosciute ai detenuti

⁵⁶ Così P. Leyland, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. Rawlings, P. Leyland, A. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, Oxford, 2013, 145 ss.; N. Urbinati, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1/1998, 110 ss.; H. Kitschelt, *Popular Dissatisfaction with Democracy: Populism and Party Systems*, in Y. Mény, Y. Surel (eds), *Democracy and the Populist Challenge*, Londra, 2001, 179 ss.

⁵⁷ In prospettiva non dissimile, A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. Dir.*, 2/2006, 171 ss.

⁵⁸ *Amplius* M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 38 ss.; J. Pratt, *Penal Populism*, Londra-New York, 2004; G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit. 991; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 1/2013, 105 ss.; D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.

⁵⁹ In una prospettiva più generale, R. Cornelli, *Contro il pan-populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2019, 129 ss.; V. Shammass, *Who's afraid of penal populism? Technocracy and 'the people' in the sociology of punishment*, in *Cont. Just. Rev.*, 3/2016, 325 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 1/2013, 123 ss.; L. Corso, *When Anti-Politics Becomes Political: What can*

possono chiaramente subire delle limitazioni, ma quelle restrizioni devono essere finalizzate a soddisfare unicamente le esigenze di sicurezza correlate alla custodia in carcere, ragion per cui ogni ulteriore compressione dei diritti fondamentali acquisirebbe *ipso facto* «un valore afflittivo incompatibile con il dettato della Costituzione»⁶⁰.

A questo proposito, si può segnalare anzitutto la sentenza n. 341 del 2006, che ha riconosciuto ai detenuti il diritto di far valere le pretese nascenti dalla prestazione della propria attività lavorativa all'interno di un procedimento giurisdizionale, celebrato nel rispetto dei principi del contraddittorio e improntato all'osservanza di un «nucleo minimo di garanzie processuali, tese ad assicurare piena effettività alle disposizioni di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione»⁶¹. In termini non dissimili, vengono pure in rilievo le statuizioni contenute nella sentenza n. 135 del 2013, la quale, partendo dall'esistenza di un «diritto soggettivo all'informazione del detenuto», si è pronunciata sulla necessità di assicurare «una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria, ritenuti lesivi dei loro diritti»⁶².

Analogamente, la Consulta si è pronunciata sul divieto di sottoporre i prigionieri a trattamenti inumani e degradanti, manifestando qui una significativa convergenza con quanto precedentemente deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso “Torregiani c. Italia”⁶³. Nella sentenza n. 279 del 2013, il giudice costituzionale ha infatti descritto la realtà carceraria italiana come «strutturalmente contrassegnata da intollerabili condizioni di sovraffollamento», le quali, incidendo sul «residuo irriducibile della libertà personale del detenuto», finiscono per pregiudicare i connotati inderogabili dell'esecuzione penale, costringendo le persone ristrette – vista e considerata anche la natura endemica del fenomeno – in condizioni «contrarie al senso di umanità».

In questo contesto, emerge certamente anche la recente sentenza n. 253 del 2019 in tema di ergastolo ostativo, tramite cui la Corte ha avuto modo di precisare che «il detenuto per un reato di associazione mafiosa può essere premiato, qualora decida di collaborare con la giustizia, ma non può essere ulteriormente punito, negandogli i benefici riconosciuti a tutti gli altri reclusi, nel caso in cui, invece, non intenda prestare la propria cooperazione»⁶⁴. In questa ipotesi, prosegue il giudice delle leggi, «la presunzione di pericolosità resta, ma non assume carattere assoluto», potendo sempre essere superata, allorché il magistrato di sorveglianza acquisisca elementi tali da escludere che la persona ristretta «presenti ancora dei

the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism, in *Eur. Const. L. Rev.*, 3/2019, 462 ss.

⁶⁰ C. cost. sent. 212/1997, p.to 3 cons. dir.

⁶¹ C. cost. sent. 341/2006, p.to 3.1 cons. dir.

⁶² *Cfr.* C. cost. sent. 135/2013, p.to 4.1 cons. dir. quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la lesione di un diritto, il procedimento che si instaura assume natura giurisdizionale, giacché «non può esistere una posizione giuridica sostanziale, senza che vi sia anche un giudice davanti al quale tale diritto possa essere fatto valere». Si vedano anche C. cost. sentt. 26/1999 e 526 del 2000.

⁶³ *Cfr.* anche ECtHR, *Torregiani and others v. Italy*, 8 gennaio 2013.

⁶⁴ C. cost. sent. 253/2019, p.to 8.1 cons. dir.

collegamenti con l'associazione criminale o possa altrimenti ripristinare rapporti di questo tipo»⁶⁵.

Ulteriore argomento cardine impiegato dal populismo per coagulare il consenso, riguarda l'afflusso massiccio di immigrati sul territorio nazionale. Secondo questa ricostruzione, il migrante – regolare o irregolare che sia – rappresenta un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico⁶⁶. Talvolta, simili preoccupazioni hanno addirittura condotto a ritenere intrinsecamente ingiusta l'erogazione di alcune basilari misure di tutela sociale anche agli stranieri. Questi tentativi di discriminazione si sono manifestati tanto in termini diretti, ossia mediante divieti espliciti, quanto in via indiretta, vale a dire tramite l'imposizione di prerequisiti assai gravosi o perfino impossibili da soddisfare per gli immigrati, ma dal punto di vista della legittimità costituzionale il risultato è sempre stato perfettamente equivalente. La Corte, infatti, ha giudicato in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. ogni condizione aggiuntiva prevista per gli stranieri che non trovasse adeguata giustificazione in esigenze obiettive legate alla natura della prestazione da erogare.

La giurisprudenza in materia è decisamente copiosa e riguarda principalmente la legislazione regionale. In questa sede, tuttavia, sembra sufficiente una rapida panoramica, per avere contezza dell'atteggiamento complessivamente tenuto dal giudice delle leggi. Innanzitutto, la Corte ha avuto modo di precisare che «lo straniero presente anche irregolarmente sul territorio nazionale ha comunque diritto a fruire di tutte le prestazioni sanitarie indifferibili ed urgenti»⁶⁷. Allo stesso modo, esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute», protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, «che deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato»⁶⁸.

Ancora, deve ritenersi contrario a Costituzione il tentativo di subordinare la concessione di una misura di assistenza sociale al possesso della residenza, protratta per un significativo periodo di tempo, «non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della permanenza sul territorio nazionale e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona, cui la provvidenza erogata intende sopperire»⁶⁹. Similmente, il giudice delle leggi ha ritenuto illegittima la mancata inclusione degli stranieri «tra gli aventi diritto alla

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Tra i contributi più recenti, A. Spataro, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2/2016, 167 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019; M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012.

⁶⁷ Cfr. C. cost. sent. 252/2001, p.to 5 cons. dir.

⁶⁸ C. cost. sent. 269/2010, p.to 4.1 cons. dir.

⁶⁹ C. cost. sent. 22/2015, p.to 3 cons. dir. Conf. C. cost. sent. 2/2013, secondo cui «è costituzionalmente illegittimo subordinare alla titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione spettante alle persone non vedenti e della speciale indennità». Analogamente, C. cost. sent. 106/2018, p.to 3.4 cons. dir. e C. cost. sent. 40/2011.

circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea», riconosciuto agli invalidi per cause civili⁷⁰.

In termini del tutto equivalenti è apparso pure irragionevole «discriminare i non cittadini, stabilendo nei loro riguardi particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona umana», qualora si tratti di attribuire misure di sostegno, i cui presupposti siano la totale disabilità al lavoro, l'incapacità di deambulazione autonoma o l'impossibilità di compiere gli atti quotidiani della vita⁷¹. Conclusivamente, dunque, le provvidenze rivolte al sostegno delle persone in stato di bisogno e di disagio non tollerano distinzioni basate sulla cittadinanza o sulla residenza, ragion per cui la tutela della dignità personale integra, in ogni caso, un argine invalicabile alle opzioni politiche della maggioranza⁷².

3. Il canone *ut res magis valeat quam pereat*

Alla luce di questa breve rassegna giurisprudenziale, emerge in maniera piuttosto eloquente il criterio ermeneutico che ha stabilmente guidato gli interventi del giudice costituzionale nel nostro ordinamento con riguardo alla riproposizione più o meno ciclica di alcune pretese populistiche. Con frequenza sempre crescente, la Corte ha interpretato la Costituzione *magis ut valeat*, ovvero assicurando alla Carta fondamentale la massima forza espansiva, «perché così vogliono la sua natura e la sua funzione di atto normativo, volto a disciplinare obbligatoriamente la maggior parte dei comportamenti pubblici e privati»⁷³.

Il giudice delle leggi, insomma, ha progressivamente orientato la propria attività esegetica nel senso di attribuire alle disposizioni costituzionali una precettività immediata e diretta, che rafforzasse i vincoli storici, politici e giuridici derivanti dalla stipulazione del patto sociale originario: se lo Stato costituzionale di diritto è il frutto di un accordo destinato a perdurare nel tempo e finalizzato alla pacifica convivenza tra i consociati, il principio maggioritario rivisitato in chiave populistica non può essere assunto come l'unica fonte di legittimazione della democrazia⁷⁴.

Partendo da quell'idea di compromesso, ben radicata nei lavori dell'Assemblea Costituente e appellandosi alla tutela dei diritti inviolabili in ogni ambito della vita sociale, il ricorso sistematico ai principi generali ha permesso alla Corte di evitare che la volontà contingente e necessariamente relativa espressa dagli elettori giungesse a soverchiare i valori meta-democratici su cui si basano tutti i moderni sistemi costituzionali. Questo canone ermeneutico si è così

⁷⁰ C. cost. sent. 432/2005.

⁷¹ C. cost. sent. 306/2008, p.to 10 cons. dir.

⁷² C. cost. sent. 40/2011.

⁷³ Secondo la celebre espressione di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952), in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 128 ss. Conf. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, 88; V. Onida, *Relazione*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 61 ss.; G. Corso, *La Costituzione come fonte di diritti*, in *Rag. Prat.*, 1/1998, 87 ss.

⁷⁴ *Ex plurimis*, M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2/2014, p. 295 ss.; J.C. Bayon, *Diritti, democrazia, costituzione*, in *Rag. Prat.*, 1/1998, 41 ss. nonché *passim* S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012.

intimamente legato alla struttura normativa della Costituzione e ha riequilibrato le spinte populistiche, riducendo al minimo gli ambiti costituzionalmente privi di regolamentazione⁷⁵.

In tale prospettiva, le norme costituzionali sono state interpretate in chiave dinamico-evolutiva e si sono espanse fino a quasi ad azzerare gli ambiti riservati integralmente alle logiche aritmetiche del voto e al dominio esclusivo delle forze di maggioranza, determinando in questa maniera una sorta di discontinuità tra il suffragio espresso dai cittadini e gli interventi promossi in concreto dai pubblici poteri.

All'argomento letterale, all'*intentio legislatoris*, all'originalismo, alla costanza terminologica, alla prova storica e, più in generale, alle tecniche tradizionalmente impiegate per l'interpretazione della legge, si quindi è sostituito in modo graduale, ma fisiologico, un criterio ermeneutico del tutto nuovo, che ha conferito alla Costituzione una sua naturale specificità e ha permesso ai principi fondamentali di permeare in modo capillare i settori dell'ordinamento, mediante il bilanciamento e la concretizzazione delle disposizioni interessate. La Costituzione è così giunta a rideterminare tutti i significati normativi, orientando l'attività degli operatori giuridici, al punto tale che la stessa legge deve ora essere reinterpretata in senso conforme ai precetti contenuti nella Carta fondamentale⁷⁶.

Da questo punto di vista, la lettura estensiva della Costituzione ha anche valorizzato le due dimensioni antitetiche che connotano ogni forma di democrazia contemporanea: la componente politica, destinata a risolversi nel governo della maggioranza, e la componente costituzionale, che sottopone invece a dei limiti stringenti anche il voto popolare⁷⁷. Se si segue questa linea esegetica, l'attuazione dei principi inscritti in Costituzione restringe necessariamente i margini di manovra a disposizione del decisore politico, poiché il legislatore, anche quando beneficia di un amplissimo consenso popolare, è chiamato ad attuare i programmi contenuti nella Carta fondamentale, operando scelte rispettose di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto⁷⁸.

⁷⁵ Così R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 1/2007, 39 ss. il quale avverte circa i rischi di una eventuale pan-costituzionalizzazione della vita sociale, che porta a dilatare l'esegesi costituzionale, sino a coprire qualunque lembo della vita civile. Conf. V. Angiolini, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 29; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 62-63.

⁷⁶ Ad esempio, M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 142 ss.; M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 16/2007; R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in Aa.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 219.

⁷⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 73 ss.; A.C. Jemolo, *Che cos'è la Costituzione (1946)*, Roma, 1996, 59-60; F. Belvisi, *Un fondamento delle Costituzioni democratiche contemporanee? Ovvero: per una Costituzione senza fondamento*, in Aa.Vv., *Democrazia, diritti, Costituzione*, Bologna 1997, 231 ss.

⁷⁸ Sul rapporto tra interpretazione costituzionale e potere discrezionale del legislatore, anzitutto, L. Corso, *What does Populism have to do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2/2014, 443 ss.; M. Luciani,

A lungo andare, dunque, il canone *magis ut valeat* ha introdotto una sorta di gerarchizzazione tra le norme costituzionali, tale per cui l'espressione della sovranità popolare non è legittima di per sé, ma lo diventa se – e solo se – rispetta il “nucleo duro” della Costituzione. La lettura espansiva dei principi e dei diritti costituzionali, esaltando le componenti liberali della democrazia, si è opposta di conseguenza a qualsiasi utilizzo strumentale del principio maggioritario e ha escluso quegli approcci opportunistici alla Carta fondamentale tipici dei movimenti populistici, i quali, quando si trovano all'opposizione, si appellano continuamente alle prerogative costituzionali, mentre, quando sono al Governo, tentano di riformare la Costituzione, marginalizzando il ruolo difensivo delle Istituzioni di garanzia e riducendo i diritti delle minoranze⁷⁹.

Il suffragio resta sempre uno dei caposaldi del sistema democratico, ma subisce una costante rilettura alla luce dei “principi supremi” e il concetto stesso di democrazia acquisisce un significato nuovo e diverso, tale per cui gli interventi della maggioranza non si giustificano automaticamente, ma diventano legittimi, in quanto si pongono a garanzia dei diritti individuali, in modo da bilanciare le istanze delle minoranze. In definitiva, affinché il sistema funzioni, non serve solo un ovvio consenso popolare, ma è necessario che le scelte compiute dagli elettori trovino un temperamento o, se si preferisce, una propria strutturale limitazione, in ragione di tutte le altre istanze recepite nella Carta fondamentale⁸⁰.

4. Il caso ungherese: l'interpretazione costituzionale tra rigidità e flessibilità

4563

Venendo ora ad esaminare il modello ungherese, lo studio delle tecniche interpretative impiegate dal giudice costituzionale magiaro ci consegna due periodi storici distinti: uno coincidente con la democratizzazione della Costituzione del 1949, successiva alla caduta del regime comunista; l'altro, ancora in atto, conseguente alla riforma del 2011, che ha invece condotto all'approvazione della nuova Legge Fondamentale, causando una torsione illiberale della forma di Stato⁸¹.

Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 41 ss.; K. Armingeon, R. Guthmann, *Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries*, in *EJPR*, 3/2014, 423 ss.

⁷⁹ Per tutti, P. Blokker, *The Populist Assault on the Constitution*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 196 ss.

⁸⁰ Per tutti, A. Spadaro, *Costituzionalismo*, in *Enc. Fil.*, Milano 2006, 2369 ss.

⁸¹ In tal senso, V. Lubello, *La revisione della Costituzione*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 37; F. Dau, *L'esperienza costituzionale ungherese e l'equilibrio tra democrazia diretta e principio rappresentativo. Brevi note a margine dell'approvazione del nuovo testo costituzionale dell'aprile 2011*, in *Federalismi.it*, 24/2011; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013, 23; F. Fabbrini, *L'Ungheria, i diritti fondamentali e l'Unione europea: è tempo di attivare l'art. 7 TUE?*, in *Dir. Comp.*, 16 gennaio 2012; M. De Simone, *Ungheria: La nuova Costituzione. Verso una deriva autoritaria?*, in *Forum Quad. Cost.*, 16 settembre 2011. In aggiunta, si vedano G. Milani, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*, in *DPCE online*, 4/2019, 2917 ss.; V. Carlino, *Ungheria: le autorità indipendenti e la “democratic erosion”*, in *Nomos*, 3/2019, 1 ss.; F. Delfino, *La*

Questa bipartizione, specie se raffrontata in chiave sinottica con la vicenda italiana, si rivela assai utile per apprezzare in concreto quali siano gli elementi sistemici in grado di influenzare l'attività ermeneutica delle Corti rispetto alle rivendicazioni populiste. Al netto di alcune oscillazioni da parte della dottrina tutt'altro che unitaria nel suo approcciarsi alla materia, infatti, l'ordinamento magiaro rappresenta un sistema populistico ascrivibile all'interno della categoria tassonomica dell'*authoritarian populism*⁸². Una forma mistificante, o meglio opportunistica, di populismo, che ai comuni elementi della retorica anti-elitista si pone necessariamente in antitesi rispetto ai canoni del costituzionalismo democratico, cercando a vario titolo di annullarne la componente liberale «using, or rather misusing or abusing populism in its rhetoric as an instrument for the pursuit of authoritarian goals»⁸³. Si assiste così alla sublimazione di un approccio prettamente formale della democrazia, il quale, pur rivendicandone artificialmente i valori informatori, al contempo, ne erode le fondamenta secondo logiche funzionali a garantire l'(auto)conservazione del potere, fino quasi ad annichilirne gli elementi caratterizzanti come la divisione dei poteri, l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali o la capacità di azione dei contropoteri istituzionali⁸⁴. In questa stessa logica, si spiega pure l'originario progetto *orbanista* finalizzato a superare sul piano istituzionale prima e sociale poi proprio la tradizionale organizzazione del potere, gettando in questo modo le basi per una durevole

democrazia “illiberale”: il modello di democrazia “sovrana” in Russia e di democrazia “cristiana” in Ungheria. *Origini, similitudini e divergenze*, in *NAD*, 2/2019, 46 ss. Per un *excursus* storico, K. Egresi, *La storia del costituzionalismo ungherese*, in *Nomos*, 1/2012, 1 ss. Da ultimo, C. Pistan, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, Bologna 2015, 230.

⁸² Sui diversi approcci al populismo, L. Corso, *Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana*, in *Ragion Pratica*, 1/2019, 214 ss.; P. Blokker, *Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 332 ss.; M. Tushnet, *Varieties of populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 382 ss.; B. Bugaric, *The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 392 nonché T. Fenucci, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 15 ss.; A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, in *DPCE online*, 3/2020, 3885; A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *NAD*, 2/2019, 1 ss.

⁸³ Sul punto si vedano, K.L. Scheppele, *The opportunism of populist and the defense of constitutional liberalism*, cit. 314 ss.; P. Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism*, cit., G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 298; A. Bozóki, *Occupy the State: the Orbán Regime in Hungary*, in *J. Cont. Cen. East. Eur.*, 3/2011, 650; Fournier, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 364 ss. nonché A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *DPCE online*, 3/2020, 3928-3929.

⁸⁴ B. Bugaric, A. Kuhelj, *Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?*, in *Hague J. Rule Law*, (2018), 10, 22-23 e R. Toniatti, *Democrazia illiberale e forma di Stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE online*, 3/2020, 3949. Si vedano anche R. Tarchi, *Le “democrazie illiberali” nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune riflessioni di sintesi*, in *DPCE online*, 3/2020, 4156 e L. Jakcli, M. Stenberg, *Everyday illiberalism: How Hungarian subnational politics propel single-party dominance*, in *Governance*, 2020, 1 ss.

egemonia culturale, caratterizzata dalla creazione di una «nationalistic, homogeneous and self-referential society»⁸⁵.

In questo mosaico assai complesso, la Carta costituzionale si presenta come un documento sostanzialmente flessibile, sprovvisto cioè di limiti materiali, espliciti o impliciti, al potere di revisione⁸⁶. Il riscontro normativo di quanto si va sostenendo emerge plasticamente se si considera il portato dell'art. S), par. 2 FL, dedicato proprio al procedimento di approvazione e di emendamento della Legge Fondamentale, in cui gli aggravii previsti per la deliberazione finale sono dati esclusivamente dal raggiungimento della maggioranza qualificata dei due terzi dei membri dell'Assemblea Nazionale. Ne deriva la mancanza di una chiara separazione fra “potere costituente” e “potere costituito”, che assimila nell'esercizio dell'azione parlamentare la funzione di revisione e la funzione legislativa⁸⁷.

Questo approccio prettamente formalistico alla Legge Fondamentale manifesta chiaramente una lettura strumentale della Costituzione, in cui l'appello alla sovranità popolare diventa funzionale primariamente all'autoconservazione del potere⁸⁸. Da questo punto di vista, il richiamo ai valori democratici appare del tutto artificioso, poiché in realtà i movimenti populistici attraverso un oculato impiego della fonte legislativa e, non da ultimo, mediante l'adozione di puntuali emendamenti alla Legge Fondamentale mirano a svuotare la Costituzione di ogni suo elemento contro-maggioritario, soprattutto attraverso processi riformatori che godano del più ampio consenso possibile da parte del popolo⁸⁹. Secondo questa

⁸⁵ Un prototipo nazionalista e segnatamente identitario destinato a non sedimentarsi riduttivamente entro i confini ungheresi, bensì deputato a fungere avanguardisticamente da archetipo emulativo per altri Paesi nel solco di un destino comune segnato da un condiviso rigetto della matrice liberale propria della cultura occidentale. A. Di Gregorio, *Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe*, in *DPCE online*, 2/2019, 1467-1468. Conf. S. Bottoni, *L'Ungheria di Viktor Orbán*, in *Il Mulino*, 6/2011, 1011; nonché S. Rogers, *Hungarian authoritarian populism: a neo-Gramscian perspective*, in *East Eur. Politics*, Vol. 36, 1/2020, 112; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE online*, 3/2020, 3865-3866 e M. Congiu, *Il partito Fidesz tra regolamenti di conti interni e difesa degli interessi nazionali*, in *NAD*, 2/2020, 5.

⁸⁶ Le stesse Costituzioni socialiste, d'altronde, non contenevano limiti espressi, destinati a circoscrivere l'azione di revisione a protezione dei principi fondamentali. L'unica eccezione implicita poteva forse rinvenirsi nella forma di Stato. Così, I. Halász, *Trends of Constitutional Amendments in Central Europe after 2008*, in *Hung. J. Leg. St.*, 2/2017, 178; A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE online*, 3/2018; M. Ganino, *La revisione costituzionale in Europa Orientale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno ed esperienze straniere*, Milano, 2007, 455 e N. Chronowski, M. Varju, *Two Eras of Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, in *Hague J. Rule Law*, (2016), 8, 278.

⁸⁷ CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 3.2. Diffusamente, N. Chronowski, *Carved in granite? Variable constitutional architecture in Hungary (2010-2018)*, in *DPCE online*, 2/2019, 1485 e O. Doyle, *Populist constitutionalism and constituent power*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 162-163.

⁸⁸ B. Bugaric, A. Kuhelj, *Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?*, in *Hague J. Rule Law*, (2018), 10, 22-23. In aggiunta, L. Jakcli, M. Stenberg, *Everyday illiberalism: How Hungarian subnational politics propel single-party dominance*, in *Governance*, 2020, 1 ss.; L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *DPCE*, 2019, Fasc. Spec., 429.

⁸⁹ Fra gli altri, P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it*, 8/2020, 1. Per uno sguardo complessivo, T. Groppi, *Turchia*

lettura, in altri termini, «the sovereign ruler is not a constitution but a political nation; the outcome is pressure being exerted on the political constitution and a 'dejuridisation' of the public domain»⁹⁰.

L'assenza di vincoli impliciti o espliciti alla possibilità di introdurre modifiche al testo della Legge Fondamentale finisce necessariamente per ripercuotersi sui margini d'intervento riservati al giudice costituzionale, comprimendone il ruolo istituzionale di controllo⁹¹. Fatta eccezione, infatti, per eventuali violazioni procedurali, la Corte costituzionale magiara «can't annul [...] any provision of the Constitution. If a provision had been adopted by the two-thirds majority vote of the members of Parliament, then it has become part of the Constitution and it is therefore theoretically impossible to establish its unconstitutionality [...] as it is theoretically impossible to examine the constitutionality of the Constitution, the Constitutional Court is not competent to resolve any real or alleged conflict between the provisions of the Constitution»⁹².

Questo, però, non ha impedito alla Corte, nella sentenza n. 45/2012. (XII. 29), di dichiarare l'illegittimità di alcune Disposizioni transitorie, le quali, contravvenendo ai dettami della Legge Fondamentale, si collocavano ambigualmente all'interno della gerarchia delle fonti, pregiudicando l'unitarietà e la coerenza del sistema⁹³. Seguendo l'*iter* argomentativo del giudice costituzionale, la Legge Fondamentale si presenta come un testo unitario, destinato, per sua natura, a durare nel tempo e, di conseguenza, non può essere sottoposta ad un continuo processo di modificazione, che ne alteri la stabilità. Per tale ragione, ciascun emendamento deve essere previamente sottoposto ad un ordine d'incorporazione, che, oltre ad eliminare eventuali antinomie con il resto della Costituzione, ha il compito, non secondario, di assicurare che «the constituent power may only incorporate into the Fundamental Law subjects of constitutional importance that fall into the subjective regulatory scope of the Fundamental Law»⁹⁴.

Di contro, le succitate Disposizioni transitorie finivano per costituire una sorta di Costituzione parallela, sottratta alle garanzie procedurali dettate dalla Legge Fondamentale e, per questo, in grado di alterare la struttura stessa dell'ordinamento. Secondo il giudice costituzionale «it would be irreconcilable with the idea of a democratic State under the rule of law if the contents of the

2017: *l'attacco allo Stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Oss. AIC*, 1/2017, 18 ss.; nonché A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA L. Rev.*, 1/2017, 6 ss.; N. Berneo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 1/2016, 10-11 e D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis L. Rev.*, 3/2013, 208 ss.

⁹⁰ A. Czarnota, *Constitutional Correction as a Third democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, (2019), 11, 404. In aggiunta, G. Halmai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitutions?*, in *Constellation*, 2/2012.

⁹¹ F. Gárdos-Orosz, *The constitutional environment of the introduction of the constitutional complaint to the Hungarian constitutional system*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1529.

⁹² CCH, dec. nn. 45/2012. (XII. 29.), p.to 2.1; 23/1994 (IV. 29.) AB, 293/B/1994. AB; 1260/B/1997. AB.

⁹³ Sul punto, C. Pistan, *Tra democrazia e autoritarismo*, cit. 249 ss.

⁹⁴ CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 6.

Fundamental Law were becoming constantly disputable, thus making the contents of the Fundamental Law, as the Constitutional Court's standard, uncertain»⁹⁵.

Per quanto, anche in questa occasione, la Corte sia parsa non discostarsi troppo dalla propria consolidata giurisprudenza, rifiutandosi di sindacare puntualmente il contenuto delle disposizioni costituzionali censurate, un *obiter dictum* risulta di particolare interesse ai nostri fini, vista e considerata la portata potenzialmente evolutiva della statuizione⁹⁶. Il giudice ungherese, infatti, ha avanzato, per la prima volta, in questa sede, l'idea secondo cui la legalità costituzionale non dipende soltanto dal rispetto di requisiti puramente formali, ma rispecchia piuttosto un dato di natura sostanziale: spetta alla Corte censurare il contenuto degli atti emendativi, assunti in violazione di specifiche disposizioni contenute nella Legge Fondamentale⁹⁷. Non ogni norma che modifichi il dettato costituzionale, dunque, deve ritenersi di per sé legittima, ma «the constitutional criteria of a democratic State under the rule of law are at the same time constitutional values [...] in a constitutional legal system [...] it would be impossible to prevent the Constitutional Court in performing effectively its duty of protecting the Fundamental Law by implementing the formal and substantial review of the legal regulations»⁹⁸. Emerge qui con una certa evidenza il tentativo del giudice costituzionale magiaro di estendere l'ambito del proprio sindacato. Non a caso la Corte ha richiamato espressamente, in questa fattispecie, i principi dello Stato di diritto, al fine di individuare una serie di dettami sovraordinati, capaci di vincolare l'azione del legislatore, perfino di quello costituzionale⁹⁹.

In assenza di limiti espressi, si è cioè assistito ad una rielaborazione concettuale implicita, che ha individuato in alcuni caratteri della *rule of law* – in particolar modo nel principio di legalità e nella certezza del diritto – i criteri orientativi per valutare ed eventualmente circoscrivere gli interventi politici della maggioranza¹⁰⁰. Nonostante questo significativo pronunciamento, rivolto a rafforzare il ruolo di garanzia del giudice costituzionale, gli sforzi contro-maggioritari della Corte ungherese sono stati vanificati il 25 marzo 2013 con l'approvazione del IV emendamento alla Legge Fondamentale, che ha costituzionalizzato la maggior parte delle Disposizioni transitorie precedentemente dichiarate illegittime, stabilendo un *dies a quo*, a partire dal quale

⁹⁵ CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 7.

⁹⁶ Cfr. M.A. Simonelli, *Towards a theory of "Unconventional Constitutional Amendments": Some Lessons from the Baka Case*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1570. Similmente, F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova*, cit. 154.

⁹⁷ Secondo M.A. Simonelli, *op. ult. cit.*, 1570, richiamando il principio gerarchico, la Corte avrebbe implicitamente preso atto dell'esistenza, all'interno della Legge Fondamentale, di una sostanziale differenziazione tra norme, che si giustifica nel riconoscimento di una sostanziale diversificazione fra potere costituente e potere costituito.

⁹⁸ CCH, dec. n. 45/2012 (XII. 29.), p.to 4.

⁹⁹ CCH, dec. n. 45/2012 (XII. 29.), p.to 5 «the Fundamental Law obliges the Constitutional Court to examine all those laws that break up the internal unity of the legal system, the ones that violate the unity of the Fundamental Law itself».

¹⁰⁰ Cfr. CCH, dec. n. 11/1992.

il sindacato di costituzionalità *ex art. 24*) LF si sarebbe dovuto limitare ai soli vizi procedurali¹⁰¹.

Chiamata dal Commissario per i diritti fondamentali a valutare la legittimità del IV emendamento la Corte, con la sentenza n. 12 del 2013 (V. 24.) AB, ha dovuto fare inevitabilmente un passo indietro¹⁰². Se il potere di esercitare un controllo di legittimità formale sul processo emendativo risponde all'esigenza di garantire il rispetto della *rule of law*¹⁰³, la verifica circa l'esistenza di un'antinomia fra il contenuto della Legge Fondamentale, come sistema unitario, e un suo emendamento eccede la competenza del giudice costituzionale. Alla Corte è affidato esclusivamente il compito di valutare la conformità delle leggi alle disposizioni contenute nella Legge Fondamentale: un potere sostanzialmente limitato, che deve quindi esercitarsi nel rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri, ragion per cui le attribuzioni riservate al giudice costituzionale non possono mai risolversi in una surrettizia attività normogenetica, soprattutto laddove questa azione suppletiva nei confronti dell'Assemblea Nazionale si dispieghi sul piano costituzionale¹⁰⁴. Di conseguenza, una volta che sono state assicurate le garanzie procedurali prescritte per la sua approvazione, ai giudici di Budapest resta preclusa la possibilità di giudicare sulla coerenza di un emendamento rispetto alla Legge Fondamentale, giacché detta attività non si risolve in un sindacato neutrale, ma integra un controllo di tipo politico sull'azione del potere legislativo¹⁰⁵.

Nella parte finale delle motivazioni, però, la Corte è sembrata inviare un monito al Parlamento, rivendicando il proprio ruolo di garante della Legge Fondamentale, che continuerà ad interpretare e ad applicare come un *corpus* normativo unitario e coerente, vincolante anche per il legislatore. Questa attività esegetica terrà conto dei principi e dei valori fondamentali derivanti dall'adesione all'Unione europea, dalla stipulazione dei Trattati internazionali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle norme internazionali generalmente riconosciute. Il giudice costituzionale ungherese, quindi, non

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 12, par. 3.2 del IV emendamento «the Constitutional Court may only review the Fundamental Law and the amendment thereof for conformity with the procedural requirements laid down in the Fundamental Law with respect to its adoption and promulgation». N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1495 ss.; M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in DPCE., 1/2019, 182; N. Chronowski, M. Varju, *Two Eras of Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, cit. 281 ss. Sui rilievi della Commissione di Venezia, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, 720/2013, 17 June 2013. Sulla risposta delle istituzioni comunitarie, F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in DPCE online, 4/2016, 145 ss. Per uno sguardo d'insieme sull'abuso dell'azione emendativa della Costituzione da parte delle forze populiste, si veda P. Faraguna, *Populism and Constitutional Amendment*, in G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini (eds), *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, Palgrave Macmillan, 2020, 97 ss.

¹⁰² Per un'analisi P. Kovacs, *International Law in the Recent Jurisprudence of the Hungarian Constitutional court opening a new tendency?*, in L. Mezzetti (a cura di), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, 464 ss.

¹⁰³ Fra le altre, CCH, dec. n. 6/2013. (III. 1.) AB, p.ti 63-72.

¹⁰⁴ CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24.) AB, p.to 37.

¹⁰⁵ CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24.) AB, p.to 42.

potendo più trovare nella Carta, i limiti endogeni necessari a circoscrivere utilmente l'attività del revisore costituzionale, è parso cercarli esternamente, ovvero nelle fonti vincolanti per l'ordinamento ai sensi degli artt. E) e Q) FL, le quali formano un «comprehensive system (a value order) which cannot be ignored during either the constitutionalization, or the legislator or the exercise of constitutional review by the Constitutional Court»¹⁰⁶.

Benché, in astratto, questa particolare esegesi sembrasse poter contenere, almeno in parte, eventuali prevaricazioni ad opera della maggioranza di governo, la sua portata pratica è parsa subito recessiva. Infatti, lungi dal richiamare la teoria della c.d. «invisible Constitution»¹⁰⁷ – ossia quella concezione materiale della Carta come insieme di principi ricavabili dalla Corte in via ermeneutica, anche al di là mero dato letterale, elaborata durante gli anni della transizione – il rinnovato approccio della Corte magiara, in linea con la *ratio* del riformulato art. 24) FL, esclude perfino la possibilità di appurare la coerenza intrinseca degli emendamenti costituzionali¹⁰⁸. In tale prospettiva, pure l'apertura indirizzata al fronte sovranazionale è stata fortemente ridimensionata, facendo ricorso al concetto di «sovranità nazionale» e alla nozione di «identità costituzionale», eco più profonda dell'approccio spiccatamente dualista da sempre abbracciato dell'ordinamento ungherese¹⁰⁹.

Al pari della nuova Legge Fondamentale, anche il precedente testo costituzionale seguiva un approccio spiccatamente dualista. Questo elemento, però, non ha impedito al giudice magiario di utilizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come una specie di *benchmark* orientativo a integrazione delle proprie pronunce, favorendo l'armonizzazione del sistema normativo interno con gli impegni assunti a livello sovranazionale, come previsto dall'art. 7, par. 1, della Costituzione¹¹⁰. In base a questo indirizzo, il diritto internazionale veniva assunto come *standard* minimo per la protezione dei diritti e, dunque, anche come limite per l'attività della maggioranza di governo: il legislatore non avrebbe potuto derogare al trattamento previsto a livello euro-unitario, tutt'al più avrebbe potuto intervenire in senso migliorativo¹¹¹.

¹⁰⁶ Così CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24) AB, p.to 48. Per un commento, R. Utiz, *The Return of the Hungarian Constitutional court*, in *VerfBlog*, 15 January 2013; M.A. Simonelli, *Towards a theory of "Unconventional Constitutional Amendments"*, cit. 1574 ss. Sul possibile contributo della CEDU alla tutela dello Stato di diritto, S. Gianello, *Sul (possibile) utilizzo della CEDU come argine alle sistemiche violazioni dello Stato di diritto*, in *DPCE online*, 4/2019, 2373 ss.

¹⁰⁷ CCH, dec. n. 23/1990, *concurring opinion* Judge Sólyom.

¹⁰⁸ Su tutti L. Sólyom, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, in *Int'l Soc.*, 1/2003, 152.

¹⁰⁹ E. Csatlós, *The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – the Practice of the Constitutional Court and Ordinary Courts in a Comparative Approach*, in A. Badó, W.B. Detlev, J. Bóka, P. Mezei (eds), *Internationale Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Rechtsvergleichung der Universität Szeged*, 2014, 127 ss.

¹¹⁰ CCH, dec. n. 53/1993. (X. 13.) AB; *Conf.* CCH, dec. nn. 4/1997. (I. 22.) AB; 22/2005. (VI. 17.) AB, p.to 3.3. In dottrina, P. Kovacs, *International Law in the Recent Jurisprudence of the Hungarian Constitutional court opening a new tendency?*, cit. 462.

¹¹¹ CCH, dec. n. 61/2011. (VI. 17.) AB.

Tale orientamento venne mantenuto anche durante le prime fasi di vigenza della nuova Legge Fondamentale. Pur ribadendone l'efficacia prettamente dichiarativa, il giudice costituzionale ritenne comunque che le decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo «in practice could give help to the interpretation of constitutional rights – secured in the Fundamental law and international convention – and to the definition of their content and their field of application the observance of the Convention and the practice of ECHR cannot lead to the limitation of the protection of fundamental rights secured by the Fundamental law and to the definition of a lower level of protection of fundamental rights that all contracting parties have to assure but the national law may establish a different and namely a higher order of requirements in order to promote human rights»¹¹².

Nella medesima logica, la sentenza n. 4 del 2013. (II. 21.) AB è giunta a considerare una condanna dell'Ungheria per la violazione dell'art. 10 CEDU alla stregua di una circostanza nuova e giuridicamente rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità¹¹³. Pertanto, benché la Corte fosse già intervenuta nel caso di specie, rigettando la questione, l'applicazione dei principi desumibili dal sistema CEDU, ha condotto il giudice ungherese a una successiva declaratoria di incostituzionalità della norma penale, che sanzionava il pubblico utilizzo della stella rossa a cinque punte, come simbolo riconducibile al totalitarismo comunista¹¹⁴. Se da una parte, dunque, la Corte si è sempre ritenuta incompetente a dichiarare l'illegittimità di una norma interna in contrasto con una disposizione di carattere sovranazionale, dall'altra, il diritto euro-unitario ha comunque prodotto «a supportive effect in those cases whereby the reference to international legal instruments is to strengthen a decision based on domestic law»¹¹⁵.

Tale assunto trova esplicita conferma nella sentenza n. 1 del 2013 (I. 7.) AB, che ha dichiarato incostituzionali talune disposizioni contenute nella legge di riforma del sistema elettorale, laddove veniva imposto al singolo elettore di sottoporsi a una procedura di registrazione, al fine di esercitare attivamente il proprio voto¹¹⁶. In questo caso, il giudice costituzionale magiaro ha fatto ampio ricorso al “*Code of good practice in electoral matters*” varato dalla Commissione di Venezia e si è abbondantemente richiamato alla giurisprudenza della Corte EDU, ritenendo che «in accordance with the Amending Protocol 1 Article 3 of the European Convention on Human Rights, linking the exercising of the right to vote to an active registration would restrict the right to free elections. Such a restriction can only be justified for the purpose of reaching a legitimate aim. Only a justification of due weight can legitimize the restriction. If there is a functioning and operational electoral register [...] there is no legitimate justification of due weight for the introduction of an active registration. The Constitutional Court

¹¹² CCH, dec. n. 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 19.

¹¹³ ECrtHR, *Vajnai v. Hungary*, 8 luglio 2008. Cfr. CCH, dec. n. 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 20.

¹¹⁴ CCH, dec. nn. 14/2000. (V. 12.) AB; 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 61.

¹¹⁵ E. Csatlós, *The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – the Practice of the constitutional court and Ordinary Courts in a Comparative Approach*, cit. 132.

¹¹⁶ Per un commento, K. Kelemen, *Hungary: voter registration declared unconstitutional*, in *Dir. Comp.*, 5 febbraio 2013.

considered all the above factors when it examined the question whether the legal institution of the request of registration in the electoral register, as regulated in the Act, restricts the right to vote in compliance with the Fundamental Law»¹¹⁷.

Al di là della singola fattispecie, la Corte ungherese, proprio attraverso il richiamo al diritto internazionale, quale parte di un sistema normativo più ampio, capace di dettare alcuni principi fondamentali a tutela dei diritti dei singoli, ha saputo giocare, almeno inizialmente, un ruolo decisivo nei riguardi del decisore politico, impedendo che venissero surrettiziamente introdotti meccanismi distorsivi del suffragio popolare. In effetti, già con la decisione n. 63/B/1995. AB, i giudici di Budapest avevano ritenuto che, ai sensi dell'art. 70 della Costituzione, il principio di uguaglianza del voto si opponesse a interventi arbitrari da parte del legislatore, volti a pregiudicare la parità di accesso dei cittadini alla competizione elettorale. Ciò nonostante, qualora tali condizioni fossero state soddisfatte, andava pur sempre riconosciuta al Parlamento un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale, nell'individuazione delle regole per la presentazione delle candidature e nella determinazione dei meccanismi per la conversione dei voti in seggi¹¹⁸. L'uguaglianza del voto disposta in Costituzione veniva primariamente ricondotta al concreto esercizio del suffragio – dunque *in entrata* – e non anche nel successivo momento di trasformazione dei voti in seggi – ovvero *in uscita* – considerato il fisiologico effetto distorsivo che accompagna ogni formula elettorale. Secondo la Corte «the equality of voting rights does not and should not mean the precisely equal enforcement of the political will expressed through the election. Although the Constitution provides for the equality of the voting rights, the expression of citizens' political will through representatives, i.e. indirectly, inevitably results in disproportionality»¹¹⁹.

Il principio costituzionale di uguaglianza del voto impone il rispetto di due essenziali requisiti: «on the one hand, voting rights must be of equal value from the point of view of voting citizens, and on the other hand the votes must be preferably be of equal weight in respect of electing each of the Members of Parliament»¹²⁰. Ad ogni modo, «any restriction on the equality or generality of [voting] right can be only accepted as constitutional on the basis of a significant reason of principle»¹²¹. Proprio quest'ultimo assunto ha consentito alla Corte di individuare alcuni obblighi positivi nei riguardi della maggioranza parlamentare, in modo da ricondurne l'operato entro precisi vincoli di carattere costituzionale. Così, ad esempio, il legislatore è stato richiamato alla necessità di garantire la rappresentanza delle minoranze etniche¹²² e la sentenza n. 22 del 2005. (VI. 17.) AB, rifacendosi ancora una volta alle prassi della Commissione di Venezia, ha censurato le pratiche di *gerrymandering* poste in atto dall'Esecutivo.

¹¹⁷ CCH, dec. n. 1/2013. (I. 7.) AB, p.to 3.5.

¹¹⁸ Cfr. CCH, dec. n. 63/B/1995. AB, p.to 2.

¹¹⁹ CCH, dec. n. 3/1991. (II. 7.) AB, p.to 3.

¹²⁰ Cfr. CCH, dec. n. 31/2000. (X. 20.) AB, p.to 2.

¹²¹ CCH, dec. n. 6/1991. (II. AB) AB.

¹²² CCH, dec. n. 35/1992. (II. AB) AB.

Con il passare del tempo, però, il giudice costituzionale ha perso questa capacità di incidenza, manifestando nei fatti un ragguardevole *self-restraint*, in antitesi rispetto alla parabola seguita dal proprio omologo italiano. Anche in questo caso il punto di svolta ha coinciso con l'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale. Attualmente, la Corte magiara riconosce un amplissimo margine di manovra al legislatore nell'individuazione della formula elettorale, non potendo rinvenire norme costituzionali che ne vincolino *a priori* la facoltà di scelta. È il caso, *ex multis*, della decisione n. 3141 del 2014. (V. 9.) AB, relativa ai meccanismi di recupero dei voti. Mentre in passato il trasferimento dei consensi aveva riguardato solamente i candidati usciti sconfitti nei collegi uninominali, le modifiche alla disciplina elettorale introdotte nel 2011 hanno esteso il medesimo automatismo anche nei confronti degli eletti, producendo un effetto fortemente distorsivo, a tutto vantaggio delle forze di governo. Posta di fronte alla questione, la Corte è tornata sui suoi passi, ritenendo perfettamente compatibile con il principio di uguaglianza del voto anche il nuovo sistema compensativo, ancora una volta in forza dell'ampia discrezionalità in materia riconosciuta al legislatore. Come la precedente Costituzione anche la Legge Fondamentale – si legge nella motivazione – non prevede norme vincolanti per il legislatore, ma meri principi, che, peraltro, non risultano violati nella fattispecie, giacché la normativa indubbiata non crea alcuna discriminazione, che pregiudichi il diritto in capo a ogni candidato di partecipare alla contesa elettorale¹²³.

Questo nuovo approccio ermeneutico, sempre meno incline a definire dei limiti cogenti all'esercizio della sovranità popolare, poggia in prevalenza sull'utilizzo di un canone interpretativo che, estremizzando alcuni aspetti riconducibili alla "teoria dei controlimiti", tenta di ridurre in maniera anche piuttosto drastica l'ingresso di norme sovranazionali nell'ordinamento. In questa prospettiva, il richiamo alle fonti sovranazionali da parte del giudice ungherese soggiace ora a due requisiti assai stringenti, ma di difficile decifrazione: il rispetto della "sovranità nazionale" e la protezione della c.d. "identità costituzionale"¹²⁴.

La prima forma di resistenza opposta dalla Corte costituzionale alla penetrazione dei principi desumibili dal diritto sovranazionale si registra emblematicamente con riguardo alla *vexata quaestio* della ripartizione dei flussi migratori tra i Paesi dell'Unione¹²⁵. La vicenda trae origine dalla decisione del

¹²³ Al riguardo si segnala l'opinione dissenziente, del giudice Lévay il quale, oltre a criticare fortemente l'approccio formalista seguito dalla Corte, afferma che, qualora la formula elettorale distorca oltremisura il consenso, l'uguaglianza del suffragio al momento del voto non rappresenta affatto una garanzia di democraticità. All'interno di uno Stato democratico governato dalla *rule of law*, infatti, l'uguaglianza del voto non può essere solo *in entrata* ma deve riverberarsi anche *in uscita*, perché senza una vera competizione non può esistere una vera democrazia. In proposito, G. Delle Donne, *Constitutional courts dealing with electoral laws: comparative remarks on Italy and Hungary*, in *DPCE online*, 2/2019, 1158-1159.

¹²⁴ Per tutti, M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 1097 ss.

¹²⁵ Su questi temi G. Romeo, *Managing immigration in the European Union between nationalist egoism and cosmopolitan temptations*, in *DPCE online*, 2/2019, 1685 ss. e S. Penasa, *La relocation*

Consiglio di disporre il trasferimento di 1294 richiedenti asilo dai territori di Italia e Grecia all'Ungheria¹²⁶. Nella controversa sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, i giudici di Budapest precisano, tuttavia, che, sebbene il diritto europeo fornisca, nella maggior parte dei casi, un adeguato livello di protezione delle libertà fondamentali, il compito di verificare che l'applicazione della normativa UE non conduca a una lesione dei diritti inalienabili previsti dalla Legge Fondamentale spetta in ultima istanza alla Corte costituzionale¹²⁷. Ne discende che «since by joining the European Union, Hungary has not surrendered its sovereignty, it rather allowed for the joint exercising of certain competences, the maintenance of Hungary's sovereignty should be presumed when judging upon the joint exercising of further competences additional to the rights and obligations provided in the Founding Treaties of the European Union). Sovereignty has been laid down in the Fundamental Law as the ultimate source of competences and not as a competence. Therefore, the joint exercising of competences shall not result in depriving the people of the possibility of possessing the ultimate chance to control the exercising of public power»¹²⁸. Se l'Ungheria è uno Stato indipendente e sovrano, il cui potere deriva dalla “volontà del popolo” racchiusa in Costituzione, questi valori non possono essere svuotati di contenuto da una lettura alternativa dell'art. E) LF che trasponga in automatico qualsivoglia atto o decisione assunta a livello europeo all'interno del quadro giuridico nazionale¹²⁹.

In realtà, il richiamo alla sovranità come limite estensivo al trasferimento di poteri in ambito comunitario non costituisce una novità assoluta. Già con la sentenza n. 22 del 2012. (V. 11.) AB, relativa al “*Fiscal Compact*”, il giudice costituzionale magiaro aveva statuito che «an authorization given by two-thirds of the Members of the Parliament is necessary for every treaty that leads to transferring further competences of Hungary, specified in the Fundamental Law, through the joint exercising of competences by way of the institutions of the European Union. It means that Article E) paras (2) and (4) apply not only to the accession treaty and to the founding treaties and their amendments but to all

delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, in *DPCE online*, 3/2017, 735 ss.

¹²⁶ Per un commento, A. Mohay, N. Tóth, *Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law*, in *AJIL*, 2/2017, 468 ss.; G. Halmai, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *VerfBlog*, 10 January 2017; T. Drinóczi, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *Int'l J. Const. Law*, 1/2017, 139 ss.

¹²⁷ Cfr. CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 53.

¹²⁸ CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 60.

¹²⁹ Ai sensi dell'art. E) FL, «in order to enhance the liberty, prosperity and security of European nations, Hungary shall contribute to the creation of European unity (1). With a view to participating in the European Union as a member state, Hungary may exercise some of its competences arising from the Fundamental Law jointly with other member states through the institutions of the European Union under an international agreement, to the extent required for the exercise of the rights and the fulfilment of the obligations arising from the Founding Treaties (2) [...] The authorisation to recognise the binding nature of an international agreement [...] shall require a two-thirds majority of the votes of the Members of Parliament (4)».

treaties [...] in the preparation of which Hungary has participated as a Member State»¹³⁰. Nella più recente sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, però, il richiamo alla sovranità assume un significato ancora più marcato: non più quello di mero aggravio procedurale rispetto a una scelta comunque rimessa alla discrezionalità parlamentare, bensì quello di “barriera” ontologica al processo di integrazione europea¹³¹.

In stretta connessione con l'esigenza di tutelare la sovranità nazionale, poi, i giudici ungheresi richiamano i vincoli desumibili dal concetto di “identità costituzionale”. Ai sensi dell'art. R), par. 3 LF, infatti, la Corte è tenuta a interpretare sistematicamente le disposizioni della Legge Fondamentale rilevanti nel caso di specie, in armonia con il loro fine e nel rispetto della c.d. “professione nazionale”, rifacendosi cioè alle conquiste della Costituzione storica¹³². Lontana dall'assumere una valenza dogmatica stabile¹³³, l'identità costituzionale «is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components – identical with the constitutional values generally accepted today – can be highlighted as examples: freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power, the protection of the nationalities living with us. These are, among others, the achievements of our historical constitution, the Fundamental Law and thus the whole Hungarian legal system are based upon»¹³⁴.

Nei termini proposti dalla Corte, pertanto, questo nuovo criterio ermeneutico, soprattutto se assunto nella sua relazione diadica con il concetto di sovranità, non intende affatto asseverare i valori democratico-costituzionali, ma si pone in aperto contrasto con il principio di “leale collaborazione” tra Unione e Stati membri¹³⁵. Come correttamente osservato, infatti, il “muro” innalzato dal giudice costituzionale attraverso l'impiego del canone identitario, eccede i “controlimiti”, perché, esprimendo valori sovranisti che preesistono alla stessa Carta

¹³⁰ CCH, dec. n. 22/2012. (V. 11) AB, p.ti 50-51.

¹³¹ Analoghe argomentazioni sono state avanzate in CCH, dec. n. 9/2018 (VII. 9.) AB. Per un commento, K. Kelemen, *The Agreement on a Unified Patent Court cannot be ratified by Hungary, the Constitutional court says*, in *Dir. Comp.*, 1 Agosto 2018.

¹³² Cfr. CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 64.

¹³³ G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quad. Cost.*, 1/2017, 152-153.

¹³⁴ CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 65.

¹³⁵ Oltretutto, i giudici costituzionali sono giunti a tale interpretazione muovendo – anche in questo caso con una certa dose di opportunismo e strumentalità – dal contenuto di cui all'art. 4, par. 2 TUE. Come può leggersi, «according to Article 4 (2) TEU, “the Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government”. The protection of constitutional identity should be granted in the framework of an informal cooperation with EUC based on the principles of equality and collegiality, with mutual respect to each other, similarly to the present practice followed by several other Member States' constitutional courts and supreme judicial bodies performing similar functions». CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.ti 62-63. In dottrina si vedano le considerazioni critiche di G. Martinico, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura “contestualizzata” dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, 3/2020, 3967.

fondamentale, ostacola in radice il processo d'integrazione e la conseguente attuazione dei valori comuni richiesta dall'art. 2 TUE, tutte le volte in cui siano in gioco le tradizioni storiche, linguistiche e culturali nazionali¹³⁶.

La determinazione di questi meta-valori, oltretutto, anziché costituire un sicuro vincolo per il legislatore, viene curvata in termini populistici e antiliberali¹³⁷. Basti pensare, ancora una volta, alla sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, in cui la tutela dei diritti fondamentali, invocata come elemento caratterizzante dell'identità nazionale ungherese, anziché essere impiegata per favorire la mutua collaborazione tra i Paesi dell'Unione nel ricollocare i richiedenti asilo, è stata utilizzata per giustificare – sul piano costituzionale – la volontà politica di disattendere la decisione del Consiglio in merito alla redistribuzione¹³⁸. In altri termini, il concetto di "identità nazionale" corre il rischio di trasformarsi in una sorta di "cavallo di Troia", in grado di condurre a letture congiunturali della Legge Fondamentale¹³⁹. In forza del VII emendamento approvato dalla coalizione Fidesz-KDNP il 20 giugno 2018, infatti, la protezione dell'identità nazionale è stata espressamente inserita nel "*National Avowal*", quale obbligo dello Stato ungherese, ai sensi del quale «we hold that the protection of our identity rooted in our historic Constitution is a fundamental obligation of the State». In questo modo, l'identità nazionale è definitivamente assunta al rango di canone interpretativo vincolante, in forza del quale «the protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State»¹⁴⁰.

Ad aumentare le preoccupazioni concorre pure l'ulteriore incertezza ingenerata dal IV emendamento, nella parte in cui stabilisce che «rulings given prior the entry into force of the Fundamental Law are hereby repealed [...] without prejudice to the legal effect produced by those rulings»¹⁴¹. Tale

¹³⁶ M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale*, cit. 183. Critico nei riguardi della decisione anche G. Poggeschi, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-Soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"*, in *DPCE online*, 2/2018, 623. Più in generale Id., *L'Ungheria: il multiculturalismo negato in una democrazia illiberale: continuità o tradimento della tradizione ungherese?*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 565 ss. e A. Pecorario, *Si scrive Ungheria ma si legge Europa: prove tecniche di secessione culturale*, in *Dir. Comp.*, 28 settembre 2011.

¹³⁷ Cfr. G. Halmai, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, in *Riv. Dir. Comp.*, 1/2019, 31 ss.; A. László-Pap, A. Śledzińska-Simon, *The Rise of Illiberal Democracy and the Remedies of Multi-Level Constitutionalism*, in *Hung. J. Leg. St.*, 1/2019, 69 e A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, 4/2016, 195.

¹³⁸ Conf. G. Halmai, *The Hungarian Constitutional Court*, cit.

¹³⁹ Una tesi che trova conforto nelle riflessioni di A. Bozóki, *Occupy the State: the Orbán Regime in Hungary*, cit. 660.

¹⁴⁰ Sul punto giova ricordare come il Preambolo della Legge Fondamentale non rappresenti affatto una mera dichiarazione programmatica, ma integri invece un vero e proprio parametro interpretativo della Costituzione, ai sensi dell'art. R), parr. 3 e 4 LF.

¹⁴¹ Una modifica introdotta, benché la Corte avesse già affermato la possibilità di fare ricorso alla propria giurisprudenza per interpretare le norme della Legge Fondamentale, qualora

limitazione, oltre a indebolire il ruolo della Corte, privando improvvisamente il giudice costituzionale di buona parte dei suoi precedenti, segnala altresì una chiara presa di posizione di matrice populista da parte del potere politico nei confronti delle Istituzioni europee. Il che non solo ingenera evidenti problematiche per quanto concerne la certezza del diritto, ma pone anche «a serious doubt about the state of liberal constitutionalism in Hungary and Hungary's compliance with its international commitments under Treaties of the European Union and the European Convention on Human Rights»¹⁴².

La riprova di questo processo già ampiamente in atto si può intravedere ponendo a confronto il diverso richiamo alle radici identitarie operato dalla Corte a distanza di pochi anni. In un primo momento, le conquiste della Costituzione storica hanno consentito ai giudici di Budapest di dichiarare l'illegittimità della normativa che aveva disposto il collocamento a riposo anticipato per i giudici di età compresa tra i 65 e i 70 anni¹⁴³. Con la sentenza n. 33 del 2012. (VII. 17) AB, la Corte costituzionale precisa che quando la Legge Fondamentale «opens a window on the historical dimensions of our public law, it makes us focus on the precedents of institutional history, without which our public law environment of today and our legal culture in general would be rootless. In this situation the responsibility of the Constitutional Court is exceptional, or indeed historical: in the course of examining concrete cases, it has to include in its critical horizon the relevant resources of the history of legal institutions»¹⁴⁴. Da questo punto di vista, l'indipendenza e l'inamovibilità dei componenti dell'ordine giudiziario erano state considerate una conquista, facente ormai parte della tradizione giuridica ungherese¹⁴⁵.

Al contrario, nella più recente sentenza n. 2 del 2019. (III. 5.) AB, il rimando alla tradizione è parso risentire fortemente del rinnovato spirito identitariamente esclusivo, che pervade la riformata Legge Fondamentale. Benché nel contesto di una decisione in cui la Corte ha comunque cercato di trovare un punto di equilibrio tra gli *standard* europei e il disposto dell'art. XIV, par. 4 LF nella parte cui afferma che lo straniero non ha diritto a richiedere la protezione accordata dal diritto d'asilo, qualora sia giunto nel territorio ungherese passando per un Paese in cui non è stato perseguitato o sottoposto a una diretta minaccia di persecuzione¹⁴⁶, il giudice costituzionale ha esaltato la specificità nazionale ungherese, ritenendo che

presentassero un contenuto identico o simile a quelle della precedente Costituzione. Cfr. CCH, dec. n. 22/2012. (V. 11.) AB, p.ti 40-41.

¹⁴² G. Halmai, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, cit. 36.

¹⁴³ Per uno sguardo generale sulla tematica, S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 295 ss.; K. Kelemen, *Baka contro Ungheria: la Corte EDU e l'indipendenza dei giudici*, in *Quad. Cost.*, 4/2016, 827 ss. e C. Bologna, *Baka c. Ungheria: Strasburgo condanna il prepensionamento del Presidente della Corte Suprema per le opinioni espresse*, in *Quad. Cost.*, 3/2014, 750 ss.

¹⁴⁴ CCH, dec. n. 33/2012. (VII. 17.) AB, p.to 75.

¹⁴⁵ Cfr. CCH, dec. nn. 33/2012. (VII. 17.) AB, p.to 80; 1/2008. (I. 11.) AB; 21/2010. (II. 25.) AB.

¹⁴⁶ CCH, dec. n. 2/2019. (III. 5.) AB, p.to 43.

«the formation of the State of Hungary had been the first act by which the Hungarian nation expressed its European identity and throughout the historical events experienced by the country this has matured to become a solid national conviction. As it is expressed in our National Avowal of the Fundamental Law: we are proud that our king Saint Stephen built the Hungarian State on solid ground and made our country a part of Christian Europe one thousand years ago. It is also a part of our national values that our nation has over the centuries defended Europe in a series of struggles and enriched Europe's common values with its talent and diligence, and we also believe that our national culture is a rich contribution to the diversity of European unity»¹⁴⁷.

5. La Corte costituzionale magiara a cavallo tra due (opposte) transizioni

Come si è potuto constatare, gli itinerari interpretativi seguiti dal giudice costituzionale ungherese divergono drasticamente, a partire dall'ultima riforma della Legge Fondamentale. Da questo momento in avanti, infatti, la Corte costituzionale ha gradualmente abbandonato quella lettura garantistica della Costituzione, che aveva fortemente caratterizzato gli inizi della propria attività, per abbracciare un'esegesi della Carta fondamentale come mero strumento politico funzionale alla legittimazione del potere¹⁴⁸.

Se si prende in considerazione il periodo che va dal 1989 al 2011, infatti, la Corte magiara, seppur a fronte delle inevitabili diversità derivanti dal proprio retaggio storico, ha adottato anch'essa una lettura sostanzialmente espansiva della Costituzione, che, attraverso il veicolo rappresentato dal diritto internazionale e dalla *rule of law*, ha elaborato alcuni "principi supremi", garantendo le libertà fondamentali e la posizione delle minoranze come limite all'esercizio del potere. In quel contesto, la Corte aveva progressivamente assunto una propria centralità nel processo di transizione successivo all'esperienza socialista. Un simile attivismo si era giustificato anche in ragione dell'iniziale instabilità del coevo quadro politico, che rischiava di indebolire i meccanismi e le strutture portanti del nascente modello liberal-democratico¹⁴⁹.

Fu proprio in quegli anni che il giudice costituzionale introdusse e applicò con una certa costanza la teoria della «revolution under the rule of law», quasi a voler testimoniare la necessità che l'effettivo funzionamento del nuovo assetto normativo dovesse realizzarsi, prima di tutto, in armonia con i dettami propri dello Stato di diritto. La stabilizzazione dell'ordinamento non avrebbe potuto realizzarsi se non attraverso il pieno rispetto dei contenuti della Costituzione, che venivano a

¹⁴⁷ CCH, dec. n. 2/2019. (III. 5.) AB, p.to 16.

¹⁴⁸ G. Grasso, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*, in DPCE Online, 1/2019, 102.

¹⁴⁹ Sul processo di consolidamento del sistema politico-partitico nei Paesi dell'Est Europa nelle fasi della transizione, con uno sguardo all'Ungheria, D.M. Olson, *Party Formation and Party System consolidation in the New Democracies of Central Europe*, in *Political Studies*, (1998), XLVI, 432 ss.

dispiegare tutta la propria valenza precettiva, specie nei confronti del decisore politico, cui era affidato il compito di guidare la trasformazione democratica¹⁵⁰.

Questo modello interpretativo si dimostrò subito funzionale ad arginare le derive di matrice populista, che rivendicavano a gran voce, fra le altre cose, la prevalenza di una rappresentazione sostanziale della giustizia nei riguardi dei responsabili dei crimini commessi durante gli anni del regime comunista. In questa fase la Corte seppe sfruttare appieno le proprie prerogative, superando l'interpretazione testuale, per attestarsi sulla nozione di «invisible Constitution», che concepiva la Carta fondamentale come un insieme di principi interconnessi da ricavarsi in via ermeneutica, considerando tutto il sistema¹⁵¹.

Tuttavia, il radicale cambio di paradigma cui si è fatto cenno comincia a registrarsi proprio a partire dall'entrata in vigore della Legge Fondamentale del 2011, che, come noto, ha modificato anche l'organizzazione interna della Corte, contenendone sensibilmente i poteri e riducendo parallelamente le vie di accesso alla giustizia costituzionale¹⁵². In effetti, la Carta era stata oggetto di diverse modifiche pure in passato, ma quegli emendamenti ne avevano lasciato comunque impregiudicati i contenuti valoriali, permettendo così ai giudici una certa continuità interpretativa¹⁵³. Più che altro, quindi, il sostanziale mutamento di giurisprudenza che ha progressivamente contraddistinto la Corte magiara rispetto alle crescenti rivendicazioni populiste si deve a fattori esogeni. Non solo, infatti, è stata sostanzialmente posta in contestazione l'idea stessa di Costituzione come “*higher law*”, ma si è assistito anche al tentativo da parte del potere politico di veicolare una diversa concezione della sovranità popolare, rendendo in questo modo sempre più difficile l'individuazione di ambiti normativi sottratti alla totale discrezionalità delle forze di maggioranza¹⁵⁴.

A dire il vero, la Corte ungherese non ha immediatamente abdicato a quella lettura estensiva della Legge Fondamentale, che fino ad allora aveva caratterizzato il suo magistero interpretativo. Almeno all'inizio, la Corte ha provato a ribadire la coerenza precettività del testo costituzionale e si è opposta ai surrettizi tentativi di flessibilizzazione della Carta, operati a più riprese dalle forze di maggioranza. Il combinato disposto del IV e del VII emendamento ha però vanificato qualsiasi sforzo in tal senso, da una parte, perché ha impedito di sindacare il contenuto

¹⁵⁰ L. Sólyom, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, cit. 138.

¹⁵¹ Come può leggersi tra le righe della *concurring opinion* del Giudice Sólyom a CCH, dec. n. 23/1990, «the Constitutional court must confine its effort to explain the theoretical bases of the Constitution and the rights included in it and to form a coherent system with its decisions in order to provide a reliable standard of constitutionality [...] beyond the Constitution, which is often amended nowadays by current political interests, and because of this “invisible constitution” probably will not conflict with the new Constitution to be established or with future Constitution. The Constitutional Court enjoys freedom in this process as long as remain within the framework of the concept of constitutionality».

¹⁵² Cfr. N. Rodean, *Verso l'indipendenza della Corte costituzionale ungherese oppure l'affermazione del judicial deference in Ungheria?*, in *Federaslimi.it*, 21/2012, 2 ss.

¹⁵³ Tra gli altri, da M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale*, cit. 181. Più diffusamente, K. Kelemen, *La Corte costituzionale*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit. 87 ss.

¹⁵⁴ G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, cit. 306.

sostanziale delle azioni di riforma, privando oltretutto la Corte di quasi tutti i suoi precedenti, dall'altra, perché ha vincolato il giudice costituzionale all'interpretazione storica costringendolo a ricostruire la volontà del legislatore e ad uniformarsi all'interpretazione della Costituzione, patrocinata, di volta in volta, dalle forze politiche, che hanno apportato le modifiche¹⁵⁵.

Anche il giudice costituzionale ungherese, insomma, ha adottato un approccio strumentale alla Costituzione, finanche offrendo un prezioso sostegno alle forze di maggioranza come verificatosi con l'elaborazione dei concetti di sovranità nazionale e identità costituzionale (22/2016. (XII. 5.) AB) a seguito dell'iniziale fallimento nell'approvazione del VII emendamento. Negli ultimi anni, pertanto, anche in conseguenza della programmatica sostituzione dei propri componenti, la Corte magiara ha mostrato un certo *favor* nei confronti delle politiche adottate dalle forze di governo, assumendo toni marcatamente populistici e assecondando «interpretazioni della Costituzione, che godono del gradimento dell'opinione pubblica, magari al prezzo di rinnegare precedenti giudiziari consolidati»¹⁵⁶.

A tal proposito, i canoni ermeneutici dell'identità costituzionale e della sovranità nazionale rivelano in controluce un approccio quasi originalista, che privilegia quasi sempre le intenzioni della maggioranza e che, correlativamente, riduce la possibilità di estendere in modo creativo la portata delle norme contenute nella Legge Fondamentale a tutela dei diritti individuali¹⁵⁷. Anche il ruolo della Corte costituzionale ne è uscito strutturalmente trasformato, giacché in assenza di contenuti immutabili, la scelta finale sulle sorti della Costituzione viene rimessa nelle mani del revisore, senza possibilità di contestarne la decisione finale. Questa sorta di auto-legittimazione della sovranità popolare non trova ostacoli nelle sue espressioni volitive, in piena corrispondenza con la retorica populista che neutralizza la Legge Fondamentale, confinandola a mero strumento di legittimazione del potere politico¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, cit. Conf. I. Halász, *Trends of Constitutional Amendments*, cit. 180.

¹⁵⁶ L. Corso, *Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana*, cit. 224-225.

¹⁵⁷ Più in generale, J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1981; R. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional originalism: a debate*, New York, 2011; R. Bork, *The tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1991, 153 ss.; L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 245. L.B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, in *Fordham L. Rev.*, 2/2013, 453 ss.

¹⁵⁸ Cfr. G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, 3/2020, 4006; A. Czarnota, *Constitutional Correction as a Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe*, cit. 397 ss.; F. Musella, *Constitutional Change in Presidential Regimes. Paths of Reform in Hungary and Italy*, in *DPCE online*, 2/2019, 1462; G.P. Cella, *Il popolo fra invenzione e finzione*, in *S. e M.*, 1/2018, 3 ss.; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 12 (2016), 8 ss.; M. Canovan, *Populism*, New York-Londra, 1989, 7 ss. e I. Diamanti, *Alla periferia della crisi. Il populismo e il disagio della democrazia rappresentativa*, in *S. e M.*, 1/2018, 117 ss. nonché N. Gidron, P.A. Hall, *The Politics of Social Status: Economic and Cultural Roots of the Populist Right*, in *Br J Sociol.*, 1/2017, 57 ss.

6. Populismo e interpretazione costituzionale tra regole flessibili e principi rigidi

Da questo raffronto, inevitabilmente rapsodico, tra alcune delle fattispecie più rappresentative, che hanno coinvolto le declinazioni pratiche del populismo, emerge in maniera piuttosto eloquente come dietro le tecniche interpretative impiegate dal giudice costituzionale italiano e dal proprio omologo ungherese allignino in realtà due diverse concezioni della Costituzione, le quali, a loro volta, hanno risentito – e risentono tuttora – del contesto istituzionale, culturale e giuspolitico in cui si trovano ad operare.

Come si è potuto constatare, infatti, a fronte di una fase iniziale, in cui entrambe le Corti si sono orientate verso un'interpretazione sostanzialmente estensiva, volta a riaffermare all'interno dei propri ordinamenti i valori distintivi del costituzionalismo liberale occidentale, i rispettivi itinerari esegetici si sono progressivamente divisi, nel solco di una diversa concezione della sovranità e dei suoi limiti.

Fin dall'inizio della propria attività, il giudice delle leggi ha sempre valorizzato in modo netto la portata precettiva della Costituzione, ricorrendo a un'interpretazione per principi tendenzialmente espansiva, in grado di penetrare in tutti gli interstizi dell'ordinamento. La Corte italiana, dunque, accanto al dato testuale, ha costantemente fatto emergere un complesso di valori cogenti, capaci di caratterizzare la struttura fondativa dell'ordinamento, a protezione dei diritti individuali e dei bisogni delle minoranze. Si è così abbondantemente diffusa una lettura assiologica del testo costituzionale, che, attraverso oculute operazioni di bilanciamento, da compiersi caso per caso, ha ridimensionato la portata del principio maggioritario per salvaguardare gli interessi coinvolti nelle singole fattispecie ed ha efficacemente arginato le derive populiste, riconcettualizzando la stessa sovranità. In altre parole, l'esegesi *magis ut valeat* ha estrapolato una serie di elementi immodificabili, istituendo, di fatto, una gerarchia di valori all'interno della Costituzione, che ha gradualmente pervaso il sistema giuridico e che ha intrinsecamente limitato l'operatività della regola di maggioranza. Questa chiave ermeneutica è rimasta, per lo più, immutata, sia in ragione della sostanziale rigidità della Costituzione, sia per effetto di un assetto istituzionale fondamentalmente stabile, e il ruolo complessivo degli organi di garanzia ne è uscito rafforzato, accreditando la Corte costituzionale come il "controllore" del legittimo esercizio della sovranità popolare.

Al contrario, il giudice magiaro ha radicalmente mutato il proprio approccio interpretativo. In una prima fase, sviluppatasi per lo più sotto la vigenza della Costituzione post-socialista, la Corte ungherese è sembrata adottare alcuni criteri ermeneutici, che, tramite il ricorso ai parametri della *rule of law* e del diritto sovranazionale, avevano ricavato alcuni principi inderogabili, da contrapporre alla volontà della maggioranza. Ciò nonostante, con l'entrata in vigore della nuova Legge Fondamentale si è assistito a un evidente *revirement*, che ha rinunciato a qualsiasi lettura estensiva del dato costituzionale. Questo diverso indirizzo giurisprudenziale, più che all'adozione di tecniche alternative sul piano

ermeneutico, deve imputarsi ad una diversa struttura della Costituzione: sotto le spinte populiste assecondate dal legislatore di revisione, la Legge Fondamentale si è tramutata in un mero strumento di legittimazione, perdendo la propria intrinseca natura di limite contro-maggioritario. In questo modo, la Carta costituzionale ha finito per degradarsi all'interno del sistema delle fonti, flessibilizzandosi, tanto in ragione di una progressiva assimilazione tra potere costituente e potere costituito quanto per effetto di alcuni stilemi interpretativi – su tutti l'identità nazionale e la sovranità costituzionale – tesi ad assegnare al potere politico la facoltà incondizionata di intervenire sulle garanzie costituzionali.

Di conseguenza, se la Corte italiana ha saputo operare secondo un'ermeneutica per principi, che ha progressivamente riconosciuto alla Costituzione l'efficacia di un *corpus* normativo vincolante in tutti i suoi elementi sul piano politico e giuridico, il giudice costituzionale ungherese si è trovato invece costretto a fondare la propria esegesi per lo più su regole eterodeterminate dalla maggioranza di governo, interpretando la Costituzione alla stregua di un mero documento politico. Si è così assistito a una vera e propria inversione di prospettiva, tale per cui, anziché essere la Corte a limitare l'azione del potere sovrano, è stato il legislatore a modificare i parametri del giudice costituzionale e a orientarne l'operato in ragione delle proprie necessità. Simili approcci interpretativi e le differenti concezioni della Carta costituzionale che essi sottendono, non potevano non ripercuotersi anche sull'evoluzione democratica dei due ordinamenti. Infatti, mentre in Italia la tutela della rigidità costituzionale ha consentito di porre al riparo l'ordinamento dall'ingresso di istanze populiste, salvaguardando i canoni della democrazia liberale, lo stesso non può dirsi per l'Ungheria dove la flessibilità normativa e valoriale della Costituzione ha impedito alla Corte di impiegare strumenti interpretativi idonei ad arginare l'afflato populista, consentendo in pratica all'ordinamento di piegarsi verso moduli estranei al costituzionalismo democratico.

Simone Gianello
Università degli Studi di Milano-Bicocca
Dipartimento di Giurisprudenza
simone.gianello@unimib.it

Paolo Zicchittu
Università degli Studi di Milano-Bicocca
Dipartimento di Giurisprudenza
paolo.zicchittu@unimib.it

Hartz IV, il sistema delle sanzioni e ciò che il Bundesverfassungsgericht (non) ha detto

di Sonja Haberl

Abstract: The Hartz IV system, benefit sanctions and what the German Federal Constitutional Court did (not) mean to say. – On 5 November 2019 the German Federal Constitutional Court rendered its long-awaited decision on the constitutionality of welfare sanctions in the framework of the German unemployment II welfare benefit system (better known as Hartz IV). Under the current rules, Hartz IV recipients can see their payments reduced by 30%, 60% or even cut completely, if a job centre adviser deems they have failed to “cooperate”. In its landmark judgement the Court ruled that this sanction scheme is partly unconstitutional as it does not comply with the protection of the right to a minimum standard of living. Given that the necessary legislative amendments have not yet been enacted, job centres in Germany are currently called upon to impose sanctions according to the transitional provisions set out by the Constitutional Court.

Keywords: human dignity; social state principle; minimum standard of living; welfare sanctions; proportionality test.

4583

1. Cenni introduttivi

È passato poco più di un anno da quando la Corte costituzionale federale tedesca ha pronunciato la tanto attesa sentenza¹ in merito alla (altrettanto discussa) legittimità delle misure sanzionatorie previste da «Hartz IV», ovvero l'ultima delle quattro leggi realizzate sulla base delle cc.dd. riforme Hartz². Tali leggi rappresentano, com'è noto, una parte centrale di “Agenda 2010”, un pacchetto di riforme tra i più ampi del periodo del secondo dopoguerra tedesco e finalizzato a introdurre «nuove condizioni quadro per una maggiore crescita e occupazione», con l'obiettivo di «riportare la Germania in cima allo sviluppo economico e sociale in Europa»: furono queste le parole dell'ex-Cancelliere Gerhard Schröder nel giorno in cui, il 21 gennaio 2003, l'Unione Europea decise di avviare una procedura di infrazione per disavanzo eccessivo contro la Germania, la quale negli anni precedenti aveva più volte sfiorato i «paletti» del Patto europeo di stabilità e

¹ BVerfG, sentenza del 5 novembre 2019, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, 3703 ss.

² La denominazione ufficiale delle quattro leggi Hartz (I, II, III e IV) è *Vier Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*. Il loro nome “comune” si deve al presidente della Commissione di riforma Peter Hartz, membro della SPD e fino al 2005 dirigente della Volkswagen.

crescita, registrando un disavanzo superiore al 3% del prodotto interno lordo, fino ad arrivare, nel 2002, al 3,7%³.

Mentre le prime tre leggi Hartz⁴ predispongono interventi, innanzitutto, sul piano organizzativo-istituzionale di alcuni degli organismi coinvolti, oltre ad introdurre un ampliamento dei rapporti di lavoro marginali⁵, la legge Hartz IV, entrata in vigore il primo gennaio 2005, prevede delle modifiche di gran lunga più articolate e complesse.

Così, ad esempio, viene ridotta di 20 mesi la corresponsione dell'indennità di disoccupazione, ora chiamata *Arbeitslosengeld I* e concessa, in linea di principio, per un massimo di 12 rispetto ai 32 mesi precedenti⁶. Si è poi proceduto all'accorpamento del sussidio di disoccupazione (la *Arbeitslosenhilfe*, che veniva accordata senza limiti di tempo, pur essendo condizionata alla circostanza che il richiedente fosse ritenuto «indigente») con il sussidio sociale (la *Sozialhilfe*, calcolata in funzione di un livello minimo che potesse garantire «una vita corrispondente alla dignità umana» ed attribuita a tutti coloro che non avevano diritto né all'*Arbeitslosengeld* né all'*Arbeitslosenhilfe*), il tutto all'interno del c.d. *Arbeitslosengeld II* (assegno minimo di sussistenza).

E mentre è stato mantenuto il carattere previdenziale dell'*Arbeitslosengeld I*, ora come allora tarato sull'entità dell'ultimo stipendio percepito, l'*Arbeitslosengeld II* è stato sganciato da un eventuale reddito poi venuto meno, per essere parametrato sulla valutazione del c.d. *Regelbedarf*: ossia, in ragione delle «esigenze normali», valutate su basi statistiche, considerando la composizione e le caratteristiche del nucleo familiare coinvolto, nonché la sussistenza di mezzi di cui si ha eventualmente disponibilità⁷. Ciò significa che, da un lato, non si tiene conto del fatto che il disoccupato abbia lavorato in precedenza e per quanto tempo e che, dall'altro lato, trovano applicazione regole ben precise in riferimento alla situazione economico-patrimoniale del richiedente, il quale, prima di poter beneficiare dell'*Arbeitslosengeld II*, è tenuto a «consumare» un'eventuale patrimonio già esistente⁸.

³ Tale procedura fu poi sospesa esattamente quattro mesi dopo; per dettagli in merito alla nascita di “Agenda 2010” e delle leggi ad essa riconducibili cfr. S. Haberl, *Reddito di cittadinanza e reddito minimo garantito nei sistemi tedesco e austriaco*, in DPCE 2/2019, 534 ss.

⁴ Cfr. *Erstes, Zweites und Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* rispettivamente del 23 dicembre 2002 (Hartz I e II) e del 23 dicembre 2003 (Hartz III).

⁵ In particolare vengono introdotte nuove regole in merito al lavoro interinale (legge Hartz I); si istituiscono i centri per l'impiego (*Jobcenter*), si dispongono delle sovvenzioni per l'autoimprenditorialità e viene incentivato il ricorso ai cosiddetti *mini job* e *midi job* (legge Hartz II); ed infine si procede alla riorganizzazione, sulla base della legge Hartz III, dell'Ente federale per il lavoro (*Bundesanstalt für Arbeit*), ora ridenominato Agenzia federale per il lavoro (*Bundesagentur für Arbeit*).

⁶ Con una deroga per gli *over 55* (massimo 18 mesi) e gli *over 58* (massimo 24 mesi).

⁷ Il *Regelbedarf* per un soggetto non coniugato/privo di *partner* è di 434 Euro mensili, mentre dall'1 gennaio 2021 sarà di 446 Euro mensili.

⁸ Ciò a meno che il patrimonio in questione non rientri nel c.d. *Schonvermögen* (e cioè in quella parte del patrimonio che è «fatto salvo», e che non deve quindi incidere sul calcolo del beneficio sociale).

2. Dal *welfare* al *workfare*: le misure di reinserimento professionale e il sistema delle sanzioni

Sempre con riferimento alla legge Hartz IV, ciò che più da vicino interessa il presente lavoro riguarda il sistema di incentivi e sanzioni – fin da subito piuttosto criticato – previsti a carico del disoccupato. Quest’ultimo, infatti, stipulando un vero e proprio contratto con il *Jobcenter*, nel quale sono fissate le misure necessarie per il reinserimento professionale, è tenuto a dimostrare una seria volontà nel cercare un lavoro e non può rifiutare l’offerta di un c.d. *zumutbare Arbeit* (lavoro che sia «ragionevole») o misure di inserimento, pena la riduzione dell’*Arbeitslosengeld II*, fino all’interruzione del versamento. Va specificato, a tal proposito, che il legislatore ritiene ragionevole «qualsiasi lavoro», ad eccezione dei casi in cui (i) la persona non sia «fisicamente o psicologicamente in grado di esercitarlo», (ii) l’impiego dal punto di vista fisico «è tale da mettere a rischio l’esercizio futuro della professione finora svolta», o da ultimo che (iii) la soluzione lavorativa proposta sia «in conflitto con gli obblighi assistenziali di eventuali figli a carico» (di solito fino al terzo anno di età), o «di altri membri della famiglia bisognosi di assistenza» (par. 10 co. 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II). Ma soprattutto sono considerati ragionevoli anche quei lavori «che non corrispondono alla formazione professionale o all’attività professionale precedentemente svolta», o che siano da ritenersi «inferiori rispetto alla qualificazione professionale» del disoccupato. Rientrano infine nei lavori “ragionevoli” anche quelli che presentano «condizioni di lavoro più sfavorevoli rispetto a quelle precedenti» o che comportano, per quanto riguarda la raggiungibilità del posto di lavoro, «un maggiore dispendio di tempo rispetto a quello impiegato nel corso dell’ultima occupazione» (par. 10 co. 2 SGB II).

In altri termini, si tratta di un impianto basato sulla strategia del *fördern* e *fordern*, ovvero del «sostenere e pretendere» (parr. 1 e 2 SGB II): il disoccupato ha diritto all’*Arbeitslosengeld II*, ma al contempo viene «incentivato» - *rectius*: costretto – ad accettare praticamente qualsivoglia offerta. Il reinserimento professionale dell’assistito rappresenta infatti lo scopo principale delle prestazioni in questione, tramutando in modo piuttosto emblematico il *welfare* (*State*) in *workfare* (*State*) – con una politica sociale subordinata all’obiettivo della competitività e flessibilità del mercato del lavoro – ed il sistema occupazionale *attivo* in uno *attivante*⁹.

Non di rado l’assistito accetta, quindi, lavori di bassa qualità in rapporto al grado d’istruzione, o comunque lavori meno vantaggiosi rispetto all’occupazione

⁹ Per approfondimenti in merito alle attuali politiche attive del lavoro (non solo in Germania), con una panoramica su molteplici ordinamenti nazionali, cfr. la sezione monografica a cura di A. Somma, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: il mito del reddito di cittadinanza e le realtà delle condizionalità*, in DPCE 2/2019. Nella dottrina tedesca v. ad es. H. Heinelt, *Arbeitsmarktpolitik - von “versorgenden” wohlfahrtsstaatlichen Interventionen zur “aktivierenden” Beschäftigungsförderung*, in A. Gohr, M. Seeleib-Kaiser (eds.), *Sozial- und Wirtschaftspolitik unter Rot-Grün*. Wiesbaden, 2003, 125 ss. K. Mohr, *Von „Welfare to Workfare“? Der radikale Wandel der deutschen Arbeitsmarktpolitik*, in C. Bogedan, S. Bothfeld, W. Sesselmeier (eds.), *Arbeitsmarktpolitik in der sozialen Marktwirtschaft - Vom Arbeitsförderungsgesetz zum Sozialgesetzbuch II und III*, Wiesbaden, 2009, 49 ss.

precedente, ciò pur di non vedersi esposto a misure sanzionatorie le quali possono sfociare, come accennato, anche in una completa interruzione del versamento. Più precisamente, in caso di una prima violazione degli obblighi di «collaborazione» (tra cui rientra, oltre al rifiuto di un lavoro «ragionevole», o di misure di inserimento, ad esempio anche il rifiuto di fornire le prove necessarie comprovanti i «propri sforzi di ricerca attiva» - *Eigenbemühungen* - del lavoro¹⁰) è prevista una riduzione nella misura del 30%, del 60% in caso di seconda violazione, fino ad arrivare alla eliminazione *in toto* del beneficio in caso di terza violazione (cfr. par. 31 lett. a) SGB II); l'interruzione permane per una durata prefissata di tre mesi (par. 31 lett. b) SGB II), e per quanto riguarda le persone *under-25* il sistema delle sanzioni è ancora più severo: con una prima violazione degli obblighi il *Jobcenter* si limita «a farsi carico» unicamente delle spese per l'abitazione e il riscaldamento, mentre già la seconda violazione comporta la cancellazione completa del beneficio (cfr. parr. 3 e 31 SGB II).

Non sorprende, allora, che un sistema sanzionatorio di tale entità, descritto come emblematico per «l'introduzione di elementi penali nel diritto sociale»¹¹, sia stato esposto, fin dalla sua introduzione, a critiche severe ed accusato di essere rappresentativo di una «pedagogia nera contro gli adulti» che trascura il disoccupato nelle sue inclinazioni, che lo «corregge e condiziona continuamente» e che lo tratta da «bambino», da «educando», da «colpevole» e «fallito»¹². Come è altrettanto poco sorprendente che prima o poi il *Bundesverfassungsgericht* sarebbe stato chiamato a prendere posizione in merito alla legittimità di tale sistema, specialmente in ordine alle pesanti riduzioni per violazione degli obblighi a cui abbiamo sopra accennato, potenzialmente capaci di comportare una menomazione della dignità umana (art. 1 GG), del diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2 GG), oltre che della libertà di professione (art. 12 GG).

All'indomani dell'attesa sentenza del giudice costituzionale di cui si dirà a breve, alcuni commentatori – in Germania ma anche altrove – hanno sostenuto che Hartz IV, dopo l'intervento del *Bundesverfassungsgericht*, era stato oramai tramutato in un «reddito di base incondizionato»¹³ e che i tedeschi avevano appena

¹⁰ Per l'elenco completo dei diversi obblighi di «collaborazione» v. par. 31 SGB II.

¹¹ Cfr. H. Prantl, *Sozial schwach*, in *Süddeutsche Zeitung* del 8 novembre 2019, reperibile al sito www.sueddeutsche.de/politik/hartz-iv-urteil-prantl-meinung-1.4673395, il quale descrive Hartz IV come «la più grande *débâcle* nella storia della SPD».

¹² Il concetto della pedagogia «nera» ovvero «velenosa» è stato coniato dalla sociologa tedesca Katharina Rutschky (1941-2010), che nel 1977 pubblica il libro *Schwarze Pädagogik, Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung*. L'opera raccoglie una serie di teorie pedagogiche diffuse in Germania e basate sui metodi pedagogici proposti da D.G.M. Schreber (1808-1861), medico e pedagogo, che con il fine di rendere i bambini ubbidienti e «sottomessi» all'adulto aveva elaborato un complesso sistema educativo finalizzato a portare ad «una società con una razza migliore».

¹³ Così il commento di Heinrich Alt, *ex* presidente (*Vorstand*) dell'Agenzia federale per il lavoro, cfr. le informazioni riportate al sito www.labournet.de/politik/erwerbslos/hartz4/sperren/sanktionsaufschub-den-jobcenternach-dem-urteil-zu-hartz-iv-sanktionen-bittet-das-arbeitsministerium-um-vollzugsstopp-neuer-sanktionen/.

ottenuto «un reddito di base e nessuno se ne è accorto»¹⁴.

Che posizioni simili siano errate è comprovato dalla stessa definizione del c.d. *bedingungsloses Grundeinkommen*: infatti, il reddito di base incondizionato, per dirla con le parole di v. Parijs e Vanderborght, «è un diritto strettamente individuale, indipendente dalla composizione del nucleo familiare; è universale, non vincolato a una verifica della condizione economica; ed è libero da obblighi da assolvere, cioè da prestazioni lavorative o dalla dimostrazione della disponibilità al lavoro»¹⁵. Hartz IV *privo di sanzioni* è quindi ben lungi dall'essere un reddito di base *incondizionato*, in quanto il primo è – e rimane – condizionato da vari fattori, *in primis* l'indigenza ovvero lo stato di bisogno, mentre il secondo prescinde, tra le altre cose, dai vari presupposti ed obblighi di cui abbiamo già detto relativamente all'*Arbeitslosengeld II*¹⁶.

Va precisato, per completezza, che è parzialmente diverso il sistema di penalizzazioni previsto nel quadro del *Arbeitslosengeld I*, ove invece si tiene conto della formazione professionale specifica del disoccupato ed è prevista una sospensione della sua corresponsione per una durata compresa fra un minimo di una e un massimo di dodici settimane (cosiddetto *Sperrzeit*) e nelle sole ipotesi in cui al lavoratore sia imputabile un comportamento «avverso in termini assicurativi» (*versicherungswidriges Verhalten*, cfr. par. 159 SGB III). In quest'ultima fattispecie rientrano, ad esempio, le dimissioni volontarie decise dal lavoratore o una cessazione del rapporto di lavoro dovuta ad un suo comportamento doloso o gravemente negligente. Sono peraltro ricomprese anche le ipotesi in cui non venga fornita sufficiente prova circa gli sforzi di ricerca attiva del lavoro, nonché i casi in cui si rifiutino misure di inserimento o di formazione professionale, oppure ancora un lavoro proposto da parte dell'Agenzia del lavoro (par. 159 co. 1 SGB III).

4587

3. L'eccezione conferma la regola: il *Bundesverfassungsgericht* sulla (il)legittimità delle misure sanzionatorie

La sentenza oggetto delle presenti riflessioni è stata pronunciata il 5 novembre 2019 e ha riguardato il caso di un magazziniere disoccupato di Erfurt (Turingia), sanzionato dal *Jobcenter* per i ripetuti rifiuti delle offerte di lavoro propostegli: oltre a non aver accettato un impiego come magazziniere nell'ambito delle spedizioni *online*, motivando tale rifiuto con il fatto che «avrebbe preferito lavorare nell'ambito delle vendite», aveva poi negato anche una proposta di occupazione

¹⁴ Così l'articolo riportato sul sito web del *Basic Income Network*, disponibile al link www.bin-italia.org/la-germania-ha-appena-ottenuto-un-reddito-di-base-e-nessuno-se-ne-e-accorto/.

¹⁵ P. van Parijs, Y. Vanderborght, *Il reddito minimo universale. Una proposta radicale*, Bologna 2017, 18.

¹⁶ Diversamente P. Kobler, portavoce della FDP, secondo cui «una completa rinuncia alle sanzioni equivale ad un reddito di base incondizionato per vie traverse» («*Ein gänzlicher Verzicht auf Sanktionen wäre das bedingungslose Grundeinkommen durch die Hintertür*»), cfr. le informazioni riportate nell'articolo del 5 novembre 2020 dal titolo *Noch kein Gesetz zu Hartz IV Sanktionen*, in Legal Tribune Online, reperibile al sito www.lto.de/recht/nachrichten/n/ein-jahr-nach-bverfg-urteil-sanktionen-hartz-4-gesetzgebung/.

avente ad oggetto proprio le suddette mansioni nell'ambito del settore vendite. Per via del ripetuto mancato rispetto degli obblighi previsti dalle già richiamate disposizioni legislative, il *Jobcenter*, dopo una decurtazione del 30%, aveva quindi proceduto ad una riduzione dell'assegno base nella misura del 60%.

A fronte delle sanzioni ricevute, il beneficiario adiva, dunque, il Tribunale sociale di Gotha¹⁷, il quale, ritenendo che la riduzione applicata dal *Jobcenter* potesse non essere compatibile con il Grundgesetz, decideva di rivolgersi alla Corte costituzionale, chiamandola in causa per un controllo di costituzionalità in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*, art. 100 co. 1 GG).

Anche sulla scorta di quanto osservato poco sopra in merito al concetto di «reddito di base incondizionato»¹⁸, e in considerazione dei potenziali fraintendimenti, la (complessa) sentenza del novembre 2019 richiede un'analisi approfondita al fine di meglio chiarire, da un lato, cosa la Corte abbia esattamente disposto e, dall'altro, quali possano essere le implicazioni dell'intervento del giudice delle leggi.

È ben noto che il *Bundesverfassungsgericht* da tempo ritiene che l'esistenza di un minimo esistenziale (*Existenzminimum*) sia radicata negli artt. 1 co. 1 (dignità umana) e 20 co. 1 GG (principio dello Stato sociale)¹⁹. È una posizione altrettanto consolidata della Corte quella secondo cui la dignità «spetta a tutti, è infungibile», e «non potrà mai andare perduta», nemmeno «a causa di un comportamento apparentemente “indegno” (“*unwürdig*”)»²⁰. Intendere il minimo esistenziale nel senso di un minimo vitale *dignitoso* significa non poter ridurre l'uomo «alla mera sopravvivenza fisica» ma dover garantire anche «la sua partecipazione sociale quale membro della società»²¹. È quindi inammissibile stabilire «gerarchizzazioni» dei diversi bisogni²², ovvero scindere la garanzia radicata negli artt. 1 co. 1 e 20 co. 1 GG in un “nucleo centrale” (*Kernbereich*) dell'esistenza fisica da un lato, e in una “parte periferica” (*Randbereich*) dell'esistenza sociale dall'altro, così come non sarebbe compatibile «con il precetto non relativizzabile dell'inviolabilità della dignità umana» una qualsivoglia misura (politica, economica, sociale) che attribuisca «meno di ciò che il legislatore ha stabilito come minimo», motivando tale “minor” garanzia con la giustificazione per cui quella stessa misura assicura comunque la (sola e mera) sopravvivenza fisica/vitale²³.

¹⁷ In Germania, il sistema giudiziario è ripartito tra cinque giurisdizioni (quella ordinaria, amministrativa, del lavoro, finanziaria e sociale), e le questioni inerenti al sistema di Hartz IV sono di competenza dei cc.dd. *Sozialgerichte*.

¹⁸ Cfr. par. 2, testo intorno alle note 13 ss.

¹⁹ V. solo BVerfG, sentenza del 18 giugno 1975, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 40, 121 ss. e, molto chiaramente, la prima sentenza in riferimento al sistema di Hartz IV: BVerfG, sentenza del 9 febbraio 2010, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 125, 175 ss.

²⁰ BVerfG, sentenza del 20 ottobre 1992, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 87, 209 ss.

²¹ BVerfG, sentenza del 18 luglio 2012, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 132, 134 ss.

²² BVerfG, sentenza del 9 febbraio 2010, cit.

²³ Così la Corte costituzionale nella sentenza qui in analisi (BVerfG, sentenza del 5 novembre 2019, cit.)

Queste tappe essenziali e punti cardine della giurisprudenza del giudice delle leggi vengono ripercorsi dalla Corte anche nella causa in esame: causa nell'ambito della quale i giudici sono stati chiamati a rispondere all'interrogativo – per dirla in breve – se esista o meno un obbligo dello Stato di garantire un minimo vitale dignitoso *anche del tutto indipendentemente* dall'eventuale possibilità del singolo di superare, attraverso il reinserimento nel lavoro, il proprio stato di bisogno e di provvedere in modo autonomo alla propria esistenza. Ovvero, e come suggerito da qualcuno in dottrina: il diritto ad un'esistenza dignitosa spetta a tutte le persone o solo a chi si adegua al principio del "sostenere e pretendere"?²⁴

Al fine di motivare la propria risposta, la Corte non esita a ribadire come la dignità umana debba essere garantita senza alcun riguardo a qualità, stato sociale e prestazioni, perché spetta «di per sé» a tutti. E lo Stato, dal canto suo, dovendola «rispettare e proteggere» (art. 1 co. 1 (2) GG), è obbligato «a creare i presupposti necessari per una vita autoresponsabile ed indipendente»²⁵.

Ciò non significa però, così argomenta la Corte, che il legislatore, nel dare «attuazione al principio dello stato sociale di cui all'art. 20, co. 1 GG», non sia legittimato a «vincolare il beneficio delle prestazioni sociali - finalizzate a garantire un'esistenza dignitosa - al cosiddetto principio di subordinazione (*Nachranggrundsatz*)»: il legislatore, quindi, può ben decidere di concedere le prestazioni soltanto in quei casi «in cui le persone non siano esse stesse prevalentemente in grado di provvedere autonomamente alla propria esistenza». Da detto principio la Corte deduce, inoltre, l'esistenza di obblighi di collaborazione, affermando che il legislatore non sia solo legittimato a «imporre l'obbligo all'assistito di consumare un eventuale patrimonio esistente prima di ricorrere alle prestazioni assistenziali»²⁶, ma che possa altresì richiedere al beneficiario una «collaborazione attiva» e rendere tale collaborazione «attuabile» (*durchsetzbar gestalten*). E in quest'ottica, anziché «prevedere solo incentivi e meri doveri», gli è consentito «sanzionare il beneficiario in caso di mancata attuazione degli obblighi in questione».

Essendo tali obblighi di collaborazione limitativi della libertà d'azione della persona interessata, essi, tuttavia, dovranno essere idonei (*geeignet*), necessari (*erforderlich*) e ragionevoli (*angemessen/zumutbar*) rispetto all'obiettivo perseguito. Per usare le parole della Corte: la decurtazione dei benefici quale conseguenza del mancato rispetto degli obblighi in questione «può essere compatibile con la garanzia costituzionale di un'esistenza dignitosa», qualora essa venga adoperata «nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità e ragionevolezza», e sia finalizzata «all'adempimento di obblighi collaborativi aventi proprio lo scopo di evitare o superare lo stato di bisogno esistenziale». E ciò vale anche se l'assistito, in seguito alla riduzione di prestazioni finalizzate a garantire la sua esistenza, *non disponga più* dei mezzi necessari ad affrontare i bisogni che rendono la sua esistenza

²⁴ C. Jenda, *Ist die Würde des Menschen antastbar?*, in *Legal Tribune online* del 14 gennaio 2019, reperibile al sito www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-hartz-iv-sanktionen-ueberpruefung-existenzminimum-menschenwuerde/.

²⁵ V. anche già BVerfG, sentenza del 20 ottobre 1992, cit.

²⁶ Cfr. già *supra* par. 1, testo intorno a nt. 8.

«dignitosa». Secondo la Corte è quindi possibile prevedere tagli di un beneficio già tarato sul minimo esistenziale: sulla base del *fördern und fordern* – del sostenere e pretendere – scendere sotto tale soglia, seppur a ben determinate condizioni (*in primis* nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità, appunto), diventa allora un'ipotesi in astratto legittima.

Nel passo successivo, ed applicando il «rigoroso» scrutinio richiesto dal *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, la Corte poi differenzia, sulla base della loro entità, le varie misure sanzionatorie, fino a giungere, di conseguenza, a valutazioni differenti riguardo alla legittimità di ciascuna di esse.

Così, in riferimento alla decurtazione del 30%, il giudice delle leggi ritiene di poter affermare «l'idoneità generale» della misura rispetto al raggiungimento dell'obiettivo legittimo preposto. Nell'ambito del suo margine di discrezionalità, infatti, il legislatore può ad esempio basarsi su «studi che attestano un'elevata probabilità di re-impiego nelle persone che hanno subito una prima decurtazione del beneficio nella misura del 30%», e in questo senso la sanzione può quindi dirsi idonea rispetto all'obiettivo perseguito, consistente nel superamento dello stato di bisogno, proprio, attraverso il reinserimento nel mercato del lavoro. Al contempo, tale decurtazione del 30% (la più «bassa» tra le sanzioni prese in esame dalla Corte²⁷) viene dai giudici ritenuta necessaria in quanto a loro avviso è senz'altro «sostenibile» (*tragfähig*) la valutazione del legislatore il quale, nell'ambito del suo margine di discrezionalità giunge a ritenere di non avere a disposizione «mezzi più lievi (*mildere Mittel*) altrettanto effettivi». Secondo la Corte è infatti «perlomeno plausibile» che una conseguenza particolarmente gravosa «possa indurre gli assistiti ad adempiere ai loro obblighi», e che «una sanzione più bassa, così come pure incentivi positivi, non rappresentino, in via generale, un'alternativa altrettanto efficace». Sulla base delle considerazioni finora riportate, il *Bundesverfassungsgericht* afferma, pertanto, la compatibilità della regola in questione «con i presupposti del principio di proporzionalità e ragionevolezza in senso stretto» (*Zumutbarkeit*).

Diverso è invece il discorso della Corte in riferimento a quella parte della normativa che stabilisce che le riduzioni siano previste quale conseguenza *automatica* di una violazione degli obblighi di collaborazione (cfr. par. 31 lett. a) SGB II), nonché ove si prevede una durata rigida della sanzione *sempre e comunque* di tre mesi, e ciò senza lasciare spazio ad eccezione alcuna (cfr. par. 31 lett. b) SGB II). Tale rigidità normativa – secondo i giudici – impedisce che si possa «reagire in modo adeguato alla fattispecie concreta, al fine di tener conto delle diverse situazioni e condizioni di vita». Ed in alcuni casi da tali automatismi potrebbero persino conseguire effetti opposti a quelli attesi, essendo ben pensabile che una persona sanzionata possa anche decidere di continuare a rifiutare qualsiasi collaborazione, proprio perché consapevole del fatto che la riduzione non potrà

²⁷ Non sono state oggetto della presente sentenza le sanzioni di entità minore, più precisamente della misura del 10%, che vengono applicate nei soli casi di cc.dd. *Meldeversäumnisse* (par. 32 co. 2 SGB II), e cioè qualora l'assistito ometta di presentarsi ad appuntamenti con il *Jobcenter* finalizzati, ad esempio, alla consulenza e/o all'orientamento professionale, al ricollocamento professionale, o a concordare una visita medica.

comunque essere revocata per almeno un trimestre. Mancando, rispetto a tale profilo l'«idoneità generale» della misura – prima ancora della sua necessità e ragionevolezza – la Corte giudica incostituzionale le regole in questione, chiamando a questo punto in causa il legislatore, obbligato a lasciare, da un lato, spazio ai cosiddetti *Härtefälle* – i casi particolarmente problematici – nonché, dall'altro, a concedere la possibilità a favore del beneficiario di interrompere le decurtazioni «in ogni momento» sulla base della dimostrazione di un approccio «nuovamente collaborativo».

Per quanto riguarda, invece, il percorso argomentativo riferibile alla sanzione del 60%, la Corte giunge qui a negare il rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità, non solo perché la sanzione è costruita in modo altrettanto rigido di quella del 30% – e quindi senza prevedere eccezioni e senza la possibilità di interrompere la sanzione sulla base di un comportamento collaborativo –, ma anche in ragione della considerazione per cui i giudici nutrono «forti dubbi» in riferimento all'idoneità dell'entità della misura. A tal proposito, la Corte sottolinea che si tratta di oneri «che incidono in modo molto gravoso sul minimo esistenziale costituzionalmente garantito», e che risultano, sulla base «delle conoscenze scientifiche *al momento* acquisite», irragionevoli. Gli studi «sinora esistenti» dimostrano²⁸, al contrario, come sanzioni di questa entità in molti casi comportino effetti negativi – tra cui la perdita dell'abitazione, un indebitamento sempre maggiore, il ricorso ad un'alimentazione non adeguata e problemi psichici – «che vanificano gli obiettivi del legislatore». Misure del genere sarebbero, quindi, già inadeguate rispetto al raggiungimento dello scopo, oltre che non necessarie in quanto esisterebbero comunque mezzi più lievi, come ad esempio una seconda sanzione più bassa disposta per un periodo prolungato.

E il percorso argomentativo svolto dalla Corte rispetto alla completa eliminazione del beneficio è simile: anche qui il giudice delle leggi fa riferimento alle «conoscenze empiriche *al momento* a disposizione» e su questa base nuovamente nega l'idoneità della misura in quanto ritiene possa essere una conseguenza «perlomeno probabile» della totale eliminazione dei benefici che – a quel punto – il disoccupato «interrompa del tutto i contatti con il *Jobcenter* cercando invece di coprire i suoi bisogni sulla base di un lavoro illegale o atti criminali», vanificando in tal modo l'obiettivo del legislatore di indurlo alla collaborazione ai fini del suo reinserimento nel mercato del lavoro. Inoltre, aggiunge la Corte che «non è in alcun modo stato provato che l'eliminazione totale di prestazioni esistenziali sia *necessaria* al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati», ed ancora che mezzi più lievi – come ad esempio una riduzione delle prestazioni in misura minore, un prolungamento del periodo sanzionatorio oppure una trasformazione delle prestazioni monetarie in contributi in natura – «non siano altrettanto efficaci o persino più efficaci».

Le considerazioni della Corte di cui si è appena detto si accompagnano, tuttavia, ad una osservazione ulteriore, spesso non riportata da chi sostiene

²⁸ Il corsivo è di chi scrive. In riferimento alle conseguenze della scelta di tali espressioni argomentative, così come impiegate dalla Corte, cfr. *infra* par. 5.

l'istaurazione, sulla base della sentenza, di un reddito minimo incondizionato²⁹: il giudizio sulla legittimità (o meno) del meccanismo della perdita del beneficio potrebbe essere “rivisto” laddove il beneficiario possa concretamente conseguire, «attraverso l'accettazione di un impiego ragionevole offertogli, un'esistenza dignitosa». Infatti, in tale ultima ipotesi, per la Corte, la situazione sarebbe «paragonabile a quella in cui l'indigenza *non sussiste* perché si ha a disposizione un reddito o un patrimonio di cui si possa ragionevolmente chiedere il consumo». In altri termini, per i giudici costituzionali negare una proposta “ragionevole”, di fatto, equivale a privarsi volontariamente di un reddito di cui diversamente ci si potrebbe beneficiare. Tale ultima affermazione della Corte, portata alle sue logiche conseguenze, sta a significare che nel caso in cui un lavoro ragionevole – grazie al quale sarebbe possibile interrompere il proprio stato di bisogno – venga deliberatamente rifiutato senza una giusta causa (come previsto dal par. 31 co. 1 (2) SGB II), persino «l'eliminazione *in toto* del beneficio è legittima».

In estrema sintesi, la risposta fornita dalla Corte costituzionale, in ordine alla legittimità del sistema sanzionatorio previsto da Hartz IV, potrebbe essere riassunta con la formula “un colpo al cerchio e uno alla botte”: questo perché i giudici hanno sì dichiarato incostituzionali le decurtazioni del 60%, del 100%, nonché la “parte rigida” della normativa – ciò anche rispetto alla riduzione del 30% – laddove questa prevede che le sanzioni operino come conseguenza automatica delle violazioni e con una durata sempre e comunque di tre mesi (senza possibilità, nel corso del trimestre, di un'eventuale revoca). Al contempo, è stata però lasciata del tutto intatta la possibilità, in generale, di sanzionare il beneficiario con una riduzione nella misura del 30%, e *senza neppure escludere* che a determinate condizioni siano legittime riduzioni in misura superiore a tale 30%: ciò significa che per la Corte è implicitamente ammissibile una disciplina la quale – per specifici e singoli casi e a ben determinate condizioni, come già sopra chiarito – preveda comunque, tra le misure sanzionatorie, quella dell'interruzione integrale del beneficio.

D'altra parte, è pur vero che non è astrattamente da escludersi che, all'opposto, il legislatore possa stabilire l'esatto contrario, ovverosia l'eliminazione *in toto* di *tutte le sanzioni*: come infatti specificato dalla Corte costituzionale nell'ultimissimo passaggio della sentenza, «spetta al legislatore decidere, nell'ambito della sua discrezionalità – particolarmente ampia nell'attuazione del principio dello stato sociale – , *se imporre o meno*, anche in futuro, in caso di una violazione degli obblighi, la decurtazione dei benefici».

4. Le conseguenze della sentenza per la prassi operativa dei *Jobcenter*

La Corte costituzionale ha quindi passato la palla al legislatore, chiamato ad intervenire sulla base e in conseguenza di quanto stabilito dallo stesso giudice delle leggi. Per essere più precisi, i primi che devono affrontare le conseguenze della sentenza sono i *Jobcenter*, i quali, in assenza di nuove disposizioni legislative – ad

²⁹ Cfr. *supra* nt. 13 e 14.

oggi mancanti³⁰ – sono tenuti a “comportarsi” in modo conforme alla sentenza. E questo in concreto comporta che devono *continuare ad applicare* i parr. 31 lett. a) (1,2 e 3) co. 1 e 31 lett. b) co. 1 (3) SGB II, ma unicamente nella versione transitoria (*Übergangsregelung*) stabilita dalla stessa Corte: ciò perché il giudice delle leggi, nonostante abbia dichiarato l'apparato sanzionatorio «parzialmente incostituzionale», diversamente da quanto di regola previsto³¹, non ha annullato le disposizioni in questione, ma ha emesso una mera dichiarazione di incompatibilità (*Unvereinbarkeitserklärung*): tale dichiarazione solitamente viene resa dalla Corte nei casi in cui si ritiene che il legislatore abbia differenti possibilità di intervenire al fine di rimediare alla violazione delle norme costituzionali. Altrimenti detto, con la sua pronuncia di incompatibilità, la Corte costituzionale – constatata l'illegittimità di talune norme, e individuato il “fine” ultimo da perseguire (i.e., conformare la legge ordinaria a determinati parametri costituzionali) – lascia al legislatore un certo margine di apprezzamento circa i mezzi da impiegare: il legislatore ben potrebbe infatti «rinunciare a qualsiasi sanzione, ma potrebbe anche prevedere di trasformare le prestazioni monetarie in prestazioni in natura o, ancora, prevedere sanzioni di misura differenziata e/o minore rispetto a quelle attuali». Per questi motivi, «le disposizioni non sono da dichiarare nulle, ma solo incompatibili con la Costituzione».

Di conseguenza, il *Bundesverfassungsgericht* prescrive delle soluzioni transitorie, in concreto così formulate: «il par. 31 lett. a) co. 1 (1) SGB II è applicabile, fermo restando che la decurtazione della prestazione non deve necessariamente essere disposta laddove possa riguardare, nella singola fattispecie concreta ed in considerazione di tutte le circostanze, casi particolarmente problematici (*Härtefälle*)». Così, ad esempio, «si può rinunciare all'imposizione di una sanzione laddove, secondo la discrezionale valutazione delle autorità competenti, lo scopo della legge possa essere raggiunto esclusivamente grazie alla sospensione stessa della sanzione». Per quanto riguarda il par. 31 lett. a) co. 1 (2 e 3) SGB II esso «è applicabile nella misura in cui, nel caso di una ripetuta violazione degli obblighi imposti, la decurtazione delle prestazioni non ecceda il 30%». Ed anche qui «si può rinunciare all'imposizione di una sanzione» nelle ipotesi poco sopra citate. Infine, con riferimento al par. 31 lett. b) co. 1 (3) SGB II, e quindi alla durata rigida trimestrale della decurtazione dei benefici, la Corte stabilisce che tale disposizione «trova applicazione nella misura in cui l'autorità competente possa nuovamente concedere il beneficio qualora accerti che l'assistito abbia iniziato ad adempiere gli obblighi di collaborazione o comunque dichiarare di essere seriamente disposto ad adempierli». In quel caso – ed a partire da quel momento – «la decurtazione non potrà superare la durata di un mese».

³⁰ La Corte non ha imposto alcun termine al legislatore per l'emanazione delle nuove regole. Nonostante, all'indomani della sentenza, si auspicasse una soluzione legislativa perlomeno nel corso dell'anno corrente, le discussioni sono tutt'ora in corso e appaiono troppo accese per poter portare a breve a un consenso tra i vari partiti politici.

³¹ Cfr. parr. 82 co. 1 e 78 (1) Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) secondo cui la Corte costituzionale, «qualora giunga a ritenere che una legge federale sia incompatibile con il Grundgesetz (...), dichiara tale legge nulla».

Saltano all'occhio, immediatamente, le espressioni “possibiliste” scelte dalla Corte nell'ambito delle soluzioni transitorie: nel testo della sentenza si legge, infatti, che il *Jobcenter* «può» rinunciare a imporre una sanzione e che «può» nuovamente concederla – non si stabilisce, invece, che il *Jobcenter* “debba ...”. La Corte impiega, quindi, dei «concetti vaghi nell'ambito di questioni esistenziali» che rischiano di accrescere ulteriormente «le asimmetrie di potere» tra il *Jobcenter* e l'assistito³². A ciò si aggiunge, poi, il concetto altrettanto vago di “caso problematico”: nel rispetto di quanto stabilito dalla sentenza, infatti, prima di “punire” un beneficiario per mezzo di una sanzione, il *Jobcenter* ora è tenuto ad esaminare, sempre e comunque, se il caso rappresenti o meno un *Härtefall* (e in tale ultima ipotesi «può rinunciare» a imporre una sanzione). L'esame di regola prevede un colloquio personale con l'assistito, nell'ambito del quale il *Jobcenter* deve tenere conto di tutte le circostanze concrete e valutarle di conseguenza.

Al fine di meglio precisare (non solo) il concetto di *Härtefall* ma anche fornire, in generale, alcune regole per la prassi, è intervenuta l'Agenzia federale per il lavoro, sulla base di istruzioni tecniche (*fachliche Weisungen*) indirizzate ai *Jobcenter* in riferimento all'applicazione dei parr. 31, 31 lett. a) e lett. b) SGB II *post-sentenza*³³. Nell'ambito di tali direttive si specifica come sia da considerarsi un *Härtefall* quel caso «caratterizzato da una situazione di partenza atipica e/o che comporti conseguenze atipiche rispetto al caso “regolare”, con oneri gravanti sulla persona interessata molto più pesanti rispetto a quelli solitamente conseguenti ad una decurtazione del beneficio». Ciò significa che la riduzione del beneficio deve apparire così «anomala» (*außergewöhnlich*) da rivelarsi «semplicemente ingiustificabile» (*unvertretbar*), in quanto «nel caso concreto, a causa delle particolari circostanze, appare irragionevole applicare una sanzione». A titolo esemplificativo, le direttive menzionano quale procedimento sanzionatorio controproducente quell'ipotesi in cui la sanzione potrebbe ragionevolmente determinare l'incombente perdita di contatto con il *Jobcenter* o perdita di dimora dell'interessato, specialmente in caso di gravi problemi psichici «fortemente limitativi dell'interazione con altre persone», od ancora «circostanze straordinarie come problemi familiari o di salute»³⁴.

I concetti utilizzati, come «situazione atipica», «oneri più pesanti rispetto a quelli solitamente conseguenti», una «riduzione anomala» (*etc.*), mostrano come anche le direttive mantengono un certo livello di vaghezza, che per i *Jobcenter* comportano difficoltà interpretative e, conseguentemente, un certo margine di discrezionalità nel trattare e giudicare le singole ipotesi. Ciò vale, ad esempio, anche per quanto riguarda la durata della misura sanzionatoria, considerato che le direttive a tal proposito stabiliscono che «nel caso in cui l'assistito adempie o si

³² S. Sell, *Ein Sowohl-als-auch-Urteil. Das Bundesverfassungsgericht, die Begrenzung der bislang möglichen Sanktionierung und eine 70prozentige minimale Existenz im Hartz IV-System*, in *Aktuelle Sozialpolitik* del 6 novembre 2019, reperibile al sito aktuelle-sozialpolitik.de/2019/11/06/ein-sowohl-als-auch-urteil/.

³³ Le direttive sono del 3 dicembre 2019 e sono reperibili all'indirizzo www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ii-31-31b_ba015902.pdf.

³⁴ V. pp. 5 ss. delle direttive.

mostra disposto ad adempiere i suoi obblighi di collaborazione, il *Jobcenter*, da quel momento, *dovrebbe (soll)* – e non *deve (muss)* – «nuovamente concedergli i benefici in misura piena»³⁵.

Non stupisce perciò che il procedere dei *Jobcenter* si è da subito presentato come piuttosto vario e diversificato³⁶: vi sono stati infatti *Jobcenter* che, perlomeno nelle prime settimane dopo la pronuncia della Corte costituzionale, non hanno imposto alcuna sanzione, motivando tale comportamento con il fatto che «la situazione giuridica è tutt'altro che chiara»; altri da subito hanno continuato ad applicare delle sanzioni, ma solo nel limite del 30%; altri ancora formalmente hanno rispettato quanto imposto dalla sentenza, cercando tuttavia delle «vie di uscita» per sanzionare comunque in misura superiore al 30% (e persino fino al 100%). Per la parte dei *Jobcenter*, poi, che viene gestita in autonomia dai comuni (le cc.dd. *Optionskommunen* ai sensi del par. 6 lett. a) SGB II) – diversamente da quanto accade di regola, ossia *Jobcenter* gestiti congiuntamente dal comune e dall'Agenzie del lavoro (cc.dd. *gemeinsame Einrichtungen*: istituzioni comuni) – le direttive dell'Agenzia federale del lavoro non sono vincolanti, motivo per cui i primi non di rado arrivano persino ad «ignorare completamente la sentenza»³⁷. Altri ancora continuano a sanzionare il gruppo degli *under-25* con decurtazioni anche del 100% (rispetto a tale gruppo la sentenza non ha preso posizione), nonostante l'Agenzia federale del lavoro nelle direttive sopracitate avesse stabilito che le regole *ivi* previste (e quindi anche il divieto di imporre sanzioni al di sopra della soglia del 30%) siano da applicare anche a tale gruppo di beneficiari³⁸.

A tale «caos» iniziale si sono poi aggiunte le difficoltà e problematiche causate dal Covid-19, che ha comportato la chiusura dei *Jobcenter*, con la conseguenza dell'impossibilità di svolgere colloqui personali (a fronte di un aumento del numero delle persone bisognose di Hartz IV). Per questi motivi, a fine marzo 2020, il Governo ha emanato il c.d. *Sozialschutzpaket I*³⁹, un pacchetto di disposizioni di protezione sociale finalizzato ad attutire le conseguenze sociali ed economiche della pandemia.

Fanno parte di tali disposizioni anche alcune regole riguardanti la concessione di Hartz IV, tra cui l'accesso semplificato ai diversi benefici garantiti (par. 67). Sono ad esempio previste, in generale, facilitazioni di tipo «burocratico» nell'ambito dell'inoltro della richiesta ma anche, ad esempio, la temporanea sospensione della verifica circa la sussistenza (o meno) di un eventuale patrimonio a disposizione del beneficiario: più nello specifico, è stabilito che l'interessato non sia tenuto a comprovare lo stato di bisogno, anche se un controllo avrà comunque

³⁵ V. pp. 14 ss. delle direttive.

³⁶ Cfr. l'articolo di S. Bertram, *100% Vollsanktionen durch diesen Umweg. Fehlende Mitwirkungspflichten sind die neuen Hartz IV-Totalsanktionen*, in *gegen-hartz.de* del 2 novembre 2020, reperibile al sito www.gegen-hartz.de/news/hartz-iv-voll-sanktionen-der-jobcenter-durch-diesen-umweg.

³⁷ Cfr. S. Bertram, *100% Vollsanktionen*, cit.

³⁸ Cfr. p. 13 delle direttive.

³⁹ *Gesetz zum erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus-SARS-cov-2 (Sozialschutzpaket I)* del 27 marzo 2020, in *Bundesgesetzblatt I*, 2020, 575.

luogo in un secondo momento (successivo alla “scadenza” della legislazione emergenziale)⁴⁰. Il regime in questione trova applicazione per tutte le richieste inoltrate tra il 1 marzo 2020 e il 31 marzo 2021⁴¹.

In riferimento al *Sozialschutzpaket I*, l'Agenzia Federale del lavoro ha emanato, in data 1 aprile 2020, delle direttive tecniche finalizzate a garantire una «concessione non burocratica» delle prestazioni⁴², all'interno delle quali si trovano delle novità (anche) in tema di sanzioni: si precisa, infatti, che non essendo possibile, a causa dell'attuale situazione, eseguire colloqui personali «non è da escludersi, in riferimento alle decurtazioni dei benefici, che sia comunque presente una giusta causa (*wichtiger Grund*) che giustifica il rifiuto del lavoro proposto, oppure un caso problematico (*Härtefall*)». Per questi motivi, «per il momento, non verrà quindi imposta alcuna sanzione»⁴³.

Tali novità sono state salutate con favore da parte delle associazioni di beneficenza e da quanti si sono pubblicamente impegnati per una completa abolizione delle misure sanzionatorie. Tuttavia, la sospensione delle decurtazioni non è durata a lungo. In data 1 luglio 2020 l'Agenzia Federale del lavoro ha emesso ulteriori direttive tecniche finalizzate ad attuare quelle già esistenti⁴⁴, chiarendo in particolare che «i cambiamenti nella situazione pandemica hanno reso possibile, a partire dai mesi di maggio e giugno, la graduale riapertura dei *Jobcenter*», e quindi «un ritorno limitato alla normalità». Con la conseguenza che, «nella misura in cui sia possibile svolgere nuovamente colloqui personali, è di regola anche possibile, a partire dal 1 luglio 2020, imporre degli obblighi di collaborazione» e, in caso di mancato rispetto, le relative sanzioni. Ciò non toglie, però, che, in termini generali, i *Jobcenter* siano comunque tenuti a prendere in considerazione «l'attuale situazione nel contesto della pandemia»: in concreto, devono perciò verificare se la richiesta di un colloquio personale non sia irragionevole (*unzumutbar*) a causa delle circostanze personali dell'assistito, il quale potrebbe ad esempio «appartenere ad un gruppo di rischio, essere in quarantena, o impossibilitato a presentarsi a causa della chiusura delle strutture per l'infanzia». In un caso simile, l'assistito che non si presenta al colloquio o si “rifiuta” di collaborare, disporrebbe di una “giusta causa”, e pertanto un'eventuale riduzione dei benefici sarebbe inammissibile. In

⁴⁰ A quel punto, in caso di comprovata assenza dello stato di bisogno (così, in particolare, laddove si accerti la disponibilità di un patrimonio), l'assistito dovrà restituire quanto (ingiustificatamente) ricevuto.

⁴¹ Il periodo inizialmente previsto nell'ambito del *Sozialschutzpaket I* (1 marzo-30 giugno), è stato dapprima prolungato fino al 30 settembre, sulla base della *Vereinfachter-Zugangs-Verlängerungsverordnung* del 25 giugno 2020, in Bundesgesetzblatt I, 2020, 1509, poi fino al 31 dicembre 2020, ad opera della *Erste-Verordnung-zur-Änderung-der-Vereinfachter-Zugangs-Verlängerungsverordnung* del 16 settembre 2020, in Bundesgesetzblatt I, 2020, 2001 e, da ultimo, fino al 31 marzo 2021, in forza del *Regelbedarfsermittlungsgesetz* del 5 novembre 2020.

⁴² *Weisungen zum Gesetz zum erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus-SARS-cov-2 (Sozialschutzpaket I)*, reperibili al sito www.gegen-hartz.de/wp-content/uploads/2020/04/Weisung-BA-Hartz-IV.pdf.

⁴³ Cfr. p. 30 delle direttive.

⁴⁴ Le direttive sono reperibili al sito www.arbeitsagentur.de/datei/fachliche-weisungen-zu-67-sgb-ii_ba146402.pdf.

assenza di una giusta causa, e appurato che non si tratti di un caso problematico⁴⁵, il *Jobcenter*, dopo aver verificato la violazione di un obbligo di collaborazione, «accerta e applica le riduzioni previste dal par. 31 co. 2 SGB II»⁴⁶ - in termini analoghi a quanto accadeva nel periodo *pre Covid-19*.

La reintroduzione della possibilità per i *Jobcenter* di imporre nuovamente sanzioni (seppur nei limiti previsti dalle regole speciali “emergenziali”) ha suscitato sdegno e critiche da più parti, e ciò anche in considerazione del fatto che i segni di una vera trasformazione del sistema sanzionatorio non sembrano al momento molto “promettenti”: è di appena due mesi fa il rifiuto da parte del *Bundesrat* di presentare al Governo Federale – come richiesto da due *Länder* – un disegno di legge finalizzato a modificare le disposizioni sanzionatorie contenute nel SGB II e, più in particolare, ad eliminare *in toto* quelle previste a carico degli *under-25* nonché a carico di famiglie con figli minorenni⁴⁷.

A ciò si aggiungono, nel momento in cui si scrive, numeri sempre crescenti di contagiati e la decisione del governo tedesco di un nuovo *lockdown* totale, imposto (per ora) fino al 31 gennaio 2021 compreso. Anche in tal senso si spiega la richiesta rivolta al Governo, da parte di enti di beneficenza e dal capo del sindacato ver.di, di concedere una prestazione monetaria aggiuntiva di 150 Euro mensili a favore dei beneficiari di Hartz IV – aggiunta finalizzata a compensare il fabbisogno conseguente alla chiusura delle strutture di accoglienza dovuta al *lockdown*. La richiesta di integrazione della prestazione mensile è caduta nel vuoto – perlomeno sino ad ora⁴⁸ –, come già accaduto durante il primo *lockdown* primaverile⁴⁹.

4597

5. Riflessioni conclusive: *quo vadis*, Hartz IV?

Quali allora le conclusioni da trarre dalla pronuncia della Corte costituzionale, dall'inerzia del legislatore e dall'attuale prassi dei *Jobcenter*?

Non serve una lente di ingrandimento per rendersi conto che il giudice delle leggi, sulla base della sentenza qui analizzata, ha “instaurato” una sorta di “*Sub-Existenzminimum*”⁵⁰, un “minimo al di sotto del minimo”, avendo legittimato,

⁴⁵ La verifica della presenza di un “caso problematico” al momento richiede (in aggiunta al “normale” controllo) di verificare se la persona interessata versi, «anche rispetto a tutte le altre persone interessate dalla pandemia, in una situazione di partenza atipica e/o che comporti conseguenze atipiche, con oneri gravanti su di essa molto più pesanti rispetto a quelli solitamente conseguenti ad una decurtazione del beneficio».

⁴⁶ Cfr. pp. 33 ss. di tali direttive.

⁴⁷ Bundesratsdrucksache 358/20 del 18 settembre 2020, *Entschließung des Bundesrates zur Änderung der gesetzlichen Sanktionsregelungen im SGB II. Antrag der Länder Berlin, Bremen*, reperibile al sito www.bundesrat.de/SharedDocs/TO/993/erl/21.pdf.

⁴⁸ Cfr. anche l'articolo di S. Bertram *Hartz IV-Kindersatz: Nur 2,96 Euro für Essen in der Corona-Pandemie*, in gegen-hartz.de del 8 novembre 2020, reperibile al sito www.gegen-hartz.de/news/hartz-iv-kindersatz-nur-fuer-die-essen-in-der-corona-pandemie.

⁴⁹ Cfr. le informazioni riportate al sito www.hartziv.org/news/20201101-verdi-150-euro-hartz-iv-bonus-im-november-wegen-corona-lockdown.html.

⁵⁰ Il concetto è preso a prestito da S. Sell, *Ein Sowohl-als-auch-Urteil*, cit.; discorre del «paradosso del minimo minimizzato» M. Steinbeis, *Das Minus zum Minimum: Hartz-IV-*

seppur solo a determinate condizioni, la possibilità di accordare dei benefici anche inferiori alla soglia del minimo esistenziale garantito. La Corte, da un lato, ha ribadito che il diritto ad un minimo vitale dignitoso rappresenta un «diritto in sostanza infungibile» (*ein dem Grunde nach unverfügbares Recht*); dall'altro e al contempo, ha sostenuto che in un sistema di assistenza sociale quale è quello del SGB II, in cui l'assistenza garantita dipende dall'indigenza dell'assistito, lo Stato non solo «ha il diritto di verificare l'esistenza di tale indigenza», ma può anche «richiedere alla persona interessata di collaborare al fine di evitarla o superarla», e *last but not least*, in caso di mancata collaborazione, «può anche imporre sanzioni ragionevoli».

Nel più ampio contesto dell'obbligo di dare attuazione al principio dello stato sociale di cui all'art. 20, co. 1 GG, il legislatore infatti può ricorrere al c.d. principio di subordinazione che gli “permette” di concedere le prestazioni soltanto in quei casi «in cui le persone non siano prevalentemente in grado di provvedere autonomamente alla propria esistenza» nonché di imporre al beneficiario una «collaborazione attiva» e renderla «attuabile» in forma di sanzioni ragionevoli. Con la (prima) conseguenza che una sanzione nella misura del 30% - e quindi il riconoscimento del solo 70% di quanto è considerato quale “minimo esistenziale” - dai giudici costituzionali è ritenuta perfettamente compatibile con il principio di proporzionalità e ragionevolezza⁵¹.

Con la conseguenza ulteriore che sul piano teorico non vengono escluse nemmeno sanzioni in misura maggiore, perché se è vero che secondo l'attuale stato dell'arte dal punto di vista scientifico – ovvero, usando le parole della Corte, sulla base «delle conoscenze scientifiche al momento acquisite» -, tali sanzioni non risultano compatibili con il principio di proporzionalità e ragionevolezza, è anche vero che il riferimento in questione non esclude, in futuro, un aumento delle sanzioni, se solo si avranno a disposizione nuove e più attuali acquisizioni empiriche che provino il contrario⁵².

Da ultimo, il portato della sentenza comporta che in alcuni casi – ed indipendentemente dall'esito delle conoscenze empiriche – persino l'eliminazione *in toto* del beneficio possa essere legittima: quando l'assistito rifiuta senza giusta causa un impiego “ragionevole” che gli permetterebbe di conseguire un'esistenza dignitosa, per la Corte si tratta di una situazione in cui «l'indigenza *non sussiste*». Attraverso quest'ultimo passaggio argomentativo la sentenza, a ben vedere, arriva a considerare giuridicamente rilevante, attraverso la «successiva monetizzazione degli obblighi di collaborazione», un'assenza dello stato di bisogno assolutamente

Sanktionen vor dem Bundesverfassungsgericht, in *Verfassungsblog on matters constitutional* del 15 gennaio 2019, reperibile al sito verfassungsblog.de/das-minus-zum-minimum-harz-iv-sanktionen-vor-dem-bundesverfassungsgericht/.

⁵¹ Cfr. anche S. Sell, *Ein Sowohl-als-auch-Urteil*, cit.

⁵² La scelta della Corte è stata fortemente criticata in dottrina; cfr., per tutti, S. Sell, *Ein Sowohl-als-auch-Urteil*, cit., secondo cui «la Corte consapevolmente discorre di «conoscenze empiriche attuali» al fine di lasciare intendere che «se in un momento successivo dovesse essere possibile avere a disposizione studi di natura opposta, allora sarà altrettanto possibile spostare verso l'alto il limite del 30 %».

fittizia (*fiktive Nichtbedürftigkeit*)⁵³: un'assenza creata artificialmente dallo stesso ragionamento della Corte. È infatti di tutta evidenza che il rifiuto di un lavoro, privando il beneficiario della fonte di guadagno, aumenta il rischio che si verifichi o consolidi una *concreta* situazione di indigenza; situazione che tuttavia - in forza della pronuncia in esame e di una certa esasperazione del c.d. principio di "auto-responsabilità" - rimarrà estranea all'intervento pubblico-assistenziale.

Alla luce di quanto appena osservato, è evidente che continuano a giocare un ruolo piuttosto importante, nell'ambito del diritto sociale nazionale, gli elementi punitivi: l'assistito che non si mostra collaborativo dovrà fare i conti con la decurtazione dei benefici, «anche se non più applicata in modo così brutale come in precedenza», ma pur sempre con il risultato di portare le prestazioni al di sotto del minimo esistenziale⁵⁴.

In dottrina la sentenza è stata molto discussa, e ciò sia per il percorso argomentativo della Corte costituzionale, criticato anche perché "contorto" e contraddittorio⁵⁵, sia (e soprattutto) per il fatto di aver reso, secondo alcuni, la dignità umana parzialmente suscettibile di compromissioni⁵⁶. È stato sostenuto che a seguito della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* non paia più possibile «individuare la base fondamentale della garanzia del minimo esistenziale nell'art. 1 co. 1 GG, norma centrale per la garanzia della dignità umana e la sua intangibilità». Inoltre si è fatto notare come, dopo la sentenza, oramai non rimanga «molto di tale minimo incondizionato» che, al contrario, sembra sia stato "trasformato" in una «pretesa al ricollocamento professionale»⁵⁷.

Le critiche dottrinali fanno riflettere anche in ragione di una pronuncia della Corte di giustizia europea di una sola settimana successiva a quella dei giudici costituzionali tedeschi: nella causa *Haqbin* (C-233/18) la CGUE ha preso posizione in riferimento alla direttiva 2013/33/UE «recante norme relative

⁵³ Così le parole di F. Siedenburg, *Hartz IV teilweise verfassungswidrig: Sanktionen nur noch bis 30 Prozent vom Regelsatz zulässig*, in *Grundrechte-Report* 2020, 20.

⁵⁴ H. Prantl, *op. cit.*

⁵⁵ Cfr. per tutti, S. Sell, *Ein „menschenwürdiger Lebensstandard“ – das Existenzminimum in der europarechtlichen Variante*, in *Aktuelle Sozialpolitik* del 21 dicembre 2019, reperibile al sito aktuelle-sozialpolitik.de/2019/12/21/europarechtliche-variante-des-existenzminimums/.

⁵⁶ A. Thiele, *VB vom Blatt: Acht Gedanken zum Hartz-IV-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Verfassungsblog on matters constitutional* del 5 novembre 2019, reperibile al sito verfassungsblog.de/vb-vom-blatt-acht-gedanken-zum-hartz-iv-urteil-des-bundesverfassungsgerichts/; *contra* M. Hong, *Existenzminimum, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit. Zum Urteil des BVerfG zu den Hartz-IV-Sanktionen*, in *Verfassungsblog on matters constitutional* del 5 novembre 2019, reperibile al sito verfassungsblog.de/existenzminimum-menschenwuerde-und-verhaeltnismaessigkeit/e, il quale sembra equiparare una concessione dei benefici di Hartz IV priva di sanzioni ad un reddito minimo incondizionato, e (l'ex giudice della Corte costituzionale federale) G. Lübbecke-Wolff, *Menschenwürde weggewogen?*, in *Verfassungsblog on matters constitutional* del 18 novembre 2019, reperibile al sito verfassungsblog.de/menschenwuerde-weggewogen/, che invece ribadisce espressamente che «una concessione di Hartz IV priva di sanzioni è lungi dall'essere un reddito minimo incondizionato»; l'autrice sostiene, tuttavia, che l'infungibilità della dignità umana non significhi che, contrariamente «ad un comune equivoco», la ponderazione degli interessi, le circostanze ed il comportamento dell'interessato «non abbiano nessuna importanza per la definizione di ciò che la garanzia della dignità umana esige o vieta».

⁵⁷ A. Thiele, *op.cit.*

all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale», e più specificamente riguardo alla possibilità concessa agli Stati Membri di «ridurre, o, in casi eccezionali debitamente motivati, revocare le condizioni materiali di accoglienza» (art. 20 par. 1), inclusa quella di applicare *sanzioni* a carico del richiedente⁵⁸, colpevole di «gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza» o di «comportamenti gravemente violenti» (art. 20 par. 4).

Nella fattispecie concreta si trattava di un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte del lavoro di Bruxelles, originato da un caso in cui un minore straniero non accompagnato aveva violato le regole del centro di accoglienza presso il quale era ospitato, avendo preso parte ad atti violenti all'interno dello stesso centro. Il direttore del centro aveva deciso, sulla base della legge belga sull'accoglienza, di imporre una sanzione al minore, consistente nell'esclusione, per un periodo di 15 giorni, dall'assistenza materiale, decisione poi confermata dal direttore generale dell'Agenzia federale per l'accoglienza dei richiedenti asilo (Fedasil): con la conseguenza che il richiedente si è visto costretto a trascorrere alcune notti in un parco a Bruxelles ed altre presso amici e conoscenti.

Pur sottolineando che – in mancanza di una definizione, nella direttiva, del concetto di sanzione nonché in assenza di precisazione quanto alla sua natura –, gli Stati membri dispongano di un margine di discrezionalità nella determinazione di tali sanzioni, e che una «sanzione» possa senz'altro comprendere la revoca o la sospensione delle «condizioni materiali di accoglienza», la Corte rileva che qualsiasi sanzione deve sempre essere «obiettiva, imparziale, motivata e proporzionata alla particolare situazione del richiedente» (cfr. art. 20 par. 5 direttiva 2013/33/UE) e deve, in ogni caso, salvaguardare «un tenore di vita dignitoso». A tal proposito, la Corte richiama il considerando 35 della direttiva secondo cui quest'ultima «mira a garantire il pieno rispetto della dignità umana», motivo per cui «deve essere attuata di conseguenza».

Sulla base di tali prescrizioni la CGUE, per prima cosa, sottolinea come l'interessato non debba trovarsi «in una situazione di estrema privazione materiale» tale da impedirgli di «far fronte ai suoi bisogni più elementari (...) o che lo ponga in uno stato di degrado incompatibile con tale dignità». Muovendo da tale constatazione, la Corte arriva poi ad affermare che l'imposizione di una sanzione consistente nel revocare, seppur temporaneamente, il beneficio delle condizioni materiali di accoglienza, oltre a «violare il requisito di proporzionalità», risulta «incompatibile con l'obbligo di garantire al richiedente un tenore di vita dignitoso poiché lo priverebbe della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari». Nella prospettiva della Corte europea il limite del «minimo esistenziale» non può essere intaccato neppure dalla circostanza per cui al richiedente era stata fornita, al momento dell'imposizione di tale sanzione, un elenco di centri privati per i senz'altro che avrebbero potuto accoglierlo. Tale elemento, secondo la Corte, non è sufficiente a garantire il pieno rispetto della

⁵⁸ Per richiedente si intende, ai sensi dell'art. 2 lett. b) della direttiva 2013/33/UE, «il cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva».

dignità umana, e ciò anche in considerazione della particolare situazione del richiedente – un minore non accompagnato – e di tutte le circostanze del caso di specie.

La Corte quindi stabilisce un limite assoluto per le prestazioni sociali indispensabili al fine di assicurare uno standard di vita dignitoso che non sono “negoziabili”, relativizzabili o suscettibili di bilanciamento⁵⁹, e che gli Stati Membri sono obbligati a garantire, a detta dei giudici lussemburghesi, «in modo permanente e senza interruzioni».

Mentre la Corte di Giustizia europea, con la sentenza *Haqbin*, ha notevolmente ridotto il margine di discrezionalità degli Stati Membri nell'imporre sanzioni nell'ambito della direttiva 2013/33/UE, la Corte costituzionale tedesca, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del sistema sanzionatorio nell'ambito di Hartz IV, non ha detto di “no”, limitandosi semmai ad un “nì” («*Karlsruhe hat nicht Nein, sondern Jein gesagt*»). A questo proposito, è stato fatto notare che «nell'anno del settantesimo anniversario del Grundgesetz ci si sarebbe aspettati una sentenza che tenesse in maggiore considerazione il significato e l'importanza del principio dello stato sociale»⁶⁰, nonché della dignità umana quale base intangibile per la garanzia del minimo esistenziale.

Sonja Habert
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara
hbrsjl@unife.it

⁵⁹ Cfr. anche le considerazioni di I. Kanalan, *Existenzminimum nach Luxemburger Art. Der EuGH zu der Möglichkeit von Sanktionen bei existenzsichernden Leistungen (Rs C-233/18)*, in *Verfassungsblog on matters constitutional* del 4 dicembre 2019, reperibile al sito verfassungsblog.de/existenzminimum-nach-luxemburger-art/, che pone l'accento sulla differenza tra uno standard di vita *adeguato* (come stabilito dall'art 17 della direttiva) ed uno standard di vita *dignitoso*.

⁶⁰ Così H. Prantl, *op. cit.*

Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimazione giudiziale alla prova del partisan gerrymandering

di Giuseppe Naglieri

Abstract: A rugged road from Bandemer to Rucho: the defence of representative democracy and the value of judicial legitimacy challenging partisan gerrymandering – The paper aims to enlighten the impact of modern partisan gerrymandering on the American representative democracy. In a route which tries to trace the debate on the subject since the independence, attempts will be made to articulate and review the main problems in which the courts have fallen through the years, and above all, the search for the judicially manageable standard to adjudicate those cases. Among all, the Supreme Court's decisions in Vieth and Rucho will be examined trying to detect a questionable use of the political question doctrine bent to an originalist view of the Constitution. Conversely, the paper, enjoying the most recent academic production, tries to explore new ways to face the partisan threat, emphasizing the major differences between old and recent p.g., which led the least to be qualified by many as the most dangerous tool to reverse the democratic principle.

4603

Keywords: partisan gerrymandering, representative democracy, political question, originalism, manageable standard, equal protection.

*Most of the things worth doing in the world
had been declared impossible before they were done.*

Justice Louis Brandeis

1. Democrazia rappresentativa e torsioni oligarchiche: elementi quantitativi per una analisi di contesto

Nelle elezioni congressuali del 2016, il margine medio di vittoria nei collegi della Camera dei Rappresentanti si è attestato al 37.1 per cento¹: il candidato vincente, democratico o repubblicano, ha ottenuto il seggio con una media quasi pari al 70 per cento dei voti². Di 435 competizioni uninominali, 33 si sono concluse con un margine vicino al 10 per cento, solo 17 con margine uguale o inferiore al 5

¹ B. Klass, *Gerrymandering is the biggest obstacle to genuine democracy in the United States. So why is no one protesting?*, in *Washington Post*, 10 febbraio 2017, cit. in Cunningham, McK., *Gerrymandering and conceit: the Supreme Court's conflict with itself*, in *Hastings Law Journal*, vol. 69 no.6, August 2018, p. 1514.

² *Ibidem*.

per cento³: in 9 collegi su 10 i risultati elettorali erano manifesti prima ancora del voto.

Nelle stesse elezioni, dati aggregati a livello nazionale dimostrano come con il 49.1 per cento del voto popolare, i repubblicani abbiano ottenuto 241 seggi, contro i 194 dei democratici, che pure avevano raggiunto il 48 per cento dei voti espressi⁴.

Se si guarda alle elezioni del 2014 i dati paiono grossomodo sovrapponibili⁵, potendosi giungere alla conclusione che, in quel ciclo, solo 14 collegi potevano dirsi realmente competitivi.⁶

Dati elettorali a livello statale mostrano un panorama, se possibile, ancor più distorsivo: nel 2012, in Pennsylvania, i democratici ottenevano solo 5 seggi sui 18 della camera bassa, a fronte del 51 per cento del voto popolare statale; nel 2014 in Maryland, i democratici ottenevano l'87 per cento dei seggi alla camera, a fronte del ben più modesto 57 per cento del voto popolare; i medesimi scollamenti si rinvergono nelle più recenti elezioni in Indiana, Kansas, Michigan, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Virginia, Wisconsin e Wyoming⁷.

Dati statistici così eloquenti, oltre a dipingere un panorama politico governato da macroscopiche distorsioni effetto del *partisan gerrymandering*, sono in grado di rivelare molto di più: una attenta analisi⁸, rafforzata dall'utilizzo di serie storiche a partire dal 1972, ha dimostrato che ad un moderato uso del *gerrymandering*⁹ ad opera dei due partiti, è venuto via via soppiantandosi un suo spregiudicato abuso proprio a partire dal ciclo elettorale successivo ai censimenti del decennio passato.

La natura non competitiva delle corse elettorali per il congresso, deve farsi però risalire ad una espansione nell'uso di pratiche di *gerrymandering*, ovvero ad un decisivo affinamento delle tecniche manipolative – e quindi – ad un suo uso più efficace? La risposta a questa domanda lascia scorgere le ragioni della drammatica crisi di rappresentatività che il sistema politico statunitense, sferzato dal *partisan gerrymandering*, affronta: il dibattito attorno al ridisegno dei collegi elettorali può sembrare mera teoria fino a quando non si apprende il funzionamento del *redistricting* al giorno d'oggi.

³ *Ibidem*.

⁴ Ballotpedia, *United States House of Representatives Election*, 2016: http://ballotpedia.org/UnitedStatesHouse-ofRepresentativeselections_2016.

⁵ R. Ballhaus., *Deep Loss by Democrats Obscures Party's Numbers Problem*, in *Wall St. Journal*, 24 Novembre 2014, <http://blogs.wsj.com/washwire/2014/11/24/loss-bydemocrats-obscures-partys-numbers-problem/>.

⁶ De Silver, D. For most voters, congressional elections offer little drama, Pew Research Center, 3 Novembre 2014, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/11/03/for-most-voters-congressionelections-offer-little-drama/>.

⁷ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *Partisan gerrymandering and the efficiency gap*, in *University of California Law Review*, 82/2015, p. 837.

⁸ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *ut supra*, pp. 835-837.

⁹ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *ut supra*; a p. 867 rilevano che sino al 2012 “neither party enjoyed a systematic advantage over its opponents” e a p. 838 concludono: “the problem of gerrymandering has never been worse in modern American history”.

Le mappe elettorali sono oggi il frutto di una intensa attività di profilazione dell'elettorato: raccogliendo e incrociando enormi quantità di dati provenienti dalla rete – preferenze e *post* sui social network, acquisti online, iscrizioni a riviste e *forum* – con tutte le tipologie di dati già reperibili da pubblici registri – residenza, reddito familiare, elezioni per le quali si è richiesta l'iscrizione alle liste elettorali, affiliazione partitica, etnia – è possibile giungere ad una previsione delle preferenze elettorali pressoché infallibile¹⁰, ciò consentendo di fatto al partito di maggioranza nel legislativo statale di disegnare mappe con collegi elettorali dal vincitore predeterminato¹¹ e quindi di garantirsi maggioranze parlamentari artificiali, determinate da algoritmi, anche per più di un decennio¹². La tecnologia diviene quindi strumento per programmare e massimizzare il risultato elettorale¹³,

¹⁰ Ciò è ancor più vero se si considera la sparizione del fenomeno dello *split vote* nelle elezioni concomitanti per congresso e presidenza: secondo le statistiche del Brookings Institutions (Vital Statistics on Congress, Brookings Institutions, 1 tbl. 2-16 (Sept. 7, 2017) (https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/01/vitalstats_ch2_tbl16.pdf) durante l'ultima metà del XX secolo, la percentuale di distretti congressuali dove gli elettori esprimevano preferenza diversa per presidente e deputato si è attestata tra il 19 e il 44 per cento, nel 2012 è stata invece solo del 6 per cento. Il netto calo dello *split vote* rende di fatto ancora più possibile predire le preferenze future dell'elettore e rende quindi il redistricting ancora più semplice. Cfr: J. A. Barrow, *A way out of the political thicket: the simple solution to partisan gerrymandering*, Harvard Journal of Legislation, 55/2018, p. 8, secondo cui «When there were lots of voters who split their ballot, partisan mapmakers could not “cut” the majorities in “their” districts too closely without giving the other party an opening whenever there was even a slight turn in the political tide. A significant percentage of split-ticket voters would cause even the greediest of partisan mapmakers to insist on a substantial safety factor when designing “their” districts. In short, in an age of widespread split-ticket voting, a reliable majority required a considerable safety margin. But in an age of overwhelmingly partisan voters, old margins of safety have gone out the window. And that gives partisan mapmakers a much larger field of play».

¹¹ «Mapmakers have access not only to the massive amount of demographic data collected by the U.S. census, but they can also purchase any number of other databases or public records. Anything you like on Facebook, anything you purchase on Amazon, any license or registration or magazine subscription—in the same strange way that an ad might track you across the web, it's likely landing in some direct marketer's database as well [...] this level of technological sophistication, combined with hardened partisanship among voters who define themselves as red and blue, makes our voting preferences almost shamefully easy to predict. Add census information and public records to the formula—say, household income, ethnicity, and the elections you've voted in—and the picture becomes even clearer. The data and the technology make tilting a district map almost as easy as one-click ordering on Amazon»; D. Daley, *The House the GOP Built: How Republicans Used Soft Money, Big Data, and High-Tech Mapping to Take Control of Congress and Increase Partisanship*, N.Y. Magazine, Apr. 24, 2016 (<http://nymag.com/daily/intelligencer/2016/04/gopshouse-seats-are-safe-heres-why.html>), cit. in: Barrow, J., *A way out of the political thicket: the simple solution to partisan gerrymandering*, Harvard Journal of Legislation, 55/2018, p. 6.

¹² “By drawing districts to maximize the power of some voters and minimize the power of others, a party in office at the right time can entrench itself there for a decade or more, no matter what the voters would prefer.”, Rucho v. Common Cause, 588 U.S. ___ (2019), Kagan dissenting, p. 47.

¹³ W. K. Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering*, in *Southern California Law Review* Postscript, 93/2019, pp. 12-13, afferma: «more sophisticated technology has fueled the threat of gerrymandering. With the aid of computers and advanced software, map drawers now have the ability to adhere tightly and meticulously to legal districting practices while simultaneously and surreptitiously entrenching power».

sovvertendo le regole stesse della democrazia rappresentativa: libere ed eque elezioni garantiscono la derivazione popolare dei poteri e il controllo periodico degli eletti da parte degli elettori¹⁴, vero fondamento, questo, del vivere democratico. Un uso spregiudicato della tecnologia al servizio degli interessi di partito nel *redistricting* ribalta integralmente tale principio: anziché presentarsi al cospetto dell'elettorato e a questo rispondere del proprio operato, l'eligendo è in grado, attraverso nuove e aggressive pratiche di *gerrymandering*, di selezionare accuratamente il suo elettorato in modo da garantirsi la rielezione¹⁵.

L'intero sistema è così posto in pericolo, e il rischio di torsioni oligarchiche è quanto mai reale¹⁶. Ma le vie attraverso cui il *partisan gerrymandering* è in grado di indebolire il circuito democratico sono molteplici, e conseguenze dirette sul funzionamento del sistema politico-costituzionale sono già visibili negli ultimi cicli elettorali. Ciononostante, ad oggi, la Corte Suprema, brandendo una fragile interpretazione della *political question doctrine*, ha negato di offrire rimedio¹⁷, ad una violazione costituzionale manifesta¹⁸ che, pur riconosciuta a tutte le latitudini da decenni¹⁹, si appresta a rimanere una legittima pratica del partito di maggioranza, di fronte alla impotenza del giudiziario federale.

Gli elementi quantitativi sopra ostesi, pur disvelando nuovi e chiaroscuri spazi nell'implementazione delle regole elettorali, evocano tuttavia fenomeni non nuovi al sistema politico americano. Sistemati interventi di diluizione e soppressione del voto hanno segnato lunghe fasi della vita democratica negli *States* e il *partisan gerrymandering* ne è solo il più longevo: l'opera manipolativa del collegio di Boston per mano dell'allora Governatore Elbridge Gerry, che valse quell'acuto e immutato neologismo coniato dalla Boston Gazette nel 1812, tutt'altro che restare un esperimento storico, è divenuta nel tempo una mera tappa nello sviluppo di strumenti finalizzati a governare il processo elettorale attraverso

¹⁴ Il giudice Elena Kagan, nella sua opinione dissenziente in *Rucho v. Common Cause*, ricorda le parole di Madison: "Republican liberty demands not only, that all power should be derived from the people; but that those entrusted with it should be kept in dependence on the people". Madison, J., *Federalist No. 37*, in *The Federalist Papers*, ed. Clinton Rossiter, New York, New American Library, 1961, p. 4, cit. in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ____ (2019), Kagan dissenting, p. 46.

¹⁵ "These gerrymanders enabled politicians to entrench themselves in office as against voters' preferences. They promoted partisanship above respect for the popular will" Kagan dissenting, p. 40 in *Rucho* cit.

¹⁶ Brief for Political Science Professors as *Amici Curiae* p. 20-22 cit. in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ____ (2019), Kagan dissenting, p. 48.

¹⁷ Parafrasando il giudice Elena Kagan: "For the first time ever, this Court refuses to remedy a constitutional violation because it thinks the task beyond judicial capabilities", *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ____ (2019), Kagan dissenting, p. 40.

¹⁸ È questo il *decisum* dell'ultimo caso trattato dalla Corte, *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ____ (2019); sulla natura prudenziale e svincolata dal testo costituzionale della *political question doctrine* applicata in *Rucho*, si tratterà più diffusamente nel prosieguo del presente lavoro.

¹⁹ Sulla illegittimità della pratica, la giurisprudenza è assai vasta e se ne darà conto più avanti. Tuttavia, la stessa Corte in *Vieth v. Jubelirer*, celebre caso che afferma, diciotto anni dopo *Bandemer*, la non giustiziabilità del *partisan redistricting*, non si esime dal riconoscere, pur in obiter dictum, l'illegittimità costituzionale della pratica: "excessive injection of politics [in districting] is unlawful. So it is, and so does our opinion assume"; *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004), p. 293.

una sistematica distorsione del voto. Gli attributi *Racial*, *partisan*, *bypartisan*, da sempre in uso nell'accademia e nel linguaggio comune, tendono davvero a fotografare specifiche finalità proprie di altrettante precipue forme di *gerrymandering* o in realtà al giorno d'oggi la finalità prevalente, che tutte le forme di *gerrymandering* celano è intrinsecamente politica, vale a dire l'ottenimento di un indebito vantaggio elettorale utile a mantenere o ampliare maggioranze contro il volere del corpo elettorale?

Se in effetti è senz'altro vero che i casi di PG e RG di prima generazione²⁰ avessero fini esclusivi differenti, c'è da prendere in considerazione un trend più recente, consistente nel tentativo di ottenere un indebito vantaggio di un partito a scapito dell'altro accorpendo minoranze razziali nel numero minore di collegi possibili: partendo dal presupposto che le minoranze di colore tendono a votare per candidati democratici, è possibile, individuandole e concentrandole in pochi collegi, ottenere un duplice vantaggio, razziale (nel senso di valorizzare il voto dei distretti a maggioranza bianca) e partitico. Da ultimo, lo stesso *Rucho v. Common Cause*, sorto in North Carolina nel 2016 e di cui si tratterà più diffusamente di seguito, sorge da un *racial redistricting* con fini partitici. È in atto da tempo quindi, a ben guardare, una flessione del *redistricting* razziale ai fini partitici e viceversa, soprattutto da parte dei legislativi a maggioranza repubblicana²¹. Tuttavia, l'uso dello schema del *partisan* per mascherare un intento *racial*, di fronte alla chiusura della Corte alla giustiziabilità del primo e alla rigida distinzione tra elemento razziale (*ictu oculi* riconoscibile) ed elemento politico (indistinguibile perché mutevole) può condurre ad una violazione della *equal protection clause* del XIV emendamento nascosta sotto l'eccesso (intangibile e ingiustiziabile) di *partisanship*. C'è ancora da rilevare come, nel più ampio spettro del *gerrymandering* politico in senso stretto, il *bypartisan* abbia da sempre ricevuto un trattamento deferente da parte delle corti e abbia tutto sommato sollevato poche questioni, data la sua natura pressoché compositiva.

Si guardi ad esempio a *Gaffney v. Cummings* 412 U.S. 735 (1973), un caso di *bypartisan gerrymandering* dei distretti per l'elezione della General Assembly del Connecticut: pur rispettando il one person one vote, nel tentativo di fornire una equa ripartizione dei seggi tra i due partiti, si era finito per creare distretti dai confini quantomeno bizzarri e, soprattutto, decisamente non-competitivi. La Corte, confermando la costituzionalità del piano, afferma che la compattezza dei distretti non costituisce di per sé un valore di dimensione costituzionale, e che, al

²⁰ Si citano i tre casi più noti di questa prima generazione: *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993), *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541 (1999), *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001), *Miller v. Johnson* 515 U.S. 900 (1995), tutti casi sorti dalla creazione di minority-majority districts. Secondo la Corte, infatti, pur essendo consentito prendere in considerazione elementi razziali nel *redistricting*, questi non possono essere l'unica motivazione per la creazione di distretti *minority-majority*. In *Easley v. Cromartie* infatti, la Corte conferma la nuova versione del 12° distretto della North Carolina, poiché, nella sua formazione, pur avendo tenuto in conto l'elemento razziale, emerge anche l'intento di assicurare un seggio sicuro ai democratici.

²¹ Cfr. E. Ho Dale, *Something old, something new, or something really old? Second generation racial gerrymandering litigation as intentional racial discrimination cases*, in *William and Mary Law Review*, vol. 59 n.5, April 2018.

contrario, guardare solo al censo, senza attenzione all'impatto politico del *redistricting*, produrrebbe il peggiore gerrymandering di tutti. Ma soprattutto sottolinea che, quando il legislativo sostiene un piano bypartisan per una equa allocazione di forza elettorale, l'attenzione del giudiziario deve restare assai bassa, con ciò intendendo, a contrario, che operazioni di gerrymandering intese a favorire un solo partito debbano essere soggette a uno scrutinio più stretto.

2. Interventismo giudiziale e *malapportionment*: una strada nel *political thicket*

Attorno all'intervento giudiziario nel *redistricting* e in particolare nella sua degenerazione manipolativa più rischiosa²², il *partisan gerrymandering*, ha aleggiato, sino alle aperture della Corte *Warren* degli anni Sessanta e nuovamente a partire dal 2004 con la pronuncia resa dal giudice Scalia in *Vieth v. Jubelirer*²³, un clima di ferma diffidenza, fondato sulla convinzione che l'esercizio del potere di *apportionment*, “the very foundation of democratic decisionmaking”²⁴, scientemente attribuito dal costituente al legislatore in ragione della sua natura rappresentativa, non possa essere in alcun modo condiviso con il potere giudiziario, privo di legittimazione democratica diretta. Secondo tale visione, il potere di determinazione dei distretti elettorali, ricompreso nel potere di prescrivere “*Times, Places and Manners of holding elections*”²⁵ è attribuito dalla Costituzione federale ai rappresentanti eletti in ragione del fatto che considerazioni politiche siano insite al processo di *districting*²⁶; da qui discende che il solo potere deputato a rimediare agli effetti compressivi del diritto di voto del singolo e del sistema di rappresentanza *tout-court* eventualmente derivati dall'esercizio del *redistricting power* sia il legislativo stesso, statale o federale.

Le ragioni originaliste sopra riportate, tutt'altro che limitate al *partisan gerrymandering*, si estendevano, prima dell'intervento deciso della Corte in *Baker*, anche al *malapportionment*: appena quindici anni prima, in *Colegrove v. Green*²⁷ la Corte, con una opinione di Felix Frankfurter, dismetteva speditamente un emblematico caso sorto in Illinois, coniano per l'occasione la celebre espressione *political thicket*²⁸, per tale intendendo questioni di rilievo politico ricomprese in un'area di stretta competenza del Congresso non oltrepassabile dalle corti. L'elemento più rilevante in *Colegrove* è un uso disinvolto della dottrina della *political question* per evitare di ingerirsi in materie ad alto impatto sul circuito della decisione politica.

²² Recte: alla sua degenerazione manipolativa più rischiosa tutt'ora espressamente consentita, ossia quella con finalità partitiche.

²³ *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S., 267 (2004).

²⁴ Si cita letteralmente l'espressione di Scalia in *Vieth*, 541 U.S., cit., p. 22.

²⁵ U.S.C., art. I sect. 4 cl. 1 (election clause).

²⁶ Si cita qui testualmente *Gaffney v. Cummings*, 412 U. S. 735, 753 (1973).

²⁷ *Colegrove v. Green* 328 U.S., 549 (1946).

²⁸ Frankfurter, in particolare, definisce *political thicket* “a core area of congressional competence into which the Court ought not to wade”. Cfr. *Colegrove v. Green*, 328 U.S. (1946) pp. 549-51.

In netta antitesi rispetto alla *ratio* di Colegrove e proprio in ragione di arginare il possibile arbitrio giudiziario nella determinazione dei confini della *political question*, la Corte quindici anni dopo, in *Baker v. Carr*²⁹, con le parole di William Brennan, ricognizione le circostanze³⁰ in cui il giudiziario, chiamato a decidere, deve astenersi. In tale opinione, unanimemente riconosciuta come un agile *vademecum* sulla dottrina della questione politica, è possibile scorgere il momento iniziale di una fase di vivace interventismo giudiziale: sebbene la sentenza dispieghi effetti diretti sulla giustiziabilità dei casi di *malapportionment*, una breccia è ormai aperta anche per il *partisan gerrymandering*. Le decisioni del biennio seguente³¹, celebri per l'elaborazione e il consolidamento del principio *one person one vote*, segnano un punto di svolta, giacché, aprendo la strada ad un pervasivo controllo del giudiziario sulla determinazione della popolosità dei distretti, consolidano l'interventismo che *Baker* aveva prefigurato.

3. Una debole svolta. Bandemer come punto di inizio. Il *turning point*³² sulla giustiziabilità del *partisan gerrymandering*, è senza dubbio costituito da *Davis v.*

²⁹ *Baker v. Carr* 369 U.S. 217 (1962).

³⁰ Questa la celebre elencazione delle circostanze in cui un caso può essere dismesso secondo la dottrina della *political question*:

«A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question». *Baker v. Carr* 369 U.S. cit., p. 217. Per una analisi evolutiva della giurisprudenza inaugurata in *Baker*, si veda più avanti, in particolare il par. 4

³¹ Ci si riferisce, in specie, a *Grey v. Sanders*, 376 U.S., 368 (1963) circa i distretti per le elezioni di contea, *Reynold v. Sims*, 377 U.S. 368 (1963) circa i distretti per le elezioni dei legislativi statali e *Wesberry v. Sanders* 376 U.S. 1 (1964) che espande il principio ai distretti congressuali.

³² A ben guardare, tuttavia, due casi giunti all'attenzione della Corte alcuni anni prima, sono già in grado di rivelare il progressivo cambio di rotta: si tratta di *Gaffney v. Cummings* 412 U.S. 735 (1973) e *Karcher v. Dagget* 462 U.S. 725, 731 (1983). Il primo è un caso di bypartisan gerrymandering dei distretti per l'elezione della General Assembly del Connecticut: pur rispettando il one person one vote, nel tentativo di fornire una equa ripartizione dei seggi tra partiti, si era finito per creare distretti dai confini quantomeno bizzarri e, soprattutto, decisamente non-competitivi. La Corte, confermando la costituzionalità del piano, anticipa alcune interessanti riflessioni. Innanzitutto, in risposta agli appellanti, afferma che la compattezza dei distretti non costituisce di per sé un valore di dimensione costituzionale, e che, al contrario, guardare solo al censo, senza attenzione all'impatto politico del redistricting, produrrebbe il peggiore gerrymandering di tutti. Ma soprattutto la Corte sottolinea che, quando il legislativo sostiene un piano bypartisan per una equa allocazione di forza elettorale, l'attenzione del giudiziario è assai bassa, con ciò intendendo, a contrario, che operazioni di gerrymandering intese a favorire un solo partito debbano essere soggette a uno scrutinio più stretto. In ultimo, la Corte tenta di delineare un test minimo per identificare il gerrymandering incostituzionale, affermando che spetta ai ricorrenti dimostrare "[of being] fenced out of the political process and have their voting strength invidiously minimized". [*Gaffney v. Cummings* cit. p. 754]

*Bandemer*³³, storico caso sorto nel *redistricting* dei collegi per il legislativo bicamerale dell'Indiana e che apre le porte ad una ad un ultratrentennale dibattito, nelle corti e in dottrina, sulle modalità di *adjudication*: la Corte, pur confermando la costituzionalità della mappa, proprio servendosi dell'apertura nei casi di *malapportionment* dei decenni precedenti, afferma la giustiziabilità del *partisan gerrymandering*. Se, sostiene Byron White scrivendo per una *plurality* di quattro giudici, la Corte si è aperta una strada nel *political thicket* con la lotta al *malapportionment*, a maggior ragione deve intervenire laddove, allo stesso modo, è posto in pericolo il diritto alla rappresentanza. Ancora, White afferma che, non essendo applicabile al *partisan gerrymandering* nessuna delle eccezioni di non giustiziabilità contemplate in *Baker*, questo rientra naturalmente nelle competenze delle corti³⁴. Né, secondo White, osta alla giustiziabilità la circostanza per cui al momento di decidere *Bandemer*, manchi un *judicially manageable standard* condiviso dalla maggioranza della Corte: come *Reynolds* insegna, l'elaborazione dello *standard* in senso stretto può lasciarsi a pronunciamenti successivi. Nonostante la mancanza, come si è detto, di una maggioranza nella Corte, il giudice White tenta di delineare uno *standard* applicabile, ipotizzando un legal test in due parti: a) i ricorrenti avverso un piano di *redistricting* debbono provare che vi sia stata una intenzionale discriminazione di un gruppo politico identificabile; la verifica dell'*intent* è, secondo White, alquanto semplice, data infatti la posizione in cui si trovano i redattori delle mappe, che conoscono sicuramente la composizione politica dei nuovi distretti che andranno a formare, può ragionevolmente presumersi l'intenzionalità; b) dovrà altresì provarsi l'effetto discriminatorio, ossia la concreta portata lesiva del *plan*: questa, secondo la Corte, sarà accertata solo se il sistema elettorale è creato in modo da degradare in misura consistente l'influenza, nel processo politico, di un votante o di un gruppo di votanti.

Il test delineato dal giudice White, innegabilmente generalista e non idoneo ad una immediata applicazione in giudizio, può comprendersi solo nella sua dimensione euristica, quale strumento per fissare le coordinate del futuro dibattito giurisprudenziale. Tanto nella prova dell'*intent* quanto in quella dell'*effect*, emergono alcuni elementi centrali: non costituisce effetto discriminatorio la sola

In *Karcher v. Dagget*, invece, discusso dalla Corte appena tre anni prima di *Bandemer*, dietro la formale violazione del one person one vote la Corte cede un delle censure al gerrymandering: dichiara l'incostituzionalità di un plan per i distretti congressuali del New Jersey per lo scostamento di appena lo 0,69 per cento nella popolosità dei distretti, ma, come il giudice Stevens afferma nella sua concurrence, la vera censura mossa al districting scheme, coperta dal all-purpose tool del one person, è l'arbitrario superamento dei confini delle contee al presuntivo fine di riaggregare affinità politiche [*Karcher v. Dagget* cit. pp. 747, 763, Stevens, J., concurring]

³³ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986)

³⁴ M. Berman, *Managing Genymandering*, in *Texas Law Review* n.83/ 2005, p. 853.

impossibilità di raggiungere una rappresentanza proporzionale al peso elettorale³⁵, ma soprattutto, il giudice White afferma una necessità, ancora oggi essenziale a fini probatori, quella di utilizzare dati risalenti a più cicli elettorali,³⁶ per verificare l'effetto nel tempo del *redistricting*, e quindi, indirettamente, la consistenza della lesione costituzionale.

Al di là di queste lucide riflessioni, il *test*, basato sui risultati elettorali, non specifica alcuni elementi quantitativi che si dimostreranno essenziali nel dibattito futuro: quale livello di disproporzionalità sarebbe necessario per potere dichiarare l'incostituzionalità³⁷? Rispetto a quale *baseline* deve calcolarsi la disproporzionalità? Quali sono, al contrario, i requisiti di una mappa equa? Queste e altre incognite sono l'oggetto della *dissenting opinion* del giudice Lewis Powell, il quale, rilevando grande confusione nell'opinione di maggioranza, ne prospetta altrettanta nella futura *litigation* nelle corti federali³⁸.

A ben guardare, nel dipanarsi dell'opinione di maggioranza, delle concorrenti e della dissenziente, *Bandemer* forniva una metrica per valutare l'eccesso incostituzionale di *partisanship* di pressoché qualunque schema di *redistricting*. Se questo da un lato dimostra la complessità e divisività del tema, dall'altro emerge ben presto come il più grande limite della decisione: per usare le parole di Powell, l'insuccesso nell'enunciare un preciso *standard* costituisce il "*final and most basic flaw*" di *Bandemer*³⁹. Non stupisce, in quest'ottica, che di trentanove decisioni successive a *Bandemer* rilevate per questa analisi, solo una abbia dichiarato l'incostituzionalità di un *redistricting plan* per eccesso di *partisanship*⁴⁰. Al contrario, in gran parte delle altre decisioni emerge la scarsa comprensione e una quanto mai creativa interpretazione dei punti centrali dell'opinione resa da White⁴¹. Le difficoltà di applicazione dello standard contenuto in *Bandemer*, unite

³⁵ Questa affermazione è ribadita da White in risposta a Sandra Day O'Connor, che, nella sua *concurring*, pone in rilievo come l'intero impianto argomentativo della plurality sia fondato sulla idea distorta della copertura costituzionale del principio proporzionale. Cfr. *Bandemer*, 478 U.S. cit., O'Connor concurring pp. 158-159.

³⁶ *Bandemer*, 478 U.S., cit., pp. 135-136.

³⁷ Indirettamente, White sembra indicare che laddove i risultati elettorali dimostrassero meno disproporzionalità rispetto ai risultati non ritenuti incostituzionali dalla Corte in *Bandemer*, il plan dovrebbe confermarsi legittimo. Così si afferma in *Vieth v. Pennsylvania*, 188 F. Supp. 2d 532, pp. 544-545, precedente, in prima istanza, di *Vieth v. Jubelirer*.

³⁸ *Bandemer*, 478 U.S. cit., Powell concurring, p.171.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. *Republican Party of North Carolina v. Martin*, 980 F.2d 943 (4th Cir. 1992) cit. in L. McDonald, *The Looming 2010 Census: A Proposed Judicially Manageable Standard and Other Reform Options for Partisan Gerrymandering*, in *Harvard Journal on Legislation* 46/2009, pp. 251-252.

⁴¹ Cfr. *Badham v. Eu*, 694 F. Supp. 664, 699-71 (N.D. Cal. 1988), sentenza nella quale la prova dell'*effect* viene scomposta in due elementi: la prova di risultati elettorali sproporzionati (passati o futuri, tramite proiezioni) e la prova di gravi indizi di perdita di potere politico e rappresentatività del partito oggetto di gerrymandering. Così facendo, rinvenendo la mancanza del secondo elemento di prova richiesto, la corte del Northern District della California, ha rigettato il caso. È evidente la torsione della prova dell'*effect* richiesto da *Bandemer*: lì, nell'opinione di maggioranza, non si fa alcuna menzione ad una prova diversa rispetto ai risultati elettorali, anche tramite proiezioni di possibili scenari elettorali futuri. Va segnalato che, a detta di molti, le mappe elettorali della California portate in giudizio in

ad una resistenza di parte del giudiziario federale verso l'interventismo nel processo di *mapmaking*, hanno dato luogo, nei decenni seguenti, a decine di decisioni divergenti sulla giustiziabilità del *partisan gerrymandering*, tutte fondate su standard ritenuti, a torto o ragione, non sufficientemente precisi: *Bandemer* è divenuta col tempo lettera morta⁴² e le corti ben presto hanno iniziato a muoversi in ordine sparso.

4. Alla affannosa ricerca di un *judicially manageable standard*: sviluppi di un dibattito trentennale.

Il censimento decennale del duemila ha dato il via ad una nuova fase di *redistricting*, ragione per cui, agli inizi del secolo, il *political gerrymandering* è ritornato all'attenzione della Corte Suprema in tre distinti casi⁴³. Il più celebre, anche per il suo alto tenore *tranchant*, è senz'altro il primo, *Vieth v. Jubelirer*, sorto dalle distorsive mappe elettorali adottate in Pennsylvania nel 2002 dal partito repubblicano: a dispetto di una netta maggioranza democratica in termini elettorali assoluti su scala statale, i repubblicani riescono, approvando il piano, a garantirsi il 68 per cento dei distretti congressuali. Attorno alla soluzione al caso, non riesce a coagularsi una maggioranza dei giudici, e la Corte si mostra quanto mai divisa: alla *plurality*, scritta dal giudice Scalia e condivisa dal Chief Justice Rehnquist e dai giudici O'Connor e Thomas, si accostano tre opinioni dissenzienti⁴⁴ e una cauta ma essenziale opinione concorrente firmata dal giudice Kennedy.

L'intero impianto argomentativo della opinione resa da Scalia si fonda su una presunta arbitrarietà del processo logico-deduttivo di elaborazione di qualsivoglia *standard* per decidere la costituzionalità di mappe oggetto di *partisan gerrymandering*⁴⁵: Scalia rileva come, passati oramai diciotto anni da *Bandemer*, si siano moltiplicati esponenzialmente i tentativi di fornire uno *standard* e dedica gran parte della opinione a confutare i più rilevanti tra questi, il tutto al fine di giungere ad affermare la mancanza di uno *standard* e quindi, fondandosi sul *Baker test*⁴⁶, la natura politica del *partisan gerrymandering*.

Badham erano oltremodo distorsive, tanto da integrare un distretto chiamato "*jesus district*" perché il votante avrebbe dovuto camminare sull'acqua per attraversarlo da una parte all'altra: Cfr. Reinhold, R., *Surgery on G.O.P. Was Deft, Not Painless*, N.Y. TIMES, Mar.3, 1991 <http://www.nytimes.com/1991/03/03/us/surgery-on-gop-was-deft-not-painless.html>. Per una altrettanto creativa interpretazione del requisito dell'intent, cfr. Martinez v. Bush, 234 F. Supp. 2d 1275, 1337 (S.D. Fla. 2002), cit. in E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review* 4/2014, p. 934.

⁴² L. McDonald, *supra*, p. 248.

⁴³ Si tratta, nell'ordine, di *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. 267 (2004), *Cox v. Larios* 542 U.S. 947 (2004) e *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

⁴⁴ Le dissenting sono scritte dai giudici Stevens, Breyer, e, congiuntamente, Souter e Ginsburg.

⁴⁵ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review*, 4/2014 p. 935.

⁴⁶ Si veda, *supra*, la nota numero 31.

La prima a cadere è l'opinione di maggioranza di Byron White in *Bandemer*: a parere di Scalia «Eighteen years of judicial effort with virtually nothing to show for it justifies revisiting whether the standard promised by *Bandemer* exists»⁴⁷. Un test, come quello delineato in *Bandemer* e riproposto con talune precisazioni dagli appellanti in *Vieth*, basato sulla prova dei due elementi dell'intenzione e dell'effetto discriminatorio, risulta, per Scalia, inapplicabile al contesto in oggetto: il test proposto, ispirato a strumenti propri del *racial gerrymandering*, appare evanescente se applicato al *partisan*, giacché l'affiliazione partitica, diversamente dall'appartenenza ad un gruppo etnico, è un elemento impercettibile e soggetto a un possibile costante mutamento⁴⁸. Ma, aggiunge Scalia, pur ammettendo di potere determinare l'effetto discriminatorio secondo lo standard proposto dagli appellanti⁴⁹, occorre vagliarne la discernibilità, intesa nel senso di capacità di acclarare una violazione della costituzione. Ciò, secondo la maggioranza, è tutt'altro che possibile, giacché l'intero standard proposto si fonda sul principio di proporzionalità della rappresentanza, principio non contemplato dalla Costituzione, «[which] guarantees equal protection of the law to persons, not equal representation in government to equivalently sized groups»⁵⁰.

Le argomentazioni fin qui riportate ricalcano integralmente un tipico impianto originalista, condensabile nel seguente iter logico: (a) la Costituzione di Philadelphia attribuisce il *redistricting* ad entità politiche direttamente rappresentative, quali i legislativi statali e il Congresso, non già al potere giudiziario. Da qui deriverebbe l'assunto per cui i *framers*, ai quali era ben noto il fenomeno del *partisan gerrymandering* – da taluni riconosciuto quale autentico crittotipo del sistema costituzionale fin dall'epoca proto-repubblicana⁵¹– lo

⁴⁷ *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., p. 11, Opinion of Scalia.

⁴⁸ Secondo Scalia in particolare, l'*effect-test* proposto, approssimativamente basato sulla giurisprudenza della Corte che applica la §2 del Voting Rights Act (42, U.S.C. §1973) alla discriminazione razziale [cfr. *Johnson v. De Grandy*, 512 U. S. 997 (1994)], sarebbe radicalmente inapplicabile alla realtà del *partisan gerrymandering*, giacché «A person's politics is rarely as readily discernible—and never as permanently discernible—as a person's race. [...] Political affiliation is not an immutable characteristic but may shift from one election to the next; and even within a given election, not all voters follow the party line. [...] These facts make it impossible to assess the effects of partisan gerrymandering, to fashion a standard for evaluating a violation, and finally to craft a remedy» Cfr. *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., p. 17, Opinion of Scalia.

⁴⁹ Lo specifico effect-test proposto dagli appellanti consiste nella prova tanto del sistematico *packing* e *cracking* dei distretti, quanto della circostanza che la mappa abbia impedito al partito danneggiato di trasformare una maggioranza di voti in maggioranza di seggi.

⁵⁰ *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., pp. 18-19, Opinion of Scalia

⁵¹ In tal senso, si vedano alcune ricostruzioni storiche già citate in *Vieth* e pedissequamente riprese in *Rucho*: «During the very first congressional elections, George Washington and his Federalist allies accused Patrick Henry of trying to gerrymander Virginia's districts against their candidates—in particular James Madison, who ultimately prevailed over fellow future President James Monroe» Cfr. T. R. Hunter, *The First Gerrymander? Patrick Henry, James Madison, James Monroe, and Virginia's 1788 Congressional Districting*, Early American Studies, 2011, pp. 781-820. Ma ancora, dalle stesse lettere di Tomas Jefferson: «Henry has so modelled the districts for representatives as to tack Orange [county] to counties where he himself has great influence that Madison may not be elected into the lower federal house», Cfr. *Writings of Thomas Jefferson, Letter to W. Short, Feb. 9, 1789*, Ford, 1895, p.71. «The practice was known

abbiano ritenuto una legittima e tollerabile iniezione di politicità nel *mapmaking*; (b) non essendo pertanto vietato piegare a interessi di partito il *redistricting process*⁵² (anzi, essendo considerazioni politiche immanenti al processo stesso⁵³) il problema centrale risiederebbe nel discernere un *quantum* fisiologico di politicità da un eccesso potenzialmente lesivo di posizioni costituzionali individuali e, in specie, l'eguale protezione del diritto di voto⁵⁴; (d) lo strumento tecnico-giuridico per rispondere a tale esigenza di discernimento tra lecito ed illecito, che consenta al giudice di non invadere la sfera di discrezionalità politica propria del legislatore è rappresentato da un *judicially discernible and manageable standard*, costantemente richiesto nella giurisprudenza sulla *equal protection clause* della Corte⁵⁵ e, più in generale, per colmare il *gap* tra previsioni costituzionali generiche o di principio e regola del caso concreto⁵⁶; (e) la selezione di uno *standard* applicabile è chiaramente lasciata alla libera determinazione del giudice, che deve saggiarne la sua *manageability*, ossia determinarne l'aderenza al principio costituzionale invocato e la sua generale e astratta applicabilità futura nelle corti, ragione per cui è il giudice

in the Colonies prior to Independence, and the Framers were familiar with it at the time of the drafting and ratification of the Constitution», Cfr. E. C. Griffith, *The rise and development of the gerrymander*, 1907, pp. 26-28 cit. in *Vieth* 541 U.S. cit., p. 4. «By 1840, the gerrymander was a recognized force in party politics and was generally attempted in all legislation enacted for the formation of election districts. It was generally conceded that each party would attempt to gain power which was not proportionate to its numerical strength». Cfr. E. C. Griffith, in *The rise and development of the gerrymander*, 1907, p. 123 cit. in *Rucho* 588 U.S. cit., p. 8.

⁵² «To hold that legislators cannot take partisan interests into account when drawing district lines would essentially countermand the Framers' decision to entrust districting to political entities». Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 12.

⁵³ «Politics and political considerations are inseparable from districting and apportionment», Cfr. *Gaffney v. Cummings* cit. alla nota 25.

⁵⁴ «The central problem is not determining whether a jurisdiction has engaged in partisan gerrymandering. It is "determining when political gerrymandering has gone too far» Cfr. *Vieth* 541 U.S. cit., p.27, Opinion of Scalia.

⁵⁵ Per una attenta disamina del requisito del *manageable standard*, si veda R. H. Fallon, , «Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning.» Harvard Law Review n. 5/2006, pp. 1274-1332. In particolare, nel contributo testé citato, emerge chiaramente la discrezionalità insita nella selezione della *manageability* di uno standard: «So far as I am aware, the Supreme Court has never attempted to define what it means by judicially manageable standards nor to specify what role courts should perform in developing them. A few hints emerge from *Vieth*, however. [...]». Cfr. R.H. Fallon, *ut supra*, p. 1281. Con riguardo alla definizione di uno *standard* in *Vieth*: «All of the Justices recognized at least a potential distinction between constitutional norms and the judicial tests through which constitutional norms are enforced. With respect to the former, the Justices unanimously assumed that the Equal Protection Clause forbids partisan gerrymanders that excessively disadvantage a political party, but they also agreed that the existence of a prohibitory norm did not suffice to make partisan gerrymandering claims justiciable» Cfr. R.H., Fallon, *ut supra*, p. 1281.

⁵⁶ «Among the things that might be said about the branch of the political question doctrine that demands judicially manageable standards, one deserves emphasis at the outset: perhaps more than any other constitutional doctrine, this one recognizes explicitly that a gap can exist between the meaning of constitutional guarantees, on the one hand, and judicially enforceable rights, on the other. As I shall take pains to establish, disparities between constitutional meaning and judicial doctrine arise frequently in constitutional adjudication as the result of the demand for judicially manageable standards. Nowhere else, however, do courts acknowledge the gap quite so explicitly» Cfr. R.H., Fallon, *ut supra*, p. 1276.

a dovere valutare l'esistenza in concreto di uno standard, decisione dalla quale dipende, da costante giurisprudenza successiva a *Baker*, la giustiziabilità della questione; (f) da tale valutazione operata da Scalia emergerebbe come tutti gli standard proposti siano ancorati in qualche misura ad un supposto principio di rappresentanza proporzionale, non contemplato dalla costituzione; (g) tali standard, tutti fondati sulla *equal protection clause* del XIV emendamento, sono da rigettarsi integralmente giacché questa protegge l'eguaglianza del diritto di voto nella sua proiezione individuale, non già l'eguale rappresentanza di gruppi politici diversi nel legislativo⁵⁷.

Dalla succinta ricostruzione di cui sopra emerge nitidamente l'ispirazione originalista della decisione di maggioranza –qualora non fosse sufficiente la sola constatazione del nome del suo autore, Antonin Scalia–. La ricerca di uno standard preciso e razionale è il diretto precipitato della visione originalista del giudiziario e del suo ruolo nella *constitutional adjudication*: il giudice è esecutore di regole estratte dalla norma costituzionale intesa strettamente come norma giuridica, che va interpretata solo alla luce dell'*original public meaning* al momento della sua adozione⁵⁸. Ma, come taluni hanno rilevato⁵⁹, la visione di una *rule of law as a law of rules*⁶⁰, dove la norma costituzionale esiste in quanto *enforceable*⁶¹ e il rimedio giudiziale, residuale rispetto all'intervento delle *political branches*, possa invocarsi solo in presenza di uno standard rigorosamente ancorato al testo della Costituzione⁶², reca con sé conseguenze, sul piano della tutela dei diritti,

⁵⁷ Vedi *supra* nota 52.

⁵⁸ Cfr. R. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75/2006, p. 9.

⁵⁹ Oltre a R. Barnett, cit., cfr. W.G. Merkel, *The District of Columbia v. Heller and Antonin Scalia's Perverse Sense of Originalism*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2/2009, pp. 349-38, nonché: R. Post, R. Siegel, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, in *Fordham Law Review*, 75/2006, pp. 545-574.

⁶⁰ Si richiama qui la visione originalista della Costituzione come norma strettamente giuridica, già titolo di un celebre scritto di A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 56/1989, pp. 1175-81.

⁶¹ Di questo tenore le affermazioni di A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57/1989, p. 854: «The Constitution, though it has an effect superior to other laws, is in its nature the sort of "law" that is the business of the courts—an enactment that has a fixed meaning ascertainable through the usual devices familiar to those learned in the law. If the Constitution were not that sort of a "law," but a novel invitation to apply current societal values, what reason would there be to believe that the invitation was addressed to the courts rather than to the legislature? One simply cannot say, regarding that sort of novel enactment, that "[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department" to determine its content. Quite to the contrary, the legislature would seem a much more appropriate expositor of social values, and its determination that a statute is compatible with the Constitution should, as in England, prevail»

⁶² Così, Scalia in *Vieth*, 541 U.S., cit., «The judicial Power created by Article III, §1, of the Constitution is not whatever judges choose to do, It is the power to act in the manner traditional for English and American courts. One of the most obvious limitations imposed by that requirement is that judicial action must be governed by standard, by rule. Laws promulgated by the Legislative Branch can be inconsistent, illogical, and ad hoc; law pronounced by the courts must be principled, rational, and based upon reasoned distinctions».

potenzialmente nefaste e, sul fronte della tutela contro il *gerrymandering partisan* le conseguenze non sono diverse.

Abbracciare una visione strettamente legalista del testo della Costituzione e rigettare aprioristicamente la sua natura programmatica, di vettore di valori e principi –e non precetti normativi *stricto sensu*– destinati ad assumere contenuto nuovo con l'evolversi della coscienza sociale, significherebbe assicurare protezione giudiziaria solo alle disposizioni costituzionali che soddisfino un imprecisato requisito di normatività intrinseca⁶³, e quindi condannare alla non giustiziabilità larghe parti della Costituzione dietro *fiat* giudiziale⁶⁴: quale è il criterio obiettivo per affermare la *manageability* di uno standard e rigettarne un altro? *Recte*: se il fine ultimo di un *judicially manageable standard* è circoscrivere l'intervento giudiziale coniando una regola certa e riconducibile al precetto costituzionale invocato, nella forma di un *legal test* ripetibile, quali criteri deve il giudice impiegare per accertare la *manageability*? Quali requisiti deve avere precisamente per la Corte uno standard che sia *manageable*? Preso atto del fatto che un *gap* tra disposizione e norma sia nella ontologia stessa dell'attività di produzione normativa, può davvero reclamarsi così rigidamente una tassonomia del *judicial standard*, senza renderne intelligibili i criteri di valutazione al di fuori di due scarni lemmi *manageable* e *discernible*? Da una risposta affermativa, discenderebbe logicamente la constatazione che la necessità di circoscrivere il ruolo del giudice valga in determinate circostanze ma non in altre: è innegabile che il potere di selezionare gli standard ammissibili senza avere fissato regole predeterminate si avvicini molto più all'arbitrio che al ruolo di "*law-follower*"⁶⁵ prefigurato da Scalia e dai teorici dell'originalismo⁶⁶. Viene così da chiedersi in che misura l'esistenza o l'inesistenza di un *manageable standard* rifletta il testo e la storia della Costituzione ed in quale invece le capacità e l'immaginazione del giudice⁶⁷. Ma, soprattutto, ricorrendo alle

⁶³ Così R. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75/2006, p. 11: «Justice Scalia's approach would seem to justify judicial enforcement of only those passages of the Constitution that are sufficiently rule-like to constitute a determinate command that a judge can simply follow. The more general or abstract provisions of the Constitution are hardly rules that fit this description, so should judges ignore them?»

⁶⁴ È esattamente questo l'approccio che Scalia ha mantenuto di fronte ai diritti non enumerati: In *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000), egli ha rigettato un caso fondato sugli "*unenumerated rights retained by the people*" espressamente richiamati nel IX emendamento, poiché la protezione di questi sarebbe affidata alle sole maggioranze nei corpi legislativi.

⁶⁵ Si utilizza qui una espressione di R. Barnett, *Scalia's Infidelity*, cit., p. 10: «According to this argument, originalism is based on the proper role of courts as "law followers" so the Constitution, as law, must be something that can be followed as opposed to invented or made up. The latter role we normally associate with the legislature. And the only way the Constitution provides "law" to be followed is if it is viewed as an authoritative command with a discernable public meaning at the time of its enactment».

⁶⁶ Si veda la citazione di A. Scalia, in *Originalism: The Lesser Evil*, cit., alla nota 62.

⁶⁷ Si riporta nel testo, tradotto e adattato, un passo di R. H. Fallon, *Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, in *Harvard Law Review*, n. 5/2006, p. 1277.

parole di eminente dottrina⁶⁸, quando Antonin Scalia pronuncia *Vieth nonjusticiable* poiché nessuno standard *discernible* e *manageable* da applicare al *partisan gerrymandering* è emerso, egli identifica una lacuna nella Costituzione, che non garantisce chiarezza su un punto cruciale, ovvero riconosce un fallimento del giudiziario (incluso il suo stesso) nella individuazione dello standard?

L'obiettivo della maggioranza in *Vieth* era dichiarare l'*overruling* di *Bandemer* e pronunciare definitivamente, applicando la *political question doctrine*, la non giustiziabilità del *partisan gerrymandering*⁶⁹. Tuttavia, la posizione di Anthony Kennedy, espressa nella sua opinione concorrente, non consente al fronte conservatore guidato da Antonin Scalia e composto dal Chief Justice Rehnquist, da Sandra O'Connor e Clarence Thomas, di raggiungere una maggioranza piena, ragione per cui *Bandemer* resterà in campo, seppur in un panorama di estrema incertezza, dettato dalla sua coesistenza con *Vieth*: quest'ultima, invocata nelle pronunce sul *partisan gerrymandering* degli anni immediatamente successivi⁷⁰ diverrà la decisione più rilevante sul tema, degradando di fatto *Bandemer* a una tappa rilevante –ma superata– nel racconto della lunga cronistoria del *gerrymandering* negli States.

Tuttavia, il censimento decennale del 2010, ha dato avvio ad una nuova fase di progettazione di mappe elettorali, circostanza che –*ça va sans dire*– ha costituito l'occasione propizia per i partiti al governo nei legislativi statali, per porre in essere aggressivi fenomeni di *gerrymandering*, col fine di conservare e talvolta espandere, per i cicli elettorali a venire, le maggioranze parlamentari al momento detenute: non si è così fatta attendere una nuova ondata, in ordine sparso, di ricorsi nelle corti federali, che, in ben due occasioni, sono giunti fino alla Corte Suprema. Si tratta, rispettivamente, di *Gill v. Whitford*⁷¹, caso sorto nel Wisconsin e deciso dalla Corte nel 2018, verso il quale dottrina e opinione pubblica nutrivano grandi aspettative, ma nei fatti conclusosi con un rinvio per mancanza di interesse ad agire dei ricorrenti⁷² e della più recente e risolutiva *Rucho v. Common Cause*⁷³, decisione che si candida, data la maggioranza conservatrice consolidatasi nella Corte con gli

⁶⁸ Per una analisi storica dei capisaldi del moderno originalismo e dei suoi teorici: L. B. Solum, "What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory." *The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in *Georgetown University Law Center*, 2011.

⁶⁹ «Eighteen years of essentially pointless litigation have persuaded us that *Bandemer* is incapable of principled application. We would therefore overrule that case and decline to adjudicate these political gerrymandering claims», *Vieth*, 541 U.S., cit., Opinion of Scalia, p.37.

⁷⁰ Si tratta di *Cox v. Larios* 542 U.S. 947 (2004) e *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

⁷¹ *Gill v. Whitford*, 585 U.S. __ (2018)

⁷² Per una agile ricostruzione degli antefatti e della decisione della Corte in *Gill*: G. Naglieri, *La rilevanza ultraindividuale del partisan gerrymandering nell'eterno scontro tra diritti individuali e interessi politici diffusi: la Corte Suprema acquartierata nella standing doctrine? Un commento a margine di Whitford v. Gill*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, n. 8/2019

⁷³ *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. __ (2019). Tuttavia, con la medesima sentenza, la Corte ha deciso altresì il caso *Lamone v. Benisek*, del quale ha disposto la riunione con *Rucho* in ragione della questione giuridica trattata.

ultimi due ingressi⁷⁴, a restare, per lungo tempo, un precedente granitico che impedirà a nuove e più incisive forme di *political gerrymandering* di raggiungere le corti federali.

5. Proporzionalità, giustiziabilità e questione politica dopo *Rucho*: materiali per una analisi critica.

Laddove *Vieth* non era giunta, è invece riuscita, nel 2019, la nuova maggioranza conservatrice guidata dal Chief Justice John Roberts, autore della opinione della Corte in *Rucho*. Attraverso uno sforzo di ricostruzione storica dei principali arresti giurisprudenziali sul *malapportionment* e sul *partisan gerrymandering*, Roberts giunge esattamente alla medesima conclusione che Scalia ebbe a pronunciare nel 2004: qualsiasi sforzo giudiziale volto alla ricerca di uno *standard* per aggiudicare il *partisan gerrymandering* si dimostra vano, giacché ognuno di questi reca con sé l'assunto per cui gruppi con un determinato livello di supporto politico debbono beneficiare di un commisurato livello di potere ed influenza⁷⁵, assunto che inevitabilmente si fonda su un principio di rappresentanza proporzionale non previsto dalla Costituzione.

Attraverso un uso brillante di una congerie di elementi storici risalenti alla fase proto-repubblicana, uniti a numerose opinioni rese in passato dalla Corte anche in forma di *obiter dicta*, Roberts pone al centro delle argomentazioni *contra* giustiziabilità, un supposto “*desire for a proportional representation*” che qualsiasi caso di *partisan gerrymandering* pare malcelare. Servendosi delle parole di Sandra O'Connor nella sua *dissenting* in *Bandemer*, egli afferma che in questo genere di casi, implicitamente o esplicitamente, si suppone l'incostituzionalità di una *districting map* per il solo fatto di rendere più difficile per un partito trasformare il proprio supporto su base statale in seggi, nella convinzione che maggiore sia la deviazione dalla proporzionalità, più sospetto il piano di redistricting divenga⁷⁶. E d'altronde, l'esperienza del *general ticket* nel primo cinquantennio dalla ratifica della Costituzione⁷⁷, consistente nel voto non già ad un candidato ma ad un partito, il quale se vittorioso risultava destinatario della intera delegazione congressuale statale, dimostrerebbe, secondo il Chief Justice, l'assoluta estraneità della

⁷⁴ Si tratta dei giudici Gorsuch e Kavanaugh, entrambi nominati dal Presidente Donald Trump, rispettivamente nel 2017 e nel 2018, il primo proprio per coprire la vacanza provocata dalla morte di Antonin Scalia avvenuta nel 2016, mentre il secondo per sostituire Anthony Kennedy, ritiratosi.

⁷⁵ Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 16: «Partisan gerrymandering claims rest on an instinct that groups with a certain level of political support should enjoy a commensurate level of political power and influence».

⁷⁶ *Ibidem*: «Partisan gerrymandering claims invariably sound in a desire for proportional representation. As Justice O'Connor put it, such claims are based on “a conviction that the greater the departure from proportionality, the more suspect an apportionment plan becomes».

⁷⁷ Cfr. E. Engstrom, , *Partisan gerrymandering and the construction of American Democracy*, in *University of Michigan Press*, 2013, pp. 43-51, cit. in *Rucho* 588 U.S. cit.

proporzionalità alle intenzioni dei *framers*. Questo dato storico⁷⁸, si aggiunge alla stessa giurisprudenza della Corte, che preclude qualsiasi tentativo di costituzionalizzazione del principio di rappresentanza proporzionale⁷⁹.

Affermando che qualsiasi test che sostenga la incostituzionalità del *partisan gerrymandering* sia intriso di un desiderio di proporzionalità nella rappresentanza politica, ed escludendo la invocabilità di un tale principio, Roberts riduce le tesi dei ricorrenti in *Rucho* ad una richiesta alla Corte di compiere una valutazione politica circa il grado di rappresentanza che ciascun partito meriti sulla base dei voti ottenuti e quindi di riadattare i distretti contestati al fine di ripartire la rispettiva forza politica equamente. Per la Corte però, la richiesta di correzione di mappe disegnate con fini partitici sulla base di uno *standard* modellato su un imprecisato concetto di *electoral fairness* non può essere accolta, giacché questo comporterebbe una intrusione senza precedenti nel processo politico⁸⁰; citando *Vieth*⁸¹, il Chief Justice pone in rilievo la complessità di elaborare un test fondato sulla equità elettorale in un sistema di tipo *plurality*, talvolta portatore di iniquità per sua stessa natura. Per Roberts, perfino il primo momento della elaborazione di uno *standard*, ovvero discernere cosa debba essere considerato *fair* o *unfair* in un sistema *winner-takes-all*, reca con sé una scelta di fondo che è, per sua natura, politica, non giuridica in senso stretto: *fairness* significa elaborare una mappa con il maggior numero di distretti competitivi⁸²? Ovvero assicurare a ciascun partito una appropriata quota di *safe seats*⁸³? O ancora, l'equità deve essere intesa come aderenza ai criteri tradizionali di *redistricting*, come contiguità, compattezza, mantenimento delle

⁷⁸ Roberts aggiunge che, il passaggio, con l'*Apportionment Act* del 1842, al sistema *single-member* di tipo *plurality* non avvenne con l'intento di instillare equità nella competizione elettorale, ma, al contrario, per mero calcolo (rivelatosi poi errato) dei Whigs, che ritenevano di potere migliorare le proprie prospettive elettorali giacché, con il sistema elettorale a *general ticket*, nel 1840 in Alabama, pur ottenendo il 43 per cento dei voti a livello statale, non ottennero nemmeno un seggio della delegazione congressuale. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 17.

⁷⁹ *Bandemer*, 478 U. S., cit., p. 130 (Plurality Opinion); si veda anche *Mobile v. Bolden*, 446 U. S. 55, 75–76 (1980), secondo cui «*The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment does not require proportional representation as an imperative of political organization*».

⁸⁰ «*An expansive standard requiring the correction of all election district lines drawn for partisan reasons would commit federal and state courts to unprecedented intervention in the American political process*,» *Vieth*, 541 U. S., 306 (opinion of Kennedy) cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 15.

⁸¹ «Fairness does not seem to us a judicially manageable standard. [...] Some criterion more solid and more demonstrably met than that seems to us necessary to enable the state legislatures to discern the limits of their districting discretion, to meaningfully constrain the discretion of the courts, and to win public acceptance for the courts' intrusion into a process that is the very foundation of democratic decisionmaking» Cfr. *Vieth*, 541 U. S., 291 (Opinion of Scalia) cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 17.

⁸² La Corte però, citando la *plurality* di White in *Bandemer*, constata che: «if all or most of the districts are competitive [...] even a narrow statewide preference for either party would produce an overwhelming majority for the winning party in the state legislature» *Bandemer*, 478 U. S. cit, p. 130, cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸³ E tuttavia Roberts segnala il risvolto negativo di questo approccio: «*Such an approach, however, comes at the expense of competitive districts and of individuals in districts allocated to the opposing party*» Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

political subdivisions, della geografia politica dello Stato⁸⁴, delle comunità di interesse o la protezione degli *incumbents*⁸⁵? Anche solo decidere tra queste tre interpretazioni di *fairness*, secondo la Corte, pone domande la cui risposta non può che essere politica, giacché dal testo della Costituzione, normativamente inteso, non è rinvenibile alcuno *standard* che sia preciso, razionale e politicamente neutrale: senza tale *standard*, qualsiasi decisione giudiziale su cosa sia *fair* sarebbe una determinazione arbitraria, ragione per cui deve invocarsi la dottrina della *political question*.

Si è rilevato, in apertura di paragrafo, come larga parte dell'impianto argomentativo usato dalla Corte in *Rucho* provenga dalla opinione di Scalia in *Vieth*, ma alcune precisazioni appaiono necessarie a distinguere gli argomenti prevalenti e quelli volutamente evitati nella decisione dello scorso anno.

Da una attenta lettura comparativa delle due pronunce emerge come *Rucho* costituisca una evoluzione del suo più celebre precedente le cui maggiori criticità logiche colte negli anni cerca di superare. Attraverso inferenze abduttive, fondate su un dato empirico superficialmente acclarato –ossia una supposta “copertura costituzionale” delle pratiche di manipolazione del processo elettorale a fini partitici in fase di *apportionment*⁸⁶– si giunge a giustificare la pratica del *partisan gerrymandering* quale fisiologica e legittima iniezione di interessi di partito nel sistema rappresentativo, e quindi, in conseguenza, a restringere le opportunità di contestazione in sede giudiziale attraverso una rigida –ma inintelligibile⁸⁷– interpretazione del requisito della *manageability*, oscura al punto da potere successivamente dichiarare inadatti tutti gli *standard* proposti negli anni dai ricorrenti e dalle corti inferiori e derubricarli quindi al rango di meri artifici argomentativi atti a celare un recondito desiderio di rappresentanza proporzionale. Sono però diversi i passaggi logici che, a ben guardare, la decisione di maggioranza in analisi sembra saltare: innanzitutto, come accennato, la Corte parte da un presupposto storico che frettolosamente lascia assurgere a intenzione del costituente. Nella prima parte della decisione difatti, si afferma che la pratica che più tardi verrà chiamata con l'appellativo *gerrymandering* (come è noto, il termine viene coniato solo nel 1812 da un giornale vicino ai federalisti osservando un

⁸⁴ Ma, come si è mostrato anche in casi precedenti citati nei §§ 2 e 3 del presente lavoro, la naturale Geografia politica di uno Stato, come il fatto che le grandi conurbazioni urbane, più incline al voto *liberal*, sono spesso dominate dal partito democratico, può condurre da sola a distretti che siano naturalmente “*packed*”. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸⁵ Il Chief Justice rileva però che la scelta di proteggere gli *incumbents* racchiude una specifica distribuzione partitica, rendendo quei distretti non competitivi, il tutto a spese dei votanti del partito avversario. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸⁶ Oltre agli argomenti già profusi nelle note dalla 53 alla 56 del presente lavoro, tale presunta cosciente scelta del costituente è ricostruita in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 10: «But the history is not irrelevant. The Framers were aware of electoral districting problems and considered what to do about them. They settled on a characteristic approach, assigning the issue to the state legislatures, expressly checked and balanced by the Federal Congress. [...] At no point was there a suggestion that the federal courts had a role to play. Nor was there any indication that the Framers had ever heard of courts doing such a thing».

⁸⁷ Sulla intelligibilità del requisito della *manageability*, valgono qui i medesimi argomenti espressi nella parte finale del §4 del presente lavoro.

collegio elettorale del Massachusetts dalla bizzarra configurazione, presente nella mappa disegnata dall'allora Governatore e futuro Vice Presidente Elbridge Gerry col fine di avvantaggiare il *Democratic-Republican Party*) era ben nota già dai tempi delle tredici colonie, ragione per cui –riflette la Corte espandendo gli argomenti presenti in *Vieth*– se i costituenti hanno ritenuto di attribuire il potere di *apportionment* ad entità politiche (legislativi statali con eventuale intervento del Congresso), senza prevedere alcuno specifico intervento del giudiziario, deve dedursene una scelta cosciente e, implicitamente, un avallo della pratica. Da ciò discenderebbe che un intervento delle Corti, qualora possa configurarsi, debba essere il più preciso e limitato possibile, poiché altrimenti si cadrebbe nel rischio di rovesciare la volontà dei *founding fathers*.

Ma una tale interpretazione mostra fin da subito i suoi limiti: numerose erano le pratiche note e diffuse nella fase storica pre e post costituente, non ultima la stessa piaga della schiavitù, più volte velatamente richiamata nel testo di Philadelphia, e tuttavia non può ritenersi che queste abbiano mantenuto una qualche copertura costituzionale permanente. Allo stesso modo, altri fenomeni e pratiche erano del tutto sconosciuti al costituente e probabilmente ritenuti esclusi in radice, eppure la Corte le ha nel tempo riconosciute garantendone la legittimità: si pensi alla espansione del potere del governo federale attraverso la *commerce clause*⁸⁸ e la *necessary and proper clause*, alla crescita e stabilizzazione dei partiti politici e delle elezioni primarie⁸⁹, o ancora alle moderne campagne elettorali e a tutte le questioni attinenti al loro finanziamento ad opera di estesi gruppi di interesse e *corporations*; poteva immaginare il costituente un intervento così pervasivo delle grandi società nel finanziamento delle campagne elettorali ed una Corte che ne riconoscesse la copertura costituzionale sotto l'egida del primo emendamento⁹⁰? Queste succinte considerazioni che rievocano questioni altre del diritto costituzionale statunitense, vogliono solo sottolineare come, di fronte ad evoluzioni dell'impianto politico e sociale, la Corte ha più volte inteso il proprio il ruolo come quello di attuatore delle disposizioni costituzionali in un contesto mutato, adattandone il contenuto ad esigenze e sensibilità nuove ed impreviste. Certo, in questo caso il dibattito può ricondursi alla più generale questione delle teorie di interpretazione della Costituzione. E probabilmente ciò che questi esempi dimostrano è che anche i più strenui difensori dell'*original intent* hanno dovuto piegarsi talvolta ad un ineludibile constatazione: il processo di *constitutional decision-making* richiede inevitabilmente che le corti (o altre istituzioni) diano

⁸⁸ La giurisprudenza e la dottrina sono sterminate. Per una agile ricostruzione si veda: E.M. Maltz, *How Much Regulation Is Too Much – An Examination of Commerce Clause Jurisprudence*, in *George Washington Law Review*, n.1/1981, p. 47 e, per i successive sviluppi: B.P. Denning, *Reconstructing the dormant commerce clause doctrine*, in *William and Mary Law Review*, n.50/2008, p.417.

⁸⁹ La Corte, in *United States v. Classic*, 313 U.S. 299 (1941), ha riconosciuto la copertura costituzionale delle elezioni primarie.

⁹⁰ Il riferimento è alla celebre e controversa *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) nella quale la Corte ha statuito che la *free speech clause* del Primo Emendamento impedisce la restrizione dei finanziamenti da parte delle corporations, inclusi gli enti no profit, i sindacati di lavoratori e altre associazioni.

significato concreto alla disposizione costituzionale e da questa operazione discende *in re ipsa* una sua evoluzione, essendo pressoché impossibile per il giudice interpretare senza prendere in considerazione la prospettiva della società in cui vive⁹¹. La Costituzione, come lo stesso Chief Justice Marshall scriveva, deve necessariamente evolvere perché è impossibile trovare un significato statico in un documento scritto⁹². Defatiganti sforzi teorici sono stati profusi nel tempo⁹³ per restringere il ruolo del giudice nell'interpretazione costituzionale e circoscriverne la discrezionalità: la dottrina letteralista, originalista, concettualista, le teorie dei valori culturali, la teoria processual-modernista⁹⁴. Tuttavia, questi tentativi debbono scontrarsi con un dato reale ineludibile, vale a dire un margine ineliminabile di discrezionalità nella decisione umana; è in quello spazio, pur ristretto che sia, che rientrano i valori e principi abbracciati dal giudice-individuo⁹⁵. L'essenza stessa del processo di *constitutional decision-making* è nella risoluzione di conflitti tra valori di dimensione costituzionale, e la scelta tra questi è strutturalmente discrezionale. Nessun modello di *judicial review* può eliminare la discrezionalità nella identificazione dei valori costituzionali e la loro applicazione concreta⁹⁶.

E, tornando all'argomento strettamente oggetto di questa analisi, l'interpretazione del requisito della *manageability* non sfugge alla dinamica appena descritta. Come si è detto nel paragrafo precedente, distinguere cosa è *manageable* da cosa non lo è richiede una valutazione a priori che renda intelligibili i requisiti che uno *standard* deve avere per essere applicabile e quella valutazione non può che essere discrezionale e risentire dei valori e principi del decidente. È qui il vero salto logico operato dalla Corte in *Rucho*: senza alcuna predeterminazione di cosa si debba intendere per *manageability*, ci si affretta a rilevare che implicitamente o esplicitamente, gli standard per giudicare il *partisan gerrymandering* si fondano sulla presunta violazione di un principio di rappresentanza proporzionale non contemplato dalla Costituzione. Stando così le cose, dal partisan gerrymandering non deriverebbe alcuna violazione di diritti costituzionalmente protetti, gli unici

⁹¹ Così E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, in *Abc-Clio*, Santa Barbara, 1987, p. 47.

⁹² Così John Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), pp. 414-415: «Such is the character of human language that no word conveys to the mind, in all situations, one single definite idea; and nothing is more common than to use words in a figurative sense. Almost all compositions contain words, which, taken in this rigorous sense, would convey a meaning different from that which is obviously intended».

⁹³ Come Chemerinsky rileva nel suo *Interpreting the Constitution*, cit., la ricerca di modi di circoscrivere il ruolo del giudice è stata la preoccupazione della dottrina costituzionalistica nel corso del secolo scorso. Per una ricostruzione, cfr. Simon, *The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation*, South California Law Review, 58/1985, p. 603.

⁹⁴ Cfr. E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution* cit., pp. 108-109.

⁹⁵ Cfr. R. Dworkin, *Is Law a System of Rules?* in *Essays on Legal Philosophy*, R. Summers editions, 1968, p.44: “An official's discretion means not that he is free to decide without recourse to standards of sense and fairness, but only that his decision is not controlled by a standard furnished by the particular authority we have in mind when we raise the question of discretion”.

⁹⁶ Cfr. E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, cit., p. 116.

ai quali la Corte può fornire rimedio, ma solo una doglianza da rivolgere a coloro che detengono, costituzionalmente, il potere di apportionment, *le political branches*.

Deve però rilevarsi come una tale visione dell'intervento giudiziale nel *partisan gerrymandering*, che si ridurrebbe ad una richiesta da parte dei ricorrenti alla Corte di correzione di disproporzionalità derivanti dallo scollamento tra voti ottenuti da un partito su scala statale e seggi conquistati, risulti fortemente riduzionistica. Innanzitutto, questo approccio al problema è solo uno dei modi in cui può manifestarsi l'incostituzionalità del *gerrymandering*. Come qualcuno ha acutamente osservato⁹⁷, questa può manifestarsi almeno in tre diverse fasi: a) nel procedimento legislativo di approvazione delle mappe elettorali;^{98b}) nelle mappe stesse, disattendendo criteri razionali e tradizionali di *redistricting* in favore di interessi di partito; c) nei risultati elettorali, qualora in effetti si possa riscontrare uno scollamento eccessivo tra risultato del voto popolare e seggi ripartiti. Orbene, l'analisi che porta la Corte a ritenere le doglianze dei ricorrenti legate al solo principio di proporzionalità, è evidentemente una *outcome-based inquiry*, come, in effetti, gran parte degli standard proposti nel passato, a partire da *Bandemer*. Tuttavia, la vera criticità è a monte. Se infatti nessuno può negare che un sistema di tipo *plurality winner-takes-all* rechi con sé effetti distorsivi che sono strutturali e per certi versi fisiologici, l'effetto incostituzionale si disvela con una analisi sul doppio livello, *map-based* e *outcome-based*, tramite la quale emerge come lo scollamento voto-seggi è sì il risultato prefigurato dai *gerrymanders*—che in misura più o meno diversa certifica il successo dell'operazione— ma è la sola punta di un profondo *iceberg*. Alla radice vi è la attenta attività di raccolta e profilazione di dati dell'elettore, attraverso un uso massiccio della tecnologia, che consente la creazione di collegi dal vincitore pressoché pre-configurato: il vero elemento di *unfairness* non sta nel risultato elettorale (che è tuttalpiù un efficace indice presuntivo) ma nella fase precedente alla competizione elettorale. E se dalla mera disproporzionalità negli *electoral outcomes* la Corte afferma di non potere trarre una violazione di diritti costituzionali individuali (in ispecie della *equal protection*), al contrario, la sterilizzazione del voto mediante profilazione e disposizione dell'elettorato in collegi-trappola è evidentemente una profonda violazione del diritto costituzionale alla eguale protezione del voto.

Ma la Corte ritiene invece che in assenza di un *manageable test* ritenuto oggettivo e neutrale (*recte*: in assenza di una regola certa —e non ispirata a un principio di rappresentanza proporzionale— per discernere una iniezione tollerabile di politicità nel *redistricting* da un suo abuso potenzialmente lesivo di posizioni costituzionalmente protette) i casi di *gerrymandering partisan* debbano essere

⁹⁷ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review* 4/2014, pp. 917-970.

⁹⁸ «Factors to consider might include the extent to which the redistricting process was open to the public and to the minority party, the composition of the various institutions (executive, legislative, and judicial) that created a redistricting plan, and whether the processes or programs used to redistrict considered factors other than voter affiliation» E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review*, 4/2014, p. 939.

irrimediabilmente rigettati. Questo approccio è ispirato ad una interpretazione estremamente flessibile della *political question doctrine*, la cui più agile teorizzazione, si ritrova, come si è visto, nella opinione della Corte in *Baker*:

«Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question»⁹⁹.

Nonostante permangano incertezze circa la *ratio* con cui sono ordinati, la dottrina da lungo tempo ha distinto i sei casi di *political question* elencati nella decisione in due categorie, *classical* e *prudential*.¹⁰⁰ La prima categoria rileverebbe ogni qual volta una precisa norma costituzionale, investendo di un potere discrezionale il legislativo o l'esecutivo, sottragga alle Corti il potere di giudicare determinate questioni¹⁰¹ e può dirsi essere sorta congiuntamente allo stesso *judicial review*, se è vero che John Marshall, in *Marbury*, affermava «The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court¹⁰²».

La seconda invece avrebbe le sue radici nella scelta prudenziale del giudiziario di astenersi in questioni dal forte impatto sulle dinamiche politiche, corrispondendo quindi ad un *self-restraint* esercitato più per opportunità che per ragioni giuridiche.¹⁰³ Nonostante alcuni legittimi dubbi, appare pacifico¹⁰⁴ che la mancanza di un *judicially manageable standard*, questione dirimente nella

⁹⁹ Cfr. *Baker v. Carr* 369 U.S. 217 (1962):

¹⁰⁰ *Ex multis*: R.E. Barkow, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 102/2002, p.237; A.M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, 75/1961, pp.40-79; M.J. Gerhardt, *Super Precedent*, in *Minnesota Law Review*, 90/2006, p.1204; Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, 73/1959, p.1.

¹⁰¹ «Classical political questions are those in which the Constitution allocates decision-making authority to a coordinate branch» Cfr. R.E. Barkow, *More Supreme Than Court?* Cit., p. 246.

¹⁰² Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 170 (1803).

¹⁰³ Cfr. *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433,453 (1939): «Prudential political questions, by contrast, "are [not] to be found in [the] Constitution»; Si veda anche: Fuentes-Rohwer, L., *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, *William & Mary Law Review*, 47/2006, p. 1899;

¹⁰⁴ Cfr. J.S. Stillman, *The Costs of "Discernible and Manageable Standards"* in *Vieth and Beyond*, in *New York University Law Review*, 84/2009, p. 1299. Si veda altresì M. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, in *Northwestern University Law Review*, 79/1985, p. 1031, secondo il quale «It is necessary to make clear that by 'prudential' I refer to all rationales for effective judicial abdication of review power, other than a basis in the text of the Constitution».

giurisprudenza sul *partisan gerrymandering*, sia ricompresa nella seconda categoria. Tale collocazione rafforza la tesi, sostenuta sopra, della estrema libertà con cui la Corte ha negli anni rigettato –e relegato ad un mero desiderio di proporzionalità– gli *standard* proposti: come rilevato, la peculiarità di *Vieth*, reiterata in *Rucho*, consiste nell'aver liberamente determinato i requisiti di *manageability* di uno *standard* (senza però renderli intelligibili), ritenendo questa la condizione necessaria e sufficiente per dismettere il caso¹⁰⁵. Se quindi a questa dose di malcelata discrezionalità si aggiunge quella insita nella scelta di servirsi o meno della *prudential political question*, che è uno strumento di self-restraint attivabile liberamente dal giudice nei casi ritenuti opportuni, emerge un quadro assai differente rispetto a quello tratteggiato dalla Corte: se la scelta di invocare la dottrina prudenziale per mancanza di quello *standard* la cui valutazione è lasciata alla libera determinazione della Corte (ed in particolare ad un certo libero apprezzamento del giudice-individuo¹⁰⁶) è, ancora, nella piena discrezionalità della stessa, evidentemente si crea un *vulnus* nella tutela di tutte quelle situazioni individuali che, in qualche misura, lambiscono delicati equilibri politici.

Dalle considerazioni fin qui svolte emerge invece che la *prudential political question*, intesa nella sua più autentica accezione, come *guideline* e non come imperativo categorico¹⁰⁷, potrebbe con estrema facilità essere disattesa su temi,¹⁰⁸ come il presente, che oltre ad avere una connotazione politica, incidono profondamente su diritti costituzionali di rango supremo. La ponderazione tra il rischio concreto –e accertato– di compromissione dell'eguaglianza del diritto di voto ad opera del *gerrymandering* e un solo potenziale rischio di indebolimento della legittimità e autorevolezza della Corte derivante dal contatto con una questione dal forte impatto politico, non può non tenere in considerazione l'impatto sovversivo del sistema rappresentativo che l'avallo di questa pratica può generare: se il giudiziario si nega a risolvere controversie costituzionali così

¹⁰⁵Cfr. J.S. Stillman, *The Costs of "Discernible and Manageable Standards"* cit., p.1299: «What makes Vieth's use of the [prudential political question doctrine] unique, at least in the post-Baker [political question doctrine] era, is that it relied on the lack of judicially discernible and manageable standards as an independently sufficient rationale for rendering a [political question doctrine] holding, without any genuine argument that the issue was textually committed to a coordinate federal branch»

¹⁰⁶ Si vedano le argomentazioni *supra* nel presente paragrafo e nel paragrafo 4.

¹⁰⁷ Cfr. M. Redish, , in *Judicial Review and the "Political Question"*, p. 1050 cit. in Anand, E., *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability* cit., p. 1528.

¹⁰⁸ L. Henkin, in *Is There a Political Question Doctrine?*, in *Yale Law Journal* 85/1976, p. 601 cit. in E. Anand, «Finding a Path through the Political Thicket cit., p. 1523, afferma: "there is no political question doctrine because the cases in which it has been applied involved implicit merits determinations by the courts that "[t]he act complained of violates no constitutional limitation on that power, either because the Constitution imposes no relevant limitations, or because the action is amply within the limits prescribed». Henkin afferma altresì la scelta di invocare la political question doctrine debba essere soggetta a strict scrutiny: «the artificial nature of the political question doctrine that excuses the judiciary from performing its core judicial function "cries for strict and skeptical scrutiny».

delicate, il Paese è lasciato in uno stato di natura costituzionale, dove la posizione costituzionale prevalente è quella fisicamente o politicamente più forte.¹⁰⁹

6. Corti statali e Congresso di fronte alla sfida democratica: un nuovo orizzonte nella lotta al gerrymandering?

Scrivendo nella sua opinione concorrente in *Bandemer*, Sandra O'Connor rilevava: “*political gerrymandering is a self-limiting enterprise because a swing in overall voting strength will tend to cost the legislative majority more and more seats as the gerrymander becomes more ambitious.*”¹¹⁰. In altre parole, ella presumeva che sarebbe bastata una “*wave election*” –una elezione in cui un partito vinca il voto popolare con un margine significativo sull’altro– per rimediare al *partisan gerrymandering* senza necessità di un intervento giudiziale: non vi è ragione, ragionava O'Connor, per cui un tale *vulnus* democratico non possa essere sanato dagli elettori o dai partiti stessi¹¹¹.

La storia si sarebbe tuttavia incaricata di smentire una così romantica visione: parafrasando la memoria *amicus curiae* presentata alla Corte per la decisione di *Rucho*¹¹², quando il giudice O'Connor scriveva, Pac-Man era ancora un video gioco popolare e Microsoft aveva appena rilasciato il suo primo *Windows*, ciò a significare che la tecnologia a disposizione a quel tempo¹¹³ non consentiva nemmeno lontanamente ai partiti politici di accedere alla gigantesca mole di dati disponibili, che, con l’ausilio di sofisticati *software* e della potenza di calcolo degli odierni processori, rende oggi possibile profilare e prevedere i comportamenti degli elettori al fine di disegnare mappe idonee a conservare maggioranze parlamentari durature per i cicli elettorali di vigenza del *districting plan*¹¹⁴.

Una prova della durezza dei risultati del moderno *partisan gerrymandering* sono le scorse elezioni di *mid-term*: significative oscillazioni nel voto popolare nel 2018 non hanno portato mutamenti elettorali negli Stati con distretti manipolati, dimostrando scarsa reattività alle preferenze degli elettori e nonostante un significativo incremento nel supporto popolare i candidati democratici non sono in generale riusciti a guadagnare seggi congressuali e legislativi negli Stati con *gerrymanders* repubblicani¹¹⁵. Attraverso una persistente

¹⁰⁹ Così M. Redish, , in *Judicial Review and the "Political Question"*, p. 1050: “*If the judiciary declines to resolve sensitive constitutional disputes, the nation is effectively left in a constitutional state of nature, in which the constitutional position that prevails is the one that is the politically or physically most powerful.*”

¹¹⁰ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. cit., p. 152 (O'Connor concurring).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cfr. *Rucho brief for political science professors as amici curiae*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Nelle elezioni congressuali del 2018 i democratici hanno vinto il voto popolare su scala nazionale con un margine dell’ 8.6 percento sui repubblicani (Cfr. E. Enten, *Latest House results confirm 2018 wasn't a blue wave. It was a blue tsunami*, CNN Politics, Dec. 6, 2018, <https://cnn.it/2QxAHb5>.) Nonostante un tale margine di vittoria del voto popolare, i risultati elettorali in molti distretti sono stati inelastici rispetto alle preferenze elettorali: all’aumento

raccolta di dati degli elettori oggi ampiamente disponibili, unita ad un uso massiccio di sofisticazione tecnologica¹¹⁶, i moderni *mapmakers* sono in grado di contenere ondate elettorali esattamente come avvenuto nel 2018¹¹⁷.

A riprova del fenomeno, basta comparare i risultati elettorali in Wisconsin, Ohio, Michigan e North Carolina con quelli della Pennsylvania, dove la Corte Suprema Statale aveva, nel febbraio 2018, dichiarato l'incostituzionalità delle mappe elettorali precedenti e conseguentemente supervisionato un nuovo *redistricting*¹¹⁸. Orbene, emerge chiaramente come in Pennsylvania, con la nuova mappa, i democratici abbiano ottenuto nove seggi su diciotto con il 55.5% dei voti *statewide*, mentre in North Carolina, per esempio, pur ottenendo la maggioranza nel voto popolare su scala statale, i democratici hanno ottenuto solo tre seggi congressuali dei tredici in palio, gli stessi che avevano vinto negli anni precedenti¹¹⁹.

Alla luce delle evidenze fin qui brevemente riportate e di tutte la mole di dati statistici e studi politologici che erano a disposizione della Corte per la deliberazione di *Rucho*, è doveroso riconoscere il merito della opinione dissenziente di Elena Kagan, condivisa dai giudici Ginsburg, Breyer e Sotomayor, nella quale questa ha posto in rilievo la disattenzione della Corte sull'impatto delle moderne tecnologie nel *redistricting*, trattando questa aggressiva e sovversiva forma contemporanea di *gerrymandering* alla stessa stregua dell'impreciso

della percentuale di voto per candidati democratici, la distribuzione dei seggi nei distretti *gerrymandered* è rimasta invariata rispetto ai cicli elettorali precedenti. [Alcune stime indicano invece come un aumento di un punto percentuale nei voti su scala nazionale per un partito dovrebbe comportare, in una mappa reattiva, un cambio del due per cento nei seggi per quel partito: Cfr. M.P., McDonald, *Seats to Votes Ratios in the United States*, 2009 (paper non pubblicato, presente nell'archivio del Jack Peltason Center for the Study of Democracy at the University of California, Irvine) <http://bit.ly/2EhMB0B>.] Cfr. anche L. Li M. Royden, Y. Rudensky, *Extreme Gerrymandering & the 2018 Midterm*, in *Brennan Center for Justice*, 6/2018, <http://bit.ly/2Su4NJq>.

¹¹⁶ Cfr. E. Evans, *It's the Autonomy, Stupid: Political Data-Mining and Voter Privacy in the Information Age*, 13 Minnesota Journal of Law Science and Technology, 13/2012, pp. 883 cit. in *Rucho brief* cit., p. 3: «These voter files combine traditional voter registration records with substantial additional information, such as data from frequent-buyer cards at supermarkets and pharmacies, hunting and fishing license registries, catalog and magazine subscription lists, membership rolls from unions, professional associations, and advocacy groups».

¹¹⁷ Più del 49.3% dell'elettorato ha votato nelle *midterm* del 2018. Cfr. *November General Election Turnout Rates*, United States Election Project, <http://bit.ly/2tNijOt>. Si stima anche 116 milioni di Americani si siano recati alle urne, rendendo le elezioni del 2018 le prime con un *election turnout* superiore a 100 milioni di elettori. C. Domonoske, *A Boatload of Ballots: Midterm Voter Turnout Hit 50-Year High*, NPR, Nov. 8, 2018, <https://n.pr/2GZB9Jl>.

¹¹⁹ Cfr., per i dati della Pennsylvania: S.H. Wang, *Pennsylvania 2018 Detailed Results*, Princeton Gerrymandering Project, <http://bit.ly/2BVrm4a>. Mentre, per la situazione in North Carolina: M. Astor, R. Lai, *What's Stronger Than a Blue Wave? Gerrymandered Districts*, New York Times, Nov. 29, 2018, <https://nyti.ms/2Stpx3T>; K. Haas, Clerk of the United States House of Representatives, *Election Statistics, 1920 to Present*, <http://bit.ly/ElectionStats1920-Present>.

*dummymandering*¹²⁰ dell'era *Bandemer*. Con le stesse argomentazioni di Sandra O'Connor nel 1986 e di Scalia nel 2004, la Corte concentra tutta la sua attenzione su quel *desire for a proportional representation* che ritiene traspaia dalle richieste dei ricorrenti, senza alcuna visione globale del fenomeno e del suo impatto sul sistema rappresentativo: il principio democratico basilico immanente ad una forma di governo repubblicana, protetto dall'articolo I § II della Costituzione, ossia che gli elettori scelgano i propri rappresentanti mediante libere ed eque elezioni, è sovvertito da una pratica che invece consente all'eletto di selezionare accuratamente il proprio elettore¹²¹.

La soluzione, per la maggioranza dei giudici, risiede invece nei numerosi progetti di legge nel tempo depositati in Congresso¹²² e nei legislativi statali, che la Corte ritiene il modo costituzionalmente più rispettoso di limitare il *partisan gerrymandering*. E ciò, a detta di molti¹²³, appare paradossale, giacché proprio le maggioranze contingenti nei legislativi statali propagano e acutizzano il fenomeno: in 241 anni i legislativi statali hanno mostrato scarsissima volontà di correggere il *gerrymandering*, sicché attendere un intervento in tal senso significa credere che i partiti possano liberamente rinunciare al più efficace strumento di conservazione del potere a loro disposizione. Proprio perché molti devono il proprio scranno al *partisan gerrymandering*, le *chances* per una auto-riforma, come gli scarsi risultati in tal senso provano, sono assai poche¹²⁴.

Allora forse davvero l'unico strumento in grado di ripristinare la legalità costituzionale lungamente violata è nelle mani del potere giudiziario¹²⁵: proprio

¹²⁰ «Old-time efforts, based on little more than guesses, sometimes led to so-called dummymanders: gerrymanders that went spectacularly wrong». Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.9.

¹²¹ «The core principle of [our] republican government, preserved in Art. I, §2, [is] namely, that the voters should choose their representatives, not the other way around» Cfr. *Common Cause*, 318 F. Supp. 3d, p. 940, citando *Arizona State Legislature v. Independent Redistricting Commission*, 576 U. S (2015), p. 35.

¹²² L'ultima di queste iniziative in ordine di tempo è la proposta di legge HR1 cd. *For the People Act* (an act to expand Americans' access to the ballot box, reduce the influence of big money in politics, and strengthen ethics rules for public servants, and for other purposes) che, nelle §§ 2400-2435, in conformità al potere del Congresso ex art. 1 §2 USC, dispone una procedura uniforme di *redistricting* in tutti gli Stati, prevedendo che le mappe siano disegnate, secondo criteri stabiliti nel medesimo *Bill*, da commissioni indipendenti (i cui requisiti di nomina sono anche previsti dalla legge) e successivamente approvate dai legislativi statali. Qualora i legislativi non approvino tali mappe, queste saranno predisposte dalla competente District Court, riunita in un panel di tre giudici ex. § 2284 del U.S.C. (*"A district court of three judges shall be convened when otherwise required by Act of Congress"*). Tale proposta di legge, indubbiamente radicale, approvata nel marzo 2019 dalla Camera dei Rappresentanti a maggioranza democratica, non è mai stata calendarizzata dal Senato, controllato dai repubblicani.

¹²³ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket* cit., p.1527; Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.30.

¹²⁴ *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.30.

¹²⁵ «Courts can and should provide redress for injuries caused by partisan gerrymandering. The same tools that enable politicians and their consultants to draw such precise and durable maps also enable courts to determine whether a partisan gerrymander is unconstitutional. Just as social science and technology have facilitated and will facilitate partisan gerrymandering, those same fields provide tools that can be used to identify and remedy such

attraverso i medesimi strumenti tecnologici utilizzati per facilitare ed espandere il *partisan gerrymandering* le corti possono determinare, con equi metodi quantitativi¹²⁶, la linea di demarcazione per lungo tempo rincorsa tra un uso legittimo ed illegittimo del potere di *apportionment*¹²⁷.

E se la decisione della Corte Suprema in *Rucho* ha escluso l'apporto delle corti federali in questo processo, lo stesso non può dirsi per le corti statali, che, al contrario, possono incidervi in misura definitiva.

Come dimostra il caso sorto in Pennsylvania nel 2018 e tratteggiato sopra¹²⁸, un nuovo e coordinato sforzo per l'eliminazione del *partisan gerrymandering* può mettersi in campo nelle corti statali: oltre a dovere constatare, come ha fatto la stessa SCOTUS,¹²⁹ che le Costituzioni Statali contengono talvolta disposizioni più precise¹³⁰ circa l'esercizio del potere di *apportionment*, idonee a fornire una guida per l'applicazione del principio di *fair apportionment* nei casi concreti¹³¹, deve rilevarsi che l'applicazione e l'interpretazione delle Costituzioni statali, è da

gerrymandering when it occurs» *Rucho* brief for political science professors as amici curiae, p. 4.

¹²⁶ Una lucidissima analisi delle ragioni per cui l'utilizzo della tecnologia, ed in particolare di una serie di potenziali mappe randomiche elaborate da esperti nominati dalle corti e che considerino esclusivamente i criteri tradizionali di *redistricting*, possa rivelarsi lo strumento migliore per definire una *baseline* di *fair apportionment* oltre il quale le mappe possano recare elementi di incostituzionalità, può trovarsi in: W. K. Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering*, in *Southern California Law Review Postscript*, 93/2019, pp. 11-27.

¹²⁷ Cfr. W.K Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering* cit., pp. 26-27: «The ability to create a baseline set of maps, combined with a proper and theoretically sound interpretation allows us to honor the Elections Clause that provides wide latitude to the states to prescribe the times, places, and manner of its elections, support our system of geographically based single member districts, be divorced from notions of proportional and maintain the Court's oversight of the legislature by judicially manageable standard that assesses whether legislative decisions are excessively partisan.

The cutoff for what qualifies as "excessive" is a legal judgment call the bread and butter of the Supreme Court's constitutional jurisprudence. The exact cutoff may not be clear, but the Court is the institution charged with making that judgment. What is clear is that there is a way to measure excessiveness that is consistent with the Constitution's regard for states' rights and the legislature's mandate to legislate for the people. This measure is not related to proportional representation, and it serves as the basis for a judicially manageable standard».

¹²⁸ *League of Women Voters of Pennsylvania v. The Commonwealth of Pennsylvania*, J 174 A.3d 282 (Pa. 2018).

¹²⁹ Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: «The answer is that there is no Fair Districts Amendment to the Federal Constitution. Provisions in state statutes and state constitutions can provide standards and guidance for state courts to apply»

¹³⁰ Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: «Other States have mandated at least some of the traditional districting criteria for their mapmakers. Some have outright prohibited partisan favoritism in redistricting. See Fla. Const., Art. III, §20(a) ("No apportionment plan or individual district shall be drawn with the intent to favor or disfavor a political party or an incumbent."); Mo. Const., Art. III, §3 ("Districts shall be designed in a manner that achieves both partisan fairness and, secondarily, competitiveness. 'Partisan fairness' means that parties shall be able to translate their popular support into legislative representation with approximately equal efficiency)»;

¹³¹ Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: "The answer is that there is no "Fair Districts Amendment" to the Federal Constitution. Provisions in state statutes and state constitutions can provide standards and guidance for state courts to apply."

sempre un'area riservata dal principio federale alle Corti Supreme statali e mai invasa dalla SCOTUS: la decisione di non giustiziabilità in *Vieth* non è vincolante per le Corti statali, che possono decidere casi di *partisan gerrymandering* sulla base del diritto statale in via definitiva senza alcuna interferenza¹³². Certamente, però, l'uniformità e la certezza che solo una decisione della Corte Suprema federale possono garantire sono, allo stato attuale, niente più che desideri lontani scomparsi nel sole di luglio.

Di fronte alla violazione manifesta di un diritto costituzionale basico, autentico principio conformatore del vivere democratico, la Corte ha giudicato prevalente la protezione della legittimazione giudiziale. Forse davvero per la prima volta¹³³.

Giuseppe Naglieri
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari Aldo Moro
giuseppe.naglieri@uniba.it

¹³² Così C. Stewart, *State court litigation: the new war against partisan gerrymandering*, in *Michigan Law Review* 116/2018, p. 161: «Whether the Supreme Court could ever review a partisan gerrymandering case based in state law is a question of federalism and state sovereignty. This question is determined by four relevant principles to the question of review of state law decisions by the Supreme Court: (1) The Supreme Court has the final say with respect to questions of federal law; (2) the Supreme Court will not review questions of state law; (3) if it appears both federal and state law decision are present, the Supreme Court will not review the case if there is an adequate and independent state law ground; and (4) if the basis for the state court's decision is ambiguous, the Supreme Court will assume the basis is federal, permitting review».

¹³³ «For the first time ever, this Court refuses to remedy a constitutional violation because it thinks the task beyond judicial capabilities». *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan *dissenting*, p. 1.

Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Una prospettiva sistematica in disaccordo con la *vulgata opinio*

di Nicoletta Parisi

Abstract: The role of the Italian National Anticorruption Authority. A systematic perspective in disagreement to the *vulgata opinio* – The paper starts from the international model of authority for the prevention of corruption, also evaluating the established practice in other Contracting States of the UN Convention against Corruption. It aims to examine the adherence of ANAC to this model and its effectiveness in fighting corruption. The description of the Authority emerges in contradiction with what is widely supported by the doctrine and by institutional interlocutors of it. At the moment ANAC qualifies as an independent administrative authority capable of exercising the functions that the law 190/2012 (and subsequent provisions) assign to it. The institutional mandate turns out to be that of a public administration body that accompanies the other bodies of the same public administration towards the substantial fulfillment of rules that require behavior based on public integrity, using, among others, the powers of regulation, of supervision, advisory, sanctioning and advocacy, managing also both bilateral and multilateral international relations.

4631

Keywords: ANAC; Prevention of corruption; Compliance with international parameters; ANAC'S institutional role; Collaborative approach to the exercise of its skills.

1. Le radici internazionali dell'autorità italiana di prevenzione della corruzione

Le tante misure e i procedimenti di vario tipo predisposti a partire dalla Legge 190/2012 (cd. "Legge Severino") indirizzati alla prevenzione della corruzione trovano un dato unificante nell'essere tutti strumentali a una strategia organizzata a partire da un'istituzione - l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) – che, pur non essendo il solo organo dello Stato a ciò deputato, ne ha la responsabilità principale nei termini che si diranno¹.

Occorre anzitutto premettere qualche dato di contesto e, in particolare, prendere le mosse dall'ambito internazionale, non soltanto perché del disegno ivi proposto l'ordinamento italiano è fedele interprete², ma anche perché l'Autorità

¹ Ci si permette di rinviare a N. Parisi, *La governance istituzionale su scala nazionale e internazionale nella strategia italiana di prevenzione della corruzione*, in C. Contessa, A. Ubaldi (cur.), *Manuale dell'anticorruzione*, Piacenza, 2020.

² Riconosciuto anche in UNCAC, *Country Review Report of Italy – Executive Summary*, CAC/COSP/IRG/II/2/1/Add.2, December 20, 2018, 2; e in GRECO, *Report "Corruption prevention in respect of members of Parliament, judges and prosecutors, IV evaluation cycle-Italy*, 9 January 2017. Sul punto ci si permette di rinviare a N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. sc.*

Nazionale Anticorruzione trova l'*occasione legis* della propria istituzione nelle norme internazionali, come espresso dalla L. 190/2012, indirizzata a introdurre nell'ordinamento italiano un sistema di qualità della pubblica amministrazione oltre che a dare un assetto organico nella materia della prevenzione della corruzione. Il suo art. 1 si apre infatti disponendo che, «[i]n attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione (...) e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione (...), la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

I trattati internazionali menzionati sono soltanto due fra i tanti strumenti convenzionali che manifestano la presa d'atto da parte degli Stati che le condotte di corruzione si caratterizzano sempre più spesso per la propria transnazionalità, richiedendo dunque un quadro di concertazione stretta fra le amministrazioni statali ai diversi livelli implicati nell'azione di contrasto³. Ma, come noto, la volontà di contrastare la corruzione utilizzando la leva della prevenzione - e non solo quella della repressione nelle sue diverse declinazioni - è da ascrivere a scelte abbastanza recenti attuate nel contesto della cooperazione internazionale.

È in questo ambito che gli Stati hanno anzitutto preso atto dell'inadeguatezza e dell'insufficienza di una strategia organizzata sul solo terreno delle norme di diritto penale sostanziale e procedurale, quelle - per essere chiarissimi - che sono indirizzate ad armonizzare la risposta incriminatrice degli Stati e a coordinare fra essi le diverse fasi strumentali all'esercizio dell'azione penale. La repressione si era nei fatti dimostrata insufficiente a evitare che si radicesse il fenomeno, diffuso e pervasivo. E di fronte a un fenomeno il diritto penale non è lo strumento adatto al suo contrasto: esso - rappresentando l'*extrema ratio* in uno Stato di diritto e in questo manifestando la propria sussidiarietà⁴ - deve essere riservato a casi eccezionali.

Si è cercato poi di innalzare la consapevolezza circa la gravità dei danni determinati dalle pratiche corruttive, così da elevare la coscienza collettiva e l'allarme sociale verso certe condotte, suscitando quella sanzione reputazionale che altri gravi comportamenti devianti determinano, ovvero l'isolamento sociale del responsabile di esse; dall'altra, di educare a un diverso "stile di vita" i protagonisti dell'agire tanto pubblico che privato. È indubbio infatti che la corruzione ponga una questione culturale: essa nasce e si radica in un particolare tessuto contraddistinto da proprie leggi e propri meccanismi strutturali⁵, e sul suo terreno deve essere contrastata. Dalle convenzioni internazionali e dal lavoro avviato nelle

internaz., 2016, 185-210; Id., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, 8 maggio 2019 (anche in G.A. Benacchio, M. Cozzio (cur.), *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto alla corruzione nel settore pubblico e privato*, Università di Trento, 2019, 57-109.

³ V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; S. Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford-Portland, 2012; F. Bonelli, M. Mantovani (cur.), *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014; P. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio penale*, 20 dicembre 2016.

⁴ N. Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in 2 *Ohio St. J. Crim. L.*, 2004, 521-534.

⁵ I. Sales, *Dove nasce la corruzione*, in *Il Mattino*, 12 ottobre 2017.

diverse sedi della cooperazione internazionale istituzionale emerge chiaramente la convinzione degli Stati che vi partecipano che queste condotte, quando diffuse e pervasive, mettono a repentaglio alcuni dei principi ordinatori della stabilità del sistema interstatuale e delle comunità nazionali. Fra questi principi vi è quello che contempla la libertà dei traffici economici⁶ e la correlata responsabilità degli Stati a garantirla in regime di concorrenza, in particolare anche contrastando la distribuzione patologica della ricchezza che discende dalle pratiche corruttive.

Emerge altresì la convinzione che dalla corruzione derivino anche danni non economici: se l'apparato dello Stato si fa complice (con azioni omissive o commissive) di tali pratiche - ciò comportando la violazione di diritti fondamentali della persona, a partire dal principio di non discriminazione⁷ - , ne deriva una situazione di fragilità delle istituzioni democratiche, a motivo della perdita di fiducia dei cittadini nella loro capacità di amministrare in modo imparziale ed efficiente la comunità territoriale. Il riferimento che le convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione fanno al rischio cui è esposto il *rule of law*⁸ risulta assai pertinente⁹.

L'adozione della Convenzione di Merida da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003 – e la sua apertura alla firma il 9 dicembre dello stesso anno – segna una tappa importante di un nuovo disegno strategico: nel contesto delle Nazioni Unite, quindi su base universale¹⁰, è stata approntata una risposta olistica tanto alle condotte quanto al fenomeno della corruzione. L'Accordo, infatti, incide su svariati ambiti giuridici, utilizza diversi strumenti e misure (tanto soggettive che oggettive), si rivolge all'ambito pubblico e, in parte e con certo minor incisività, all'ambito privato interno agli Stati. Essa detta norme incriminatrici, destinate a qualificare come penalmente rilevanti alcune condotte e a imporre agli Stati contraenti l'adozione di siffatta qualificazione, nonché individua misure investigative e repressive che ciascuno di essi deve mettere in campo¹¹; delinea un sistema articolato di cooperazione internazionale raffinando gli istituti della cooperazione giudiziaria penale fra autorità nazionali omologhe¹² e le modalità del recupero dei proventi di reato¹³; dispone in tema di assistenza tecnica e di scambio di informazioni fra Stati¹⁴; ma soprattutto sollecita, con norme

⁵ Sul punto v. P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. Picone, G. Sacerdoti (cur.), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 31-106.

⁶ Si veda anzitutto UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights: An Introduction*, New York, 2011; G. Racca, R. Cavallo Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G. Racca, C.R. Yunkins (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014, 23-47; A. Ruggeri, *Il futuro dei diritti fondamentali. Sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi in cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consultaonline*, 1° febbraio 2019, n. 1, 56-57.

⁸ 1° cpv. Preambolo UNCAC; 4° cpv. Preambolo *Criminal Law Convention on Corruption*.

⁹ Da ultimo al proposito proprio nella prospettiva di cui si discute si vedano Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, COM(2019) 343 final, 17 luglio 2019, 1, 5, 9; Id., *Relazione sullo Stato di diritto*, 30 settembre 2020, COM(2020) 308.

¹⁰ Al 6 febbraio 2020 le Parti contraenti erano 187 (186 Stati e un'organizzazione di integrazione regionale, l'Unione europea).

¹¹ Artt. 15-42.

¹² Artt. 43-50.

¹³ Artt. 51-59.

¹⁴ Artt. 60-62.

di portata anche vincolante¹⁵, l'utilizzo da parte degli Stati contraenti di misure ordinamentali, organizzative, procedurali e funzionali che si propongono di prevenire la commissione di condotte di corruzione e che si situano sul terreno principalmente (ma non esclusivamente) del diritto amministrativo nazionale¹⁶; indicando allo Stato parte la responsabilità di associare all'azione dei pubblici poteri anche la società civile, tanto nella sua dimensione economica¹⁷ che in quella individuale e associativa (art. 10 e 13)¹⁸.

La prevenzione si propone come strategia centrale del modello universale di contrasto al fenomeno della corruzione, senza tuttavia che venga trascurata la leva repressiva in relazione alle singole condotte: la collocazione delle norme dedicate alla prevenzione appena dopo le poche disposizioni introduttive di portata generale¹⁹ segnala tuttavia la prevalente importanza ad essa assegnata entro un sistema che propone agli Stati contraenti una strategia, appunto, olistica. Peraltro in altri contesti istituzionali internazionali la risposta di contrasto alla corruzione va orientandosi in modo analogo²⁰.

2. La strategia italiana di prevenzione della corruzione.

La citata L. 190/2012 riproduce fedelmente questo schema concettuale. Essa mette in campo una strategia che non può prescindere dalla necessità di agire congiuntamente sulla dimensione tanto oggettiva che soggettiva delle strutture organizzate (principalmente pubbliche, ma per talune tipologie anche private), nella consapevolezza che è «impossibile (...) isolare le valutazioni del singolo soggetto che pone in essere un'azione illecita dall'influenza e dalla rappresentanza che gli derivano dall'ambiente»²¹.

Tali pilastri sono individuati nelle misure indirizzate a curare il corpo amministrativo dello Stato nel suo complesso, le singole persone che vi appartengono, le modalità del loro agire²².

La strategia predisposta è indirizzata a introdurre misure ordinamentali, organizzative, procedurali e funzionali che mettano in armonia l'agire pubblico con i contenuti degli articoli 2, 28, 54, 97 e 98 della Costituzione. Si tratta di misure che consistono sostanzialmente nell'individuazione di un soggetto proattivo entro ciascun ente della P.A., il quale presidia anche il modello di organizzazione dell'ente e delle sue attività: è un modello informato alla tecnica della rilevazione,

¹⁵ Sulla distinzione fra norme del II Capitolo UNCAC giuridicamente vincolanti e di portata solo raccomandatoria si rinvia a H. Hechler, M. Huter, R. Scaturro, *UNCAC in a nutshell 2019. A quick guide to the United Nations Convention against Corruption for don or agency and embassy staff*, in *U4 Issue*, Anti-Corruption Resource Centre, 3-4. Per i contenuti del Capitolo II della Convenzione v. N. Parisi, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, cit., 57 ss.

¹⁶ Artt. 5-14.

¹⁷ Artt. 9, 12, 14.

¹⁸ N. Passas, D. Vlassis (eds.), *The United Nations Convention against Corruption as a way of life*, ISPAC, Milano, 2007.

¹⁹ Artt. 1-4.

²⁰ P. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit.; N. Parisi, *La prevenzione della corruzione*, cit.

²¹ M. Grillo, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *An. giur. ec.*, 2009, 205.

²² Così B.G. Mattarella, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Percorsi costituzionali*, fascicolo dedicato a "Corruzione contro Costituzione", 2012, 15-16.

valutazione e gestione del rischio di condotte devianti²³, supportato da codici di comportamento; da procedure volte a scongiurare casi di incompatibilità, inconferibilità, conflitti di interesse, ivi compreso il *pantouflage*²⁴; da programmi di formazione del personale al fine di innalzare la sua competenza tanto tecnica quanto etica; da procedure di selezione di questo legali e trasparenti; da procedure di controllo non tanto di processo ma di prodotto; da sistemi di trasmissione di segnalazioni di illegalità che emergano nell'ambiente di lavoro; e così via, con misure, dunque, anzitutto ordinamentali e di organizzazione amministrativa indirizzate a orientare l'ente anche verso la vigilanza anticorruptiva, contemporaneamente finalizzate a incidere sull'integrità del singolo dipendente pubblico, nonché a orientare l'agire pubblico a criteri di trasparenza²⁵.

Questa strategia ha molteplici obiettivi: costruire strumenti che rendano più difficile mettere in atto condotte propriamente di corruzione, dunque condotte penalmente rilevanti, qualificate nell'ordinamento italiano come reati contro la pubblica amministrazione²⁶; scoraggiare – tramite la responsabilizzazione della Pubblica Amministrazione nel suo complesso e di ogni suo singolo componente – le condotte che determinano un cattivo funzionamento della macchina pubblica, che in qualche caso non arrivano nemmeno a superare la soglia dell'illecito, ma che certamente rappresentano l'anticamera di illegalità (anche non penalmente rilevanti); contribuire al radicamento di una cultura del rispetto delle regole e di fiducia nelle istituzioni pubbliche.

Al proposito è invalso l'uso di parlare di «corruzione amministrativa»²⁷ per riferirsi a tutte le condotte (commissive e omissive) tenute da un agente pubblico che si sostanziano in forme di abuso del potere a fini privati²⁸. Peraltro la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione, richiamando la chiave interpretativa utilizzata dal Dipartimento della funzione pubblica²⁹, sostiene che occorrerebbe una nozione di corruzione «non solo più ampia dello specifico reato (...), ma coincidente con la

²³ V. OECD, *Corporate Anti-corruption Compliance. Drivers, Mechanisms and Ideas for Changes*, Paris 2020; Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM(2019) 163 final; in dottrina v. al proposito S. Manacorda, G. Forti, F. Centonze (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Berlin, 2014.

²⁴ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, cit.; F. Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir.econ.*, 2016, 549.it.; G. Siriani, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in F. Merloni, L. Vandelli (cur.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 129; Id., *I doveri dei politici e degli altri decisori pubblici in Italia*, Napoli, 2020; A. Lalli, A. Moreschini, M. Ricci, *L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interesse*, Working Paper ANAC, 17 settembre 2019; Idd., *La prassi dell'ANAC in materia di conflitti di interesse*, Working Paper ANAC, stessa data.

²⁵ Sulla trasparenza amministrativa si vedano i saggi contenuti nel volume curato da C. Contessa e A. Ubaldi, cit. in nota 1.

²⁶ Quella accolta dal codice penale italiano è, a parere di chi scrive, una sistematica ormai datata dal momento che l'amministrazione pubblica non è più il solo bene giuridico protetto dalle norme di contrasto alla corruzione, come evidenziato *supra*, par. 1.

²⁷ M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (cur.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 61; M.C. Romano, *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'Alberti (cur.), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 769.

²⁸ Secondo un'efficace definizione di J.G. Lambsdorff, *The institutional economics of corruption and reform: Theory, evidence, and policy*, Cambridge, 2007, 16. Tuttavia, sulle difficoltà di pervenire a una qualificazione delle condotte di corruzione internazionalmente condivisa v. M. Arnone, L.S. Borlini, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 314-321.

²⁹ Circolare n. 1/25.

maladministration, intesa come assunzione di decisioni (...) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari»³⁰; la corruzione amministrativa sarebbe – in questa prima presa di posizione di ANAC³¹ – una nozione che si concreta in «atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse»³². Verrebbe in evidenza entro una qualificazione così lata di corruzione, dunque, qualsiasi «situazione in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso distorto delle funzioni attribuite»³³.

In realtà non sembra molto importante coniare una definizione di corruzione amministrativa, concetto peraltro indistinto, con oggetto vago e indeterminato³⁴: per ricollegare a essa un'attività di prevenzione delle condotte di corruzione. Piuttosto, tenendo presente che la definizione condivisa di condotta di corruzione consiste nel piegare i poteri conferiti da un mandato a un interesse individuale – in definitiva nel far prevalere, in una situazione di conflitto di interessi, quello privato a discapito di quello pubblico o comunque collettivo –, la prevenzione consiste nella predisposizione di strumenti che consentano di indirizzare il comportamento della persona e dell'ente al quale ella appartiene privilegiando sempre l'interesse pubblico. La prevenzione, insomma, interviene “a monte” di una condotta (omissiva o commissiva) di illegalità (anche penalmente rilevante) o di irregolarità, quando ricorrano «situazioni nelle quali il rischio è meramente potenziale», «in presenza delle quali [dunque] è necessario entrino in gioco misure di “allontanamento” dal rischio, con scelte che talvolta prescindono completamente dalle condotte individuali»³⁵. Sebbene – come ha ben puntualizzato il Consiglio di Stato – il conflitto di interessi sia nozione distinta dalla condotta di corruzione poiché il primo ricorre anche in assenza del concretizzarsi di un vantaggio³⁶, si comprende tuttavia come esso sia l'anticamera della seconda.

3. La dimensione istituzionale della strategia internazionale di prevenzione della corruzione.

La Convenzione di Merida affronta la dimensione istituzionale nel contrasto alla corruzione, affidando a ciascuno Stato parte contraente la responsabilità di dotarsi di «*body or bodies*» deputati tanto alla prevenzione (art. 6) quanto all'azione di *law enforcement* (art. 36), che di cooperazione giudiziaria penale (art. 46, comma 13), sempre in un quadro di stretta cooperazione internazionale a diversi livelli (fra gli Stati a livello diplomatico, fra le autorità di questi volta a volta chiamate a

³⁰ ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione-Aggiornamento 2015*, determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015, 7.

³¹ Poi corretta nel *Piano Nazionale Anticorruzione 2019-2021*, delibera n. 1064 del 13 novembre 2019, 10-13.

³² ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione-Aggiornamento 2015*, cit.

³³ ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2013-2015*, adottato con delibera n. 72 dell'11 settembre 2013, 13.

³⁴ F. Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, cit., 549.

³⁵ R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2017.

³⁶ Consiglio di Stato (V sez.), sent. n. 2853 del 14-5-2018.

concorrere, fra queste e la società civile nelle sue diverse articolazioni), «*in a manner consistent with the principles of sovereign equality (...) and (...) of non-intervention in the domestic affairs of other States*»³⁷.

Dunque, pur nella cornice della *domestic jurisdiction* – che presidia la sovranità degli Stati tramite il principio di autodeterminazione in materia di organizzazione interna dei pubblici poteri³⁸ – le sobrie indicazioni convenzionali, in materia di istituzioni destinate negli Stati alla prevenzione della corruzione, sono ricche di implicazioni sostanziali. Si considera ancora una volta pertinente riferirsi alla Convenzione di Merida, il cui disposto è peraltro analogo a quanto dettato nell'art. 20 della Convenzione penale del Consiglio d'Europa.

L'importanza della dimensione istituzionale nella sistematica della Convenzione di Merida si apprezza se si considera che fra le sue norme vincolanti e non meramente raccomandatorie vi sono quelle che organizzano la risposta preventiva anche tramite essa: l'art. 6, comma 1, UNCAC stabilisce infatti che «*Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, ensure the existence of a body or bodies, as appropriate, that prevent corruption*»³⁹. Diversamente non potrebbe essere visto che la Convenzione richiede agli Stati Parti una strategia coordinata nella prevenzione della corruzione: tale necessario coordinamento comporta infatti che, oltre a misure procedimentali e funzionali, lo Stato intervenga anche dalla prospettiva strutturale.

L'attenzione alla dimensione istituzionale nell'azione di prevenzione della corruzione si è manifestata anche in tempi recentissimi, in particolare con l'adozione della Resolution 8/7 – intitolata a “***Enhancing the effectiveness of anti-corruption bodies in fighting corruption***” – adottata nel corso della Eighth Session of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption (in breve CoSP 8): con essa si chiede agli Stati Parti dell'UNCAC un maggior investimento di risorse per il rafforzamento degli enti preposti al contrasto alla corruzione⁴⁰.

³⁷ Art. 4, nonché «*in accordance with the fundamental principles of its legal system*», espressione quest'ultima ricorrente in pressoché ognuna delle disposizioni dedicate alla prevenzione della corruzione: artt. 5, commi 1 e 4; 6, commi 1-2; 7, commi 1, 2, 4; 8, commi 1,3-4-6; 9, commi 2-4; 11, comma 1; 12, comma 2; 13, comma 1.

³⁸ In generale sul tema si veda B. Conforti (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, 211; specificamente su tale clausola nei sistemi convenzionali di contrasto alla corruzione ci si permette di rinviare a N. Parisi, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (cur.), op. cit., 57 ss.

³⁹ Al proposito si vedano S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Riv. reg. mer.*, 2016, spec. par. 2; B. Boschetti, *La governance (artt. 212-215)*, in M. Clarich (cur.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 170.

⁴⁰ Peraltro non è questa la prima occasione in cui la Conferenza degli Stati parte si è pronunciata sulla centralità delle autorità nazionali indipendenti in funzione di prevenzione della corruzione: si vedano, fra le risoluzioni adottate a Doha (2013), la *Resolution 5/4 Follow-up To the Marrakech Declaration on the Prevention of Corruption*, p.to 12; adde la *Resolution 6/6, Follow-up to the Marrakech declaration on the prevention of corruption*, p.to 3; adde la *Resolution 5/4, Follow-up to the Marrakech Declaration on the Prevention of Corruption, punto 12*; nonché la *Resolution 6/6 Follow-up to the Marrakech declaration on the prevention of corruption*, p.to 3; si veda anche la *Legislative Guide* delle NU, 2006, par. 52.

L'art. 6, comma 1, della Convenzione deve essere letto in stretta connessione con l'art. 5 della stessa⁴¹, e deve altresì essere interpretato alla luce del cosiddetto "*Jakarta Statement*" con i suoi sedici principi che presidiano la costituzione, il funzionamento e l'organizzazione delle autorità di prevenzione della corruzione affinché possano essere valutate come indipendenti⁴². Si tratta di indicazioni convenzionali assai sobrie e rispettose della *domestic jurisdiction* che presidia la sovranità degli Stati tramite il principio di autodeterminazione in materia di organizzazione interna dei pubblici poteri⁴³, ma sono ricche di implicazioni sostanziali.

La prima indicazione relativa alla consistenza di questa struttura istituzionale consiste nella precisazione che essa è chiamata ad agire con modalità quali «*implementing the policies referred to in article 5 of (...) [the] Convention and, where appropriate, overseeing and coordinating the implementation of those policies*», nonché «*increasing and disseminating knowledge about the prevention of corruption*»⁴⁴. La norma convenzionale esige dunque che l'ente o gli enti istituiti in funzione di prevenzione della corruzione siano dotati dei poteri necessari a governare il settore, per concorrere efficacemente all'elaborazione, all'applicazione e al perseguimento delle politiche nazionali in materia. Si tratta di funzioni che devono essere esercitate «*effectively*»⁴⁵ e in modo coordinato⁴⁶.

La seconda indicazione contenuta nella Convenzione riguarda la qualità di questi organi: essi devono godere della «*necessary independance (...) to enable the body or bodies to carry out its or their functions effectively and free from any undue influences*»⁴⁷: anche in questo caso non si tratta di una facoltà ma di un obbligo giuridico.

Sull'impiego atecnico del concetto di indipendenza sarebbe necessario spendere più che qualche parola. Basti per ora dire che all'espressione "indipendenza" deve darsi un'interpretazione convenzionale, e non dipendente dalla sensibilità giuridica propria di ogni Stato Parte contraente: è la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati a richiedere questo tipo di approccio ermeneutico, così da garantire per quanto possibile l'applicazione uniforme delle norme convenzionali entro gli Stati Parti⁴⁸. Ricorrendo dunque alla chiave interpretativa utilizzata dalle stesse Nazioni Unite⁴⁹, la caratteristica di indipendenza conferita agli organi preposti alla prevenzione della corruzione dovrebbe essere propriamente intesa come posizione di neutralità, ovvero terzietà, rispetto ai centri di interesse pubblici e privati che sono coinvolti nell'attività affidata alla loro cura.

Una terza indicazione – scritta in funzione pedagogica, ai fini di insegnare come garantire almeno sul piano normativo uno statuto di indipendenza dell'ente o degli enti preposti all'azione di prevenzione – proviene dalla disposizione secondo la quale «*The necessary material resources and specialized staff, as well as the*

⁴¹ Su tale connessione v. K. Hussmam, H. Hechler, M. Peñailillo, *Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6*, in *U4 Issue*, Anti-Corruption Research Centre, 2009:4, p. 26.

⁴² UNODC, *Statement on Principles for Anti-Corruption Agencies*, 2012.

⁴³ *Supra*, nota 29.

⁴⁴ Art. 6, comma 1, lett. a-b, UNCAC.

⁴⁵ Art. 6, comma 2, UNCAC.

⁴⁶ Art. 6, comma 1, lett. a), UNCAC.

⁴⁷ Art. 6, comma 2, UNCAC.

⁴⁸ Art. 30 *Vienna Convention on the Law of Treaties*, aperta alla firma il 23 marzo 1969.

⁴⁹ V. Doc. NU A/58/422/Add. 1, par. 11.

*training that such staff may require to carry out their functions, should be provided*⁵⁰. Utilizzando il condizionale, la disposizione suggerisce allo Stato che la “necessaria indipendenza” della struttura istituzionale possa essere assicurata soltanto in costanza di risorse finanziarie adeguate e di un capitale umano sufficiente quantitativamente, nonché formato adeguatamente al fine di assicurare, tramite la propria competenza, l'efficacia dell'azione nazionale di prevenzione.

Il *Group of States against Corruption* (GrECO) – organo intergovernativo che entro il Consiglio d'Europa valuta l'adempimento degli strumenti europei in materia di contrasto alla corruzione da parte dei Paesi che lo hanno fondato – nel verificare le modalità di adempimento degli artt. 20 e 21 della *Criminal Law Convention on Corruption* che contengono una disposizione analoga a quella dell'art. 6 UNCAC, ha affrontato in diverse occasioni i profili di indipendenza delle autorità nazionali di prevenzione della corruzione⁵¹. Ha messo volta a volta l'accento sulla necessità di un'adeguata consistenza delle loro «*financial and personnel resources*»⁵²; sull'effettività dei poteri ad esse attribuite⁵³; sulla loro capacità di collaborazione con altre istituzioni dello Stato al fine rendere maggiormente efficace l'esercizio delle proprie competenze⁵⁴.

Conclusivamente sul punto: le due diverse organizzazioni internazionali nelle quali in materia l'ordinamento italiano è implicato condividono uno stesso approccio. Le norme convenzionali infatti non individuano un modello istituzionale unico: non stabiliscono se per la prevenzione della corruzione lo Stato debba dotarsi di un organo o di tanti; esse nemmeno indicano a quale specifico livello di governo questo/questi enti debbano essere situati, né se la funzione preventiva debba essere esercitata in via esclusiva o meno. L'indicazione che emerge è esclusivamente di tipo sostanziale: l'apparato istituzionale deve essere messo in grado di perseguire le strategie e le funzioni richieste dagli strumenti convenzionali internazionali stessi, nel rispetto, come già rilevato, delle specificità del singolo ordinamento giuridico nazionale nel suo complesso.

4639

4. La prassi di alcuni Stati a confronto

Nell'adeguarsi alla Convenzione di Merida ciascuno Stato Parte contraente di UNCAC ha così espresso la propria strategia istituzionale. Ne è derivata una prassi di adempimento della norma assai varia⁵⁵.

⁵⁰ Art. 6, comma 2, UNCAC.

⁵¹ Relativamente alle raccomandazioni adottate in materia nell'ambito per esempio del IV ciclo di valutazione si veda GRECO, *Fourth Evaluation Round. Provisional Compilation of GRECO's Recommendations* (updated since GRECO 77), 70-71.

⁵² Sempre entro il quarto ciclo di *peer review* v. Rec. XIX nei confronti della Macedonia; Rec. XIX nei confronti della Slovenia; Rec. XVI nei confronti della Georgia.

⁵³ Con riferimento ancora al quarto ciclo di valutazione v. Rec. XIII nei confronti della Serbia.

⁵⁴ Sempre entro il quarto ciclo di *peer review* v. Rec. V nei confronti dell'Ucraina; e Rec. I nei confronti della Lituania.

⁵⁵ Sulle diverse modalità di adeguamento degli Stati al disposto convenzionale v. K. Hussmann, H. Hechler, M. Peñailillo, *Institutional Arrangements for Corruption Prevention*, cit.; L. de Sousa, *Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance*, in *Crime, Law and Social Change*, 2010, p. 53 ss.; L. de Sousa, *Anti-Corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance*, EUI Working Paper RSCAS 2009/08; PNUD (Programme des Nations Unies pour le développement), *Guide des praticiens: Évaluation de la capacité des agences anti-corruption*, 2011; J. Johnson, H. Hechler, L. de Sousa, H. Mathisen, *How to monitor and evaluate anti-corruption agencies: Guidelines for agencies*,

Si riscontra anzitutto l'esistenza di agenzie *multi-purpose*, volte ad attuare una politica improntata su due pilastri (prevenzione e repressione) amministrata attraverso sondaggi, analisi, monitoraggio ed espletamento di indagini. Riproducono questo modello istituzionale l'*Independent Commission Against Corruption (ICAC)* di Hong Kong⁵⁶ e il *Corruption Practices Investigation Bureau (CPIB)* di Singapore⁵⁷, le quali sostanziano il cosiddetto "modello asiatico" del contrasto alla corruzione⁵⁸: una sola autorità, indipendente, efficiente, dotata di poteri penetranti in campo investigativo in ambito anche bancario e patrimoniale, nonché di poteri sanzionatori severi nei confronti del settore tanto pubblico che privato.

A questo stesso modello si sono ispirati, tra gli altri, gli ordinamenti di Lituania, Lettonia, Polonia⁵⁹, Australia⁶⁰, Uganda e Botswana⁶¹.

In altri Stati Parte ci si è orientati a prevenire la corruzione tramite agenzie di *law enforcement*: ad esse sono conferiti compiti di rilevazione e investigazione in connessione con le autorità di repressione. Questo è il modello comunemente applicato in alcuni Paesi dell'Europa occidentale, quali Norvegia, Belgio⁶², Spagna⁶³, Croazia, Romania, Ungheria e Malta.

Infine in alcuni altri Stati Parte si è proceduto all'istituzione di autorità dedicate esclusivamente alla prevenzione della corruzione. Anche entro quest'ultimo tipo i modelli si diversificano, potendo rilevare l'esistenza di enti di mero coordinamento di altre istituzioni statali centrali o locali (per esempio in Russia, Albania, Georgia⁶⁴), di enti che uniscono la competenza della prevenzione

donors, and evaluators, in *U4 Issue*, 2011:8; OECD, *Specialized Anti-Corruption Institution. Review of Models*, Paris, 2008; Id., *Specialized Anti-Corruption Institution. Review of Models*, Paris, 2013.

⁵⁶ L'ICAC è stata istituita nel febbraio del 1974; i suoi poteri sono stabiliti nell' *ICAC Ordinance and the Prevention of Bribery*.

⁵⁷ Il CPIB (istituito nel 1952) come propria responsabilità principale ha il compito di presidiare il rispetto delle disposizioni del *Prevention of Corruption Act (POCA)* tramite tre diverse articolazioni istituzionali: l'*Investigation Branch* (responsabile per le indagini sulla corruzione), il *Data Management and Support Branch* (responsabile fra l'altro delle strategie di contrasto alla corruzione nel settore pubblico e privato; delle indagini su comportamenti scorretti di pubblici ufficiali; dell'individuazione delle modalità di selezione degli imprenditori che contrattano con la pubblica amministrazione) e l'*Administration Branch* (competente per le funzioni di segreteria dell'intero CPIB e dell'amministrazione del suo personale).

⁵⁸ S. Jing, *A comparative study of Singapore, Hong Kong and mainland China*, Crawford School of economic and government, Hong Kong, 2007.

⁵⁹ Si veda in argomento F. Monteduro, S. Brunelli, A. Buratti, *La corruzione. Analisi delle esperienze internazionali*, Roma, 2013, 93 ss.

⁶⁰ Op. ult. cit., 30 ss.

⁶¹ Per cenni alle agenzie nate in questi ordinamenti v. L. de Sousa, *Anti-Corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance*, cit., 1, 6-7;

⁶² F. Monteduro, S. Brunelli, A. Buratti, *La corruzione*, cit., 83 ss.

⁶³ In relazione al sistema spagnolo di prevenzione della corruzione anche tramite agenzie si veda il fascicolo della *Revista internacional de transparencia e integridad*, 2019 (primo trimestre), con particolare attenzione allo scritto di J.A.F. Ajenjo, nonché nella stessa Rivista, 2017 (primo trimestre) allo scritto di J. Ponce Solé.

⁶⁴ Op. ult. cit., 107 ss.

ad altre, di enti che sono istituiti con importanti competenze nel settore della prevenzione (per esempio in Francia⁶⁵, Slovenia, Serbia⁶⁶ e Montenegro⁶⁷).

A proposito di questi ultimi la strategia anticorruzione può essere attuata su differenti livelli di vigilanza, che possono così essere sintetizzati: supervisione intra-istituzionale al fine di monitorare la *performance* in relazione ai propri obiettivi e responsabilità; supervisione inter-istituzionale con l'intento di monitorare le politiche anticorruzione che impattano sulle istituzioni coinvolte; supervisione a livello nazionale quando sia contemplata nello Stato l'ipotesi di una strategia anticorruzione centralizzata. Quest'ultimo approccio è considerato utile anche al fine di monitorare la *performance* nazionale, identificare e definire le priorità che siano conformi con i principi di UNCAC e di altre convenzioni internazionali.

5. La dimensione istituzionale della prevenzione della corruzione nell'ordinamento italiano: la centralità dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

A quest'ultimo modello si ispira il sistema italiano di prevenzione della corruzione⁶⁸.

La "legge Severino" accoglie la dimensione collaborativa richiesta dalla Convenzione di Merida come necessario approccio fin dalla norma di apertura del capitolo sulla prevenzione. Essa infatti chiede alle istituzioni nazionali - «l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati» a diverso titolo - di operare «con modalità tali da assicurare azione coordinata» ai fini del controllo, della prevenzione e della repressione della corruzione⁶⁹. La legge ha delineato, dunque, una risposta istituzionale che si avvantaggia dell'apporto di molti organi ed enti⁷⁰.

Ma entro tale risposta l'Autorità Nazionale Anticorruzione risulta rivestire un ruolo preminente.

E' un ruolo che si coglie anzitutto dalla disposizione della legge n. 190/2012, ove si stabilisce che l'ente incaricato a livello centrale di presidiare il settore della prevenzione - allora denominato CIVIT, oggi ANAC - «opera quale Autorità nazionale anticorruzione»⁷¹. Ne deriva, complessivamente, che all'Autorità Nazionale Anticorruzione si è voluto riservare un ruolo di *governance* della materia della prevenzione della corruzione da esercitarsi sul piano delle competenze tecniche, tanto a livello domestico quanto nella vita di relazione internazionale, anche in coordinamento con gli altri organi, enti, istituzioni statali deputati al contrasto alla corruzione su piani diversi da quelli della prevenzione.

⁶⁵ A proposito di AFA (Agence française anticorruption) si veda www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr.

⁶⁶ Sull'ACA (Anti-corruption Agency) www.acas.rs/home-5/.

⁶⁷ Per l'autorità di prevenzione della corruzione montenegrina si veda www.antikorupcija.me/en/, nonché Council of Europe, *Anti-corruption digest Montenegro*, June 2019. Un'ottima ricognizione dello stato dell'arte nei sei Paesi dei Balcani occidentali è in *Anti-Corruption Agencies in the Western Balkan Countries: Delivering on the Promise*, Policy Brief No. 8, May 2019, a cura dell'Unione europea e della CEI (Central Europe Initiative, rete di collaborazione fra i Paesi di quell'area geografica).

⁶⁸ Per il quale si rinvia al solo R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020.

⁶⁹ Art. 1, comma 1, L. n. 190/2012.

⁷⁰ V. *supra*, nota 1

⁷¹ Art. 1, comma 2, L. ult. cit.

Basta guardare al sistema “a cascata” organizzato sul piano istituzionale a un doppio livello - centrale e periferico - di risposta al rischio di condotte corruttive entro l'ente amministrativo. Il primo livello è amministrato dall'autorità di *governance* del settore (ANAC) e dal suo Piano Nazionale Anticorruzione (PNA); il secondo è amministrato dalle singole pubbliche amministrazioni, principalmente tramite i propri responsabili della prevenzione della corruzione e per la trasparenza (RPCT) e i Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT) dei quali ciascuna di esse deve dotarsi⁷². E' dunque una strategia che si organizza a partire dall'esistenza di un organo di indirizzo destinato a presidiare l'intera azione di prevenzione della corruzione organizzata sulla valutazione e gestione del rischio di corruzione a fini di prevenzione e gestione; abilitato a dare direttive d'ordine generale (tramite il PNA e più diffusamente gli altri atti regolatori di portata generale) alla struttura decentralizzata (rappresentata dai RPCT); incaricato di esercitare la vigilanza sulla tenuta dell'intero assetto e di contribuire al raccordo delle misure di prevenzione della corruzione adottate nelle diverse sedi interne, nonché a livello della cooperazione internazionale, ovviamente sul piano dei contenuti tecnici e non delle linee strategiche di indirizzo politico dello Stato nonché sulle scelte di opportunità politica⁷³.

E' peraltro, questo, un assetto razionale che risponde alla logica secondo la quale vi deve essere un'autorità di governo di tutte le misure, organizzative e non, messe in campo dalla “legge Severino” e dai numerosi provvedimenti che ad essa si saldano a completamento dell'assetto normativo di prevenzione della corruzione⁷⁴: un'autorità che sia in grado di esercitare i poteri di indirizzo, di regolazione di secondo livello, di vigilanza e controllo, ispettivi, d'ordine e sanzionatori, ovvero di *advocacy* nei confronti di Governo e Parlamento che la legge richiede, tanto sul piano interno che su quello internazionale⁷⁵. Se un tale organo di governo del settore non fosse previsto, o comunque non fosse in grado di funzionare, l'obbligatorietà delle misure, dei processi organizzativi, degli accorgimenti istituzionali, dei procedimenti amministrativi previsti dalla legislazione sarebbe fine a se stessa e si tradurrebbe in un inutile, oltre che paralizzante, appesantimento burocratico. Non è un caso, dunque, che ANAC sia formalmente inserita nel comparto delle autorità amministrative indipendenti⁷⁶; che tale essa sia quanto a modalità del suo funzionamento, organizzazione e ordinamento⁷⁷, nonché quanto all'ordinamento economico del suo personale⁷⁸. Peraltro il Consiglio di Stato le ha riconosciuto questo *status* «in virtù della

⁷² In tema si veda N. Parisi, F. Clementucci, *Assessment of the Effectiveness of Anti-Corruption Measures For The Public Sector And For Private Entities*, in *It. Pub. Law*, 2019, n. 1, 267 ss., anche per l'assimilazione sul piano delle misure di prevenzione della corruzione di taluni tipi di enti privati agli enti pubblici (in argomento si rinvia a ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2019-2021*, cit., 108 ss.).

1.1.1 ⁷³ Sull'intero sistema così sinteticamente indicato si vedano R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., cap. V.

⁷⁴ Una sintesi dell'assetto normativo che è venuto delineandosi a partire dalla legge n. 190/2012 è in R. Cantone, op. ult. cit., cap. IX.

⁷⁵ Art. 1, comma 2, lett. a, L. 190/2012, in coordinamento con gli artt. 5, comma 4, e 6, comma 1, UNCAC

⁷⁶ Art. 22 D.L. n. 90/2012.

⁷⁷ Art. 52-*quater* D.lgs. n. 50/2017

⁷⁸ Art. 1, comma 298, L. n. 205/2017.

funzione di garanzia da essa assolta e dei delicati interessi sottesi alla disciplina degli appalti pubblici»⁷⁹.

6. L'ANAC al vaglio dei requisiti richiesti dalla norma internazionale.

In modo anomalo rispetto alla costituzione di altri enti amministrativi, l'istituzione e l'individuazione del ruolo di ANAC non si rinvencono in una sola legge; da questa prospettiva essa può essere considerata un'autorità “a formazione progressiva”.

A partire dalla L. 3/2003, per tappe successive, si è assistiti a una marcia di avvicinamento all'attuale assetto. Si sono infatti susseguite diverse entità⁸⁰, fino all'individuazione dell'autorità italiana di prevenzione della corruzione nella CIVIT⁸¹ affiancata, in una sorta di governo diarchico, dal Dipartimento della funzione pubblica (DFP). La CIVIT - ovvero la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, ridenominata Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e trasparenza delle pubbliche amministrazioni con L. 125/2013 - era stata istituita dall'art. 13 del D.lgs. 150/2009: ad essa era stato in origine affidato il ruolo tanto di presidiare la trasparenza della pubblica amministrazione (tramite l'accesso integrale alle informazioni da essa detenute), quanto di indirizzare, sovrintendere e coordinare l'esercizio delle funzioni di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale dei dirigenti della pubblica amministrazione, ruolo peraltro svolto “in condominio” con il Dipartimento della funzione pubblica⁸².

Su altro versante, quello della vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture operava una specifica autorità amministrativa indipendente, l'AVCP. Il D.l. 90/2014, convertito in L. 114/2014, ha determinato l'incorporazione di quest'ultima nella CIVIT, contestualmente stabilendo l'istituzione di una nuova autorità nazionale anticorruzione (ANAC), semplicemente così denominata, e cancellando la gestione condivisa di questi ambiti con il DFP, al quale viene riservata l'intera materia della valutazione della *performance* dei dipendenti pubblici⁸³.

7. (segue) Il requisito dell'indipendenza

Come anticipato, la prima indicazione specifica contenuta nella Convenzione riguarda la qualità degli enti nazionali preposti alla prevenzione della corruzione:

⁷⁹ Consiglio di Stato, parere n. 1920 del 14-9-2016.

⁸⁰ Principalmente l'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione nonché il SAeT.

⁸¹ Art. 1, comma 2, L. 90/2012.

⁸² R. Cantone, F. Merloni, *Presentazione*, in R. Cantone, F. Merloni (cur.), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 3.

⁸³ Sul punto v. M. Corradino, I. Lincetto, *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC*, in R. Cantone, F. Merloni (cur.), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 11 ss.; R. Cantone, *Il sistema* cit., cap. IX; A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 295-304.

essi devono godere della «*necessary independance*» al fine «*to carry out (...) their functions effectively and free from any undue influence*»⁸⁴.

Il riferimento concettuale immediatamente va alla nozione italiana di autorità amministrativa indipendente, nel cui comparto l'ANAC è inserita ai sensi della normativa nazionale adottata ai fini della sua istituzione⁸⁵, di modalità del suo funzionamento, organizzazione e ordinamento⁸⁶, nonché di ordinamento economico del suo personale⁸⁷. Peraltro il Consiglio di Stato ha accertato la qualità dell'ANAC come autorità amministrativa indipendente «in virtù della funzione di garanzia da essa assolta e dei delicati interessi sottesi alla disciplina degli appalti pubblici»⁸⁸. Essa ha ottenuto l'accreditamento (dal 2014) nella *Directory* dell'*United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) come autorità nazionale costituita ai sensi dell'art. 6 UNCAC.

Il dibattito dottrinale sul tema delle autorità amministrative indipendenti si è dimostrato assai ricco fin dal primo loro «erompere»⁸⁹. Esso tuttavia è oggi percorso da seri ripensamenti circa l'utilità della «loro esistenza in quanto istituzioni autonome, dotate di funzioni e potestà in ragione delle competenze tecniche» poste a fondamento della costituzione di ciascuna di esse⁹⁰. D'altra parte si deve però prendere anche atto che l'«assetto istituzionale comunitario rende sempre più le autorità indipendenti nazionali strumenti del perseguimento degli obiettivi comunitari»⁹¹, il cui ordinamento «le inquadra in una serie di (...) «reti»»⁹², stabilendo forme di dialogo istituzionale fra più autorità appartenenti ciascuna al proprio ordinamento giuridico secondo il modello del «concerto regolamentare europeo»⁹³. L'approfondimento della natura dell'ANAC da questa prospettiva – peraltro molto interessante – porterebbe il discorso lontano dall'ambito che qui ci occupa, senz'altro in modo infruttuoso rispetto alle finalità di questo studio⁹⁴. In modo molto più pragmatico – e in aderenza con i criteri

⁸⁴ Art. 6, comma 2, UNCAC.

⁸⁵ Art. 22 D.l. 90/2014.

⁸⁶ Art. 52-*quater* D.l. 50/2017.

⁸⁷ Art. 1.298 L. 205/2017.

⁸⁸ Consiglio di Stato, parere n. 1920 del 14-9-2016; v. anche ANAC, *Relazione annuale 2016*, Roma, 2017, 4.

⁸⁹ A. Predieri, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

⁹⁰ G. della Cananea, *Autorità indipendenti?*, in *Diritto amministrativo e società civile. Volume I - Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 200.

⁹¹ F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Tomo I, Milano, 2018, 603 ss.

⁹² G. della Cananea, op. loc. ult. cit.

⁹³ Sull'amministrazione pubblica italiana ed europea tramite reti v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (cur.), *L'organizzazione della pubblica amministrazione tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 6-7. Sul fatto che così sia possibile stabilire forme di dialogo istituzionale fra più autorità appartenenti ciascuna al proprio ordinamento giuridico secondo il modello del «concerto regolamentare europeo» v. C. Franchini, G. Vesperini), *III. L'organizzazione*, in S. Cassese (cur.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, IV ed., 126-127.

⁹⁴ Ci si limita a rinviare, tra i tanti contributi in argomento, a F. Di Cristina, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023-1032; G. Vesperini, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, loc. ult. cit., 1019-1023; N. Parisi, *L'attività di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione. A proposito di appalti, ma non solo ...*, in R. Borsari (cur.), *La corruzione a due anni dalla "Legge Severino"*, Padova, 2015, 91-138; G. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il*

ermeneutici del diritto internazionale al quale la norma dell'Accordo di Merida appartiene - si intende interpretare l'espressione «*necessary independance*» in modo autonomo dal singolo contesto nazionale, ai sensi del sistema convenzionale al quale essa appartiene, per valutare in quale misura l'istituzione italiana dedicata alla prevenzione della corruzione aderisca al dettato dei trattati pertinenti.

La caratteristica di essere un ente «*free from any undue influence*» porta l'attenzione sul modo di esercitare le funzioni assegnate. L'ANAC sembra incarnare linearmente l'esigenza di indipendenza richiesta dal diritto internazionale, ma anche la «ragion d'essere delle autorità» amministrative indipendenti, cioè l'«autonomia necessaria per assicurare che [esse] (...) agiscano in posizione di terzietà rispetto ai centri di riferimento di (...) interessi» della collettività che ciascuna di loro è chiamata ad amministrare⁹⁵. L'ANAC infatti non è soggetta al potere di indirizzo del Governo o di altra istituzione nazionale. È se mai vero il contrario: come si avrà modo di osservare sinteticamente è l'Autorità Nazionale Anticorruzione a dare direttive all'apparato amministrativo dello Stato nell'esercizio del proprio potere tanto di regolazione che di vigilanza, a detenere un potere di *advocacy*, ovvero di impulso, proposta e sollecitazione nei confronti del Governo e del Parlamento⁹⁶, della Corte dei Conti e delle procure (art. 231.6 Codice ult. cit.), nonché a formulare pareri obbligatori in ordine alle direttive e circolari ministeriali interpretative delle disposizioni in materia di incompatibilità e inconfiribilità di incarichi (art. 16.3 D.lgs. 39/2013); e pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali⁹⁷.

8. (segue) La dimensione strutturale, organizzativa e finanziaria dell'ANAC

La seconda indicazione viene dalla disposizione convenzionale secondo la quale «*[t]he necessary (...) specialized staff, as well as the training that such staff may require to carry out their functions, should be provided*». La norma persegue lo scopo di dare effettività alla Convenzione di Merida, ovvero di ottenere che l'ente o gli enti istituiti in suo adempimento siano dotati del capitale umano quantitativamente sufficiente, nonché qualitativamente adeguato per garantire l'efficacia dell'azione nazionale di prevenzione.

cambiamento del sistema, in *Dir. ammin.*, 2015, 345 ss.; G. Racca, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. discipline pubblicistiche-Aggiornamento*, 2017, 208-217; R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'Alberti, *Combattere la corruzione: analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, 25-49; Id., *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 60-71; M. Nunziata, *Introduzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Bari, 2017; M.P. Santoro, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione*, in op. loc. ult. cit., 61; M. Pignatti, *Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche-Aggiornamento*, 2017, 73-90; M.C. Romano (2017), *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, cit., 796-798; M.G. Della Scala, *I profili organizzativi della prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC tra funzionalità e semplificazione*, in M. D'Alberti (cur.), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 754-763; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018; F. Merloni, *Corruption and Public Administration. The Italian Case in a Comparative Perspective*, London and New York, 2019.

⁹⁵ G. della Cananea, op. ult. cit., 213.

⁹⁶ Art. 213, comma 3, lett. c-d-e, Codice contratti pubblici.

⁹⁷ Art. 53 D.lgs. 165/2001.

A seguito della ricordata incorporazione dell'AVCP entro la CIVIT, l'Autorità Nazionale Anticorruzione è stata dotata di un "Piano di riordino"⁹⁸, recepito definitivamente con Dpcm 1° febbraio 2016. Esso prevede una consistenza di trecentocinquanta dipendenti pubblici: dimensione che si può al momento reputare adeguata ai compiti a lei affidati⁹⁹. La competenza di questa struttura viene garantita dall'origine dei dipendenti di essa, stante che ANAC nasce dalla confluenza del personale di due enti, ciascuno dei quali deteneva proprie specifiche competenze, tutte ora ricondotte (ed arricchite con gli anni) negli ambiti di attività affidati all'unica autorità che è scaturita da quella confluenza.

A seguito della citata L. 205/2017, l'ANAC ha un nuovo regolamento di organizzazione, che la inserisce a pieno titolo nel comparto delle autorità amministrative indipendenti. Nella disciplina italiana vi è inoltre un esplicito riconoscimento del potere dell'Autorità di definire con propri regolamenti la propria organizzazione, il proprio funzionamento e il proprio ordinamento giuridico¹⁰⁰ e l'ordinamento economico del proprio personale¹⁰¹, a partire dai principi stabiliti nella legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità¹⁰².

Il governo della struttura è assicurato da un Segretario generale (al vertice della struttura amministrativa) e da un Consiglio (organo di indirizzo politico dell'ente composto da un Presidente e da quattro Consiglieri). A proposito di quest'ultimo, la disciplina assicura uno statuto di indipendenza, che si ricava tanto dalle modalità di designazione dei singoli componenti, quanto dalle qualità di competenza e di "distanza" dalla politica loro richieste¹⁰³.

A questa autonomia dagli indirizzi governativi dovuta al ruolo di neutralità e terzietà rispetto a ogni altro potere dello Stato - rafforzata dalla competenza della struttura, nonché dall'indipendenza e autorevolezza del Consiglio nel suo complesso e di ciascuno dei suoi componenti - si aggiunge la previsione convenzionale che obbliga lo Stato Parte ad assicurare all'ente dedicato alla prevenzione «[t]he necessary material resources». L'Autorità Nazionale Anticorruzione italiana dispone di risorse finanziarie che le derivano in massima parte da entrate contributive provenienti dai soggetti vigilati (stazioni appaltanti, operatori economici SOA; secondo il bilancio consuntivo 2019 pari al 90,16% del totale delle entrate), in minima parte da trasferimenti statali (6,95%) e da altre entrate (meno del 3%), quali principalmente sanzioni amministrative e proventi per controversie arbitrali. È così assicurata l'autonomia di ANAC nella scelta delle strategie e misure reputate più indicate ai fini di un'efficace azione di prevenzione della corruzione; questa indipendenza finanziaria è stata reputata una buona prassi nel Rapporto UNCAC sul secondo ciclo di valutazione dell'Italia.

⁹⁸ Delibera del Consiglio ANAC n. 143 del 29 ottobre 2014e relativo atto di organizzazione, sul quale v. A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. Cantone, F. Merloni (cur.), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 25-31.

⁹⁹ Più diffusamente *infra*, par. 10.

¹⁰⁰ Art. 52 *quater* D. lgs. 50/2017.

¹⁰¹ Art. 1, comma 298, L. 205/2017.

¹⁰² L. 481/1995.

¹⁰³ S. Sticchi Damiani, *I nuovi poteri dell'Autorità anticorruzione*, in *www.treccani.it*, 2015; F. Giuffrè, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I.A. Nicotra (cur.), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 9-32.

9. (segue) La dimensione funzionale: gli ambiti di intervento dell'Autorità e i poteri attribuiti

A proposito dell'aderenza di ANAC al disposto convenzionale in termini di effettività delle competenze conferite, si può ragionare a partire dal nome attribuite.

Il prefisso “anti” ivi contenuto esprime due concetti intimamente connessi, ma che possono anche leggersi separatamente. Il primo è quello legato all'azione di contrasto espressa tradizionalmente nell'ordinamento italiano tramite la leva repressiva, sulla quale ancora tanto ci si arrovela sia sul piano delle idee¹⁰⁴ che su quello normativo¹⁰⁵. È questo un concetto indispensabile, ma da varie prospettive secondario rispetto a quello primario (la prevenzione): come già anticipato non solo la repressione si è dimostrata insufficiente e inefficace a evitare che il fenomeno della corruzione si radicesse divenendo diffuso e pervasivo, ma essa deve essere utilizzata parsimoniosamente nell'accompagnare l'azione di contrasto esercitata in via primaria tramite la prevenzione.

L'Autorità esprime questo secondo concetto, distinto ma complementare. Con ciò si asseconda quanto sostenuto in modo autorevole: «la sinergia fra amministrativo e penale» è «ineludibile», dovendosi procedere alla valorizzazione, ovvero al «potenziamento sul fronte preventivo, degli strumenti amministrativi» e ciò per «evitare la radicalizzazione verso (...) estremizzazioni dell'intervento penale»¹⁰⁶.

L'Autorità si situa sicuramente nell'ambito di questa seconda dimensione dell'attività di contrasto alla corruzione. Nei cinque anni della sua attività si è venuta ben delineando la sua missione istituzionale, che risulta quella di «ell'azione di prevenzione della corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa»; azione che «si esplica (...) con l'obiettivo di creare nelle amministrazioni un *humus* contrario all'attecchire della corruzione responsabilizzandole attraverso l'attribuzione di un ruolo proattivo (...) e chiedendo ai cittadini, per il tramite della trasparenza, di fare la loro parte come principali controllori della macchina»¹⁰⁷.

L'ANAC è, dunque, un ente amministrativo istituito per accompagnare nell'azione di contrasto all'illegalità e alla corruzione - con gli strumenti della prevenzione di cui si è detto - gli enti appartenenti alla pubblica amministrazione in senso lato¹⁰⁸, con importanti “incursioni” nell'ambito degli enti privati. Così, le società private in controllo o in partecipazione pubblica sono in varia misura regolate o vigilate da ANAC¹⁰⁹. Analogamente accade per le società organismi di attestazione (SOA), sulle quali ANAC esercita la vigilanza dalla prospettiva tanto

¹⁰⁴ P. Davigo, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.

¹⁰⁵ Al proposito si consideri la L. 3/2019 adottata in materia di “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*”, per una valutazione della quale nella prospettiva qui accolta si veda V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2019.

¹⁰⁶ F.C. Palazzo, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 96.

¹⁰⁷ R. Cantone, *Intervento del Presidente (nell'occasione della presentazione della Relazione annuale al Parlamento)*, Roma, 2019, 20 s.

¹⁰⁸ Artt. 1, commi 2 e 3, D.lgs. 165/2001.

¹⁰⁹ Linee guida ANAC adottate con delibera n. 1134/2017 e sulle quali si veda, fra gli altri, R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 233 ss.

dei requisiti richiesti a ciascuna di esse per esercitare la funzione pubblicistica della quale sono investite, quanto degli atti di attestazione che esse rilasciano¹¹⁰. Da ultimo occorre ricordare che la vigilanza di ANAC (e i correlati poteri sanzionatori) si esercita anche nei confronti degli enti privati quando da parte di un loro dipendente vengano riportate condotte irregolari o illecite compiute dall'ente pubblico al quale si sia legati da un rapporto contrattuale¹¹¹.

Quanto appena rappresentato manifesta come vada sfumandosi la dicotomia pubblico/privato; ma anche come il contrasto alla corruzione nell'ambito pubblicistico richieda penetranti interventi in quello privatistico.

La dimensione amministrativa del ruolo di ANAC e dell'attività svolta emerge dalle funzioni ad essa conferite, dalle modalità del loro esercizio e dagli ambiti nei quali è chiamata ad intervenire; ambiti che sono venuti stratificandosi nel tempo parallelamente all'evoluzione istituzionale dell'ente. Il "pacchetto" normativo di riferimento è cospicuo: alla ricordata legge 190/2012 si sono aggiunti i provvedimenti da essa delegati¹¹² e quelli adottati, anche a sua integrazione¹¹³, sempre in funzione di "curare" l'amministrazione pubblica¹¹⁴; concorrono anche la L. 69/2015 (che pur avendo un'impronta principalmente repressiva aiuta a chiudere il circuito informativo fra ANAC e le giurisdizioni penali e amministrative), il Codice dei contratti pubblici¹¹⁵; la L. 179/2017, indirizzata a migliorare la tutela del dipendente pubblico che segnala condotte illecite; e, da ultimo, anche la L. 3/2019, se non altro a motivo della diversa disciplina delle interdizioni amministrative.

L'assetto conseguito è frutto di quel percorso accidentato che ha contrassegnato le modifiche istituzionali che hanno condotto alla "nuova ANAC" di cui al D.L. 90/2014: esse hanno infatti determinato un egualmente accidentato percorso sul fronte del ruolo, delle funzioni e delle competenze via via attribuiti all'ente incaricato della prevenzione della corruzione. In questa sede vale la pena di dar conto soltanto dell'attuale punto di arrivo, e rinviare alla vasta letteratura giuridica che ne ha seguito passo a passo l'evoluzione istituzionale e funzionale.

Il citato "Piano di riordino" organizza le risorse di personale dell'Autorità di cui si è detto entro quattro ambiti strategici, il primo dei quali – affidato alla Presidenza – riguarda l'indirizzo e la programmazione generale dell'ente; ad esso si affiancano un settore – affidato al Segretariato generale – indirizzato al supporto della missione istituzionale di pianificazione e controllo; un settore dedicato alla vigilanza nei settori della strategia di prevenzione del rischio di corruzione, della trasparenza, dell'integrità della funzione pubblica, della tutela del *whistleblower* e dei contratti pubblici; un ultimo settore dedicato all'attività di regolazione nelle stesse materie sulle quali si applica la vigilanza.

Gli snodi ai quali occorre fare riferimento ed entro i quali l'Autorità esercita le proprie funzioni sono – come sinteticamente anticipato – tre, tutti organizzati intorno al «valore essenziale sociale e costituzionale della responsabilità» della

¹¹⁰ Artt. 84 e 213, comma 3, lett. f, Codice contratti pubblici.

¹¹¹ L. 179/2017, art. 1 che ha modificato l'art. 54-*bis* D. lgs. 165/2001.

¹¹² Dd. lgss. 33/2013 e 39/2013.

¹¹³ Esemplicativamente si veda il DPR 62/2013.

¹¹⁴ V. il D. l. 90/2014 convertito nella L. 114/2014, nonché la L. 124/2015 con i provvedimenti delegati, fra i quali spiccano i Dd. lgss. 97/2016 e 175/2016.

¹¹⁵ D. lgs. 50/2016.

singola persona e del singolo ente¹¹⁶: si vuole che l'amministrazione pubblica sia l'attore del proprio cambiamento, dal momento che essa è l'attore meglio in grado di conoscere tanto le proprie debolezze quanto i propri punti di forza.

Una particolare attenzione è stata riservata alla prevenzione della corruzione nel settore dei contratti pubblici (esposto forse più di ogni altro al rischio di annidamento di sacche di illiceità e di cattiva gestione della cosa pubblica), a motivo della sua alta rilevanza economica e strategica per il Paese. In questo settore l'integrazione delle funzioni della CIVIT con quelle dell'AVCP - con la conseguente espansione dei poteri dell'ANAC (attraverso l'utilizzo anche degli strumenti di cui ai tre ambiti materiali individuati) - ha posto le condizioni idonee per vigilare sui contratti pubblici con maggior effettività anche dalla prospettiva della prevenzione della corruzione e non soltanto da quella della tutela del principio di legalità, di buona andamento e di imparzialità dell'agire pubblico. Sintomatico è quanto emerge dal disposto normativo pertinente - il già richiamato D. lgs. 50/2016 -, secondo il quale ANAC «garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti»¹¹⁷ e «agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione»¹¹⁸. Il presidio sulla legalità formale, da una parte, e sull'efficienza, efficacia ed economicità, dall'altra parte, non sono dunque disgiunti¹¹⁹, e anzi la loro congiunzione rappresenta un punto di forza del sistema italiano di prevenzione della corruzione a parere della Commissione europea¹²⁰. Anche il settore sanitario è oggetto di particolare attenzione dalla prospettiva dell'anticorruzione¹²¹.

Occorre tuttavia avvertire che l'enucleazione delle menzionate aree di intervento dell'ANAC ha un fine esclusivamente descrittivo. La confluenza delle rispettive competenze dei due enti entro uno solo ha avuto, infatti, come conseguenza che oggi ANAC amministra gli ambiti affidati alla propria cura in modo reciprocamente sinergico, con ciò determinando una maggiore efficacia dell'azione di prevenzione della corruzione¹²². Dal punto di vista funzionale, infatti, tutte le competenze esercitate dall'Autorità sono reciprocamente intrecciate, il che rappresenta un grande segnale di discontinuità con il passato.

Certo, se l'intervento di ANAC in ciascuno di questi tre ambiti avviene con poteri sostanzialmente omogenei¹²³, essi sono declinati diversamente, secondo discipline settoriali che certo meriterebbero una rivisitazione, se non altro per semplificare il quadro normativo, ma anche per eliminare alcune aporie (per esempio intervenendo nell'individuazione più lineare dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di prevenzione della corruzione nell'ambito della P.A.).

ANAC ricopre funzioni di vigilanza e controllo (anche tramite l'esercizio di poteri istruttori e ispettivi), di regolazione (tramite l'adozione di atti di portata generale), di soluzione delle controversie in via precontenziosa, consultive, di

¹¹⁶ V. G. Sirianni, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, cit., 129.

¹¹⁷ Art. 213.3.

¹¹⁸ Art. 213.1.

¹¹⁹ M. Corradino, S. Sticchi Damiani, *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017.

¹²⁰ Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia*, 30 settembre 2020, SWD(2020) 311 final.

¹²¹ Art. 41 D. lgs. 97/2016.

¹²² R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, cit., 9.

¹²³ M.P. Santoro, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione*, cit., 58.

ordine e sanzionatorie, di *advocacy*, di informazione (tramite la gestione dei flussi informativi), nonché di approfondimento e diffusione delle conoscenze, di coordinamento interistituzionale, di amministrazione attiva, aggiungendosi a tutte queste alcuni poteri monocratici attribuiti al suo Presidente, nonché l'azione di una Camera arbitrale.

Non si intende approfondire ciascuna di queste funzioni, considerando bastevole il rinvio alla fiorente produzione dottrinale richiamata volta a volta nelle note di questo lavoro, per privilegiare viceversa alcune questioni di portata generale che permettono di meglio inquadrare il ruolo dell'ANAC in una prospettiva sintetica.

10. L'approccio collaborativo nell'esercizio delle competenze

Il presupposto dell'efficacia dell'azione di prevenzione (non importa in quale settore) è l'approccio collaborativo. Non può accadere diversamente quando la prevenzione si applica all'azione di contrasto alla corruzione. L'approccio individuato dal legislatore del 2012 (e proseguito nei provvedimenti normativi che con la L. 190 di quell'anno fanno sistema¹²⁴ non è dunque quello del controllo *ex post* sull'operato degli enti, ma piuttosto quello di indirizzarne i comportamenti, nella ricerca di soluzioni utili a garantire, insieme al risultato detto, anche la corretta azione amministrativa¹²⁵.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione incarna essa stessa questa prospettiva: è un tassello della pubblica amministrazione italiana al quale è stato conferito lo specifico mandato di accompagnare gli altri enti della stessa pubblica amministrazione nella ricerca di soluzioni che - in relazione alla tipologia, alle dimensioni, alle funzioni di ciascuno di essi - siano capaci di abbassare il rischio di annidamento di condotte corruttive o di cattiva amministrazione. Si tratta di una collaborazione che ha molte dimensioni: si manifesta nei rapporti con i portatori di interesse (pubblici e privati) che operano nei settori di sua competenza; con le associazioni esponenti della società civile; con le singole persone interessate dalle attività svolte dall'Autorità; con le altre istituzioni ed enti pubblici [nazionali e internazionali]: particolarmente significativo è, per esempio, il dialogo avviato con il Consiglio di Stato¹²⁶, richiesto da ANAC di pronunciarsi su alcuni atti di regolazione, di portata generale, per i quali non è stabilito dall'art. 17 L. 400/1988 l'obbligo di procedere secondo questa modalità. Di questo approccio è espressione anche il potere di *advocacy* - ovvero di indirizzare a Governo e Parlamento segnalazioni su disfunzioni, applicazioni distorte delle norme, possibili interventi legislativi per chiarire dubbi interpretativi o superare criticità applicative¹²⁷; di

¹²⁴ N. Parisi, M. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 419-438; N. Parisi, *La centralità dell'Anac nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione*, in V. Italia (cur.), *Codice degli appalti/2 - La guida alle nuove regole*, *Il Sole24 Ore*, maggio 2016, 9-23.

¹²⁵ M. Chimenti, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione*, cit., 49; M.G. Della Scala, *I profili organizzativi della prevenzione della corruzione*, cit., 764.

¹²⁶ Il Consiglio di Stato ha mostrato di apprezzare la soluzione: v. parere n. 855 dell'1 aprile 2016, punto II, g.5, p. 29.

¹²⁷ Dal 2014 ad oggi sono stati inoltrate 35 segnalazioni ai sensi degli artt. 1.2, lett. g L. 190/2012 e 213.3, lett. c-d, D. lgs. 50/2016: v. ANAC, *Relazione annuale 2018*, Roma, 2019, 14-27.

stipulare, per il miglior esercizio delle rispettive competenze, protocolli di collaborazione con organi nazionali¹²⁸, enti internazionali¹²⁹, università¹³⁰ e organizzazioni non governative¹³¹.

10.1. Il modello organizzativo

Questa dimensione si manifesta fin dalle modalità organizzative di ANAC. Già il Piano di riordino di cui si è detto lascia trasparire in modo evidente che risponde alla volontà del vertice politico di ANAC¹³² di offrire ai propri interlocutori [imprese, enti pubblici, associazioni, fondazioni e singole persone] canali di comunicazione nei due sensi.

Il modello organizzativo si è tradotto nelle modalità di esercizio delle competenze attribuite, dalla cui complessiva disciplina emerge il coerente proposito di valorizzare l'aspetto preventivo.

10.2. Le modalità della vigilanza

Iniziando dall'ambito della vigilanza: i quattro regolamenti di organizzazione del lavoro dei rispettivi uffici (che si occupano di vigilanza in materia di: contratti pubblici, trasparenza amministrativa, misure di prevenzione della corruzione, integrità del pubblico dipendente, segnalazioni di *whistleblowing*) utilizzano un paradigma secondo il quale l'obiettivo perseguito risulta essere quello di «un'amministrazione che intende fornire [per esempio] alle stazioni appaltanti rimedi di matrice collaborativa», utili a valorizzare «il controllo preventivo già nella fase di predisposizione dei bandi di gara», come «in sede di esecuzione dei contratti», con lo scopo di «agevolare la riuscita e la tempestività dei rimedi correttivi ritenuti utili»¹³³. Per questi motivi è stato dall'Autorità soprattutto utilizzato, in particolare per questioni delicate (come sono quelle della rotazione, della nomina/revoca del RPCT, del cumulo di incarichi) lo strumento della raccomandazione «proprio nella logica della collaborazione con le amministrazioni» intrecciate. Questo accade perché la vigilanza non viene, in via generale, esercitata a fatto compiuto, sull'operato degli enti a diverso titolo sorvegliati, ma *in itinere*, per appunto accompagnare o indirizzare, a seconda dei casi, l'azione amministrativa verso un risultato di efficacia, efficienza e legalità¹³⁴. Questo approccio consente tra l'altro di separare l'attività giurisdizionale (penale e amministrativa) da quella amministrativa.

Sono, quelli adottati ad oggi, regolamenti che, nel disciplinare le modalità dell'esercizio della vigilanza, stabiliscono precise responsabilità del Consiglio dell'Autorità congruenti con questa nuova prospettiva: la delibera che chiude il

¹²⁸ *Ibid.*, 32-34.

¹²⁹ *Ibid.*, 39-43.

¹³⁰ *Ibid.*, 33-37.

¹³¹ *Ibid.*, 34-35-

¹³² In particolare del suo Presidente, essendo l'adozione del Piano una competenza monocratica a lui attribuita: art. 19.3 D.L. 90/2014.

¹³³ A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell'ANAC*, cit., 28-29.

¹³⁴ N. Parisi, *L'attività di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione*, cit., 91 ss.; N. Parisi, M. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, cit., 5 ss.; M. Chimenti, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 49; R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pub.*, 2017, 904.

procedimento di vigilanza individua le irregolarità e/o illegalità; indica i conseguenti adempimenti da adottarsi, gli obblighi informativi da attuarsi nei confronti dell'Autorità in ordine a essi, i tempi entro i quali provvedere. Come si comprende immediatamente, si tratta non di esercitare un mero controllo sull'ente vigilato, non di accertare responsabilità a fronte di violazioni di legge (compito che non appartiene a un'autorità di prevenzione), bensì di attuare «una vera e propria forma di amministrazione attiva»¹³⁵, appunto orientando l'ente pubblico alla rimozione delle criticità.

L'attuale originale prospettiva nell'amministrazione della vigilanza in particolare per il settore dei contratti pubblici è germogliata da esigenze assai concrete: la necessità di fronteggiare lo scandalo che rischiava di mettere a repentaglio, insieme all'apertura dell'evento internazionale "EXPO 2015", anche la credibilità dell'intero Paese. A questo fine è stato approntato un «laboratorio»¹³⁶, perimetrato a livello normativo dagli articoli 19, 30 e 32 del D. l. 90/2014, in cui confluiscono misure adatte a far fronte a esigenze diverse e confliggenti: garantire il corretto funzionamento delle procedure; consentire alle imprese di continuare a lavorare; evitare il vantaggio economico dell'imprenditore infedele; prevenire infiltrazioni criminose nel mercato pubblico. È stato dunque approntato uno strumentario *ad hoc*¹³⁷, teso ad assicurare interventi immediati per «mettere in sicurezza» gli appalti grazie all'operare di una struttura di vigilanza rapida, leggera e competente. L'occasione è stata, dunque, utile a dare vita a un nuovo approccio alla prevenzione della corruzione e, insieme a esso, a un inedito modo di lavorare della giovane istituzione: «non più un'Autorità che si limita a monitorare i piani elaborati dagli enti pubblici [...], a vigilare *ex post* sul comportamento di questi in materia di appalti e concessioni, e così via», ma una struttura con poteri più concreti, che può imporre la trasparenza, controllare tutti i contratti e persino commissariare gli appalti [...]. Si è passati, insomma, «dall'esame delle carte a un'attività di prevenzione concreta, sul campo»¹³⁸.

Allargando lo sguardo fuori dall'ambito dei contratti pubblici, è indubbio che il Piano Nazionale Anticorruzione incarna un approccio di vigilanza collaborativa. Esso è infatti un documento programmatico che contiene l'indicazione di misure, talune vincolanti, altre flessibili così da consentire a ciascuna p.a. di modulare le proprie specificità nel conformarsi alla necessità di mettere in campo un'efficace ed efficiente strategia di prevenzione della corruzione per la rilevazione e la gestione del rischio di condotte corruttive o comunque di cattiva amministrazione¹³⁹. Il PNA è assunto dall'Autorità – ai fini dell'esercizio della vigilanza – quale parametro di riferimento per la valutazione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione e per la trasparenza adottati appunto da ciascun ente pubblico. Nell'esercizio della vigilanza l'Autorità indirizza l'ente verso un generale, complessivo contenimento delle condotte di cattiva amministrazione e verso una sostanziale trasparenza dell'agire pubblico, verificando lo scostamento non motivato dai contenuti del PNA, adottando decisioni che indirizzano l'attività

¹³⁵ R. Cantone, C. Bova, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 166.

¹³⁶ Utilizza questa espressione R. Cantone (con G. De Feo), *Il male italiano*, Milano, 2015, 61.

¹³⁷ *Infra*, parr. 10.2.1-10.2.2.

¹³⁸ Ancora R. Cantone (con G. De Feo), *Il male italiano*, Milano, 2015, 61.

¹³⁹ N. Parisi, F. Clementucci, *Assessment of the effectiveness of anti-corruption measures*, cit.

dell'ente, eventualmente adottando sanzioni ove non emerga la tendenziale volontà dell'ente di adeguarsi ai precetti normativi.

Tre recenti specifiche occasioni possono esemplificativamente spiegare questo approccio, che peraltro contraddistingue l'usuale modalità di lavoro dell'ANAC. Con il Comune di Roma Capitale ANAC ha avviato un "tavolo tecnico congiunto" sulla base del protocollo del 19 luglio 2017: l'Autorità ha contribuito a un'attività di accompagnamento del Comune nel risanamento di specifici ambiti della sua attività, in particolare in materia di misure di prevenzione della corruzione, di trasparenza amministrativa, di modalità di esercizio del controllo analogo e di riordino del comparto dei contratti pubblici. ANAC sta altresì svolgendo analoga attività congiuntamente al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (sulla base del protocollo del 21 marzo 2019) con riferimento al monitoraggio delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza, nonché dell'attività di indirizzo svolta dal Ministero sugli enti vigilati e le società *in house*. Infine, il 27 giugno 2019 ANAC ha siglato un protocollo di intesa con il Ministero per le attività e i beni culturali che pone le basi della collaborazione reciproca nella vigilanza da attuarsi sul Piano triennale di prevenzione della corruzione e per la trasparenza, sulla trasparenza sulle società partecipate, sulla formazione dei dipendenti di quel Ministero, sulle procedure di gara e sull'esecuzione degli appalti di particolare rilevanza o di impatto economico importante per il territorio.

Vi è poi il contesto della vigilanza propriamente denominata collaborativa, anch'essa germinata dall'esperienza maturata nell'emergenza "EXPO 2015" a partire dalla quale ANAC ha maturato una modalità utilizzata sistematicamente in occasione dell'organizzazione di grandi eventi o dell'affidamento di lavori di rilevante o strategico interesse nazionale, disciplinata nel Regolamento interno sulla vigilanza in materia di contratti pubblici adottato da ANAC (art. 4) e infine cristallizzata nel Codice dei contratti pubblici¹⁴⁰. È una vigilanza indirizzata a rafforzare la correttezza e la trasparenza delle procedure di affidamento, poste in essere dalle stazioni appaltanti, e a ridurre il rischio di contenzioso nel corso dell'esecuzione del contratto, con efficacia dissuasiva di condotte corruttive o comunque contrastanti con la normativa di settore. Essa si radica sulla base di presupposti¹⁴¹, quali l'essere l'affidamento disposto nell'ambito di programmi straordinari di interventi nell'occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico; a seguito di calamità naturali o per la realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; per importi elevati; in presenza di ricorrenti indici di elevato rischio corruttivo, o di rilevate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali; infine, in costanza di uno o più dei contratti oggetto dell'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese¹⁴².

La dimensione preventivo-collaborativa di tale forma di vigilanza è palese. Essa, anzitutto, è indirizzata a un *controllo preventivo di legittimità* delle procedure di appalto (nuove e in corso) nella fase del bando di gara. Essa, in secondo luogo, si svolge attraverso una collaborazione con l'Autorità attuata previa stipula di

¹⁴⁰ Art. 213, comma 3, lett. h; v. la pertinente prassi nelle diverse edizioni della *Relazione* annualmente resa da ANAC al Parlamento, ad es. nel 2019 per l'anno 2018, cap. 8.

¹⁴¹ Contemplati nell'art. 4, comma 1, del nuovo Reg. ANAC, 2018.

¹⁴² Di cui all'art. 32.1 D. l. 90/2014.

protocolli di intesa con le stazioni appaltanti coinvolte. Il buon funzionamento dell'intera procedura può essere, infine, garantito soltanto dall'instaurazione di un *rapporto di collaborazione* fra tutti gli "attori" coinvolti (Presidente dell'ANAC, UOS, stazione appaltante). Il suo successo dipende, in altre parole, dalla capacità di realizzare una sorta di *controllo integrato e concomitante* sull'andamento della procedura implicata, così da intervenire in concreto non appena emerga una qualche criticità e, contemporaneamente, avviare un percorso correttivo, senza ritardarne la tempistica e senza comprimere l'azione dell'ente pubblico¹⁴³.

Anche le *misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese* hanno una genesi legata ad "EXPO 2015": in questa occasione esse furono per la prima volta utilizzate con il supporto (collaborativo) dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), a seguito della stipula il 6 ottobre 2014 di un *Memorandum of Understanding*.

Il ricorso alla c.d. *gestione commissariale delle imprese* – o alle altre misure indicate dall'art. 32.1 del decreto legge appena ricordato – è possibile nelle seguenti due ipotesi alternative: l'inizio di un procedimento penale per uno dei delitti contro la pubblica amministrazione espressamente indicati nel codice penale¹⁴⁴; la ricorrenza di situazioni anomale anche soltanto rilevate ma sintomatiche di condotte illecite o criminali attribuibili a una impresa che si sia aggiudicata un contratto per la costruzione di opere pubbliche, servizi o forniture¹⁴⁵.

Degno di nota è che questo modello di vigilanza – oltre che ben praticato all'interno del nostro ordinamento¹⁴⁶ – in virtù del ricordato protocollo stipulato

¹⁴³ Il modello della vigilanza collaborativa inaugurato con "Expo2015" è stato replicato per gli interventi connessi al Giubileo della Misericordia (ANAC, *Relazione annuale 2016*, cit., 239-240); ed è stato utilmente sperimentato in tante altre occasioni, fra le quali si menzionano soltanto la costruzione della Città della salute di Torino (Protocollo 29.5.2018), l'Universiade di Napoli (Protocollo 14.3.1018, integrato il 31.10 dello stesso anno), EXPO Dubai 2020 (Protocollo 12.10.2018), l'edificazione dell'insediamento del polo scientifico e umanistico dell'Università degli studi di Milano nell'area ex EXPO¹⁴³ Protocollo 19.2. 2019; più ampia prassi è in V. Mongillo, N. Parisi, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" o mafiosa: alla ricerca di un disegno*, in *Rass. econ.*, 2019, 167-216.

¹⁴⁴ Artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis.

¹⁴⁵ In modo critico F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2014, 6.

¹⁴⁶ La prassi in materia è assai ricca. Qui si ricorda, per la dimensione collaborativa anche interistituzionale che ha saputo manifestare, il caso *Tecnis Spa* che ha consentito di coniugare misure preventive di natura penale e misure preventive di natura amministrativa. La società Tecnis e gli enti che ad essa facevano riferimento hanno subito informazioni interdittive antimafia e varie altre misure: "commissariamento" ex art. 32.1 D.L. 90/2014 (novembre 2017); amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale di Catania ex art. 34-bis del Codice antimafia (febbraio 2017); sostegno e monitoraggio da parte di ANAC sulla base dell'art. 32, co. 10, D.L. 90/2014 (per il 2017) in ragione dell'eventuale permanenza di un rischio di condizionamento criminale e di infiltrazione mafiosa, ma anche alla luce delle risultanze emerse nell'ambito dell'inchiesta penale "Dama Nera", relativa alla sussistenza di un radicato sistema corruttivo all'interno di Anas, connesso all'affidamento di numerosi appalti pubblici, in cui sono rimasti implicati anche i vertici della società Tecnis (ANAC, *Relazione annuale 2017*, Roma, 2018, 252). Conclusivamente: la *tutorship* complessivamente avviata all'interno dell'azienda in virtù dell'utilizzo di tante e diverse misure si è dimostrata particolarmente efficace, poiché, senza pregiudicare l'operatività dell'impresa, ha consentito di consolidare la revisione organizzativa e gestionale dell'ente nel suo complesso, è riuscita ad avviare un processo utile a mantenerne la *governance* su binari di legalità e della trasparenza, a garanzia della regolarità dei contratti *in itinere* e delle nuove procedure d'appalto

con l'OCSE sia stato “esportato” dall'Organizzazione in altri Stati del mondo (per esempio in Messico), in quanto reputato una *best practice* internazionale¹⁴⁷.

Improntata alla modalità collaborativa è la vigilanza che ANAC esercita a fini di tutela di un interesse collettivo, nell' “interesse della legge” perché preordinata alla realizzazione di un interesse di portata generale, quello della legalità nel mercato di riferimento, E' una competenza che si esplica tramite la vigilanza applicata a bandi, ad altri atti di portata generale e a provvedimenti relativi a contratti pubblici di rilevante impatto quando suscettibili di violare le norme di settore¹⁴⁸; o a provvedimenti di una stazione appaltante viziati da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici¹⁴⁹. In queste ipotesi ANAC è legittimata ad agire in giudizio in tempi assai rapidi e con procedure snelle. Nella seconda ipotesi il ricorso è preceduto da un parere reso dall'Autorità che – ecco affiorare la dimensione collaborativa – motiva i vizi di legittimità rilevati e indica i rimedi da adottare per eliminarli, così che la stazione appaltante possa conformarsi in autotutela, correggendo il provvedimento¹⁵⁰.

La *ratio* della disposizione è evidente: essa intende attuare una «forma di vigilanza preventiva (...), in un'ottica deflattiva del contenzioso, preordinata a promuovere l'interlocuzione (...) allo scopo di stimolare(...) lo spontaneo adeguamento»¹⁵¹. Questa *ratio* ben emerge dalla prassi dell'Autorità, che ha esercitato la propria competenza in ordine a bandi per i quali non erano ancora scaduti i termini di presentazione delle offerte. Ciò ha consentito ad essa «di intervenire con tempestività in una fase del procedimento nella quale le stazioni appaltanti erano ancora in tempo per rettificare gli atti emanati, senza pregiudicare interamente la procedura di affidamento, ed anzi consentendone un successivo svolgimento più coerente al quadro normativo di riferimento»¹⁵².

delle quali l'operatore economico potrà risultare aggiudicatario (più ampia prassi è in V. Mongillo, N. Parisi, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria*, cit.

Va anche notato che l'attività ermeneutica avente ad oggetto le norme in discorso si svolge su due piani: uno più generale che si estrinseca attraverso l'adozione di linee guida (ad oggi sono state adottate cinque diverse linee guida, consultabili sul sito www.anticorruzione.it), un altro più concreto, afferente all'interlocuzione fra Presidente di ANAC e Prefetto. Ciò a conferma della dimensione collaborativa immanente anche a questo procedimento

¹⁴⁷ OECD, *Interim Report on the governance model and on the methodology*, December 2014; Id, *Second Interim Report*, 30 March 2015.

¹⁴⁸ Art. 211, comma 1 bis.

¹⁴⁹ Art. 211, comma 1 ter.

¹⁵⁰ L'istituto sembra dare applicazione alla direttiva UE 24/2014 nella parte in cui (al considerando n. 122) prevede la tutela del cittadino come portatore di un interesse al buon impiego delle risorse pubbliche: M.C. Romano, *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, cit., 798.

¹⁵¹ ANAC, *Relazione annuale 2018*, cit., 179.

¹⁵² Così ANAC, *Relazione annuale 2019*, cit., 236. ANAC ha utilizzato ad oggi soprattutto il ricorso al parere motivato (Così ANAC, *Relazione annuale 2019*, cit., 236). All'adozione del parere è generalmente seguita l'adesione spontanea dell'ente destinatario di esso, dunque allontanando l'ipotesi dell'impugnazione: la stessa Relazione annuale al Parlamento per l'attività svolta da ANAC nel 2019 (cit.) dà conto del fatto che tra la fine del 2018 e l'intero anno 2019 sono stati adottati undici pareri motivati ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, con un incremento esponenziale nell'uso dell'istituto (nel 2018 sono stati resi due soli pareri, mentre i restanti nove si riferiscono a gare bandite nel 2019). In otto di questi casi si è verificata l'adesione spontanea dell'Amministrazione al parere dell'ANAC, con conseguente revisione della documentazione di gara; quanto ai tre casi di mancato adeguamento: in un caso la gara successivamente bandita è andata deserta e ciò ha impedito ad ANAC di intervenire sul bando non conforme al parere; in un altro caso al non adeguamento al parere è corrisposto l'esercizio del potere di impugnativa (v. oltre, immediatamente

La prassi illustrata così succintamente è espressione della complessivamente buona riuscita di «azioni connotate da una forte portata dissuasiva rispetto a comportamenti poco virtuosi» e, conclusivamente, manifestazione di come possa essere valorizzata l'azione di vigilanza «nella sua espressione più alta di indirizzo e sostegno agli operatori del settore, orientata sugli aspetti fisiologici piuttosto che su quelli patologici del sistema»¹⁵³.

10.3. L'attività di regolazione

Con la funzione di vigilanza si intreccia strettamente quella della regolazione, che l'Autorità esercita tramite l'adozione di atti di differente portata giuridica, segnatamente linee-guida, bandi-tipo, contratti-tipo e pareri di portata generale. Peraltro, è ormai consolidato l'orientamento secondo il quale anche quando la competenza regolatoria non sia espressa, un'autorità amministrativa indipendente che eserciti la vigilanza in un settore ivi possa pure adottare atti di regolazione flessibile¹⁵⁴. In effetti, l'attività di regolazione può essere anche inquadrata come una forma di vigilanza concretamente realizzata mediante la fissazione di regole di condotta non vincolanti, al fine di garantire il buon funzionamento del mercato di riferimento e fornire un contenuto interpretativo delle norme di legge. Nella misura in cui si rendano evidenti (anche, ma non solo, tramite la vigilanza) criticità interpretative o applicative di portata generale, esse possono essere composte con la regolazione: l'endiadi «vigilanza-regolazione» esprime, dunque, una sommatoria di attività tendenti a una sintesi¹⁵⁵.

nel testo per il caso ASMEL); nell'ultimo caso (bando per *project financing* sull'illuminazione pubblica) è ancora in corso l'impugnativa davanti al TAR territorialmente competente, promossa dall'Autorità nei confronti della stazione appaltante, per mancato adeguamento al parere reso. La percentuale di adeguamento è dunque assai elevata e ad essa si aggiunge la conferma che viene dalla magistratura amministrativa. In un solo caso ha utilizzato il potere di impugnativa, ciò in relazione a un bando per accordo quadro relativo a impianti di illuminazione (*Asmel Consortile S.c.a.r.l.*) susseguente al mancato adeguamento della stazione appaltante al parere reso. L'impugnativa è stata pienamente accolta con conseguente annullamento degli atti impugnati tanto in primo che secondo grado: TAR Lombardia (sez. II), sent. n. 240 del 3-2-2020; si veda anche Consiglio di Stato, sent. n. 6787 del 3-11-2020 (conseguente alla sentenza della Corte di giustizia UE - resa su rinvio pregiudiziale - del 4 giugno 2020, in causa C-3/19).

¹⁵³ ANAC, *Relazione annuale 2018*, cit., 181.

¹⁵⁴ Esemplicativamente TAR Lazio (III sez.), sent. n. 1139 del 24-9-2015, in *Guida dir.*, 2015.

¹⁵⁵ Sulle connessioni reciproche fra funzione di vigilanza e di regolazione della non più esistente AVCP (pur tuttavia di grande attualità), v. C. Celone, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 39 ss.; più in generale sul tema R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, cit., 125. L'attività di regolazione di ANAC è stata in questi sei anni di attività del primo Consiglio assai ricca. In generale in materia di strategia di prevenzione della corruzione la L. 190/2012 individua nel Piano Nazionale Anticorruzione un complesso di linee guida (ovvero un "piano di indirizzo" come si esprime il d.lgs. 33/2013), utili a orientare la scelta dei contenuti del Piano triennale di prevenzione della corruzione e per la trasparenza, del quale deve dotarsi ogni ente pubblico nella definizione estesa che ne dà la legge italiana, dunque comprensiva anche delle società in controllo pubblico: a questo titolo sono state adottate per esempio le linee guida n. 1134/2017, che si accompagnano a quelle sul *whistleblowing* (Linee guida n. 6/2015. Le linee guida da approvarsi ai sensi del comma 5, art. 54-bis del d. lgs. 165/2001 sono rimaste allo stato di schema approvato dal Consiglio dell'Autorità - dunque non sono state approvate nella loro veste definitiva -, in attesa che la disciplina di adempimento della direttiva dell'Unione europea n. 1937/2014 in materia venga adottata: sulla questione si veda N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, *LavoroDirittiEuropa*, 2 luglio 2020). Anche nella materia della trasparenza lo stesso legislatore indica la competenza di ANAC ad adottare le linee guida tanto tramite il PNA (al fine di precisare gli obblighi di

La natura giuridica delle linee guida è stata oggetto di tante valutazioni critiche¹⁵⁶, forse la più calzante delle quali distingue non tanto fra linee guida obbligatorie e vincolanti, quanto regolazione delegata e regolazione libera¹⁵⁷. In questa sede interessa piuttosto valorizzare ciò che connota tale attività come una forma collaborativa a fini di prevenzione della corruzione, cosicché il paradigma regolatorio marchi un'ulteriore distinzione tra prevenzione amministrativa e repressione penale. È questo infatti un ambito ove la dimensione collaborativa si manifesta pienamente tanto sul piano concettuale come su quello procedurale.

Quanto al piano concettuale, non a caso si parla di “regolazione flessibile”. Come ben espresso dal Consiglio di Stato – che ne esalta la dimensione che in questo lavoro si privilegia – essa è competenza «strutturata in modo da sciogliere una serie di nodi esegetici emergenti dalla lettura» delle norme¹⁵⁸ a vantaggio

pubblicazione e le modalità di loro attuazione: art. 3.1-*bis* D. lgs. 33/2013), quanto specificamente per dettare indicazioni operative sulla definizione delle esclusioni e dei limiti di accesso a dati, informazioni e documenti detenuti dalla P.A. (art. 5-*bis* D. lgs. 33/2013). Senza pretese di esaustività l'Autorità è intervenuta per disciplinare la trasparenza delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici (già con delibera 8/2015, poi con determinazione 1134/2017, aggiornata con delibera 641/2017), delle istituzioni scolastiche (determinazione 430/2016), dei titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali (delibera 641/2017), per dare indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità (delibera 1310/2016). Nella materia dei contratti pubblici la funzione regolatoria è esplicitata nell'art. 213, comma 2, del Codice di settore: essa è stata esercitata tramite l'adozione di linee guida (vincolanti e non: vedile in [www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/ContrattiPubblici/linee Guida](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitaadocumentazione/ContrattiPubblici/lineeGuida)) e di bandi tipo, nonché con pareri di portata generale (v. infra, par. 10.4). La materia è tuttavia in rapida evoluzione, non essendo stata in via generale apprezzata dal mercato la modalità di esecuzione del Codice con atti cosiddetti di *soft regulation* in alternativa al tradizionale regolamento esecutivo. Con un primo intervento in materia la L. 55/2019 ha provveduto a prevedere la sospensione di alcune di esse, rinviando la decisione definitiva sul potere di ANAC di adottare atti di regolazione flessibile a un regolamento esecutivo e alla legge delega di riforma Codice del 2016 (M. Corradino *L'ambizione all'unitarietà tradita dai fatti*, in *IlSole24ore*, 3 luglio 2019, 2-3). La pandemia ha accresciuto la scarsa stabilità delle norme in questo settore, accelerando l'obsolescenza di quante contenute nel Codice dei contratti pubblici tramite un secondo poderoso intervento derogatorio della disciplina codicistica (la legge 120/2020 di conversione del decreto legge 76/2020 sulla semplificazione e digitalizzazione della disciplina dei contratti pubblici tace sul punto). In esso non è consentito vedere la luce di una riforma coerente e affrancata dalle logiche dell'emergenza, della straordinarietà e dell'urgenza. Dunque anche il potere regolatorio di ANAC soffre di questo quadro caotico trovandosi dunque in una condizione di grande incertezza.

¹⁵⁶ V. Consiglio di Stato, parere n. 855, cit. La dottrina si è diffusamente applicata sul tema; soluzioni interessanti – non aliene dalla rilevazione di criticità – sono state proposte, in particolare (e oltre ai contributi citati in altra nota), da: C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte di diritto?*, in *giustamm.it*, 2016; L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 72 ss.; E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499-505; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 9 ss.; Id., *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018; N. Longobardi (2016), *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Dir. proc. amm.*, 823 ss.; M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 53-71; N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2016, 5058; M.C. Romano, *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, cit., 796; V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 32-52; C. Benetazzo, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *federalism.it*, 28 febbraio 2018, 62-73.

¹⁵⁷ Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, 2020, cit., 67-71.

¹⁵⁸ Parere 5 giugno 2018, n. 1582, punto 2.

degli enti pubblici destinatari di una normativa di primo e di secondo livello spesso oscura, talvolta non priva di aporie e antinomie. Quanto appena asserito trova una conferma nell'esperienza delle norme non vincolanti contenute nelle linee guida adottate da ANAC. La cifra della regolazione flessibile è rappresentata dalla capacità – sostenuta dalla competenza dell'ente da cui essa promana – di indirizzare i destinatari con precetti non rigidi ma duttili¹⁵⁹; precetti altresì permeabili alle esigenze dei destinatari, scritti in prosa¹⁶⁰ e secondo moduli collaborativi.

La dimensione collaborativa di questa competenza come esercitata da ANAC emerge anche sul piano procedurale. Il regolamento del 13 giugno 2018 – che disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione, nonché le procedure e le modalità di svolgimento dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica di impatto della regolazione (VIR) – contempla due diverse modalità indirizzate a «favorire la massima partecipazione (...) e per acquisire suggerimenti, proposte, considerazioni e osservazioni da parte dei soggetti interessati»: la consultazione della proposta di atti di portata generale, una volta che essi siano redatti dall'ufficio competente (art. 3); il contributo di «tavoli tecnici di consultazione» ai fini della loro redazione (art. 4). Si tratta di due vie che valorizzano al massimo la possibile interlocuzione con la società civile, fin dal momento propositivo dei contenuti dell'atto regolatorio.

10.4. L'esercizio della funzione consultiva

L'approccio collaborativo è intrinseco anche alla funzione consultiva esercitata – con modalità in parte differenti – in ciascuno dei quattro settori di competenza dell'ANAC, in funzione sia di precontenzioso che di interpretazione, con atti che hanno portata generale, andando al di là del caso concreto che li origina. Questo è il motivo per il quale l'Autorità ha avviato la predisposizione tanto di rassegne ragionate che di massime degli atti in questione: ciò dovrebbe facilitare l'applicazione da parte degli operatori economici delle norme di settore, tramite la conoscenza del “precedente”.

Lo scopo perseguito dall'esercizio di questa funzione – valutata come «prodromica all'esercizio dei poteri di vigilanza»¹⁶¹ – è quello di consentire che un'autorità (autorevole a motivo tanto della propria competenza di organo di *governance* del settore, quanto della propria neutralità rispetto agli interessi coinvolti) offra una soluzione nell'applicazione o nell'interpretazione di una norma controversa contraddistinta da grande tecnicità, anche prevenendo un conflitto, che potrebbe essere oggetto di contenzioso amministrativo¹⁶². Nel campo dei contratti pubblici il nuovo Codice ha preso atto della capacità conformativa che tali pareri erano andati assumendo in via di prassi: non soltanto è stata dunque confermata la competenza in discorso, ma si è previsto in via aggiuntiva che il parere dell'Autorità sia suscettibile di assumere portata vincolante per volontà

¹⁵⁹ Fa riferimento, per analogia, al *nudging* S. Valaguzza, *Governare per contratto*, cit., 164.

¹⁶⁰ Vale a dire utilizzando il linguaggio della persuasione: ancora S. Valaguzza, op. ult cit., 2016.

¹⁶¹ Così il reg. ANAC 14 gennaio 2015.

¹⁶² Delibera 840/2018. Nei settori delle misure anticorruzione, della trasparenza e dell'integrità della funzione pubblica la funzione consultiva ha inciso – quasi sempre raccogliendo il disagio espresso dalle pubbliche amministrazioni – in settori delicati, quale è per esempio quello relativo alla ricognizione dei poteri e dei compiti del responsabile della prevenzione della corruzione

congiunta delle parti coinvolte: stazioni appaltanti, operatori economici, soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati¹⁶³.

10.5. I poteri d'ordine e di sanzione

Sempre in una prospettiva collaborativa devono essere inquadrati i poteri di ordine e di sanzione attribuiti ad ANAC nella specifica materia della prevenzione della corruzione. Natura punitiva riveste invece il sistema sanzionatorio stabilito per rimediare alle illegalità nel settore dei contratti pubblici e per colpire provvedimenti discriminatori adottati nei confronti del *whistleblower*¹⁶⁴; in queste ipotesi non si ricade infatti entro il perimetro delle misure di prevenzione della corruzione e solo di esse in questa sede ci si intende occupare¹⁶⁵.

Si tratta di un potere che dovrebbe rafforzare l'efficacia della vigilanza anticorruzione, con sanzioni la cui entità è abbastanza irrisoria e che viene amministrato dall'Autorità non solo con grande parsimonia, ma anche nella misura quantitativa minima possibile. Esso infatti non ha una finalità punitiva, ma intende piuttosto ricondurre i responsabili nell'alveo della legalità¹⁶⁶.

Ugualmente deve dirsi a proposito del potere d'ordine che l'Autorità detiene in caso di inadempimento nell'adozione dei Piani, di violazione degli obblighi di trasparenza e di non conferimento di incarichi pubblici¹⁶⁷. Il fatto che il richiamo all'adempimento dell'obbligo violato sia privo di sanzione, in caso di non ottemperamento, dimostra come anche questo potere sia amministrato in funzione di *moral suasion*, concretandosi nell'esercizio di un potere conformativo a scopo collaborativo¹⁶⁸.

4659

10.6. I rapporti con la giurisdizione penale e amministrativa

Alcune modalità di esercizio della vigilanza da parte di ANAC hanno messo in rilievo la connessione strutturale e funzionale delle misure amministrative sin qui considerate con le vicende giudiziarie penali. Il legislatore ne ha preso opportunamente atto. La L. 69/2015 si è occupata, tra l'altro, di "chiudere" alcuni importanti circuiti informativi fra l'autorità dedicata alla prevenzione della corruzione e le autorità giudiziarie a diverso titolo impegnate nell'azione di

¹⁶³ Art. 211, comma 1.

¹⁶⁴ Art. 54-*bis*, comma 6, D. lgs. 165/2001.

¹⁶⁵ L'Autorità adotta sanzioni pecuniarie per il caso di mancata adozione di PTPCT e Codici di comportamento (artt. 19, comma 5, D.l. 90/2014); per omissione, senza giustificato motivo, nella trasmissione di informazioni richieste da ANAC ovvero per comunicazione di informazioni non veritiere (art. 213, comma 9, Codice contratti pubblici; in quest'ultima ipotesi si prevede anche l'erogazione di una sanzione interdittiva); per mancata trasmissione da parte dell'organo di indirizzo politico delle informazioni e dei dati relativi alla situazione patrimoniale, incarichi, compensi, emolumenti o per mancata pubblicazione di questi dati da parte del soggetto incaricato di procedervi (art. 47 D. lgs. 33/2013). In queste due ultime ipotesi la sanzione pecuniaria è accompagnata da una sanzione reputazionale, consistente nella pubblicazione da parte di ANAC dei nominati delle persone nei cui confronti non sia stato rispettato l'obbligo di pubblicazione (art. 45, comma 4, D. lgs. 33/2013).

¹⁶⁶ B. Neri, *I controlli dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza*, in M. D'Alberti (cur.), op. cit., 803.

¹⁶⁷ Artt. 1, comma 3, L. 190/2012; 45, comma 1, D. lgs. 33/2013; 16 D. lgs. 39/2013.

¹⁶⁸ B. Neri, *I controlli dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza*, cit., 815-816.

contrasto delle condotte di illegalità, di modo che le decisioni di ciascuna istituzione possano essere assunte in una condizione di conoscenza la più lata possibile¹⁶⁹.

L'art. 7 della L. 69/2015, inoltre, interviene in questa dinamica modificando l'art. 129.3 delle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del c.p.p. tramite un'integrazione secondo la quale nei procedimenti relativi a taluni reati contro la pubblica amministrazione¹⁷⁰ «il pubblico ministero informa il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dando notizia dell'imputazione».

All'ordinato svolgimento di questa nuova procedura e alle altre esigenze coordinamento viene incontro l'accordo quadro stipulato fra la Procura generale presso la Corte di Cassazione e ANAC¹⁷¹, al quale sono seguiti i protocolli stipulati sempre con l'Autorità da singole procure della Repubblica e procure generali¹⁷², diretti a facilitare lo scambio informativo nella prospettiva di un beneficio dell'efficacia complessiva delle misure rivolte tanto alla prevenzione quanto alla repressione della corruzione. Si determina così non tanto un'incoerente commistione fra competenze preventive e repressive all'interno di una stessa Autorità (l'ANAC), bensì la valorizzazione del ruolo preventivo di quest'ultima da attuarsi anche tramite il completamento del circuito informativo fra autorità pubbliche, tutte investite, da diverse prospettive, di responsabilità di controllo in materia di rispetto della legalità nei contratti pubblici. Un esito positivo conseguito, indubbiamente, anche grazie alla sensibilità dei diversi attori, a cominciare da quello amministrativo, nel non esorbitare dal proprio ambito di competenze e, al contempo, nel cooperare proficuamente con i propri interlocutori istituzionali.

L'art. 8 della L. 69/2015 ha disposto un raccordo anche fra ANAC e magistratura amministrativa, laddove ha introdotto nella “legge Severino” un nuovo art. 32-*bis*, a norma del quale «il giudice amministrativo trasmette (...) [ad ANAC] ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza». Alla luce delle penetranti funzioni in materia di vigilanza sulla trasparenza amministrativa assegnate ad ANAC¹⁷³, si può immediatamente comprendere come la conoscenza di quelle condotte e di quei dati possa rivelarsi utile anche per tale Autorità ai fini dell'esatta cognizione delle violazioni in relazione alle quali è aperto o potrebbe essere aperto un procedimento di vigilanza.

¹⁶⁹ Le occasioni in cui può instaurarsi una collaborazione e un raccordo fra ANAC e procure penali sono molteplici: al di là della già menzionata obbligatoria trasmissione a queste da parte di ANAC delle risultanze delle sue attività ispettive, di vigilanza ecc., rilevano i procedimenti relativi all'art. 32 D. l. 90/2014, gli adempimenti derivanti tra l'altro dagli obblighi informativi stabiliti nell'art. 80.5, lett. 1, del Codice dei contratti pubblici, la necessità di garantire la tutela del segnalante di illeciti dall'interno della pubblica amministrazione (cd. *whistleblower*) ai sensi della L. 179/2017.

¹⁷⁰ Quelli contemplati dagli artt. 317, 318, 319, 319-*bis*, *ter*, *quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353, e 353-*bis* c.p.

¹⁷¹ Approvato dal Consiglio dell'Autorità il 13 aprile 2016.

¹⁷² ANAC, *Relazione annuale 2016*, cit., 30.

¹⁷³ D. lgs. 33/2013, come innovato dal D. lgs. 97/2016; *adde* i regg. ANAC 29 marzo 2017 *sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, e 16.11.2016 *in materia di esercizio del potere sanzionatorio*.

10.7. La collocazione dell'Autorità nel contesto delle relazioni internazionali

ANAC ha un'esposizione internazionale che rafforza le sue molte attività svolte all'interno dell'ordinamento nazionale. La sua responsabilità ai sensi della Convenzione delle NU è assai vasta: si consideri soltanto che gli Stati parti contraenti sono tenuti, conformemente ai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, a elaborare, applicare e perseguire politiche efficaci di prevenzione; ad attuare e promuovere pratiche egualmente efficaci di prevenzione; a sottoporre il proprio sistema di prevenzione a valutazioni periodiche per valutarne, ancora una volta, l'efficacia e l'adequatezza; a cooperare reciprocamente e con le Organizzazioni internazionali competenti nel settore, anche partecipando a progetti internazionali in materia¹⁷⁴.

L'ANAC è associata a tutte queste attività – nel rispetto di ruolo, funzioni e competenze attribuite –, poiché, da una parte, la ricordata Convenzione obbliga tutti gli organi dello Stato parte contraente a efficacemente contribuire alla strategia di prevenzione della corruzione anche nelle relazioni internazionali; da un'altra parte, la L. 190/2012 dispone che l'Autorità «collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti»¹⁷⁵. Le norme evocate fanno, dunque, di ANAC l'istituzione nazionale italiana principalmente responsabile in materia di prevenzione delle condotte di corruzione sul piano tecnico, anche con compiti di coordinamento di altri organi ed enti italiani, pure a livello della vita di relazione internazionale.

La dimensione internazionale della competenza di ANAC è il luogo naturale dell'approccio collaborativo. Questo si traduce nella prassi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in rapporti bilaterali (anche di assistenza tecnica) con omologhe istituzioni straniere; nella partecipazione – in funzione di competenza tecnica – entro le delegazioni diplomatiche che lavorano sul piano multilaterale (nelle Nazioni Unite, nell'OCSE, nell'OSCE, nel Consiglio d'Europa, segnatamente entro il GRECO, nell'Unione europea e, quando necessario, nel G20 e nel G7, oltre che nell'*Open Government Partnership*, per richiamare soltanto le principali); in iniziative di coordinamento internazionale autonome, come è per esempio il caso della *International Network of National Preventing Authorities*, costituitasi, proprio per iniziativa dell'ANAC, a partire dalla *Šibenik Declaration* del 18 ottobre 2018.

L'attività che l'Autorità svolge in adempimento del richiamato disposto normativo non è finalizzata a rappresentare l'Italia a livello internazionale: a ciò basterebbero le tradizionali delegazioni diplomatiche governative. Lì è presente esclusivamente per ricoprire una funzione tecnica (così salvaguardando le proprie prerogative di indipendenza): la sua partecipazione è funzionale ad arricchire il contributo nazionale al dibattito internazionale con le proprie specifiche competenze, anzitutto nel momento in cui si tratta di individuare il miglior contenuto da dare alle norme internazionali in via di adozione.

Ancora, l'Autorità coglie queste occasioni per condividere e scambiare con le altre omologhe autorità nazionali informazioni, dati e conoscenze sulle metodologie e sulle pratiche della prevenzione della corruzione nell'accezione più ampia, come accolta anche nel nostro ordinamento.

¹⁷⁴ Art. 5 UNCAC.

¹⁷⁵ Art. 1, comma 2, lett. a.

La fitta rete di interlocuzione con l'Unione europea dà conto di una diversa logica, non quella dei rapporti di collaborazione intergovernativa, ma invece quella di essere ANAC un organo "periferico" utile all'adempimento del diritto comunitario entro l'ordinamento domestico¹⁷⁶.

Grazie a quest'assetto l'Autorità Nazionale Anticorruzione è messa anche in grado di rappresentare e sostenere a livello internazionale le specificità del sistema domestico entro i numerosi tavoli di lavoro, ivi compresi quelli che elaborano i contenuti delle norme vincolanti, contribuendo anche a diffondere quelle eventuali *best practices* che il "sistema Paese" sia in grado di elaborare all'interno dell'ordinamento. Come noto, il sistema italiano di prevenzione della corruzione è stato, nella propria globalità, dichiarato una buona prassi dal GRECO (nel Rapporto adottato nell'ambito del IV ciclo di valutazione); ugualmente è accaduto specificamente a proposito dell'approccio collaborativo della vigilanza attuato per "EXPO2015", che è stato apprezzato come buona prassi tanto da OCSE che nel Rapporto UNCAC adottato al termine del secondo ciclo di valutazione; da quest'ultimo è emerso un generale apprezzamento per il ruolo ricoperto da ANAC, che ha trovato riscontro tanto nei *Country Reports* che hanno chiuso dal 2015 a oggi il cosiddetto Semestre europeo, che nel primo Rapporto della Commissione europea in tema di Stato di diritto.

Sul piano interno è abbastanza evidente quali siano i vantaggi che derivano per il "sistema Paese" dal ruolo ricoperto da un'autorità siffatta nelle relazioni internazionali e quali le implicazioni derivanti dalle conseguenti responsabilità. Anzitutto, nell'adempimento delle proprie competenze, l'Autorità può meglio trasferire nelle proprie delibere una corretta comprensione tanto del dettato letterale della norma che ha contribuito a porre a livello intergovernativo, quanto della finalità che essa intende perseguire, così garantendo un più compiuto adattamento ai vincoli internazionali allorquando adotta atti a portata tanto generale che individuale. Nel contempo, il fatto di prendere parte al processo che ha portato all'adozione delle norme internazionali consente all'Autorità di affiancare utilmente il legislatore interno nell'attività del loro recepimento; di meglio valutare (e conseguentemente di sollecitare lo stesso legislatore nazionale verso) un miglior assetto giuridico a fronte di antinomie, difficoltà di interpretazione e carenze del tessuto normativo nazionale.

Proprio in ordine all'ultimo profilo rilevato – quello cioè delle criticità che può presentare l'ordinamento giuridico nazionale in relazione agli adempimenti richiesti dalla sua partecipazione alla vita di relazione internazionale – occorre spendere qualche parola in più per sottolineare l'effetto virtuoso che deriva dalla collaborazione intergovernativa e, più specificamente, dalla partecipazione ad essa delle autorità nazionali di prevenzione della corruzione. La gran parte degli obblighi assunti in seno alle istituzioni internazionali governative che hanno di mira il contrasto alla corruzione mette in campo meccanismi di verifica degli adempimenti convenzionali. La peculiarità di tali meccanismi consiste in modalità di controllo assai costruttive che mirano, più che ad accertare la responsabilità puntuale per la violazione di un obbligo, ad accompagnare lo Stato inadempiente per passi successivi verso un soddisfacente grado di adempimento dell'obbligo stesso. Questo sistema – detto di «*peer review*» poiché si svolge nel rapporto

¹⁷⁶ Sul punto ci si permette di rinviare a N. Parisi, *La governance istituzionale su scala nazionale*, cit.

reciproco fra pari, gli Stati parti del singolo sistema convenzionale – consente di mettere in rilievo i "difetti" dell'ordinamento nazionale senza per ciò stesso farne discendere conseguenze sul piano sanzionatorio: le raccomandazioni che concludono ciascuna delle tappe dei diversi cicli di valutazione mirano, viceversa, a suggerire allo Stato le modalità per adempiere alle proprie obbligazioni convenzionali. La partecipazione delle autorità di prevenzione ai "cicli" di valutazione consente loro di continuamente riportare entro l'ordinamento nazionale – anche nel dialogo con le altre istituzioni – le richieste che provengono dal contesto internazionale, contribuendo al progressivo processo di adattamento del primo al secondo. Se si considerano le molte e significative competenze che l'Autorità nazionale anticorruzione italiana si è vista affidare nel campo della regolazione, della vigilanza, dell'attività consultiva (anche di precontenzioso), si comprende meglio l'utilità di siffatta competenza tecnica.

11. Conclusivamente: ANAC e «il diritto come discorso»

Nonostante che i ricordati rapporti internazionali di valutazione del sistema italiano di prevenzione della corruzione abbiano costantemente dato un giudizio positivo di esso in tutte le sue dimensioni anche quella istituzionale, occorre registrare che l'accademia e alcuni esponenti istituzionali del Paese sostengono posizioni assai critiche sul sistema nel suo complesso e su alcune specifiche sue componenti, tra le quali rientra anche la questione circa l'utilità di un'autorità di prevenzione della corruzione.

Anzitutto, in costanza del perdurare delle pratiche corruttive che quasi quotidianamente emergono, si afferma che l'apparato normativo continuamente in crescita e la complessità del sistema di prevenzione (che si basa su procedure amministrative richieste agli enti pubblici nonché agli enti privati in controllo pubblico) sono controproducenti e fini a se stessi¹⁷⁷; che la regolamentazione introdotta sortisce l'effetto di «rendere [la pubblica amministrazione] irresponsabile, inefficiente e lontana da esigenze concrete del cittadino, irrigidendo le sue scelte (...)» finendo con l'invertire «la scala delle priorità e l'agenda delle amministrazioni mettendo sempre e in ogni caso in primo piano gli obblighi anticorruzione e i relativi adempimenti»¹⁷⁸; che insomma le procedure messe in campo al proposito rappresentano un elemento che contribuisce (se non addirittura determina) l'inefficienza del sistema della pubblica amministrazione e dell'attività di impresa a motivo dei costi, dei ritardi, dei vincoli che queste comportano.

Specificamente per il settore dei contratti pubblici si lamenta l'inadeguatezza del quadro normativo a motivo della sua onerosità che rende inefficiente il

¹⁷⁷ In questo senso S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1; più globalmente sul punto si veda M. Cozzio, *Introduzione alla prima sessione*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (cur.), *Azioni collettive, strumenti di integrità*, cit. p. 10.

¹⁷⁸ M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61.

sistema¹⁷⁹ e dei tanti profili migliorabili¹⁸⁰ - il che è certamente vero -, e la conseguente necessità di sottrarre ad ANAC ogni competenza in materia di contratti pubblici¹⁸¹, in contrasto evidente con il Rapporto della Commissione europea sullo Stato di diritto in Italia il quale riconosce il valore aggiunto che il sistema della prevenzione italiano ha a motivo dell'aver compreso nella propria sfera d'azione anche questo settore¹⁸².

L'autorità di *governance* della prevenzione viene inoltre reputata un «mostro giuridico» e dunque da abolire perché responsabile del blocco della pubblica amministrazione¹⁸³; determinando inefficienza¹⁸⁴, costituendo un *vulnus* al principio della separazione dei poteri¹⁸⁵, in quanto ente «dalla natura composita» a motivo della sua missione, rappresentando un elemento di incertezza nella qualificazione dei poteri regolatori, anche a motivo della mancanza di un quadro di riferimento generale¹⁸⁶; si afferma anche che il contrasto alla corruzione non possa essere affidata a un'autorità amministrativa, dovendo se mai ed essere rafforzati e raffinati gli strumenti messi a disposizione dell'autorità giudiziaria¹⁸⁷.

Si dice dunque - rifacendosi peraltro a importanti riferimenti storici - che il problema sia costituito dalle troppe regole: certo, la normazione sovrabbondante induce spesso difficoltà interpretative e applicative, aporie, contraddizioni; la sobrietà è caratteristica di una buona normazione¹⁸⁸. Tuttavia la sobrietà non risponde a indicatori oggettivi e universali, ogni situazione meritando un maggior o minor grado di normazione. Il dato unificante di questo approccio al problema è probabilmente la convinzione della inutilità, ovvero della inidoneità, delle norme a cambiare la "testa", la cultura di uno Stato e di una nazione.

Al contrario sono profondamente convinta che la legge, e dunque anche le procedure che essa mette in campo, possano - se intelligentemente utilizzate - rivelarsi un potente mezzo per avviare un approccio culturale diverso dal presente nei confronti della corruzione e dei comportamenti che la sostengono e la

¹⁷⁹ Così fra i tantissimi - e molto semplificando quanto ai riferimenti e alle problematiche implicate - si rinvia al solo G. Giovannini, *La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 21; nonché a M. Cozzio, *La disciplina dei contratti pubblici nell'età del (diritto) transitorio*, in Aa. Vv., *Contrattualistica pubblica: quale futuro? Studi in ricordo di Gianni Marco Di Paolo*, Roma, 2019, 163 ss.

¹⁸⁰ Fra i tanti M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 53 ss.

¹⁸¹ F. Cintioli, Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere, in *Il dubbio*, 16 aprile 2020, 11.

¹⁸² SWD(2020) 311 final, 30 settembre 2020.

¹⁸³ S. Parisi, in *DiRE*, 2 gennaio 2018; cosp. anche A. Cancrini, *Riformare l'ANAC per sbloccare i lavori pubblici in Italia*, in *formiche.net*, 24.5.2020.

¹⁸⁴ Intervista *Così l'anti corruzione diventa l'anti efficienza. Cassese ci dice perché l'ANAC non fa bene il suo mestiere*, in *Il foglio*, 24 gennaio 2017. Adde anche Id., *Poco coraggio, burocrazia e troppi poteri a Palazzo Chigi*, in *Il sussidiario*, 10.7.2020

¹⁸⁵ E. D'Alterio, *Regolare vigilare punire*

¹⁸⁶ Torchia, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 607.

¹⁸⁷ M.A. Cabiddu, *Il fenomeno della corruzione visto dalla prospettiva giuspubblicistica*, in G. A. Benacchio, M. Cozzio (cur.), op. cit., 48.

¹⁸⁸ Per un'articolata riflessione giuridica sul tema v. B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

alimentano¹⁸⁹: un approccio culturale in cui centrale sia la consapevolezza della gravità dei danni che comporta un livello di corruzione alto e pervasivo, sistemico, arrecando i tanti danni di cui si è detto. Un approccio culturale, insomma, tramite il quale siano percepibili i “costi” della corruzione e vi sia la consapevolezza della portata riprovevole delle condotte implicate¹⁹⁰.

Certo occorre che le leggi siano applicate, in particolare e anzitutto da una pubblica amministrazione pronta e competente, aiutata - per essere tale - da investimenti sulla sua formazione, sul ricambio generazionale, sull'acquisizione di strumenti informatici. In relazione a queste esigenze l'apposizione ormai di rito della cd. clausola di invarianza non solo non aiuta, ma è distonica. È tuttavia indubbio che il diritto, e con esso le procedure, rappresentano una conquista e un baluardo per chi non detiene potere (pubblico, poiché non spartisce posizioni nel governo della “cosa pubblica”, o privato, poiché non economicamente forte). La burocrazia nel senso moderno del termine è nata proprio per realizzare i fini collettivi secondo criteri di imparzialità, impersonalità del potere e razionalità: essa consiste in uno strumento di trasmissione del comando in antitesi all'esercizio arbitrario di esso¹⁹¹.

Vi è in ultimo la questione relativa all'interpretazione e applicazione della norma: operazioni concettuali che devono informarsi a un criterio sostanzialista. Il diritto è infatti uno strumento non fine a se stesso, ma utile a conseguire la giustizia.

In via di principio, dunque, la condizione di corruzione di una società non può essere addebitata alla presenza di norme e di procedure: buone regole, una competente amministrazione e una magistratura indipendente ne abbassano certamente il rischio poiché strumento di affermazione del principio di supremazia del diritto rispetto all'arbitrio¹⁹².

Tuttavia sono, questi, presupposti che non si improvvisano. Il contrasto della corruzione è un processo, non si esaurisce istantaneamente, anzi prende un lungo tempo; non è certo un processo lineare; e molti degli strumenti che esso utilizza potrebbero essere essi stessi corrotti¹⁹³. Si tratta, dunque, di incominciare ad avviare un processo culturale per cambiare l'approccio, appunto culturale, del Paese.

E' in questo contesto di *work in progress* che si inserisce la dimensione istituzionale della prevenzione della corruzione. Dalla ricognizione sul ruolo e sulle funzioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nonché sulle modalità del suo operare e degli effetti di ricaduta della sua attività si può apprezzare l'originale

¹⁸⁹ Sulla funzione promozionale del diritto v., ben più autorevolmente, N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma, 1977.

¹⁹⁰ Sottolineano la carenza nella società italiana di questo impronta culturale G. De Vergottini, G. Spangher, in *Corruzione contro Costituzione*, Padova, 2012, rispettivamente pp. 2 e 44.

¹⁹¹ Obbligato è il rinvio al teorico della burocrazia moderna, M. Weber, *Economia e società*, nell'edizione curata da W.J. Mommsen, M. Meyer, Roma (Donzelli), 2005; ma v. anche in chiave contemporanea K.J. Meier, L.J. O'Toole, *Bureaucracy in a Democratic State: A Governance Perspective*, Baltimore (The Johns Hopkins University Press), 2006.

¹⁹² Sul principio di legalità e sulle caratteristiche della norma (perché essa possa essere qualificata “legge”) rimando alla articolata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'interpretazione e applicazione dell'art. 7 della Convenzione europea di salvaguardia, come ricostruita da D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2012, 41.

¹⁹³ A proposito di norme esse stesse produttive di condotte di corruzione v. F. Giavazzi, G. Barbieri, *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*, Milano, 2014.

prospettiva aperta dalla strategia di prevenzione della corruzione che, per essere internazionale, è anche interna all'ordinamento italiano.

L'analisi per certi aspetti sommaria condotta sul ruolo che in questa strategia ricopre l'Autorità Nazionale Anticorruzione aiuta ad riconoscere che essa è divenuta in concreto, nella pratica quotidiana, il punto di riferimento delle conoscenze nelle materie che concorrono a delineare una strategia di contrasto al fenomeno della corruzione. Essa è stata in grado in un lasso di tempo tutto sommato non lungo (sei anni) di costruire parametri per verificare la ripetitività di comportamenti che possono essere indicatori/spie/indizi di condotte di cattiva amministrazione, di condotte prodromiche a fatti di corruzione, se non anche di condotte di corruzione in senso stretto. Ciò è dovuto principalmente al fatto che ANAC è stata costruita per essere al centro di una rete di raccolta, elaborazione, gestione e scambio di informazioni, dati e documenti, tutti strumentali all'esercizio delle sue competenze di prevenzione dell'illegalità e della corruzione¹⁹⁴, ma anche serventi l'azione di repressione penale e di accertamento giudiziario di illegalità amministrative¹⁹⁵. Ed è proprio l'approccio collaborativo da essa utilizzato che si dimostra in grado di valorizzare la sua attività conoscitiva.

Rapidamente riassumendo in sede di conclusioni: l'Autorità monitora ed esercita la vigilanza sui PTPCT¹⁹⁶, potendo esercitare «poteri ispettivi mediante richieste di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni»¹⁹⁷; vigila sui dati, sulle informazioni e sui documenti di obbligatoria pubblicazione, avendo anche la competenza a decidere sui ricorsi in materia di accesso civico “semplice”¹⁹⁸; il Presidente dell'Autorità riceve dal giudice amministrativo notizia dei procedimenti avviati in tema di violazione delle norme sulla trasparenza e dal giudice penale notizia dell'imputazione¹⁹⁹; l'Autorità riceve semestralmente dalle stazioni appaltanti le informazioni che esse sono tenute a pubblicare nei propri siti web “amministrazione trasparente”²⁰⁰; ANAC riceve segnalazioni²⁰¹, anche “qualificate”, ovvero di *whistleblowing*²⁰²; detiene una Banca Dati Nazionale sui Contratti Pubblici (BDNCP) «nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza (...), tutte le informazioni contenute nelle banche esistenti, anche a livello territoriale (...)»²⁰³; si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici, il quale opera anche attraverso il collegamento con le sezioni regionali e con i sistemi in uso presso altre

¹⁹⁴ R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, cit., 8-9; C. Romano, *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, cit., 772-774.

¹⁹⁵ *Supra*, par. 10.6.

¹⁹⁶ Art. 1, comma 2, lett. f, L. 190/2012.

¹⁹⁷ Art. 1, comma 3, L. ult. cit.

¹⁹⁸ Art. 7, comma 1, lett. h, L. 124/2015.

¹⁹⁹ *Supra*, par. 10.6.

²⁰⁰ Art. 1, comma 32, L. 190/2012.

²⁰¹ Sulla base delle quali articola parte della propria vigilanza: si vedano i relativi regolamenti (per i settori anticorruzione, trasparenza, integrità del dipendente pubblico e contratti pubblici, dei quali si è trattato nel par. 10.2), pubblicati sul sito www.anticorruzione.it.

²⁰² Al proposito si veda la ormai ricca produzione dottrinale in tema di L. 179/2017, fra cui ci si permette di rinviare a N. Parisi, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, cit., dove si mette a confronto il sistema italiano di segnalazione di *whistleblowing* con quanto dispone la direttiva dell'Unione europea in materia (da adempiere per la parte pubblicistica entro il 17 dicembre 2021).

²⁰³ Art. 213, comma 8, Codice contratti pubblici.

amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici²⁰⁴; gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici istituito presso l'Osservatorio, il quale contiene «tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi ai motivi di esclusione degli operatori economici dalla partecipazione a una procedura di gara per un contratto pubblico²⁰⁵; riceve dall'Avvocatura dello Stato segnalazioni relative a violazioni di leggi e regolamenti o ad altre irregolarità in materia di contratti pubblici²⁰⁶.

Approccio collaborativo e capacità conoscitive, congiuntamente, sono in grado di mettere a disposizione di ANAC un patrimonio di informazioni che danno sostanza alla sua azione e consentono, conclusivamente, di ragionare sul contributo che essa offre quotidianamente al «diritto come discorso»²⁰⁷. La sua capacità decisionale, gli argomenti sui quali si articola l'attività di regolazione, le motivazioni che sostengono l'esercizio dell'attività di vigilanza e più in generale l'interlocuzione con gli interlocutori valorizza la tesi del «concorso determinante dell'argomentazione giuridica» tanto nell'applicazione quanto nella produzione di regole giuridiche²⁰⁸.

Se «il diritto è un discorso sui fatti dal punto di vista del dover essere»²⁰⁹, allora possedere la conoscenza dei fatti tramite la disponibilità delle informazioni e il circuito di relazioni significa contribuire a porre diritto oggettivo e soggettivo.

Questa la grande responsabilità generale assegnata all'Autorità Nazionale Anticorruzione italiana: responsabilità che nulla ha a che vedere con l'esercizio di poteri giurisdizionali, ovvero con il ruolo di gendarme che alcuni le vogliono attribuire.

Nicoletta Parisi
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania
nparisi@lex.unict.it

²⁰⁴ Art. 213, comma 9, doc. ult. cit.

²⁰⁵ Art. 213, comma 10, doc. ult. cit.

²⁰⁶ Art. 19, comma 5, lett. a-bis, D. l. 90/2014.

²⁰⁷ Prendendo a prestito il titolo del bel volume di A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

²⁰⁸ Pp. 4, 8, 22.

²⁰⁹ A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., 90.

La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica

di Gabriella M. Racca

Abstract: The need of digitalization of public contracts: a Public “Amazon like” model for public procurement – This article analyses the need to foster digitalization of the public procurement cycle from the definition of needs to the end of the execution steps. Overall digitalization - inclusive of the supply chain - implies the aggregation of public demand and the setting of central purchasing bodies that can manage the whole process and guarantee efficiency and integrity thus encouraging a wider opening of the European internal market. The pandemic made even more evident the need of horizontal administrative cooperation through networks among central purchasing bodies and with the European institutions. Only horizontal and vertical cooperation in the procurement strategies can provide more resilience in case of emergencies. Yet, these networks should cooperate first in times of non-turmoil. Databases of the economic operators should be fully digitalized to create a real value added for the participation to award procedures in the European market. A further trust on the qualification of suppliers would reduce the risks of procurement at any time. Digitalization and networking will provide a favorable environment for innovation and the inclusion of sustainability principles in the procurement strategies for the benefit of EU citizens.

4669

Keywords: Electronic Public Procurement; Digitalization; Databases; Smart Contracts; Administrative Cooperation.

1. La necessità della digitalizzazione dei contratti pubblici.

La digitalizzazione costituisce ormai il presupposto essenziale per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione della funzione appalti. Non pare che il rilancio del mercato dei contratti pubblici possa prescindere dalla qualificazione e dalla innovazione tecnologica¹. L'analisi dei dati concernenti i fabbisogni delle stazioni

¹Sia permesso rinviare a: G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 321 ss. ed alla ancora attuale Comunicazione CF COM(2017) 572 final del 3 ottobre 2017 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*”, 3: «Gli appalti pubblici sono uno strumento strategico a disposizione della politica economica di ogni Stato membro. La strategia per il mercato unico del 2015 ha evidenziato la necessità di sistemi di appalti pubblici più trasparenti e responsabili. Ciò richiede il passaggio da un approccio puramente amministrativo a uno strategico e orientato alle esigenze, pienamente conforme alle norme. Gli appalti pubblici, nei quali viene speso circa il 14 % del PIL dell'UE ogni anno, possono contribuire ad affrontare le principali sfide dell'Europa, in particolare in materia di creazione di occupazione e di crescita sostenibile. Essi possono favorire gli investimenti nell'economia reale e stimolare la domanda per

appaltanti e le caratteristiche dei mercati di riferimento permette la definizione di strategie di gara funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico. La trasformazione digitale conduce alla standardizzazione dei modelli di contratto e delle relative fasi preliminari e successive, comprensive di selezione ed esecuzione.

La digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici si articola in molti aspetti che occorre distinguere per evidenziarne le potenzialità, in una prima fase per l'analisi dell'esistente e in una seconda per comprendere i mutamenti organizzativi e funzionali possibili².

Come noto, per ogni contratto pubblico è necessario che il responsabile del procedimento richieda un codice identificativo gara, CIG (o *smart* CIG), più o meno completo, che individua alcuni elementi del contratto e delle modalità di selezione. Dalla raccolta di tali dati si possono ricavare preziose informazioni che tuttavia sono spesso incomplete o fornite in maniera disomogenea e non sempre consentono una rapida analisi dei *big data* correlati. Sarebbe quindi necessario, come sollecitato da tempo, ridefinire il sistema e le modalità di acquisizione dei dati, unificare la raccolta regionale con quella nazionale per avere dati più completi e significativi.

Attualmente, pur con i limiti richiamati, è possibile rilevare scostamenti, anomalie e deviazioni che andrebbero segnalate alla stazione appaltante perché chiarisca o si allinei su parametri adeguati. L'analisi dei dati può evidenziare infatti scostamenti nei prezzi, acquisti frammentati, affidamenti ripetuti alle medesime

aumentare la competitività basata sull'innovazione e sulla digitalizzazione, come sottolineato nella comunicazione sull'industria. Possono anche sostenere la transizione verso un'economia circolare efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse e promuovere uno sviluppo economico sostenibile e società più eque e inclusive»; v. anche il rapporto di valutazione elaborato dal Segretariato dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico che illustra le risposte dei governi parte dell'Organizzazione nella fase iniziale della crisi da Covid-19, *OECD, Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19, 24 June 2020*, read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132982-9i47fud8xb&title=Stocktaking-Report-on-Immediate-Public-Procurement-and-Infrastructure-Responses-to-COVID-19.

² Si veda la Comunicazione CF COM(2017) 572 final del 3 ottobre 2017, cit., che riprende la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea degli Investimenti, «*Investire in un'industria intelligente, innovativa e sostenibile. Una nuova strategia di politica industriale dell'UE*», 479 final, 2: «Per aiutare le autorità a utilizzare meglio gli appalti pubblici e renderli un propulsore di tecnologia intelligente, sostenibile e innovativa, la Commissione proporrà inoltre misure volte a promuovere gli appalti strategici e ad aiutare gli Stati membri per quanto riguarda gli aspetti relativi agli approvvigionamenti di grandi progetti infrastrutturali». Sul tema da ult.: L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, in www.irpa.eu, 2020. G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 1/2019, 33 ss., M. Immordino, A. Zito, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, Napoli, XXVII, 2, 2018, 371. Si vedano anche i dati relativi all'utilizzo dei Fondi strutturali UE 2014 - 2020, su cohesiondata.ec.europa.eu/overview#.

imprese. Ovviamente le ragioni spesso risiedono in una mancanza di programmazione, di capacità, di conoscenza del mercato³.

Prassi inefficienti, in passato difficilmente rilevabili, che ora emergono proprio in ragione di un progressivo sviluppo delle analisi dati, che potranno consentire, attraverso sistemi elettronici, la previsione di *alert* o anche meccanismi di blocco per acquisti ripetuti per il medesimo oggetto. Tuttavia, l'utilità delle analisi dati non è volta tanto a correggere singole disfunzioni, ma ad evidenziare la necessità di riorganizzare la funzione appalti, con l'aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti.

L'efficienza della funzione appalti diviene necessaria anche per evitare l'ingresso di operatori privati che, come già in altri ordinamenti⁴, si pongano come alternativi alla funzione pubblica di acquisto e riducano lo spazio pubblico di politica industriale nel settore. Il riferimento è alle piattaforme private tipo “*Amazon*” che negli Stati Uniti stanno entrando sul mercato dei contratti pubblici di minor valore attraverso iniziative come “*Amazon.gov*”⁵, ma che proprio per l'efficienza assicurata, anche nel periodo emergenziale, tendono a sostituirsi alla funzione pubblica con tutte le connesse implicazioni di strategia e politica industriale⁶.

³ Si veda Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 del 12 gennaio 2012, n. 1, in tema di “*Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*”, in cui si evidenzia come in Italia la frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici (individuata in un numero compreso tra le 32.000 e le 37.000 unità con oltre 60.000 centri di spesa) abbia determinato la “frantumazione” del sistema “in una miriade di micro azioni che ostacolano l'efficienza complessiva del mercato e non consentono un efficace controllo”.

⁴ Nel 2019 è stata lanciata dall'Amministrazione dei Servizi Generali (GSA) degli Stati Uniti un'iniziativa pilota per l'autorizzazione a “micro-acquisti” attraverso piattaforme elettroniche da parte degli enti pubblici, fino a \$ 10.000 (valore aumentato a \$ 20.000 a livello nazionale in tempi di emergenza dichiarata e \$ 30.000 all'estero); v. C.R. Yukins, *United States procurement and the COVID-19 pandemic*, in *Public Procurement Law Review*, 2020, 4, 220-231.

⁵ Negli Stati Uniti il Congresso ha previsto disposizioni che consentissero di sperimentare un metodo di acquisto innovativo: “*Amazon Amendment*” o “*Amazon.gov*”; la sezione 846 del *National Defense Authorization Act* per il 2018 (2018 NDAA) ha stabilito regole per l'uso di portali di *e-commerce* (*e-portals*) per l'acquisto di articoli COTS (Commercial Off-the-Shelf) che richiedono un livello avanzato di personalizzazione, non ottenibile tramite soluzioni standard. Richiedendo l'uso di *e-portals*, su base governativa, la scelta sembra favorire la concorrenza, accelerare gli appalti, consentire ricerche di mercato agli utilizzatori e assicurare prezzi convenienti attraverso contratti con più fornitori di servizi di *e-commerce*. Sono, tuttavia, evidenti che le criticità connesse a tale scelta. A questo proposito, si rinvia a P. McKeen, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, 2019, 373-386; D. Dayen, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles “Amazon Washington Post”*, in *The Intercept*, 201. Cfr.: G. L. Albano, *Il Public Procurement come stimolo alle PMI: Il caso del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione Italiana*, in *Rivista di Politica Economica*, VII-IX, 2014, 169-210.

⁶ Sulle questioni relative alla scelta (poi confermata dalla Corte di Giustizia, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19 - Asmel Soc. cons. a r.l. c. Autorità Nazionale Anticorruzione ed Associazione Nazionale Aziende Concessionarie Servizi Entrate, su cui v. *infra* e Cons. Stato, Sez. V., 3 novembre 2020, n. 6787) di mantenere la funzione appalti in ambito pubblico: G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per*

L'emergenza sanitaria ha, del resto, reso evidente la necessità di garantire la continuità del servizio pubblico⁷, per assicurare la sicurezza e la salute dei cittadini, con una gestione regolare e responsabile dei contratti necessari per garantire l'efficienza dei servizi e delle infrastrutture⁸.

La situazione emergenziale ha richiesto acquisti pubblici mirati e adeguati, canalizzati principalmente attraverso appalti pubblici. Ciò ha evidenziato l'impatto delle strategie di approvvigionamento sull'efficacia delle politiche pubbliche per affrontare la pandemia e le sue conseguenze sociali ed economiche. In una prima fase, l'attenzione è stata rivolta alla gestione della risposta all'emergenza sanitaria, con evidente necessità di sviluppare coordinamento di acquisti aggregati e cooperazione amministrativa, per evitare la inaccettabile concorrenza fra gli acquirenti pubblici⁹. Attualmente si richiede un'analisi delle conseguenze e degli

l'aggregazione dei contratti pubblici, cit., 33 ss. V. M. Midiri, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2018, 1017-1038. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid - Rassegna* n. 19, 2015.

⁷ Nell'emergenza si è verificato il rovesciamento dei rapporti contrattuali con una evidente concorrenza tra gli acquirenti pubblici a livello nazionale, regionale, europeo e globale che ha determinato l'interruzione delle catene distributive. Nell'attuale situazione di emergenza, la temporanea sospensione delle regole ordinarie sui contratti pubblici e la conseguente diminuzione delle esigenze di imparzialità e concorrenza nelle procedure di selezione dei contraenti hanno evidenziato la necessità di incrementare la trasparenza nei processi per tutelare l'integrità e l'efficienza della spesa pubblica. L. Folliot Lalliot, C.R. Yukins, *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, 2020, 3, 46 ss. e spec. 52 ss. In ambito nazionale v.: E. Carloni, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, rapporto pubblicato sul sito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione il 29 aprile 2020. Fra i documenti di A.N.A.C. si vedano la *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, approvata dal Consiglio il 22 aprile 2020, nonché la Relazione annuale 2019 presentata al Parlamento il 2 luglio 2020, spec. l'allegato *L'Autorità e l'emergenza Covid-19*. I capitoli spagnolo, italiano e francese di Transparency International hanno sottoscritto l'appello *Contro la crisi sanitaria, più trasparenza e democrazia*, pubblicato il 7 aprile 2020 in www.transparency.it.

⁸ In Italia come in molti altri paesi europei, sono stati introdotti aiuti ed agevolazioni alle imprese per favorire la ripartenza delle attività e contenere il danno economico provocato dal lockdown. Con l'entrata in vigore del "Decreto rilancio" (D.l. 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77), fra il resto, trova collocazione la modifica alla regolamentazione relativa all'occupazione dello spazio pubblico da parte dei privati anche al fine di favorire su scala nazionale la ripresa delle attività turistiche e recettive. Sul tema v.: M. Demichelis, *Innovazioni nell'uso degli spazi pubblici post-pandemia: il caso italiano nel contesto europeo*, in *Questa Rivista*, 2, 2020, 2463-2487; L. Cuocolo, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in *Questa Rivista*, 1, 2020, XV-XX.

⁹ Al fine di ottimizzare il coordinamento tra gli Stati membri in una materia trasversale quale la tutela della salute, è stata introdotta – con la Decisione n. 1082/2013/UE – la possibilità di attuare forme di acquisto congiunto di beni e dispositivi medici per il contrasto dei gravi rischi per la salute a carattere transfrontaliero. L'attuazione di tali procedure, nel periodo della diffusione del Covid-19, ha evidenziato profili di criticità tra cui la difficoltà per la DG Salute di procedere celermente a degli acquisti con le difficoltà di relazione con il mercato rilevante per garantire un accesso equo e sicuro degli approvvigionamenti. Sull'argomento v.: G. Sdanganelli, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *Questa Rivista*, 2., 2020, 2323-2346; T. Kotsonis, *EU procurement legislation*

impatti della pandemia globale, con successivo adeguamento degli appalti e delle strategie anche infrastrutturali per affrontare le conseguenze del periodo post-pandemico. In tale terza fase la gestione degli appalti pubblici dovrà essere orientata verso una “nuova normalità” basata sul superamento delle vulnerabilità rivelate dalla crisi, con un ripensamento delle strategie ed un nuovo coordinamento anche in relazione alle filiere produttive, alla luce dell’innovazione tecnologia e digitale e della sostenibilità¹⁰.

Nella crisi attuale, in Italia, a fronte delle proposte di abrogazione o sospensione del Codice dei contratti pubblici¹¹ o, al contrario, di emanazione di un ampio Regolamento di attuazione, di riduzione delle funzioni dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.)¹², di commissariamenti o addirittura di limitazione dei mezzi di impugnazione avanti alla giustizia amministrativa¹³, sembra necessario procedere rapidamente verso la richiamata digitalizzazione dei contratti pubblici, dalla rilevazione dei fabbisogni alla procedura selettiva, fino alla conclusione dell’esecuzione¹⁴.

in the time of COVID-19: fit for purpose?, in *P.P.L.R.*, 2020, 4, 199-212. G.L. Albano, *Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers’ Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 Crisis in Italy*, in *P.P.L.R.*, 2020, 4, 213-219.

¹⁰ V. il recente documento programmatico dell’OCSE che evidenzia quali aspetti devono essere rivisitati negli appalti pubblici per aumentare la resilienza nell’ipotesi di ulteriori ondate di pandemia o future emergenze (OECD, *Public Procurement and Infrastructure Governance: Initial policy responses to the Coronavirus (COVID-19) crisis*, 30 July 2020, read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=135_135391-eb6wiwbrmn&title=Public-Procurement-And-Infrastructure-Governance).

¹¹ Art. 1, Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. In particolare, nell’art. 1 il Legislatore torna a occuparsi, a poco più di un anno dalla conversione del c.d. decreto “Sblocca Cantieri” (legge 14 giugno 2019 n. 55), della disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia europea introducendo un regime derogatorio temporaneo rispetto alla disciplina dell’art. 32 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici). La finalità di semplificazione è attuata riducendo le tipologie di affidamento, da quattro (affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) a due, affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando, più l’eventuale mantenimento della procedura aperta.

¹² S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 141-158.

¹³ Si v. M.A. Sandulli, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020; Id., *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 26 marzo 2020; F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 15 aprile 2020.

¹⁴ Come già indicato dall’Unione europea, la cui Commissione nella Comunicazione CF COM(2017) 572 del 3 ottobre 2017, cit., ha chiarito che, al fine di elaborare risposte strategiche adeguate nel mercato degli appalti pubblici, «è fondamentale disporre di dati affidabili. La trasformazione digitale, il generale aumento della quantità di dati e la disponibilità di standard in materia di dati aperti offrono opportunità per creare migliori strumenti di analisi per un’elaborazione delle politiche orientata alle esigenze e di sistemi di allarme per segnalare e contrastare la corruzione negli appalti pubblici. È opportuno rendere disponibili dati migliori e più accessibili sugli appalti, poiché in questo modo si apre la strada a molteplici possibilità per valutare meglio l’efficacia delle politiche in materia di appalti, ottimizzare l’interazione tra

Un'innovazione nella gestione della funzione appalti, specialmente nel periodo di post-pandemia, presuppone l'adeguatezza organizzativa e professionale di soggetti specializzati come le centrali d'acquisto digitalizzate (con gare digitalizzate e logistica ispirata al modello "Amazon", ma come soggetti pubblici) con procedure "native digitali" e con documenti di gara (E-Forms¹⁵) che contengano dati che possano essere direttamente acquisiti e pubblicati, ove rilevante (GUCE, TED, BDNCP, ecc.).

L'Unione Europea impone la formazione "nativa digitale" dei documenti di gara¹⁶ con l'adozione (entro il 25 ottobre 2023) di nuovi formulari digitali standard generati automaticamente per la pubblicazione di avvisi e bandi sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione. Tali formulari costituiranno modelli standard da compilare non più manualmente ma automaticamente, mediante sistemi di *software*, con le informazioni ricavate da precedenti avvisi e bandi, specifiche tecniche, offerte, contratti, registri amministrativi nazionali e altre fonti di dati. Tale disciplina impone il rispetto del principio *once-only* nella pubblica amministrazione elettronica e interoperabile, in una prospettiva di favore per lo sviluppo di forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche europee (a livello nazionale e transnazionale) per la condivisione di informazioni, con l'inserimento dei dati una sola volta ed il relativo richiamo e riutilizzo in differenti documenti e basi di dati, consentendo la riduzione degli oneri amministrativi e l'aumento dell'affidabilità dei dati stessi. La pubblicazione potrà essere in tal modo agevolata e automatizzata, superando gli attuali estenuanti oneri di ricaricamento degli stessi dati da parte delle amministrazioni e delle imprese¹⁷. Viene così favorita la

i sistemi di appalti pubblici e delineare future decisioni strategiche. I sistemi di appalti elettronici devono produrre dati di buona qualità, ma è ancor più importante che i responsabili politici utilizzino tali dati e li condividano con altre parti interessate. Tali sistemi costituiscono inoltre un mezzo per identificare irregolarità. L'accesso ai dati sugli appalti pubblici dovrebbe consentire il dialogo con la società civile e responsabilizzare ulteriormente i governi. Le autorità pubbliche avrebbero quindi strumenti migliori per la lotta contro le frodi e la corruzione».

¹⁵ Gli *e-Forms* sono formulari standard europei per raccogliere e pubblicare i dati sugli appalti che implementano quanto previsto dalle direttive (cfr. Dir. 2014/23/UE, art. 33, Direttiva 2014/24/UE art. 51; Dir. 2014/25/UE art. 71), al fine di rispettare il principio dell'«unico invio» nella pubblica amministrazione elettronica, riducendo così gli oneri amministrativi e aumentando l'affidabilità dei dati, facilitando la pubblicazione volontaria degli avvisi e dei bandi introducendo formulari digitali standard che possono essere generati automaticamente da sistemi software.

¹⁶ Imposta dall'Unione europea con il Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019. Si veda: R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti nativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 119 - 158.

¹⁷ S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit., 141 ss.; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 61 ss.; S. Cassese, *Che cosa resta dell'Amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 1-11. M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida Anac*, in F. Liguori e S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, 2017, Napoli, 79 ss.

pubblicazione volontaria anche degli avvisi e dei bandi di valore inferiore alle soglie UE e basati su accordi quadro¹⁸.

Un sistema di centrali d'acquisto specializzate come evoluzione dell'insoddisfacente esperienza del tavolo dei soggetti aggregatori consente di assicurare un servizio di gare realizzate e messe a disposizione di tutte le amministrazioni utilizzatrici che non dispongono delle capacità e che non potranno essere certo tutte riqualificate per poter svolgere adeguatamente le gare pubbliche. Una prospettiva che apre allo sviluppo di strategie di specializzazione, anche superando i limiti territoriali, coprendo così più settori per lo sviluppo di politiche industriali per la crescita anche delle piccole e medie imprese¹⁹. Gare elettroniche che mettono a disposizione dei fabbisogni delle amministrazioni utilizzatrici i beni e servizi necessari, che possono essere scelti "a scaffale", poiché già sottoposti a confronto competitivo, "già garati". Scelta che si basa sulla quantità e qualità più appropriate rispetto al bisogno con una semplificazione della modalità di adesione e acquisto (modello "Amazon"), senza eludere le garanzie dello svolgimento di una procedura di gara (pubblica). Non si esclude che le amministrazioni possano ancora realizzare autonomamente le proprie gare, ma la qualità e l'efficienza del servizio disponibile potranno soddisfare il bisogno senza imposizioni. Chi si sente più capace potrà sempre cimentarsi con i costi e tempi di una gara tradizionale.

A legislazione invariata le gare "native digitali" possono essere svolte dalle centrali d'acquisto (Consip S.p.A. e soggetti aggregatori) attraverso piattaforme elettroniche, con gli strumenti contrattuali già previsti e di recente riformati e sviluppati dalla legge di bilancio 2019, principalmente attraverso i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche²⁰.

L'utilizzo di tali strumenti contrattuali digitali richiede, come anticipato, l'adeguatezza delle organizzazioni pubbliche cui è affidata la funzione appalti. Adeguata, come principio costituzionale che si pone a fondamento della professionalità dei funzionari pubblici per assicurare la necessaria qualificazione in particolare di chi svolge gare, non più individuali, ma nell'esercizio di una funzione, pur sempre pubblica, a favore di terzi. Prospettazione che perciò legittima

¹⁸ Considerando n. 8 del Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780: «Come stabilito dall'articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE, dall'articolo 51, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE e dall'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/25/UE, gli avvisi e i bandi sono file elettronici anziché documenti cartacei. Al fine di rispettare il principio «una tantum» nella pubblica amministrazione elettronica, riducendo così gli oneri amministrativi e aumentando l'affidabilità dei dati, e di facilitare la pubblicazione volontaria degli avvisi e dei bandi il cui valore è inferiore alle soglie UE o che sono basati su accordi quadro, è opportuno stabilire modelli standard che possano essere compilati automaticamente con le informazioni ricavate da precedenti avvisi e bandi, specifiche tecniche, offerte, contratti, registri amministrativi nazionali e altre fonti di dati. In prospettiva, tali modelli non saranno più compilati manualmente ma generati automaticamente da sistemi di software».

¹⁹ Report di Accademia per l'Autonomia, *La riorganizzazione degli acquisti pubblici a livello locale per il contenimento della spesa pubblica e l'efficienza degli appalti: quale modello organizzativo?*, Forum di ricerca a cura di Promo P.A. Fondazione e Università di Roma Tor Vergata, Roma, 22 gennaio 2018.

²⁰ L. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*, (Legge di Bilancio 2019).

limitazioni della capacità giuridica di contrattare per assicurare la qualità delle prestazioni, in particolare degli enti territoriali nell'esercizio di poteri e funzioni²¹. L'autonomia, con riferimento alla funzione appalti, va intesa infatti come assegnata alla pubblica amministrazione nel suo complesso e non in relazione alle sue diverse articolazioni²². L'autonomia di ricevere e destinare fondi ad un'opera pubblica non implica che la realizzazione di tale opera debba essere affidata ad un ufficio inadeguato dell'ente locale, ma, al contrario, che possa essere affidata a strutture capaci che ne permettano la corretta e tempestiva realizzazione. L'impostazione è stata di recente affermata anche dalla Corte dei conti che ha ritenuto indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle Pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche, con l'aggregazione delle stazioni appaltanti che ne accresce la competenza tecnica²³ contribuendo a riaffermare quella simmetria tra amministrazioni e operatori economici che impone a chi richiede una prestazione di saperla definire, selezionare e controllarne l'esecuzione²⁴.

Aggregazione dei contratti pubblici intesa non come centralizzazione, ma come specializzazione per l'aggiudicazione degli appalti in modo efficiente, integro e innovativo, ripensando il modello organizzativo della centrale di committenza

²¹ R. Cavallo Perin, A. Romano, Articolo 1, in R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 6, in cui si sottolinea che «i limiti esterni dell'autonomia degli enti territoriali, i caratteri o elementi essenziali di tali enti (poteri normativi, organizzazione pubblica, ecc.), sono definiti dalla Costituzione con norme espresse (art. 1, 51, 52, 54 Cost.) o di principi» laddove, in particolare, il principio di auto organizzazione è previsto e tutelato dalla Costituzione all'articolo 114 come uno dei caratteri dell'autonomia pubblica. A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1987, 30 - 41. Cfr. D. Borgonovo, *L'ordinamento degli enti locali prima e dopo la riforma del titolo V, con particolare riferimento alla provincia autonoma di Trento*, in *federalismi.it*, 10, 2011.

²² Sul tema cfr. G. Scaccia, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, G. Corso V. Lopilato (a cura di), Milano, 2006, 4 e G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1247.

²³ Corte dei conti, Sezioni centrali di controllo, *Referto in materia di informatica pubblica*, settembre-ottobre 2019, 115: «[è] indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle Pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche. Si richiama inoltre la necessità di procedere all'aggregazione delle stazioni appaltanti (attualmente sono oltre 32.000, di cui quasi 3.700 nel settore dell'ICT) e di accrescerne, oltre alla dimensione, anche la competenza tecnica, per favorire rapporti di forza paritaria tra funzionari delle stazioni appaltanti e operatori economici». V. il documento recentemente pubblicato dall'A.N.AC., *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020.

²⁴ Art. 118 Cost. Art. 37 e ss., d. lgs. n. 50 del 2016; F. Merusi, *Integration between EU law and national administrative legitimacy*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2013; R. Cavallo Perin, *Relazione conclusiva al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 maggio 2014.; J.B. Auby, J. Dutheil De La Rochère, *Introduction: Degré de convergence de droits administratifs dans le creuset du droit européen*, cit., 1283 ss.; G. L. Albano, M. Sparro, *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, in *Review of Economics and Institutions*, 2010, disponibile al link: www.rei.unipg.it/rei/article/view/17.

che compie gare per conto di terzi e attuandolo come sistema a rete, fra la centrale di committenza nazionale (Consip s.p.a.) e i soggetti aggregatori regionali che possono specializzarsi su singoli settori (per es. sanità), e aree merceologiche, anche per tutto il territorio nazionale²⁵.

2. Interoperabilità delle banche dati per la qualificazione degli operatori economici: da AVCPass a nuovi sistemi di reti europee per un rapporto di fiducia con le imprese.

L'Italia si colloca in una posizione bassa sia nelle classifiche internazionali di trasparenza e legalità²⁶, sia in quelle sullo sviluppo digitale²⁷. Il perseguimento di tali obiettivi può essere favorito valorizzando forme di cooperazione che agevolino la libera ricerca delle Università sui dati delle pubbliche amministrazioni. Ricerca che, come già sperimentato²⁸, può fornire “idee di riserva” particolarmente utili per i momenti di crisi.

L'aggregazione e la specializzazione nella funzione appalti richiedono la digitalizzazione e quindi interoperabilità specificamente programmata fra le banche dati rilevanti per un'efficace conoscenza del settore dei contratti pubblici, dei fabbisogni e degli operatori economici²⁹.

Il mancato coordinamento dei dati costituisce un forte limite alla semplificazione e allo sviluppo del settore. A fronte di una competenza esclusiva

²⁵ Si veda per tutti: S. Cassese, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, 467- 474.

²⁶ Prima tra tutte la nota graduatoria mondiale di *Transparency International* basata sull'indice di percezione della corruzione (CPI): nel 2019 il nostro Paese è in 51^a posizione, costantemente in risalita dall'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 sulla prevenzione della corruzione e dal 2014, anno di istituzione dell'A.N.AC.; G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014.

²⁷ Nella classifica *Digital economy and society index, DESI*, l'Italia è al 24° posto nel 2019.

²⁸ In questa prospettiva, si rinvia alla Convenzione di ricerca stipulata il 16 gennaio 2019 tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione e l'Università degli Studi di Torino ai sensi del Regolamento dell'A.N.AC. del 1° marzo 2018 per accedere e studiare il contenuto della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. Questo accordo, che si fonda sulla convinzione che l'Università possa efficacemente fornire analisi obiettive a supporto delle attività istituzionali di A.N.AC., dimostra che l'Autorità sia aperta alla collaborazione con gli Atenei.

²⁹ Sono individuabili le seguenti banche dati di rilievo per il settore: Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), tenuta da A.N.AC.; Banca dati del sistema SIOPE, tenuta dal MEF (Ragioneria Generale dello Stato); Banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP) tenuta dal MEF (Dipartimento del Tesoro); Banca dati unitaria sui progetti finanziati con risorse nazionali e comunitarie proprie della politica di coesione tenuta dal MEF; Sistema informativo del casellario giudiziale tenuto dal Ministero della giustizia; Banca dati relativa all'esercizio dei poteri disciplinari da parte delle amministrazioni pubbliche, tenuta dal Dipartimento della Funzione Pubblica; Banca dati sui procedimenti giurisdizionali erariali presso la Corte dei conti; Banca dati delle sentenze della Giustizia amministrativa; Banca dati del sistema d'indagine del Ministero dell'interno; Banca dati sugli intermediari finanziari e sulle segnalazioni delle operazioni sospette dell'UIF della Banca d'Italia; Banche dati sulle imprese profit e non profit e sulla spesa degli enti locali dell'ISTAT; Registro delle imprese presso le Camere di commercio (Infocamere).

dello Stato sul “coordinamento informativo, statistico e informatico”³⁰, sono state riscontrate notevoli criticità connesse alla mancata razionalizzazione e coordinamento delle piattaforme di raccolta dei dati sull’intero ciclo dei contratti pubblici di rilievo regionale o sub-regionale che rimangono monitorati dalle Regioni e Province autonome³¹. Di qui la previsione del Codice dei contratti pubblici, rimasta inattuata, relativa alla definizione di un protocollo generale fra l’A.N.AC., il Ministero dell’economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, per la definizione delle regole di interoperabilità e delle modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto dei principi di unicità del luogo di pubblicazione e dell’invio delle informazioni³².

Come noto, il Codice dei contratti pubblici³³ prevede per l’acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei requisiti, l’utilizzo esclusivo della Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici. Manca ancora l’attuazione di tale disposizione e rimane pertanto operativo, in via transitoria, il precedente sistema AVCpass³⁴, che peraltro risulta largamente insoddisfacente in quanto, per esempio con riferimento ai requisiti di ordine generale degli operatori economici³⁵, consente di scaricare i certificati del casellario giudiziale ad essi connessi, ma non effettua in via automatica la verifica delle condanne riportate e dei carichi pendenti. Considerazioni analoghe riguardano anche la verifica dei requisiti di ordine tecnico-professionale e economico-finanziario sulla documentazione di altri Enti

³⁰ Art. 117, comma 2, lettera r), Cost.

³¹ *Ex art.* 29, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.

³² Art. 29, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016. Il Protocollo non è ancora stato adottato. In data 24 ottobre 2019, è stato, tuttavia, approvato un Ordine del giorno sulla rete degli Osservatori regionali/provinciali dei contratti pubblici in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Si ricorda che, l’obiettivo di “promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell’utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto” è in capo alla Cabina di regia istituita presso Presidenza del Consiglio dei Ministri, art. 212, comma 1, lett. d), del d.lgs. 50/2016.

³³ Art. 81, D. Lgs. n. 50 del 2016.

³⁴ *Ex art.* 216, comma 13 del d.lgs. 50 del 2016: il sistema è ancora disciplinato dalla delibera A.N.AC. n. 157 del 17 febbraio 2016, non coordinata con l’attuale Codice dei contratti pubblici.

³⁵ Il sistema AVCpass dovrebbe consentire l’acquisizione della documentazione inerente i requisiti generali: «a. Visura Registro delle Imprese fornita da Unioncamere; b. Certificato del casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia; c. Anagrafe delle sanzioni amministrative – selettivo *ex art.* 39 d.P.R. n. 313/2002 dell’impresa, fornita dal Ministero della Giustizia; d. Certificato di regolarità contributiva di ingegneri, architetti e studi associati, dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti (Inarcassa); Autorità Nazionale Anticorruzione e. Comunicazione di regolarità fiscale fornita dall’Agenzia delle Entrate secondo quanto specificato nella tabella di approfondimento allegata alla presente delibera; f. Comunicazione Antimafia fornita dal Ministero dell’Interno» (art. 5 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016).

certificanti³⁶. Continua quindi a gravare sulla stazione appaltante tutta l'attività di analisi manuale della documentazione rinvenibile attraverso il sistema AVCpass rispetto ai requisiti di qualificazione degli operatori economici³⁷, come precisato dalla stessa Autorità Nazionale Anticorruzione che garantisce “il trasporto e la pubblicazione sicura dei dati”, restando le valutazioni sui contenuti di ciascun documento onere delle singole stazioni appaltanti, con evidente aggravamento della fase di selezione dell'offerente³⁸.

L'interconnessione delle differenti banche dati esistenti e la digitalizzazione potrebbero semplificare in maniera significativa tale fase, assicurando il rapido reperimento di dati utili all'accertamento dei motivi di esclusione e dei requisiti di partecipazione, riducendo, in tal modo, anche il rischio di un dispersivo contenzioso, proprio su tali requisiti³⁹. Occorre integrare e rendere interoperabili i *database* esistenti, quali le banche dati dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze, ma anche quelle sviluppate da altri soggetti, come ad esempio Cerved, per l'acquisizione digitale della qualificazione delle imprese (una sorta di “bollino

³⁶ Secondo l'art. 6 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016, con riferimento alla comprova del possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, il Sistema AVCpass consente il reperimento della documentazione (si ribadisce: non l'accesso automatico ai dati) ai «Documenti e/o dati forniti dagli Enti Certificanti» ossia: “a. Bilanci delle società di capitali ove disponibili, forniti da parte di Unioncamere; b. Certificazioni di sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 relative al settore EA28 forniti da Accredia; c. Fatturato globale e ammortamenti degli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero società di persone, ove disponibili, forniti da parte dell'Agenzia delle Entrate; d. Dati relativi alla consistenza e al costo del personale dipendente, forniti da parte dell'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS)”; ai “Documenti resi disponibili direttamente dalla stessa Autorità” ossia “a. le Attestazioni SOA; b. i Certificati Esecuzione Lavori (CEL). Ciascun operatore economico ha la facoltà di richiedere alla stazione appaltante/ente aggiudicatore l'inserimento nell'apposita banca dati CEL dei certificati che dovessero risultare mancanti, secondo quanto prescritto dal Comunicato del Presidente dell'Autorità del 5 ottobre 2010; c. certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici cui si applica, in via transitoria, la previsione del successivo art. 9, comma 2; d. le ricevute di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità da parte dei soggetti partecipanti»; i documenti forniti dagli operatori economici con riferimento alle specificità della gara. Specificazioni ulteriori sono contenute nella *Tabella di approfondimento relativa ai documenti resi disponibili a sistema* contenuta nella Relazione di accompagnamento alla delibera A.N.AC. n. 157 del 2016.

³⁷ Così infatti dispone l'art. 4, commi 7 e 8 della delibera A.N.AC. n. 157 del 2016: «Ai fini delle verifiche, il soggetto abilitato avvia tramite AVCPASS la richiesta dei documenti a comprova dei requisiti per gli operatori economici interessati; successivamente l'Autorità avvia presso gli Enti Certificanti le richieste dei documenti definiti nel comma 1 del successivo art. 5. L'Autorità mette a disposizione tempestivamente i documenti a comprova dei requisiti, non appena ricevuti dagli Enti Certificanti».

³⁸ Cfr. Relazione di accompagnamento alla delibera n. 157 del 2016: «con riferimento alla documentazione che sarà resa disponibile attraverso il sistema AVCpass, si evidenzia che l'Autorità si limita a garantire il trasporto e la pubblicazione sicura dei documenti senza nessuna trasformazione dei contenuti forniti dagli Enti convenzionati. Le valutazioni di merito dei contenuti esposti nell'ambito di ciascun documento fornito rimangono onere esclusivo della stazione Appaltante/Ente aggiudicatore».

³⁹ G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 321 ss.

verde”), con aggiornamenti in tempo reale sulla sussistenza dei requisiti di ordine tecnico, economico, finanziario e di ordine generale-morale, sfruttando le potenzialità del documento unico di gara europeo.

Un accreditamento digitale nel sistema può consentire agli operatori economici di presentare le relative offerte in tempi molto rapidi, ove il procedimento di valutazione delle stesse venga strutturato su criteri di qualità misurabile, perciò assicurando valutazioni totalmente o parzialmente automatizzate, riservando alle commissioni giudicatrici un ruolo in attività peculiari, come si vedrà, ad esempio ove sia necessario testare dei campioni.

Le centrali d’acquisto potrebbero così concentrarsi sull’elaborazione delle strategie di gara, sulla definizione di lotti basati sulle caratteristiche specifiche dei mercati di riferimento – favorendo forme di cooperazione tra soggetti aggregatori - e sulla valutazione delle offerte per assicurare la qualità delle prestazioni. La definizione di lotti funzionali o territoriali ottimali, favorendo la partecipazione alla gara sotto una regia pubblica e non abbandonata alle iniziative anche collusive private, può favorire l’ingresso e la crescita nel mercato degli appalti pubblici di nuovi operatori economici più efficienti e innovativi, anche di minori dimensioni⁴⁰.

Le amministrazioni, così riqualificate, potrebbero divenire anche il “primo cliente” dell’innovazione sviluppata ed introdotta sul mercato, per poterla diffondere in tempi rapidi, non solo in ambito nazionale, nell’interesse della qualità delle prestazioni e dello sviluppo economico.

4680

3. Il tavolo dei soggetti aggregatori: un nuovo sistema a Rete fra Stato, Regioni ed enti locali nel rispetto del principio costituzionale di adeguatezza.

La funzione appalti deve svolgersi in coerenza ai principi costituzionali ed europei e l’evoluzione tecnologica richiede lo sviluppo di gare digitalizzate, aggregate, affidate a centrali di acquisto e soggetti aggregatori qualificati che cooperino in rete⁴¹.

L’aggregazione della domanda pubblica non significa centralizzazione in grandi contratti nazionali, di elevato valore. L’aggregazione nazionale, con grandi gare ad ampia estensione geografica, è giustificabile solo in limitati settori ed è in

⁴⁰ V. l’analisi economica di G. L. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d’appalto*, in *Quaderni Consip*, cit., 13 ss. In via generale, maggiore è il numero di lotti in cui è suddivisa una fornitura, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù di criteri di selezione meno restrittivi, quali i requisiti di fatturato nonché i costi di partecipazione alla gara (cauzione provvisoria e cauzione definitiva), con ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni.

⁴¹ G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss. V. Art. 1, comma 5, d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (“Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”) conv. con l. 6 novembre 2018, n. 130, che consente al Commissario straordinario, nell’esercizio delle proprie attività connesse alla ricostruzione del Ponte Morandi a Genova, di operare “in deroga ad ogni disposizione di legge” diversa da quella penale e in materia di antimafia.

via di superamento, in relazione alla elaborazione di nuove e più sofisticate strategie di lotti che possono cogliere le differenti opportunità dell'aggregazione. Occorre sviluppare un modello a rete fra amministrazioni aggiudicatrici con professionalità elevate e specializzazione che assicuri la qualificazione della funzione appalti nel rispetto del principio costituzionale di adeguatezza⁴².

Principio di adeguatezza che, nella disciplina dei contratti pubblici, da tempo è evidenziato in relazione agli operatori economici cui si è tradizionalmente richiesta la qualificazione delle capacità tecnico-organizzative, economico-finanziarie⁴³. L'adeguatezza dell'organizzazione diviene funzionale alla migliore selezione ed alla coerente e corretta esecuzione, per evitare che promesse contrattuali inadempite determinino la conseguente violazione dei principi della selezione ed in particolare della concorrenza, anche nell'esecuzione⁴⁴.

⁴² Art. 118, I co. Cost.: «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». Cfr.: F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 81 - 120; A. Romeo, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche* e G. Portaluri, *Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti*, entrambi in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, Firenze, 2016, 301 - 320. e 407 - 420.

⁴³ R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. I, Firenze University Press, 2016, 3 - 36; già in *L'Organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione Europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, Rimini, Maggioli Editore, 44/2016, 997-1033; Id., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa, prefazione a J. L. Silicani, Libro bianco sull'avvenire degli ufficiali pubblici. Per la Francia del domani*, Napoli, Jovene, 2011, XXIV; R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, cit., 266 ss.; R. Cavallo Perin, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società e altri organismi nella prospettiva della riforma della PA*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di) *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforma*, Bologna, 2016, 115-124; A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001, 179.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza del 2 aprile 2020, n. 10, ha riconosciuto l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato anche alla fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un operatore partecipante alla gara. Si rileva sul punto come «a esigenze di trasparenza, che sorreggono il correlativo diritto alla conoscenza degli atti anche nella fase di esecuzione del contratto, conducono anche il principio di concorrenza e il tradizionale principio dell'evidenza pubblica che mira alla scelta del miglior concorrente, principio che non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara.» Infatti «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione»: cfr. in tal senso dieci anni prima: R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2010, 325-354; G. M. Racca, R. Cavallo Perin, G. L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, vol. 41, 2011, 89-108; A. Massera, M. Simoncini, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2011.

Presupposti dell'adeguatezza organizzativa sono la professionalità (non occasionalità) nello svolgimento della funzione, nonché una specializzazione per tipologia merceologica che permetta di compiere analisi di mercato⁴⁵ per settori e territori in coordinamento con omologhi enti di altre aree nazionali ed europee⁴⁶, con i conseguenti limiti alla capacità giuridica di contrattare, funzionali alla qualità delle prestazioni.

I modelli di aggregazione della domanda pubblica si realizzano nelle centrali di committenza che operano con differenti strumenti contrattuali, aprendo a differenti e sempre più sofisticate strategie di gara⁴⁷, soprattutto mediante gli accordi quadro⁴⁸.

Sotto il profilo dell'organizzazione, da tempo il fondamento giuridico delle differenti modalità di cooperazione amministrativa è ricondotto alle discipline sugli accordi fra pubbliche amministrazioni⁴⁹. Cooperazione che negli appalti sia all'interno degli Stati membri, sia transfrontaliera e transnazionale, la Commissione europea promuove come strumento di efficienza, integrità e sviluppo

⁴⁵ Cfr. artt. 40 e 41 della Direttiva 2014/24/UE come recepiti dagli artt. 66 e 67 del d.lgs. n. 50 del 2016. Sulle consultazioni preliminari del mercato, cfr.: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2018, n. 340. Cfr. anche il Parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, 14 febbraio 2019, n. 445) sulla proposta di Linee Guida dell'ANAC, (*"Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"*).

⁴⁶ Si v. *infra*, § 4. G. M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Dalle esternalizzazioni alla contrattazione socialmente sostenibile*, Napoli, 2017, 171 ss; Id., *Collaborative and strategic procurement for supporting industrial innovation*, in É. Muller (a cura di) *La commande publique, un levrier pour l'action publique?*, Dalloz, 2018, 121 ss.

⁴⁷ Art. 37, *Aggregazioni e centralizzazione delle committenze*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*; G. M. Racca, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 489 - 512.; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011; G. L. Albano, C. Nicholas, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

⁴⁸ La Corte di giustizia dell'Unione Europea (C.G.U.E., sez. VIII, 19 dicembre 2018, n. 216, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust e Coopservice Soc. coop. arl contro Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) e a., causa C-216/17), ha riconosciuto la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di mettere a disposizione le proprie gare, (anche) di amministrazioni che non si siano vincolate in precedenza. Secondo la Corte il richiamo alle "parti" si doveva interpretare, già nella precedente direttiva, come riferito unicamente agli operatori economici. Presupposto necessario dell'adesione è, dunque, sul piano soggettivo, la chiara identificazione di tali amministrazioni nei documenti di gara come potenziali beneficiarie dell'accordo, perciò rendendo nota tale possibilità alle amministrazioni stesse, oltre che agli operatori economici nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e certezza del diritto. La sentenza chiarisce le modalità per assicurare che i beneficiari di un accordo quadro siano *"chiaramente identificati"*. V. A. Brown, *May a contracting authority make use of a framework agreement which it has not signed and is it mandatory to state the total quantity of service that may be called off under that agreement? The Court of Justice ruling in Case C216/17*, in P.P.L.R., 3, 2019, 89-94.

⁴⁹ G. M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 2017, 101-145; R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2016, 1457-1493.

del mercato interno⁵⁰, ma che al contempo richiede capacità e professionalità nuove e differenti rispetto a quelle disponibili nei tradizionali uffici appalti delle oltre 37.000 amministrazioni aggiudicatrici italiane. Le scelte di “aggregazione” possono, prefigurare appalti congiunti occasionali, di comune interesse,⁵¹ a favore delle amministrazioni che scelgono di aggregare le proprie necessità e delegare una di esse allo svolgimento della gara a favore di tutte. Più strutturale è la costituzione di centrali di committenza professionali per lo svolgimento di gare a favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, a tal fine delegando lo svolgimento di una specifica gara, ovvero di tutte le gare relative a particolari prestazioni, con scelte vincolate dall’ordinamento, ovvero discrezionali.

Modalità generali o specifiche che possono favorire la cooperazione giungendo talora ad imporla o a condizionarla variamente in ragione del valore o della tipologia di prestazione da acquistare.

Di qui i limiti talora imposti, ma evidenti in ogni caso in relazione al principio di adeguatezza, alla capacità giuridica degli enti autonomi (tra cui proprio la previsione dell’aggregazione dei contratti pubblici), con l’attribuzione delle funzioni a soggetti terzi. Limiti che non costituiscono pregiudizio per l’autonomia agli stessi riconosciuta dalla Costituzione, ma, al contrario, come sopra ricordato, permettono di soddisfare al meglio i bisogni degli amministratori⁵², assicurando perciò la qualità di prestazioni e servizi pubblici che l’ente sceglie o è tenuto ad erogare. Si tratta di attività necessarie al funzionamento dell’ente che permettono la realizzazione dell’autonomia proprio perché assicurano l’adeguatezza organizzativa necessaria a ciascun ente, sviluppando le forme di collaborazione amministrativa più opportune, che per ciò stesso andrebbero attuate anche a prescindere da ogni forma di obbligatorietà, per evitare i rischi derivanti dall’esercizio di funzioni per le quali non si disponga di professionalità adeguate⁵³.

L’analisi del sistema organizzativo delle gare pubbliche aggregate differisce significativamente rispetto alla singola gara intesa come singola procedura

⁵⁰ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 3 ottobre 2017, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l’Europa*, COM (2017) 572 final; I. Locatelli, *Process Innovation under the new Public Procurement directives*, cit., 31-63.

⁵¹ Art. 38, *Appalti congiunti occasionali*, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁵² Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937, secondo cui il risparmio rispetto agli importi definiti da Consip è condizione sufficiente, nell’attuale ordinamento giuridico, per non acquisire il servizio, la fornitura o il lavoro, tramite la relativa convenzione. Sul tema: B. G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 5, 613. La misura di gestione del rischio connesso alla conclusione di contratti pubblici per talune amministrazioni è di evitare di stipularli ricorrendo alle gare di centrali d’acquisto o delegandole su gare specifiche; mentre, per l’assegnazione di lavori tra 150 mila e 350 mila euro si potrà applicare una procedura negoziata, con obbligo di aver sondato almeno 10 imprese. La deroga è prevista per tutto il 2019, cfr. l. 30 dicembre 2018, n. 145, *Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*.

selettiva e di esecuzione, svolta da una singola amministrazione nel proprio interesse⁵⁴.

L'introduzione, sempre precaria, nel nostro ordinamento di obblighi di adesione alle convenzioni stipulate dalla Centrale di committenza nazionale, Consip S.p.A., tra esigenze di razionalizzazione della spesa e di mantenimento della piena autonomia contrattuale delle amministrazioni pubbliche⁵⁵, ha determinato incertezze che hanno limitato la definizione di efficaci strategie di gara da parte di Consip, non legittimata a compiere scelte dei settori di intervento, con le correlate implicazioni di politica industriale⁵⁶.

Tali strategie potrebbero ora utilmente svilupparsi considerando i nuovi modelli di aggregazione della domanda pubblica in Europa, seppure con significative differenze legate a consolidate esperienze nazionali, nonché l'avvio di recenti esperienze riconosciute non solo legittime, ma necessarie ed efficienti per la gestione della funzione appalti in ambito nazionale e transfrontaliero, come si vede in tempi di emergenza⁵⁷. Sviluppo che nel nostro ordinamento può essere favorito dalla scelta di prevedere una qualificazione delle stazioni appaltanti. Scelta che, come noto, non è imposta dalla disciplina europea⁵⁸, ma consente di sviluppare le capacità professionali necessarie alla qualità ed integrità dei contratti pubblici, come sollecitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e in conformità ai richiamati principi costituzionali⁵⁹.

⁵⁴ A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., 36. V.: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. G. M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2015, 345-387; A. Lopez Mino – P. Valcarcel Fernandez, *Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies*, in G. M. Racca – C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns*, cit., 199 e ss.

⁵⁵ Su tali aspetti sia consentito il rinvio a G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss. Per una ricostruzione degli interventi normativi sui soggetti aggregatori si rinvia a M. Immordino, A. Zito, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, *Nuove autonomie*, cit., 371.

⁵⁶ T.a.r. Lazio, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata da Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038.

⁵⁷ I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., 31-63. Per un confronto con il modello spagnolo, si vedano le previsioni contenute nella Sección 4ª (Centrales de contratación) della Ley de Contratos del Sector Público ("*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*").

⁵⁸ Direttiva 2014/24/UE. Si v. anche: Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁵⁹ G. M. Racca, S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in L. Scomparin (a cura di) *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2017, XX; G. M. Racca, R. Cavallo Perin, G. L. Albano, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. Audit-S. W. Schill (a cura di) *Transnational Law of Public Contracts*, Bruxelles, 2016, 845 ss.; F. Peirone, *Risk-management as*

La centrale di committenza costituisce dunque modello organizzativo fondato su una cooperazione amministrativa tra soggetti pubblici per l'adempimento di funzioni istituzionali⁶⁰, attuandone il trasferimento verso altro soggetto giuridico⁶¹. Tale "cooperazione pubblica" è funzionale all'adeguatezza della funzione appalti⁶² che, opportunamente coordinata, risulta strategica al perseguimento di obiettivi di qualità in una visione sistemica di politica industriale⁶³.

La centrale di committenza è qui intesa dunque come amministrazione aggiudicatrice, organismo di diritto pubblico, i cui caratteri peculiari sono, non solo la personalità giuridica, ma anche la sottoposizione ad influenza pubblica dominante e l'istituzione per soddisfare bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale e commerciale, perciò irrinunciabili per la collettività amministrata. Come di recente confermato dalla Corte di Giustizia⁶⁴, non pare dunque in contrasto con i principi europei la scelta dell'ordinamento nazionale di riferirsi per la definizione di centrale di committenza e di soggetto aggregatore a soli soggetti pubblici, poiché è proprio la qualificazione come soggetto pubblico a fondare la legittimazione allo svolgimento della funzione appalti in favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, dando attuazione ai principi costituzionali e agli obblighi derivanti dai Trattati.

a compliance tool for addressing corruption in public contracts, 909 ss., in V. Cantino, P. De Vincentiis, G. M. Racca (a cura di) *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, McGraw-Hill Education, London, 2016, 849-946; G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns*, cit.

⁶⁰ *Contra*: Cons. Stato, sez. V, ord. 20 settembre 2018, che afferma che «una centrale di committenza è, dunque, per il diritto euro-unitario, un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici».

⁶¹ La Corte di giustizia UE (sez. III, 21 dicembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord / Region Hannover*, in C-51/15) ha escluso la qualificazione di appalto pubblico con riferimento all'accordo di un consorzio intercomunale, persona giuridica di diritto pubblico, con trasferimento a tale nuovo ente pubblico di talune competenze di cui tali enti erano investiti fino ad allora e che sono ormai proprie di tale consorzio intercomunale.

⁶² Corte di giustizia UE, 11 luglio 2006, *FENIN v. EU Commission* in C-205/03, par. 26. Nella giurisprudenza *Fenin*, la *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria - 'FENIN'*. Cfr. anche: Corte di giustizia UE, 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities and Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, in C-113/07. Cfr. P. D. K. Balshøj, *Can intermediary central purchasing bodies be subject to competition law?*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, 2, pp. 59-69 A. S. Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2015, 2017 ss.

⁶³ Cfr. il modello di aggregazione della Provincia di Brescia che, tra il 2013 e il 2016 ha raccolto come SUA 111 Comuni, svolgendo circa 600 gare per un importo complessivo di circa 223 milioni di euro, tra cui, nel 2017 una gara aggregata di energia elettrica e servizi di *energy management* con previsione di due lotti e vincolo di aggiudicazione cui hanno partecipato 19 amministrazioni locali e un gruppo di lavoro multidisciplinare con competenze tecnico giuridiche incentrate su tutte le fasi del ciclo dell'appalto. Si rinvia al Report di Accademia per l'autonomia, *La riorganizzazione degli acquisti pubblici a livello locale per il contenimento della spesa pubblica e l'efficienza degli appalti: quale modello organizzativo?*, cit.

⁶⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit.; Cons. Stato, Sez. V., 3 novembre 2020, n. 6787.

La Corte di giustizia⁶⁵ ha respinto le prospettazioni volte a qualificare la centrale di committenza come impresa che “offre il servizio dell’acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici” che consentirebbero ai privati di assumere tale qualificazione, con una conseguente ridefinizione della funzione appalti, non come attività rivolta all’ente e funzione istituzionale pubblica, ma come “servizio da aprire al mercato” per assicurare una pretesa parità di trattamento tra i prestatori di servizi⁶⁶. La scelta nazionale, ammessa dalla Corte di giustizia, di mantenimento della funzione appalti nel settore pubblico risulta strategica, come ricordato, proprio per il perseguimento degli obiettivi di politica industriale.

Inoltre, la partecipazione privata alle attività di committenza pubblica potrebbe determinare conflitti di interessi e criticità in relazione al finanziamento ed alla copertura dei costi con percentuali sul transato dalle amministrazioni aderenti o *fees* da parte degli aggiudicatari⁶⁷. Esclusa la partecipazione dei privati, si può rilevare l’ulteriore criticità connessa alla previsione anche della sola forma giuridica privata, poiché se la legge può certamente prevedere *fees*, si può trattare unicamente di contributi che coprono costi pubblici e che restano a soggetti pubblici, come di recente ribadito dall’Anac⁶⁸. La previsione di *fees* o percentuali, pur se a favore di soggetti integralmente pubblici, ma in forma giuridica privata, può talora determinare il rischio di effetti distorsivi rispetto agli obiettivi definiti nella convenzione che attribuisce i finanziamenti, quali la riduzione dei costi, l’aumento del valore delle transazioni intermedie e la cooperazione amministrativa con gli altri soggetti aggregatori, per la creazione di una più vasta rete che promuova qualità ed efficienza del sistema complessivo. Si aggiunga che la forma giuridica privata influisce sulla selezione e retribuzione del personale che non acquisisce lo *status* di funzionario pubblico⁶⁹, con i relativi vincoli costituzionali

⁶⁵ Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza del 4 giugno 2020, causa C- 3/19, cit. Come già sostenuto in G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss.

⁶⁶ Sulla questione rimessa alla Corte di Giustizia da Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, concernente l’impugnazione del provvedimento con il quale ANAC ha escluso che una società costituita a sua volta da altre associazioni (Asmel s.c.ar.l) potesse essere inclusa tra i soggetti aggregatori, e respinta poi dalla Corte di giustizia, v. *infra*.

⁶⁷ Il D.M. del MEF del 23 novembre 2012 rende operativi i meccanismi di remunerazione sugli acquisti in forma aggregata realizzati dalla centrale Consip S.p.A. ponendo a carico dei soggetti aggiudicatari di accordi quadro, convenzioni e gare bandite da Consip S.p.A. nell’ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi, una “commissione” non superiore all’1,5%, il cui importo è parametrato al valore dei contratti stipulati.

⁶⁸ A.N.AC., Delibera n. 247 del 8 marzo 2017; cfr. ANAC, Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015.

⁶⁹ Su tali aspetti: G. M. Racca, S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, cit. 33 ss.; R. Cavallo Perin, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari Pubblici*, Milano, 2009, 147-161; Id., *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. Corpaci, R. Del Punta, M. P. Monaco (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Milano, 2018, 143-153.

di “disciplina e onore”, ex art. 54 Cost., determinando inoltre rigidità nelle possibili forme di collaborazione e coordinamento con il personale pubblico delle singole amministrazioni (es. aziende sanitarie), che utilmente potrebbero essere impiegate per sviluppare la contrattazione aggregata.

Il Codice dei Contratti Pubblici aveva attribuito al Tavolo dei soggetti aggregatori il compito di costituire una rete di collegamento e monitoraggio fra le centrali di committenza regionali qualificate e con la centrale di committenza nazionale, Consip s.p.a.⁷⁰. Tuttavia, come noto, il coordinamento non ha finora sviluppato tutte le potenzialità. La digitalizzazione delle procedure potrebbe determinare la distribuzione di competenze e la possibilità che ogni soggetto aggregatore regionale possa operare anche in ambito nazionale, in coordinamento con Consip⁷¹. Una specializzazione piuttosto che una competizione tra organizzazioni professionali pubbliche di acquisto con l’aggregazione della “funzione appalti”, contribuirebbe al miglioramento delle competenze, riducendo i rischi di contenzioso o di bassa qualità dei prodotti, di inadempimenti dei fornitori e di inadeguatezza dei termini e delle condizioni contrattuali, anche mediante l’uso coordinato e interoperabile di piattaforme elettroniche per la condivisione di dati. Simili modelli possono svilupparsi fra soggetti aggregatori in cooperazione con la centrale nazionale, ma ben potrebbero articolarsi maggiormente, superando il vincolo territoriale all’adesione per aprirsi all’adesione di altre amministrazioni,

⁷⁰ Art. 9, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, convertito, con modificazioni dalla l. L. 23 giugno 2014, n. 89: «Nell’ambito dell’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti di cui all’articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, operante presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l’elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296»; Con la “Spending Review” del 2014, la composizione dell’albo nazionale dei “soggetti aggregatori” - tra cui il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Consip S.p.A., Invitalia (Agenzia Nazionale per l’Attrattività degli Investimenti-Agenzia per lo Sviluppo degli Investimenti e dell’Imprenditoria) - è stata affidata all’A.N.A.C., con la possibilità di includere anche altre centrali di committenza che soddisfino i principi di qualità, efficienza e professionalità, e di stabilità territoriale. Attualmente l’A.N.A.C. fornisce un elenco di 32 centrali di committenza. Esso comprende 25 enti pubblici e 7 enti privati qualificati come enti di diritto pubblico: InnovaPuglia S.p.a. per la Regione Puglia; So.Re.Sa. S.p.a. per la Regione Campania; CRAS per la Regione Umbria; IN.VA. S.p.a. per la Regione Valle d’Aosta; ARIA S.p.a. per la Regione Lombardia; SCR per la Regione Piemonte e, a livello nazionale, Consip S.p.A. Come noto con Decreto del Ministero dell’Economia è stato approvato l’elenco delle categorie merceologiche e delle relative soglie oltre le quali le Amministrazioni dello Stato, gli Enti Amministrativi e le Aziende Sanitarie Locali sono tenuti a ricorrere a Consip S.p.A. o ad un altro soggetto aggregatore. La spesa pubblica corrente per questi acquisti, di circa 18,054 milioni di euro all’anno, e le attività di acquisto delle centrali di committenza vengono monitorate e coordinate dal Tavolo Tecnico dei soggetti aggregatori, articolato in tre gruppi di lavoro, relativi al settore della sanità, dell’interoperabilità e della spesa pubblica comune (quest’ultimo di prossima attuazione).

⁷¹ Art. 1, c. 457, l. 27 dicembre 2006 n. 296 – legge per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007). La digitalizzazione consentirebbe una immediata condivisione dei dati ed una più efficace programmazione.

seguendo le più evolute esperienze europee⁷². La specializzazione delle centrali di committenza su forniture sanitarie, servizi di pulizia, ristorazione, vigilanza, sulle differenti tipologie di opere pubbliche genererebbe efficienza e qualità ed ovviamente possibilità di confronto con le migliori pratiche europee, accompagnando lo sviluppo degli operatori economici e dei mercati europei verso l'innovazione⁷³.

Si darebbe così concretezza ai piani strategici di sviluppo della digitalizzazione, dell'*e-procurement*, per la sostenibilità e l'innovazione evitando le nocive forme di concorrenza rovesciata fra acquirenti pubblici cui si è assistito in fase di emergenza (fra Regioni, fra Regioni e Stato e fra Stati Europei per la mancanza di coordinamento).

4. Contratti digitali: sistemi dinamici di acquisizione, accordi quadro, aste e cataloghi elettronici.

Il servizio gare digitalizzato, come funzione pubblica, può dunque essere affidato a Centrali d'acquisto pubbliche qualificate e specializzate che operino con Sistemi dinamici di acquisizione della Pubblica Amministrazione – SdaPA⁷⁴ per fornire i beni servizi già in tutto o in parte sottoposti a procedura competitiva ("già garati"), tra i quali sia possibile scegliere, anche superando gli obblighi di adesione alle gare di una sola centrale d'acquisto, riaffermando l'esercizio dell'autonomia delle singole amministrazioni nel potere di scelta tra più aggiudicazioni già avvenute⁷⁵.

I sistemi dinamici di acquisizione, interamente elettronici, consentono agli acquirenti pubblici di consultare un gran numero di potenziali fornitori di lavori, beni o servizi standardizzati (*"off-the-shelf"*), le cui capacità sono già state verificate in sede di ammissione al sistema. Il sistema dinamico di acquisizione risulta particolarmente adatto per acquisti di uso corrente e ripetitivi, permettendo al tempo stesso adattamenti alle specifiche esigenze delle amministrazioni utilizzatrici. Un sistema dinamico può essere predisposto per categorie definite di

⁷² Sul punto: G. M. Racca e S. Ponzio, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit., 33 ss.

⁷³ G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.

⁷⁴ D.lgs. n. 50 del 2016, n. 50, art. 55. Si veda anche la L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, commi 581-587, che ha introdotto disposizioni che mirano ad estendere l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di strumenti elettronici e centralizzati di acquisto e negoziazione.

⁷⁵ G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., 321-341. Cfr. R. Cavallo Perin, Relazione conclusiva al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, cit.; G. M. Racca, Introduzione al Convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*, cit.13. Id., *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide*, Rapporto 2015, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 489 ss. Tali aspetti sono ripresi nel § 4. V. R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, cit., 1457-1493.

prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche del contratto da eseguire, che possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti⁷⁶. Tali sistemi possono essere istituiti anche al fine di promuovere l'acquisto di prodotti innovativi a favore delle amministrazioni italiane ed europee, in attuazione degli strumenti giuridici di cooperazione negli appalti tra amministrazioni di Stati Membri differenti⁷⁷.

Il sistema dinamico è articolato in due fasi, di cui la prima comprende la pubblicazione di un bando sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, che apre alla partecipazione di qualsiasi operatore economico che ne richieda l'ammissione e che soddisfi i criteri di selezione stabiliti, senza limiti al numero dei candidati ammessi, assicurando trasparenza, partecipazione e concorrenzialità. La seconda fase si caratterizza per l'indizione e aggiudicazione di appalti specifici a seguito di un confronto concorrenziale tra gli operatori economici ammessi al sistema applicando la disciplina prevista per la procedura ristretta⁷⁸. Questa seconda fase potrebbe essere utilmente coordinata e gestita anche dai soggetti aggregatori regionali, conciliando efficienza, autonomia e collaborazione amministrativa.

Attualmente, esempi di SdaPA attivi della centrale di committenza nazionale Consip includono ventuno principali categorie di prodotti⁷⁹, di cui sei dedicati al settore sanitario e farmaceutico. In particolare, negli ultimi anni, gli acquisti di farmaci sulla piattaforma elettronica hanno consentito alle pubbliche amministrazioni sanitarie di concludere 173 gare d'appalto per l'acquisto di 6.360 prodotti farmaceutici, per un valore di acquisto complessivo di 10,3 miliardi di euro e le potenzialità di sviluppo sarebbero notevoli con un migliore coordinamento nel Tavolo dei soggetti aggregatori.

La recente legge di Bilancio ha ampliato il numero dei soggetti invitati a fare ricorso agli strumenti elettronici e centralizzati di acquisto e negoziazione. In particolare, le amministrazioni statali centrali e periferiche – comprese le

⁷⁶ In Italia lo SdaPA ("Sistema Dinamico di Acquisizione per le Pubbliche Amministrazioni") è parte, assieme agli altri strumenti di negoziazione elettronici quali Convenzioni, Mercato Elettronico e Accordi Quadro elaborati da Consip S.p.A., del "Programma per la razionalizzazione della spesa pubblica per gli acquisti di beni e servizi" avviato a partire dal 2000 dal Ministero dell'Economia come nuovo modello per l'ottimizzazione della funzione appalti.

⁷⁷ Ex art 39, dir. 14/24 UE. Cfr. G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.; Commissione europea, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States*, BBG and SKI, Brussels, Marzo 2017. V. I. Locatelli, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G. M. Racca, C. R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 31 – 63; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. Merloni, A. Pioggia (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations*, Torino, 2018, 266; S. Ponzio, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.

⁷⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, n. 50, art. 61.

⁷⁹ Tra cui: arredamento, buoni pasto, beni e servizi ICT, prodotti alimentari, manutenzione di impianti, pulizia.

Università e le scuole di ogni ordine e grado – ove disponibili potrebbero approvvigionarsi attraverso gli accordi quadro stipulati da Consip oppure mediante lo SdaPa, anche in coordinamento con le Regioni⁸⁰. Si ammette così anche l'aggiudicazione di accordi quadro tramite sistema dinamico di acquisizione⁸¹. In precedenza, l'utilizzo di tale strumento era limitato all'aggiudicazione di appalti specifici ad un unico concorrente, vale a dire il primo in graduatoria. Di conseguenza, le stazioni appaltanti non potevano acquistare sullo SdaPa ad esempio i farmaci biologici, per i quali – in base alla Legge di Stabilità 2017⁸² – era previsto l'obbligo di ricorso allo strumento dell'accordo quadro, con l'esclusione del sistema dinamico. Si aprono nuovi e interessanti scenari per le centrali d'acquisto regionali, anche a favore delle aziende sanitarie nella scelta dei modelli di approvvigionamento più adatti a rispondere alle proprie esigenze.

In particolare, per acquisire tutte le tipologie di farmaci (inclusi i farmaci biologici), le amministrazioni possono scegliere autonomamente la struttura di gara, differenziandola, se opportuno, per singoli lotti merceologici o funzionali e secondo le tecniche di aggiudicazioni più adatte allo strumento dell'accordo quadro. Tali possibilità, oltre ad aumentare la flessibilità dell'accordo quadro, si aggiungono ai già numerosi vantaggi offerti dallo SdaPa in termini di velocizzazione, razionalizzazione e coordinamento del processo di acquisto nonché di promozione dell'accessibilità e trasparenza delle informazioni contrattuali⁸³.

Come detto, i vantaggi della digitalizzazione e automatizzazione dei procedimenti si rivelano utili anche nella fase di valutazione delle offerte con

⁸⁰ L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 583. Gli operatori economici possono accedere in qualsiasi momento durante il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione. Per partecipare ad un appalto specifico indetto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, gli operatori economici devono preliminarmente conseguire l'ammissione, entro la data di invio della lettera d'invito, alle categorie merceologiche del bando istitutivo oggetto dell'appalto specifico, ricevere la lettera di invito alla gara da parte della stazione appaltante e presentare un'offerta attraverso le funzionalità della piattaforma entro i termini definiti per la presentazione delle offerte. Le Stazioni Appaltanti ammetteranno gli operatori economici che, all'invio della lettera d'invito, avranno conseguito l'ammissione alle categorie merceologiche oggetto dell'appalto. Il termine minimo per la ricezione delle offerte negli appalti specifici è pari a 10 giorni dalla trasmissione dell'invito. All'esito di ogni appalto specifico aggiudicato si rende necessaria la pubblicazione dell'esito di gara da parte della stazione appaltante.

⁸¹ L. 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 586, ove si prevede che le convenzioni Consip di cui all'art. 26 della L. 488/1999 (Legge finanziaria 2000), nonché gli accordi quadro di cui all'art. 54 del d.lgs. 50/2016 possono essere stipulati in sede di aggiudicazione di appalti specifici basati sul sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55 del d.lgs. 50/2016. In tale caso, si applica il termine dilatorio (c.d. "*stand still*") di 35 giorni previsto dal comma 9 dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016 che prescrive che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

⁸² Legge 11 dicembre 2016, n. 232, art. 1, comma 407.

⁸³ Tra questi, ad esempio, la disponibilità di modelli di negoziazione già predisposti; la gestione più efficiente delle fasi di valutazione e aggiudicazione; la formulazione automatica della graduatoria di merito e la generazione di un report a consultazione libera, contenente i prezzi di aggiudicazione di tutte le negoziazioni effettuate sullo SdaPa stesso.

riferimento agli elementi di qualità misurabile e quindi valutabili oggettivamente in automatico, mentre l'intermediazione umana delle commissioni giudicatrici potrebbe restare a presidio e correzione degli esiti anomali e per le verifiche dei campioni necessari in settori come la sanità. Nello specifico, il ricorso agli algoritmi, già in uso da parte delle centrali d'acquisto pubbliche, consentirebbe di conoscere e standardizzare le migliori scelte, valide per amministrazioni omologhe, per i comuni più piccoli come per le aziende sanitarie o per i ministeri, distinguendo gli acquisti nei vari settori pubblici. Tramite i meccanismi di *machine learning*, errori o prassi inefficienti potrebbero essere individuati e corretti rapidamente dando consistenza ai principi di efficienza e correttezza, fondamentali per rendere il fenomeno corruttivo in senso ampio (*maladministration*, come incapacità e non solo corruzione in senso proprio) un momento patologico e non quasi fisiologico della funzione appalti⁸⁴.

Consip S.p.A. gestisce anche l'*e-marketplace* "Mercato Elettronico della pubblica amministrazione - MePa" normalmente impiegato dalle amministrazioni aggiudicatrici per gli acquisti di valore molto basso e che perciò si presta a soddisfare esigenze percepite come urgenti. L'introduzione del MePa è stata certamente utile in quanto ha determinato risparmi sui processi e sulle risorse rispetto ai metodi di negoziazione tradizionali e la possibilità di un monitoraggio dettagliato della spesa pubblica tramite una costante acquisizione di dati. Tuttavia, le caratteristiche del portale si prestano ad un utilizzo improprio, generando possibilità di frammentazione abusiva degli acquisti, per rimanere sottosoglia. Per evitare le distorsioni del MePa, si potrebbe introdurre come alternativa uno strumento elettronico di negoziazione, basato sul modello già testato dello SdPa, per qualificare le imprese e per poter disporre di uno scaffale virtuale di beni (sul modello "Amazon", ma pubblico e trasparente) anche al fine di evitare che fornitori improvvisati possano acquistare sui portali di *e-commerce* privati per poi rivendere tali prodotti sul MePa. Tale sistema, unendo i benefici della semplificazione e dell'immediatezza caratteristici del MePa e della verifica dei requisiti già elaborata con gli SdPa, consentirebbe di ottenere sistemi di gara digitalizzati con la verifica della qualificazione delle imprese istantanea e aggiornata, in tempo reale, e le prestazioni già pronte per l'acquisto, escludendo la necessità di procedere con richieste di offerta. La definizione di strategie di acquisto pubblico fondate sulle

⁸⁴ V. *Open Data Consip: dati.consip.it/*. L'analisi territoriale dei contratti aggiudicati nel biennio 2018 – 2020 tramite SdPa, effettuata da Consip S.p.A. ha evidenziato come la realtà degli acquisti elettronici tramite sistema dinamico di acquisizione mostri un significativo consolidamento negli ultimi anni. Nel 2018 e nel 2019 il numero degli appalti aggiudicati tramite lo SdPa è stato rispettivamente pari a 8.406 ed a 4.700 per un valore medio d'asta di 3.652.034,04 euro e 2,943,505.99 euro. Nell'ultimo trimestre (gennaio – marzo 2020) il numero degli appalti aggiudicati è stato di 2.989 contratti per un valore medio di base d'asta pari a 1.611.418,93 euro. La distribuzione territoriale degli acquisti tramite il sistema dinamico appare tendenzialmente omogeneo, con una leggera flessione nella parte insulare. Nello specifico, nell'ultimo trimestre le stazioni appaltanti che hanno acquistato tramite lo SdPa si dividono per il 20,26% per l'Italia Nord Occidentale, per il 17,93% per l'Italia Nord Orientale, per il 25,52% per l'Italia Centrale e per l'11,95% per l'Italia Insulare. I primi tre settori merceologici per valore d'acquisto sono: Sanità e Welfare, ITC, Prodotti e materiali consumabili.

specifiche caratteristiche dei mercati di riferimento può favorire l'attivazione di sistemi dinamici di acquisizione, anche con lotti molto piccoli, da mettere a disposizione su piattaforme elettroniche, in relazione alle esigenze dei piccoli comuni e sotto il coordinamento dei soggetti aggregatori, per favorire la qualità della contrattazione nell'interesse dei cittadini e delle imprese. Evoluzione che potrebbe perciò accompagnare il nuovo MePa, trasformato in SdaPA, proprio a favore di piccole e microimprese e delle relative innovazioni sostenibili. L'adeguata pianificazione e verifica dei requisiti oggettivi e soggettivi consentirebbe anche una più attenta analisi della domanda pubblica, evitando rischi di apertura a imprese private che si qualificano come centrali di committenza. La funzione appalti risulta infatti strategica al perseguimento di obiettivi di qualità in una visione sistemica di politica industriale che non pare opportuno cedere alle piattaforme private, sul modello Amazon⁸⁵.

Il principio di fondo è sviluppare e coordinare le attività, in parte già intraprese dalla centrale di committenza nazionale, con i soggetti aggregatori regionali specializzati e per taluni settori chiamati ad operare per l'intero territorio nazionale e per l'Europa, a favore delle imprese più innovative. La contrattazione e l'acquisto avverrebbero direttamente su piattaforme elettroniche, consentendo agli amministratori pubblici di scegliere dal portale *online* i beni e servizi per i quali la gara è già stata svolta, a monte, e secondo le loro esigenze di quantità e qualità. Una "funzione appalti" efficiente, aggregata e qualificata che assicuri una effettiva autonomia nella scelta fra più "negozi elettronici" ove, con l'aggiudicazione di gare aggregate, vengano selezionate (mediante accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione) le prestazioni di interesse e l'adesione sia semplificata, assicurando l'effettività dei principi della contrattazione pubblica, anche elettronica, ma basata su gare e algoritmi pubblici (a differenza dei portali privati). Tali piattaforme potrebbero favorire la cooperazione europea e consentire l'accesso per valori e prodotti definiti anche ad amministrazioni di Stati Membri differenti offrendo

⁸⁵ Come ricordato, la questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia da Cons. Stato, sez. V (ord.), 3 gennaio 2019, con riguardo all'impugnazione del provvedimento con il quale A.N.AC. escludeva che una società di diritto privato costituita a sua volta da altre associazioni (Asmel s.c.a.r.l.) potesse essere inclusa tra i soggetti aggregatori e perciò qualificata come centrale di committenza legittimata a svolgere attività di intermediazione degli acquisti pubblici — nella specie aggregazione degli appalti di enti locali — in ragione di una partecipazione solo "*indiretta*" degli enti locali al soggetto giuridico cui veniva delegata tale attività, della mancanza di forme di "*controllo analogo*" nonché di un ambito territoriale definito e limitato (A.N.AC., comunicazione del 9 novembre 2015 e A.N.AC., Comunicato del Presidente del 23 marzo 2016). La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 4 giugno 2020, causa C-3/19, cit., ha chiarito che non contrasta con il diritto europeo e con i principi di libera prestazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la normativa italiana sugli affidamenti contrattuali da parte dei piccoli comuni a mezzo delle "*centrali di committenza*", precisamente laddove limita i modelli organizzativi a sole due tipologie, escludendo la partecipazione anche di soggetti privati, e laddove limita l'ambito territoriale di operatività delle suddette centrali di committenza. A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 3 novembre 2020, n. 6787) ha affermato l'assenza della qualifica di centrale di committenza in capo ad Asmel nonché l'illegittimità degli "*oneri di committenza*" consistenti nella previsione a carico dell'aggiudicatario di *fees* sul transato.

significative occasioni di sviluppo alle imprese inserite negli SdaPA. Un mercato europeo di adesione a gare svolte in Italia e messe a disposizione di altri Stati membri che può essere molto interessante per lo sviluppo economico⁸⁶.

5. La modellazione digitale per la qualificazione della domanda pubblica e gli *smart contracts* e la *blockchain* per la definizione di relazioni contrattuali trasparenti e collaborative con gli operatori privati.

Le tecnologie e metodologie digitali stanno cambiando il modo in cui può essere definita la domanda pubblica e le conseguenti fasi della progettazione, esecuzione e gestione delle opere pubbliche in *team* sempre più integrati e collaborativi. Proprio le direttive europee e, a seguito del recepimento, il codice dei contratti pubblici, hanno introdotto il concetto di transizione digitale con l'introduzione della modellazione informativa, ponendo le basi per richiedere metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (*Building Information Modeling* o BIM)⁸⁷. Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, per non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra gli operatori. L'uso dei metodi e degli strumenti digitali può tuttavia essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato⁸⁸, superando la situazione attuale in cui lo scambio di informazioni, specialmente nelle fasi preliminari del procedimento, è ancora

4693

⁸⁶ Tra le iniziative di *soft law* europee ed internazionali, il modello “*Business Process Modeling Notation*” (BPMN), elaborato congiuntamente dall'EBRD (*European Bank for Reconstruction and Development*) e dall'UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*) intende stimolare l'utilizzo delle tecnologie digitali nei processi di appalto pubblico, non solo tramite la digitalizzazione del procedimento di scelta del contraente (eProcurement), ma attraverso uno scambio di dati, sempre più accurati ed interoperabili, per rendere più semplice la partecipazione delle imprese e la gestione della spesa pubblica, specialmente nelle economie emergenti. In particolare, tale iniziativa, basandosi sul modello standardizzato di open data per gli appalti pubblici elaborato dall'EBRD (OCDS, Open Contracting Data Standard), traduce gli standard normativi elaborati dall'UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011) in un linguaggio di modellatori di processi aziendali formulati nel dettaglio per ciascun singolo processo del ciclo dell'appalto, per accelerare la digitalizzazione e consentire un'uniforme svolgimento dei processi di approvvigionamento nei sistemi digitali. V., Sul tema si rinvia al recente report dell'Open Contracting Partnership e dall'EBRD, *How governments spend: Opening up the value of global public procurement*, 2020, disponibile a: www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2020/08/OCP2020-Global-Public-Procurement-Spend.pdf.

⁸⁷ G.M. Di Giuda (a cura di), *Introduzione al BIM. Protocolli di modellazione e gestione informativa*, Bologna, 2019; G.M. Di Giuda, G.M. Racca, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., 2019, 223 – 271; G.M. Di Giuda, S. Valaguzza, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Napoli, 2019; G.M. Racca, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (Building Information Modeling, BIM)*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020, 581 – 600.

⁸⁸ D.lgs. n. 50 del 2016, art. 23, comma 13.

prevalentemente cartaceo⁸⁹. Si è previsto di assicurare formazione idonea al conferimento dell'incarico di responsabile unico del procedimento con specifici incentivi⁹⁰ in vista della graduale introduzione della modellazione digitale nella progettazione di opere pubbliche, rendendola obbligatoria dal 2019 per progetti complessi con un valore di gara pari o superiore a 100 milioni di euro⁹¹. Tuttavia, la disciplina non pare chiarire sufficientemente le conseguenze applicative del BIM negli appalti pubblici e richiede lo sviluppo di modelli contrattuali e bandi tipo che coinvolgano gli operatori economici nella trasformazione strutturale delle relazioni con la committenza pubblica. I nuovi modelli contrattuali sono essenziali per definire il comune interesse alla tempestività dell'esecuzione, assicurando una nuova sinergia basata sulla trasparenza e conoscibilità dei dati strutturati in *smart contracts* che, ove correttamente impostati nelle fasi preliminari, permettono di non avere incertezze e dubbi in sede di esecuzione⁹².

Il successo nell'uso di queste nuove metodologie può essere assicurato solamente da una effettiva adeguatezza dell'ente aggiudicatore – che può non coincidere con il destinatario dell'opera, nel caso dei piccoli comuni – e del gruppo di operatori economici – che può raccogliere anche PMI secondo innovativi modelli collaborativi. La modellazione delle informazioni costituisce infatti uno strumento strategico per sviluppare collaborazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati nel perseguimento del comune obiettivo della realizzazione tempestiva e dell'efficiente gestione delle opere pubbliche.

Gli strumenti digitali consentono di raccogliere informazioni più precise e di processarle meglio, permettendo così di innalzare il livello di efficacia e razionalità della risposta delle pubbliche amministrazioni ai bisogni collettivi delle loro comunità. Essi consentono anche di ridurre la quantità di informazioni che generano incertezze e problemi interpretativi, che spesso riguardano il completamento di edifici progettati con tecniche tradizionali, nonché di ridurre la quantità di errori o vuoti normativi che potrebbero emergere nella fase esecutiva, con varianti *extra* costi, ritardi e contenzioso⁹³.

Dal punto di vista giuridico la possibilità di scambiare informazioni è la chiave per garantire trasparenza, efficienza e integrità nella procedura d'appalto, dalla definizione della domanda pubblica alle fasi di aggiudicazione e gestione dell'appalto⁹⁴. In questa prospettiva, la modellazione informativa può favorire l'osservanza dei principi fondamentali che le pubbliche amministrazioni sono tenute a rispettare nel mercato degli appalti pubblici, quali il principio di

⁸⁹ R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti nativi digitali*, cit., 119 - 158.

⁹⁰ Così il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 31, comma 9 e art. 113, comma 4.

⁹¹ Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 560/2017 (relativo all'attuazione dell'articolo 23, comma 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

⁹² T.A.R. Lombardia, sez. I, 29 maggio 2017, n. 1210.

⁹³ G.M. Racca, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. del Federalismo*, 3, 2019, 739. S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 160 ss.

⁹⁴ M. Corradino, considerazioni conclusive al convegno *Il futuro dei contratti pubblici: aggregazione, analisi dati e innovazione*, Università degli Studi di Torino, 28 marzo 2019.

trasparenza delle attività svolte e il principio di controllo e razionalizzazione della spesa pubblica.

La legge di bilancio 2019 ha previsto l'ampliamento dell'ambito operativo di Consip estendendo anche al settore dei lavori pubblici l'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione, quindi con possibile aggregazione anche per i lavori⁹⁵, ovviamente digitalizzata.

La transizione digitale per il settore delle costruzioni rappresenta un'opportunità di efficienza e sviluppo del settore con significativi risparmi di tempi e di costi e con positivi effetti sull'ambiente⁹⁶.

La digitalizzazione dei requisiti è un aspetto fondamentale per garantire la tracciabilità delle informazioni lungo tutto il processo e per passare dall'approccio *document-based* a quello *model-based*. La modellazione informativa del procedimento di scelta del contraente garantisce trasparenza, tracciabilità e oggettività nella valutazione delle offerte poiché consente di definire le scelte discrezionali nella fase di preparazione del bando. Si precisano in quella sede i criteri, i sub-criteri, le modalità di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione e la sommatoria dei punteggi.

L'integrazione della metodologia BIM con forme contrattuali collaborative, che andranno sviluppate e predisposte in documenti tipo, garantisce una maggiore efficienza dell'impiego dello strumento, aumentando le sinergie tra committenti pubblici, imprese e filiera dei sub-contraenti. Impostata in questo modo la selezione delle offerte risulta oggettiva e supera il rischio dei ribassi eccessivi che spesso trovano spazio proprio nelle imprecisioni del bando di gara. Una volta selezionato, l'operatore economico, o normalmente, un gruppo di operatori economici saprà esattamente come procedere in ragione della digitalizzazione e condivisione di tutte le scelte, connesse all'offerta accettata in quanto aggiudicataria, con tutti gli operatori coinvolti e con la committenza pubblica. Nella fase di esecuzione della prestazione l'integrazione della modellazione informativa con un *Document Management System* (DMS) assicura infatti la tracciabilità delle informazioni e dei documenti tra le parti, facilitandone l'acquisizione, la condivisione e la consultazione. La digitalizzazione di processi può integrare l'approccio BIM con la tecnologia *Blockchain*, che tramite l'applicazione degli *Smart Contracts* potrebbe ulteriormente sviluppare una automazione certificata del procedimento e del ciclo del contratto assicurando il coordinamento tra le parti e l'efficienza nell'esecuzione, evitando comportamenti opportunistici connessi alla scarsa qualità e alle lacune del

⁹⁵ L. 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022* (Legge di Bilancio 2019), art. 1, comma 582, che integra l'articolo 4, comma 3-ter, del d.l. n. 95 del 2012, il quale pone in capo alla Consip S.p.A. le attività di realizzazione del Programma di razionalizzazione degli acquisti, di centrale di committenza e di *e-procurement*.

⁹⁶ Si tratta di 45% dei rifiuti solidi urbani e 50% del consumo energetico. Si noti che l'art. 1, comma 582, l. 27 dicembre 2019, n. 160, Legge di Bilancio 2019, introduce la possibilità di usare gli strumenti Consip anche ai lavori pubblici modificando l'art. 4, comma 3-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

progetto, riducendo i tempi di esecuzione e le occasioni di contenzioso. La modellazione permette di integrare l'attività contestuale di più operatori economici e di ricevere in cantiere parti già formate su misura da assemblare più rapidamente e con minori scarti e residui secondo i principi dell'economia circolare.

L'introduzione della modellazione informativa deve fondarsi sulla definizione degli obiettivi specifici della committenza pubblica e quindi sulla indicazione dei risultati attesi. In una prima fase la modellazione dovrà partire dalla committenza pubblica. Una committenza capace di individuare i fabbisogni e richiedere ai privati la progettazione digitale. Per garantire la corretta strutturazione dell'approccio BIM, è opportuno predisporre linee guida specifiche basate sull'analisi dei processi e delle procedure, per la modellazione di edifici nuovi o esistenti. Linee guida che consentano di verificare i criteri di modellazione e quindi la validazione dei modelli e che possano essere definite per la gestione di patrimoni esistenti e di beni e per la relativa manutenzione, oppure per la modellazione di nuove opere pubbliche, con l'obiettivo di creare uno standard specifico.

La modellazione digitale permette di strutturare procedure per la verifica semi-automatica delle normative vigenti (ad esempio con riferimento alle previsioni antincendio). Dai dati del modello si potrà rilevare l'osservanza delle prescrizioni tecniche e normative che risulteranno integrate e verificabili. La definizione di un modello informativo consente di combinare dati geometrici e informazioni, facilitando simulazioni strutturate, combinando l'approccio BIM con i dati raccolti da sensori di vario tipo. In tal modo il modello diventa *repository* e agevola il tracciamento e l'aggiornamento costante dei dati, fornendo altresì una modalità di rappresentazione facilitata, consentendo di visualizzare i dati in uno spazio effettivo. Il modello informativo fornisce una base costantemente aggiornata per la gestione degli edifici tenendo in considerazione in un approccio dinamico e *data-based* tutti gli aspetti caratterizzanti, quali geometria, condizioni interne, presenza e spostamento degli utenti⁹⁷. Il modello si configura quindi come un gemello digitale (*digitaltwin*) dell'edificio reale, in grado di simularne qualsiasi fase del ciclo di vita (costruzione, logistica, ottimizzazione dei flussi, operatività, gestione delle emergenze), includendo dati in tempo reale provenienti dai sensori e tracciando la vita dell'edificio. Questi strumenti di rappresentazione degli spazi potranno integrarsi con i sistemi di *smart planning* in via di sviluppo per integrare aree sempre più vaste di territorio con una visione integrata e finalmente efficiente delle differenti pianificazioni entro le quali si collocano le opere pubbliche e private.

È evidente che solo stazioni appaltanti qualificate possono gestire queste innovazioni ed in tale prospettiva solo centrali di committenza dedicate, o reti fra amministrazioni aggiudicatrici particolarmente qualificate, riusciranno a sviluppare tutta l'efficienza di questi strumenti da mettere al servizio delle scelte

⁹⁷ Simulazioni di *Post-Occupancy* consentono di migliorare l'uso e la gestione degli spazi, sulla base dell'effettiva occupazione e della qualità ambientale interna (*Indoor Environmental Quality* - IEQ) rilevata dai sensori. Le simulazioni tengono inoltre in considerazione anche gli spostamenti degli utenti all'interno degli edifici, simulando i flussi di ingresso, di uscita, e di spostamento.

delle amministrazioni pubbliche, che una volta individuato il fabbisogno dovranno delegare tutto il procedimento di selezione ai soggetti qualificati. Di qui, di fatto, avverrà la significativa riduzione delle stazioni appaltanti poiché di fronte alla scelta tecnologica e qualificata, sicura e celere, difficilmente si vorrà ancora procedere con le modalità tradizionali. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico imporrà la transizione digitale che sarà richiesta dai piccoli comuni come dai grandi che non abbiano sviluppato una qualificazione adeguata, così come da tutte le altre amministrazioni pubbliche. Ovviamente la modellazione assicura trasparenza e tracciabilità, che invece andrebbe di molto rafforzata verso chi ancora volesse attuare le precedenti procedure cartacee e solo “scansionate” ed a incerti affidamenti diretti.

6. I modelli organizzativi in Europa per le centrali d'acquisto specializzate sulla sanità.

In Italia, la frammentazione della domanda pubblica e delle amministrazioni aggiudicatrici hanno determinato, come noto, un'elevata frammentazione delle gare⁹⁸. Come accennato, occorre quindi specializzare e professionalizzare le centrali d'acquisto. Specializzazione che può svilupparsi dalla cooperazione tra centrali di committenza per condurre complesse procedure di aggiudicazione in specifici mercati. Ciò presuppone che si effettuino analisi di mercato per conoscere esattamente le caratteristiche del settore di riferimento (*Supply chain*) con la definizione di soggetti pubblici che acquistino per amministrazioni omologhe (es. per tutte le aziende sanitarie italiane), anche in collaborazione con le centrali d'acquisto europee, evitando duplicazioni e sovrapposizioni di gare su medesimi prodotti e servizi, come già ampiamente sperimentato in altri ordinamenti, con significativi risultati in termini di risparmio, qualità e innovazione.

In ambito europeo si sono attuati differenti modelli di aggregazione della domanda pubblica, talora distinti in ragione dello *status* giuridico di chi svolge l'attività, delle modalità di finanziamento, dei destinatari, nonché dell'obbligo eventuale di aderire a gare aggregate.

I possibili modelli di aggregazione, disciplinati dalla Direttiva sugli appalti pubblici⁹⁹ riprendono esperienze da tempo sviluppate (in particolare nel settore sanitario) in Paesi europei quali (almeno finora) Regno Unito e Francia, con la realizzazione di forme di aggregazione o la conclusione di accordi quadro per più enti pubblici. Si tratta di forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che talora determinano la delega ad una di esse delle funzioni di selezione del contraente (“modello contrattuale”), talaltra l'istituzione di centrali di committenza (*Central Purchasing Body* – CPB o nella dizione americana *Professional Buying Organization* – PBO) (modello “*corporate*”); alcune di esse si sono poi

⁹⁸ Il dato sulle 32.000 amministrazioni aggiudicatrici risale già all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, Segnalazione 12 gennaio 2012, n. 1, in tema di Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici.

⁹⁹ Dir. 24/2014/UE.

specializzate in ambito sanitario e si qualificano come strutture professionali dotate di un separato *status* giuridico.

In Francia l'aggregazione della domanda pubblica si realizza principalmente attraverso la costituzione di raggruppamenti di acquisto (*groupements de commandes*) o l'attività di centrali di committenza. Nel settore sanitario si individuano tre principali esperienze che offrono la loro attività di aggregazione degli acquisti alle strutture sanitarie francesi: l'UGAP, l'UniHA e il Resah-IDF.

L'*Union de groupements d'achats publics* (UGAP) è una centrale di committenza generalista a livello nazionale cui sono attribuite anche competenze per l'acquisto di dispositivi medici¹⁰⁰, la cui attività ha evidenziato, nel 2019, 1,7 milioni di ordinativi per un valore pari a 3,5 miliardi di euro. L'*Ugap* agisce mediante convenzioni quadro messe a disposizione dei soggetti interessati, dunque come intermediario, ma anche come grossista con l'acquisto di beni e servizi per la rivendita ad amministrazioni aggiudicatrici. L'adesione all'attività contrattuale dell'*Ugap* da parte dei singoli centri di acquisto è volontaria in ragione della vantaggiosità delle condizioni contrattuali offerte, ma tale centrale di committenza svolge anche un'attività di impulso nei confronti del mercato in relazione alle caratteristiche dei beni e servizi, a favore dello sviluppo sostenibile, del sostegno alle PMI e della promozione dell'innovazione¹⁰¹.

L'*Union des Hôpitaux pour les Achats* (UniHA) è un GCS (*groupements de coopération sanitaire*) che riunisce nell'ambito di una politica di acquisto comune i più grossi ospedali francesi¹⁰² ripartiti in singoli istituti membri, assistiti da acquirenti pubblici e che attraverso la specializzazione in determinati settori merceologici, assicura l'elaborazione di adeguate strategie di approvvigionamento, la raccolta dei fabbisogni dei membri del gruppo e la conduzione di procedure di appalto (per conto di tutti i membri del raggruppamento) sulla base di capitolati di appalto comuni.

Vi è poi il *Réseau des acheteurs Hospitaliers*, Resah-IDF (Resah – IDF) come *groupement d'intérêt public*, fondato nel 2007 tra i principali operatori specializzati (ad oggi 150 strutture dell'*Île-de-France*) nella *mutualisation* e nella professionalizzazione degli acquisti del settore sanitario e medico-sociale, sia pubblico che privato, non lucrativo¹⁰³. Ad oggi il Resah opera, oltre che con lo

¹⁰⁰ L'*Ugap* è un *établissement public industriel et commercial* (EPIC) istituito nel 1985 (il relativo statuto è definito dal décret n. 85-801 del 30 luglio 1985). Si vedano i dati riportati in www.ugap.fr. L'*Ugap* dispone di una rete di circa 700 collaboratori e di 1000 lavoratori dipendenti che assicura anche una articolazione territoriale mediante una strutturazione su 25 sedi regionali, generalmente situate nelle sedi delle regioni amministrative, raccolte in otto direzioni interregionali, a cui si aggiunge la direzione incaricata delle relazioni con i servizi centrali dello Stato ed i grandi operatori. A questo proposito, si veda il Rapporto UGAP 2019: fr.calameo.com/read/0031564233d22850de535?authid=9y9goTHQm2AZ.

¹⁰¹ L'iniziativa si pone quale obiettivo la conclusione di 200 milioni di acquisti innovativi entro il 2020: www.ugap.fr/images/media-wp/media/videos/ugap_chiffres_2017.mp4.

¹⁰² Si tratta di 972 strutture ospedaliere e più di 100 raggruppamenti ospedalieri territoriali – GHT, le cui attività sono coordinate e monitorate da un *Comité de Direction*. La responsabilità operativa del raggruppamento d'acquisto è affidata ai coordinatori di filiera (farmacisti, dirigenti ospedalieri, ingegneri).

¹⁰³ Nel 2018 Resah ha potuto vantare 1.051 miliardi di euro per circa 59 milioni di euro di

strumento tradizionale del *groupement de commande*, come centrale di committenza e, in base alle nuove direttive sugli appalti pubblici e alle disposizioni francesi di recepimento, l'attività è accessibile a tutte le strutture operanti nel settore sanitario e medico-sociale francesi o d'altro paese membro dell'Unione Europea¹⁰⁴.

L'aggregazione della domanda pubblica nel Regno Unito, invece, ha iniziato a svilupparsi fin dagli anni Novanta, nel 1999 l'*Office of Government Commerce* (OGC) istituito in Inghilterra per fornire un maggiore coordinamento delle attività di approvvigionamento. Nel 2011 è il *National Audit Office*¹⁰⁵ ad aver stimato un potenziale di risparmio di almeno 500 milioni di sterline laddove il NHS adottasse una miglior strategia di acquisto pubblico, che sconta tuttavia una diffusa diversificazione e frammentazione della spesa in ragione dell'acquisto di prodotti da diversi soggetti pubblici senza un'adeguata strategia in termini di standardizzazione (dei prodotti) e centralizzazione degli acquisti.

L'attuale agenzia responsabile dell'efficientamento dell'attività di approvvigionamento è il *Crown Commercial Service* (CCS) presso il *Cabinet Office*¹⁰⁶. Il perseguimento del “*value for money*” costituisce una responsabilità per tutti gli enti pubblici di governo centrale e locale, NHS e amministrazioni decentrate, valutata prendendo in considerazione la performance conseguita¹⁰⁷. Nel settore sanitario gli NHS Trusts possono effettuare procedure di gara autonomamente ovvero ricorrere, a livello nazionale, all'attività contrattuale svolta da NHS Supply Chain¹⁰⁸ e, a livello territoriale, ad uno degli HUBS. Un processo di rinnovamento di tale sistema è stato di recente avviato con l'adozione del nuovo programma operativo FOM, anche mediante l'utilizzo di strumenti digitali e forme di aggregazione della domanda secondo 11 torri merceologiche, che punta a

risparmi nel 2018, prevalentemente nel settore sanitario.

¹⁰⁴ Viene offerta la disponibilità di oltre 3.500 accordi quadro o contratti per beni, servizi o lavori, conclusi con 600 fornitori (il 40% PMI) in 10 grandi ambiti di acquisto, e si assicura la diffusione di soluzioni il cui livello di performance è valutato attraverso attività di *benchmarking* e di monitoraggio delle prestazioni affidate ad apposito dipartimento incaricato della messa a disposizione dei contratti.

¹⁰⁵ Il *National Audit Office* è un'autorità indipendente che svolge per conto del Parlamento inglese funzioni di controllo sull'economicità, efficacia ed efficienza della gestione delle risorse pubbliche (www.nao.org.uk/).

¹⁰⁶ Si vedano i dati presenti su: www.gov.uk/guidance/public-sector-procurement-policy.

¹⁰⁷ HM Treasury, *Managing Public Money*, luglio 2013. Danny Alexander MP, Chief Secretary to the Treasury, ‘transparency and value for public money are the essential results’ in public spending. House of Commons, BRIEFING PAPER Number 6029, *Public Procurement*, 3 luglio 2015, 12. Cfr.: www.gov.uk/government/collections/nhs-procurement.

¹⁰⁸ NHS Supply Chain, che attualmente conta 2.400 dipendenti, di cui 1.500 coinvolti nel settore appalti pubblici, era stato creato come un ente *no profit*, in quanto il margine di utile è soggetto ad un sistema di *profit cap* che consente la distribuzione ai propri dipendenti di incentivi economici in relazione ai risultati ottenuti. Opera a livello nazionale per l'aggregazione degli acquisti in sanità, assicurando il servizio di approvvigionamento, logistica, *e-commerce* e supporto per i soli ospedali pubblici del NHS. *NHS Supply Chain* agisce, quindi, come centrale di committenza con la stipulazione di accordi quadro, preceduti da ampie analisi di mercato per un totale di circa 670.000 beni (di tipo medicale e non medicale), resi disponibili mediante un catalogo elettronico (con la pubblicizzazione dei prezzi dei beni che favorisce l'attività di *benchmarking* tra i beni garantiti). *NHS Supply Chain* opera talora come grossista (nel 75% dei casi), talaltra come intermediario (nel 25% dei casi).

raggiungere nel 2022 un risparmio di spesa pari a 615 milioni di sterline e mantenerlo costante anche negli anni successivi (il risparmio di spesa è stato di 183 milioni di sterline nel 2018)¹⁰⁹. In tale contesto ovviamente andranno valutati gli effetti derivanti dall'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

7. Gli effetti della digitalizzazione sulla riduzione del contenzioso.

Una gara digitalizzata fin dall'inizio con le tecnologie disponibili (es. *Building Information Modeling*) permette di garantire la coerenza dalla progettazione e selezione all'esecuzione del contratto, evitando opportunismi e varianti ingiustificate. Ciò consente di gestire l'intero ciclo dell'appalto in piena trasparenza e tracciabilità, garantendo il principio di libera concorrenza, come evidenziato di recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹¹⁰.

Attualmente una gran parte del contenzioso, fino a circa il settanta per cento, si riferisce alla verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese e verrebbe in gran parte superato dalla digitalizzazione¹¹¹, consentendo alla giurisprudenza amministrativa di concentrarsi sulle violazioni del principio di concorrenza, come già accade nella giurisprudenza amministrativa francese, che dal 2008, dispone l'annullamento solo per vizi relativi alla *mise en concurrence*¹¹².

La digitalizzazione della verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese comporterebbe una riduzione del settanta per cento anche dei tempi delle gare, che sono in prevalenza dedicati a tali verifiche ed alla successiva impugnazione dell'esito di tali verifiche per i margini di incertezza delle regole e delle clausole poste nei bandi.

¹⁰⁹ Il rapporto realizzato dal *Lord Carter of Coles* per il *Department of Health* (*Lord Carter of Coles Operational productivity and performance in English NHS acute hospitals: Unwarranted variations. An independent report for the Department of Health, Febbraio 2016*) ha evidenziato come una parte dei problemi che impediscono il perseguimento di risparmi negli acquisti del settore sanitario sia riconducibile al modello di base per l'approvvigionamento e alla filiera all'interno del NHS inglese. Un esempio è costituito dalla varietà di prodotti e dal numero di fornitori presenti all'interno di ogni trust. In un campione di 22 trust sono stati individuati 30.000 fornitori, 20.000 diverse marche di prodotti, oltre 400.000 articoli e più di 7.000 persone abilitate ad effettuare ordini di acquisto. Dal 2006, DHL ha fornito servizi in PPP con NHS *supply chain* ai sensi del *Master Services Agreement* (MSA). Il contratto di DHL è scaduto il 28 febbraio 2019. Il MSA è stato sostituito dal modello *Future Operating Model* (FOM), basato sulla riorganizzazione del sistema di *supply chain* in 11 torri merceologiche di aggregazione degli acquisti, con la stima di un risparmio di 280 milioni di sterline nei primi tre anni.

¹¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 10 del 2020, cit.

¹¹¹ Di tale tema se ne è discusso nel webinar "*Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti*", organizzato il 29 aprile 2020 dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (cfr. www.aipda.it/event/save-the-date_webinar-aipda-emergenza-sanitaria-societa-economia-pubblica-amministrazione/). Si rinvia altresì all'intervento di M. Lipari al webinar "*Capacità nell'aggregazione e capacità per l'innovazione*" organizzato nell'ambito del Master in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici dell'Università degli Studi di Torino l'8 maggio 2020.

¹¹² Si veda: Conseil d'Etat, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 305420, *Smirgeomes* (Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe).

Come noto, i casi più ricorrenti di impugnazioni riguardano i requisiti di ordine generale come le false od omesse dichiarazioni di precedenti penali¹¹³, da valutare non solo per la verifica delle cause automatiche di esclusione¹¹⁴, ma anche ai fini della sussistenza di gravi illeciti professionali¹¹⁵.

Sempre con riferimento a questo profilo, si possono riscontrare impugnazioni inerenti alla mancata indicazione dell'applicazione di penali che determina l'esclusione per gravi illeciti professionali¹¹⁶: se vi fosse piena interoperabilità fra il casellario dell'A.N.AC. nel quale sono annotate le penali e la Banca dati degli operatori economici (oggi ancora AVCpass) la stazione appaltante potrebbe direttamente verificare la sussistenza delle stesse, verifica oggi invece rimessa all'adempimento dell'obbligo dichiarativo da parte del partecipante alla gara. Altra causa di notevole contenzioso deriva dall'impossibilità di una verifica automatica della regolarità contributiva delle imprese (DURC)¹¹⁷.

Con un nuovo sistema di verifica automatica dei requisiti di qualificazione e di semplificazione della fase di selezione degli offerenti le centrali d'acquisto, ma anche tutte le amministrazioni aggiudicatrici, potrebbero invece velocizzare notevolmente l'aggiudicazione dei contratti pubblici¹¹⁸.

A ciò si collegano altre misure fondamentali, soprattutto in tema di digitalizzazione delle procedure e incremento della capacità professionale delle amministrazioni aggiudicatrici, per un generale migliore funzionamento del settore. Sotto il profilo delle responsabilità delle amministrazioni le recenti modifiche normative delle fattispecie di responsabilità erariale e del reato di abuso d'ufficio sembrano contrastare la cosiddetta "paura della firma"¹¹⁹. Sotto il primo profilo, limitatamente ai fatti commessi dall'entrata in vigore del decreto e fino al 31 luglio 2021 (termine spostato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione), si limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità per dolo con eliminazione dei profili di colpa grave (seppur limitata ai comportamenti positivi e

¹¹³ *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, n. 1603 del 2020.

¹¹⁴ Art. 80, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

¹¹⁵ Art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

¹¹⁶ *Ex art. 80 comma 5*, cit. T.a.r. Genova, (Liguria) sez. II, 18 febbraio 2019, n.129.

¹¹⁷ Si veda l'articolata pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4100 del 2020, che ha sanzionato l'illegittima prassi della "regolarizzazione postuma" del DURC. Nella stessa pronuncia peraltro è descritta la complessa procedura di richiesta della verifica di posizione contributiva dalla stazione appaltante all'INPS.

¹¹⁸ Per una ricognizione delle banche dati esistenti la cui effettiva interconnessione in una unica Banca dati degli operatori economici consentirebbe la rapida verifica di tutti i requisiti v. *supra*, § 2.

¹¹⁹ Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. Sul tema: S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 293 ss. Il tema è stato recentemente oggetto, tra gli altri, del webinar "Conversazione sulle riforme amministrative" con B.G. Mattarella e R. Garofoli, organizzato dal Master MIDA il 15 maggio 2020 e del convegno online dal titolo "Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza", organizzato da M.A. Sandulli il 13 luglio 2020.

non alle condotte realizzate in forma omissiva), per superare le lentezze ed omissioni¹²⁰.

Per quanto concerne il reato di abuso d'ufficio, le modifiche normative confermano la pena da uno a quattro anni prevista dall'art. 323 c.p., attribuendo rilevanza alla violazione da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, nello svolgimento delle pubbliche funzioni, di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, nella misura in cui non residuino margini di discrezionalità per il soggetto, con il tentativo di attenuare l'elevato grado di atipicità che contraddistingueva tale reato. La sua scarsissima effettiva applicazione in passato segnalava l'incongruenza di una norma che non ha garantito integrità e celerità, ma ha ritardato o impedito scelte qualificate e tempestive; anche in questo caso il confronto con il delitto francese di "*favoritisme*" permette di verificare come l'efficacia deterrente sia molto più concreta in altre esperienze europee¹²¹.

8. La tracciabilità e predittività dei dati per la qualità e trasparenza dall'aggiudicazione all'esecuzione.

L'analisi dati offre innovativi strumenti di conoscenza e vigilanza mediante indicatori o segnali d'allarme (*red flags*) alle amministrazioni che sono tenute ad attivarsi per una valutazione specifica¹²². Non si tratta soltanto di misurare le quantità, ma di capire le ragioni della cattiva gestione degli appalti pubblici (o viceversa: evidenziando le *best practices*) e al verificarsi di quali condizioni si può accendere un *alert*, che aiuti a prevenire e migliorare¹²³. Risulta centrale quindi l'effettiva accessibilità e fruibilità dei dati (soprattutto per i soggetti qualificati come enti di ricerca e Università¹²⁴) della Banca dati nazionale dei contratti

¹²⁰ Si veda il webinar "*Conversazione su Corte dei conti e burocrazia difensiva*" con M. Clarich e L. Caso, organizzato dall'Osservatorio sui mutamenti del diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma il 22 giugno 2020.

¹²¹ Y. Marique, *Integrity in English and French Public Contracts. Towards Clarifying Administrative Cultures*, in J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest. A Comparative Law Approach*, Cheltenham-Northampton, 2014, 85 ss. e spec. 94 ss.; E. Morlino, *International Public Procurement*, in S. Cassese (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham-Northampton, 2016, 82 ss.

¹²² Per alcune esperienze concrete cfr. M. Gnaldi, B. Ponti, *Misurare la corruzione. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, 2018, spec. il capitolo di A. Melandri, G. Bevilacqua, F. Morando, D. Allavena, *Misurare la corruzione sul grafo dei contratti pubblici italiani*, 113 ss.

¹²³ Fra i documenti di A.N.A.C. dedicati all'analisi dati applicata alla BDNCP, si veda il capitolo dedicato agli indicatori di rischio corruttivo nella *Relazione annuale 2018*, 6 giugno 2019, 46 ss.; lo studio A.N.A.C. a cura di F. Sbicca, G. Marino, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, 2018; il Report finale del Programma PON di azione e Coesione Complementare al PON "Governance e Assistenza Tecnica 2007-2013", *Analisi istruttoria per l'individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*, 2017.

¹²⁴ Come nel caso della già menzionata Convenzione fra l'Università degli Studi di Torino e l'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'accesso alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici a fini di ricerca.

pubblici (BDNCP)¹²⁵, con un migliore coordinamento con gli Osservatori regionali dei contratti pubblici¹²⁶ e con gli altri sistemi di raccolta dati sui contratti pubblici (pagine “Amministrazione trasparente”; banche dati del MIT, del MEF ecc.), sfruttando appieno le potenzialità degli indicatori in grado di segnalare ai soggetti incaricati della vigilanza, ma anche allo stesso decisore pubblico ed ai cittadini attivi, anomalie e difformità del sistema¹²⁷.

Come rilevato, le analisi dati permettono di verificare le incapacità e la mancanza di corretta programmazione che determina aggiudicazioni alla stessa impresa, un numero anomalo di contratti, ovvero ipotesi di frammentazione abusiva o rotazioni su enti limitrofi¹²⁸. Le più recenti metodologie di analisi dati di tipo predittivo¹²⁹ consentono di stabilire in anticipo quali caratteristiche dei bandi di gara daranno più probabilmente luogo a varianti o a contenzioso. Si tratta di strumenti di apprendimento automatico (*machine learning*) che, partendo da un *dataset* di contratti qualificati come “positivi” (perché oggetto di vicende anomale quali varianti, proroghe ecc.) o di impugnazione avanti al giudice amministrativo, addestrano l'algoritmo a riconoscere (predicendo) quali nuovi CIG inseriti nella banca dati presenteranno anomalie simili. Queste informazioni possono essere di grande utilità per le stazioni appaltanti, che potranno, avuto l'esito dell'analisi dati, rimodulare il bando per evitare le anomalie predette dall'algoritmo¹³⁰.

L'analisi dati sui contratti pubblici è di grande interesse ove effettuata sulla fase di esecuzione, come affermato di recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha sottolineato la centralità della vigilanza di ANAC (nel caso di

¹²⁵ Istituita dall'art. 62-*bis* del d.lgs. n. 82 del 2005 (introdotto dall'art. 44 della legge n. 235 del 2010: «Per favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione, si utilizza la «Banca dati nazionale dei contratti pubblici» (BDNCP) gestita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'articolo 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50») e attribuita all'A.N.A.C dall'art. 213, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016: «L'Autorità gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive».

¹²⁶ Ossia con la stipula del protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati *ex art.* 29, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹²⁷ Sin dalla costituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, la gestione e l'analisi delle banche dati a sua disposizione rientra fra le sue funzioni più importanti per la prevenzione e contrasto della corruzione e di promozione dell'efficienza: G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 363.

¹²⁸ R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 2020.

¹²⁹ G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

¹³⁰ Intervento di R. Meo, *Data Analysis e contratti pubblici* all'interno del panel *L'analisi dati sui contratti pubblici per la prevenzione della corruzione* nella Conferenza di ICONS Italia, *Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*, Firenze, 23 novembre 2019.

specie stimolato dallo strumento dell'accesso civico generalizzato) anche in questa fase nell'interesse pubblico¹³¹.

9. Conclusioni

La capacità delle amministrazioni di svolgere la funzione appalti si fonda su principi costituzionali di adeguatezza e differenziazione (art. 118 Cost.). Non si può richiedere ad ognuna delle attuali 37.000 stazioni appaltanti un'organizzazione tale da poter aggiudicare correttamente qualunque tipo di contratto, controllandone anche la corretta esecuzione.

La crisi economica, determinata dalla crisi sanitaria, impone agli acquirenti pubblici un ripensamento delle tradizionali modalità di approvvigionamento di lavori, forniture e servizi.

La domanda pubblica che non riesce a coordinarsi rischia di non conseguire gli obiettivi e di determinare danni irreparabili non solo economici, ma ai diritti fondamentali¹³², nonostante le semplificazioni connesse alle procedure di emergenza.

Il modello organizzativo delle centrali di committenza digitalizzate in cooperazione tra loro, può promuovere un'"Amazon pubblica", con algoritmi pubblici che possano operare sulla base di parametri di qualità misurabile ed assicurare celerità e trasparenza, in conformità ai principi del nostro ordinamento, per assicurare l'efficienza del servizio per un rapido rilancio del mercato dei contratti pubblici, fondato su un nuovo patto di efficienza, trasparenza e fiducia per lo sviluppo di imprese innovative, al servizio dei cittadini.

Solo la soddisfazione dei bisogni e la qualità delle prestazioni può assicurare che dai piccoli comuni alle amministrazioni nazionali la funzione appalti sviluppi una politica industriale di rilancio sostenibile per le imprese appaltatrici, senza i rischi di discriminazione connessi agli affidamenti diretti. Diversamente, le piattaforme private con la loro capacità di analisi dati e i loro algoritmi privati entreranno anche nel mercato degli appalti pubblici e svolgeranno le loro scelte industriali di ingresso sui mercati con i margini di profitto più elevati (es. in sanità, ma non solo), con abuso di posizione dominante e grave danno per lo sviluppo delle imprese innovative. Come visto nell'esperienza statunitense il rischio di devolvere a tali efficienti piattaforme i contratti di valore limitato determina la rinuncia allo

¹³¹ Cons. Stato, Ad. plen., sentenza n. 10 del 2020, cit., punto 31.3: «Le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019 della V sezione hanno ben richiamato l'essenziale ruolo di vigilanza svolto dall'ANAC in questo settore, ma non va trascurato il ruolo che un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto svolge proprio l'accesso civico generalizzato, come ridisegnato dal d. lgs. n. 96 del 2017, con la conseguente possibilità di effettuare segnalazioni documentate da parte di terzi, una volta ottenuta la relativa documentazione con l'accesso, anche all'ANAC, che può esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016 anche nella fase esecutiva».

¹³² R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G. M. Racca– C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014, 23.

sviluppo di analoghe piattaforme pubbliche, con le prevedibili conseguenze negli anni futuri.

Gabriella M. Racca
Dipartimento di Management
Università degli Studi di Torino
gabriella.racca@unito.it

Brexit e devolution nel Regno Unito: quando è lo Stato (e non l'UE) a mostrare i suoi limiti

di Gabriella Saputelli*

Abstract: Brexit and devolution in the UK: when problems depend on the State (and not on the EU) – Brexit has enormous implications on territorial constitution of the United Kingdom, on the relations between the Nations and on the unity of the country. Withdrawal from EU shows the complexity and the large numbers of competences involved in the EU integration process and, at the same time, it reveals limits and weaknesses of the very ancient UK form of state, founded on the sovereignty of Parliament and characterized by an unwritten constitution.

The article analyzes some of the tensions that have arisen in the British constitutional system as a consequence of the decision to leave the EU, with specific reference to devolution and intergovernmental relations between central institutions and devolved Nations.

4707

Keywords: devolution; Brexit; intergovernmental relations; retained EU law; common framework

1. Introduzione.

Brexit è uno degli eventi più rilevanti degli ultimi anni: le conseguenze di natura politica e costituzionale sono enormi sul piano esterno – nei rapporti con l'UE e nelle relazioni internazionali in generale – e interno, con forti implicazioni sul sistema costituzionale del Regno Unito¹, oltre che sull'assetto territoriale del

* Il lavoro è il risultato di una ricerca svolta nel Regno Unito grazie al supporto del *Center for Law and Society* dell'Università di Cardiff e dell'*Edinburgh Europa Institute* dell'Università di Edimburgo. Moltissime sono le implicazioni di *Brexit* sul Regno Unito e copiosissimo è il dibattito che si è svolto sia a livello nazionale che internazionale. La prospettiva prescelta (l'impatto di *Brexit* sulla *devolution*) e l'intento di far conoscere il dibattito che si è svolto nel Regno Unito su questo aspetto hanno portato a selezionare e a considerare prevalentemente fonti (dottrina e documentazione) straniere, limitando i riferimenti alla dottrina italiana 'strettamente' connessi al tema '*Brexit e devolution*'.

¹ Le ripercussioni di Brexit sul sistema costituzionale britannico sono state analizzate ampiamente in letteratura. In questa sede si richiamano: G. Caravale, *Brexit e Costituzione britannica*, Napoli, 2019; Sir J. Jowell, C. O'Cinneide, *The Changing Constitution*, Oxford, 2019; A. L. Young, *The Constitutional Implications of Brexit*, in *European Public Law* 23, no. 4, 2017,

Paese².

Le discussioni che si sono svolte a livello istituzionale e accademico su questo tema hanno rivelato la complessità del fenomeno e la molteplicità dei fattori coinvolti e, allo stesso tempo, hanno acceso i riflettori sui punti deboli di un sistema da sempre indicato e apprezzato come modello di flessibilità e pragmatismo. L'incertezza che ancora permane e l'estrema varietà delle ipotesi che si profilano (nuovo accentramento, disintegrazione o riconfigurazione del Regno Unito)³ sono segni evidenti delle difficoltà richiamate.

Il Regno Unito che il 31 dicembre 2020 è uscito dall'Unione europea è infatti molto diverso da quello che nel 1973 vi fece ingresso, non solo per via dell'influenza dettata da quasi 50 anni di partecipazione al processo europeo, ma per il mutamento della stessa conformazione interna dello stato, profondamente cambiata per effetto dei processi di *devolution* iniziati alla fine degli anni '90. Certamente non si è più in presenza di uno Stato accentrato: sebbene le peculiarità del sistema non consentano di classificarlo tra i sistemi federali o regionali, esso viene spesso descritto come un '*Union State*' composto da quattro 'Nazioni'⁴, tre delle quali si caratterizzano per beneficiare di un forte decentramento di poteri secondo il modello asimmetrico.

Per le *devolved Nations* le ripercussioni⁵ riguardano non 'solo' la perdita dei fondi europei⁶ e delle opportunità del mercato interno, ma toccano temi ancor più

757-786; J. O. Frosini, *Is Brexit Ripping Up The Unwritten Constitution Of The United Kingdom?*, in *Italian Journal Of Public Law*, 2019, Vol. 11, Issue 1.

² Per una descrizione dei condizionamenti di Brexit sui governi delle tre Nazioni dal voto del 2016 cfr. L. Lloyd, *The Brexit Effect. How government has changed since the EU referendum*, Institute for government, Marzo 2019.

³ Le ipotesi richiamate sono efficacemente descritte nel lavoro del M. Keating, *Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Droit et société* 2018/1, n. 98, p. 53-69. Moltissimi autori si sono interrogati sull'impatto di Brexit sull'unità del Regno Unito, evidenziando i rischi di una sua 'disintegrazione'; si veda, ad esempio, S. Douglas-Scott, *The Future of the United Kingdom*, in *European Journal of Legal Studies*, Special Issue, October 2019, 245-274, 274: «The eventual outcome of Brexit may be that, in leaving one union – the EU – Britain may in fact destroy its own union – the UK».

⁴ Sulla storia e sulle peculiarità dell'esperienza costituzionale del Regno Unito: R. Schütze-S. Tierney, *The United Kingdom and the Federal Idea*, Bloomsbury, 2018. Sui problemi di definizione del Regno Unito v. anche S. Douglas Scott, *op. cit.*, 264-265, secondo cui, nonostante i processi di devolution, "there has been little debate about what the 'Union' or 'UK' is or should be". Nel report della House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Union and devolution* (10th Report, Session 2015-16, HL Paper 149), 25 Maggio 2016 (disponibile

su https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldconst/149/14910.htm#_idTextAnchor139) p. 15, sono state utilizzate diverse espressioni: «a unitary state with three special-status regions» (Professor Nicola McEwen), «a union state» (Professor Adam Tomkins and the British Academy) a «state of unions» (Professor James Mitchell) a «multination or multinational state» (Dr Andrew Blick, Dr Paolo Dardanelli and Professor Arthur Aughey) and a «plurinational state» (Professor Michael Keating).

⁵ Per una visione di insieme dell'impatto di Brexit sulle Nazioni (tenendo conto delle diverse posizioni politiche e costituzionali di Galles, Irlanda del Nord e Scozia), e su come i diversi interessi avrebbero dovuto essere considerati nel processo di recesso: House of Lords, European Union Committee, 4th Report of Session 2017-19HoL, *Brexit and devolution*, 19 luglio 2017.

delicati, come i confini tra Irlanda e Irlanda del Nord (e il relativo accordo di pace)⁷ e le aspirazioni secessioniste della Scozia⁸.

⁶ Sulla perdita dei fondi europei nelle diverse Nazioni: *European Structural Funds after Brexit: the UK Shared Prosperity Fund* (Institute for government, Settembre 2018), accessibile su (<https://www.instituteforgovernment.org.uk/printpdf/6873>); Sulla situazione nel dopo Brexit: P. Brien, *The UK Shared Prosperity Fund*, House of Commons Briefing Paper Number 08527, 3 September 2019.

⁷ Il cosiddetto ‘backstop’ – vale a dire l’accordo inteso a proteggere il Good Friday Agreement/Belfast Agreement che consente di mantenere confini aperti tra Irlanda del Nord e Irlanda – ha dominato buona parte del dibattito sulla Brexit. Sulle implicazioni e sulle vicende legate al backstop si rinvia ai due report: *Brexit and the backstop: everything you need to know*, pubblicato da *The UK in a Changing Europe*, 11 febbraio 2019 (accessibile a <https://ukandeu.ac.uk/brexit-and-the-backstop-everything-you-need-to-know/>); Institute for government, *Irish backstop*, 24 Febbraio 2020 (<https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/irish-backstop>). Per un aggiornamento cfr. M. C. Murphy, *Brexit and Ireland/Northern Ireland’s Constitutional Future*, in Aa.Vv., *Brexit and the Union*, Report del Centre on Constitutional Change, 3 Febbraio 2020, 1-4 (disponibile su https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/sites/default/files/2020-02/Brexit%20and%20the%20Union_.pdf).

⁸ Un primo referendum sull’indipendenza della Scozia si è svolto nel settembre 2014. Sul tema v. ampiamente: M. Keating (Ed.), *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford University Press 2017; C. Martinelli, *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, 2016. A maggio 2019 è stato presentato un Referendum (Scotland) Bill, che fornirà le basi per un secondo referendum sull’indipendenza. Per aggiornamenti: J. Sargeant, *A second referendum on Scottish independence* pubblicato da The Institute for Government il 13 dicembre 2019 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/second-referendum-scottish-independence>). Sull’indipendenza della Scozia e sulle conseguenti implicazioni per le relazioni con l’UE: K. Hughes (Ed.), *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Edinburgh 2020, disponibile sul sito The Scottish Center for European Relations (<https://www.scer.scot/database/ident-12533>). Per aggiornamenti si rinvia alla pagina del Centre on Constitutional Change, *The Scottish Referendum Argument*, 10 febbraio 2020 con lavori di C. McCorkindale, A. McHarg *Constitutional Pathways to a Second Scottish Independence Referendum*; M. Keating, *A Second Scottish Independence Referendum?*; J. Gallagher, *When and if to Choose a Second Time*, tutti disponibili su https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/scottish-referendum-argument?utm_campaign=2601365_SPS%20Centre%20on%20Constitutional%20Change%20newsletter%20-%20February%202020&utm_medium=email&utm_source=College%20of%20Arts%2C%20Humanities%20%26%20Social%20Sciences%2C%20The%20University%20of%20Edinburgh&dm_i=2MQP,1JR85,93UTT,58DJT,1. Uno dei concetti chiave nelle proposte e nel dibattito sull’indipendenza della Scozia è quello di *devolution max* (o *devo-max*), vale a dire il massimo livello di autonomia che potrebbe essere garantito alla Scozia, pur restando parte del Regno Unito, attraverso il riconoscimento della piena autonomia finanziaria (federalismo fiscale) e l’attribuzione della maggior parte delle competenze (ad esclusione di politica estera e difesa). Quale ipotesi alternativa e inferiore rispetto alla piena indipendenza (per questo denominata anche ‘*independence lite*’), la *devo-max* porterebbe il sistema britannico verso un modello quasi-federale, con ripercussioni a livello centrale e nazionale. Sull’emergere e sull’evoluzione del concetto v. N. Duclos, *Charting a New Political Notion: “Devolution Max” and its Circulation in Britain Since 2009*, in *Miranda*, 9, 2014, 1-17, disponibile su <http://journals.openedition.org/miranda/5852>; per uno studio comparato v. M. Keating, *Rethinking Sovereignty: Independence-lite, devolution-max and national accommodation*, in *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, Vol. 16, 10.2012, p. 9-29.

Come in altre parti d'Europa, anche nel Regno Unito la *devolution* è avvenuta in un contesto pienamente coinvolto e profondamente influenzato dal processo di integrazione europea (e in parte anche su impulso della stessa UE) e il recesso ha aperto la discussione sull'allocazione delle materie che erano prima di competenza dell'UE (sul piano esterno) e delle entità decentrate (sul piano interno) come, ad esempio, in materia di agricoltura, pesca e ambiente. A questo argomento seguono: la necessità di sostituire il '*common framework*' europeo con un '*British common framework*' in grado di salvaguardare il mercato interno britannico, l'opportunità di introdurre '*shared rules*' tra istituzioni centrali e istituzioni devolute, la possibile ridefinizione delle regole per la distribuzione delle risorse. Su questi aspetti le relazioni tra Whitehall/Westminster e le istituzioni decentrate sono state molto problematiche e i disaccordi politici hanno avuto delle evidenti ripercussioni 'costituzionali'.

Il presente contributo vuole offrire un'analisi delle tensioni che si sono generate nel sistema costituzionale britannico a seguito della decisione di uscire dall'Unione europea, con particolare riferimento alla *devolution* e alle relazioni tra istituzioni centrali (governo e parlamento) e *devolved Nations*. Da questa esperienza, infatti, emergono interessanti spunti di riflessione per gli studi regionali e federali in Europa e alcuni moniti per l'esperienza italiana, dove negli ultimi anni è stato avviato il processo di regionalismo differenziato.

2. Le caratteristiche della devolution e del contesto costituzionale britannico.

Il Regno Unito è uno stato plurinazionale con una forte differenziazione territoriale, culturale (storica e linguistica) e istituzionale, le cui radici affondano nell'antica storia del Regno⁹.

Su spinte esogene ed endogene, nel 1998 è iniziato un processo di *devolution* che ha portato all'istituzione di Assemblee legislative (ed esecutivi) a Cardiff, Edimburgo e Belfast, cui sono state affidate funzioni legislative in una pluralità di materie secondo quanto definito negli atti di *devolution* (c.d. *devolution settlements*)¹⁰. Da allora, in linea con l'approccio pragmatico tipico del

⁹ Per un'ampia ricostruzione delle vicende storiche del Regno Unito v. R. Schütze-S. Tierney, *The United Kingdom and the Federal Idea*, cit.

¹⁰ Diverse sono state le ragioni e le vicende che hanno dato impulso alla *devolution* nelle tre Nazioni, di conseguenza diverse sono state le funzioni e le materie attribuite. Mentre il Parlamento Scozzese e quello Nord Irlandese hanno avuto poteri legislativi fin dal 1999, la National Assembly for Wales ha avuto inizialmente poteri esecutivi e solo dal 2011 poteri legislativi. Gli accordi iniziali (Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998, NI Act 1998, tutti preceduti da referendum) sono stati modificati in tempi e con modalità differenti: per la Scozia ci sono stati uno Scotland Act nel 2012 e uno Scotland Act nel 2016; per il Galles un Government of Wales Act nel 2006, un Wales Act nel 2014 (preceduto da un referendum sul *law making power*) e un Wales Act nel 2017; per l'Irlanda del Nord, invece, ci sono stati diversi accordi, come il St. Andrews Agreement, il Hillsborough Castle Agreement, lo Stormont House Agreement e il Fresh Start Agreement. Sulla *devolution* nel Regno Unito si richiamano: J. Mitchell, *Devolution in the UK*, Manchester, 2009; V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, 2001; G. Caravale, *A family of nations*.

sistema anglosassone, il processo è stato continuo e graduale, persino negli anni della crisi economica, in controtendenza rispetto all'accentramento che si è registrato nel resto dei paesi europei¹¹. La *devolution* è iniziata e continuata con una vistosa eccezione che ha riguardato il territorio più esteso del Regno Unito e la gran parte della popolazione: l'Inghilterra, per la quale è Westminster ad adottare leggi nelle materie devolute alle altre Nazioni (da qui la c.d. "*English question*"). Per ovviare a tale disequilibrio è stato adottato uno specifico meccanismo di partecipazione e votazione in Parlamento (c.d. EVEL: *English Votes for English Laws*), cui è stato affiancato un decentramento di funzioni alle autorità locali attraverso la stipula di altrettanti specifici accordi¹².

Per le implicazioni sulla forma di Stato e di governo – e le forti tensioni sulla struttura territoriale – la *devolution* ha rappresentato la modifica più importante della storia costituzionale del Regno Unito¹³.

Il modello di decentramento adottato nel Regno Unito è fortemente asimmetrico e, dal 2018, segue in tutte e tre le Nazioni (con una piccola variazione per l'Irlanda del Nord) la regola del '*reserved power model*', secondo cui le materie riservate alla competenza esclusiva del Parlamento centrale sono

Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e brexit, Napoli, 2017; D. Torrance, *Introduction to devolution in the UK*, House of Commons Briefing paper Number CBP 8599, 19 Giugno 2019. Sulla *devolution* in Scozia e sulla peculiare condizione della Scozia v. specificamente: D. Torrance, "*The settled will*?" *Devolution in Scotland, 1998-2020*, House of Commons Briefing Paper Number CBP-8441, 6 April 2020; J. Mitchell, *The Scottish Question*, Oxford, 2014; M. Lazarowicz & J. McFadden, *The Scottish Parliament: Law and Practice*, Edinburgh, 2018; D. McTavish (ed), *Politics in Scotland*, Abingdon, 2016. Sulla *devolution* e sulla condizione del Galles v. specificamente: D. Torrance, "*A process, not an event*": *Devolution in Wales, 1998-2020*, House of Commons Briefing paper Number CBP-8318, 6 April 2020; R. Deacon, A. Denton, R. Southall, *The Government and Politics of Wales*, Edinburgh, 2018. Sulla *devolution* e sulla condizione dell'Irlanda del Nord v. specificamente: D. Torrance, *Devolution in Northern Ireland, 1998-2020*, House of Commons Briefing paper Number CBP 8439, 4 February 2020; S. Fenton, *The Good Friday Agreement*, London: Biteback, 2018; D. Birrell, C. Gormley-Heenan, *Multi-Level Governance and Northern Ireland*, London, 2015.

¹¹ OECD Report, *Multilevel Governance Reforms. Overview of OECD Country Experiences* (2017).

¹² Sui problemi di rappresentanza in Inghilterra e sul sistema EVEL v. B. Guastafarro, *Territorial Representation in Unitary States. Reforming National Legislatures in Italy and in the United Kingdom*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2019, pp. 149 – 160. Quanto alla *devolution*, in Inghilterra il processo è iniziato nel 2014 con il Greater Manchester Agreement che ha conferito competenze e fondi alle *Combined Authorities*. Altri accordi sono poi seguiti. Questo tipo di *devolution* si caratterizza per l'elezione diretta dei sindaci e per l'assenza di funzioni legislative. Per una descrizione della *devolution* in Inghilterra: M. Sandford, *Devolution to local government in England*, House of Commons Briefing Paper Number 07029, 26 March 2020. Per una descrizione delle autorità locali in UK: J. Wilson, *Local government*, The Institute for Government, 31 Maggio 2019 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/local-government>). Per un aggiornamento sulla situazione v. da ultimo M. Kenny, *England's Territorial Politics After Brexit*, in *Brexit and the Union*, 3 Febbraio 2020, cit. 18-21.

¹³ Per l'analisi delle ripercussioni e delle asimmetrie che la *devolution* ha determinato sulla costituzione territoriale del Regno Unito, come la richiesta di indipendenza della Scozia nel 2014 e la rivendicazione di una maggiore rappresentanza in seno al Parlamento degli inglesi, v. B. Guastafarro, *Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution*, in *DPCE online*, 2019/4, 2808-2813.

specificate negli accordi di devolution, mentre in tutte le altre materie i Parlamenti nazionali possono legiferare liberamente secondo il principio ‘*everything devolved unless reserved*’¹⁴. In generale c’è una completa separazione tra le competenze di Westminster e quelle delle *devolved legislatures*, inoltre le ‘*shared rules*’, in cui i due livelli sono chiamati a legiferare su una stessa materia, sono limitate.

In questo sistema il Parlamento centrale può intervenire (*by law*) nelle materie devolute anche se, ‘normalmente’, si astiene oppure interviene solo con il consenso delle istituzioni devolute: si tratta della convenzione costituzionale nota come *Sewel Convention*¹⁵, secondo cui i Parlamenti devoluti possono dare il loro consenso alla legislazione adottata dal Parlamento centrale in materie che interferiscono con le proprie competenze tramite la *Legislative Consent Motion (LCM)*. La convenzione ha avuto un ruolo centrale nelle relazioni tra istituzioni centrali e istituzioni devolute nei venti anni di devolution e, nel complesso, ha funzionato bene (se si considerano l’ampiezza e la frequenza con cui è stata utilizzata dal 1999 e i risultati ottenuti). Infatti, le proposte di consenso legislativo sono state votate in almeno una delle nazioni in relazione ad almeno 202 Atti del Parlamento e, su oltre 350 mozioni proposte, le *devolved legislatures* hanno negato, in tutto o in parte, il consenso alla legislazione adottata dal governo centrale in sole 13 occasioni; in tali casi le divergenze sono state risolte attraverso emendamenti o altre concessioni¹⁶. La *Sewel Convention* è stata inserita nello *Scotland Act* del 2016 e nel *Wales Act* del 2017 che hanno ‘riconosciuto’ la sua significativa influenza politica, ma non hanno conferito alla stessa valore legalmente vincolante – come la Corte Suprema ha avuto modo di affermare nel 2017 (*infra*).

Il contesto costituzionale in cui la devolution è avvenuta, infatti, è quello della forma di Stato britannica, fondata sulla sovranità del Parlamento (secondo la nota formula “*The King in Parliament*”) e caratterizzata dall’assenza di una

¹⁴ Secondo questo modello, le *devolved legislatures* possono legiferare in ogni ambito ad eccezione delle materie riservate e degli atti del Parlamento di Westminster cui viene accordata specifica protezione (essi sono inclusi nella Schedule 4 dello Scotland Act 1998 e nella Schedule 7B del Government of Wales Act). La situazione dell’Irlanda del Nord è particolare poiché prevede tre categorie di competenze: reserved, excepted and transferred. Per una descrizione del riparto di competenze nell’Irlanda del Nord v. D. Torrance, *Devolution in Northern Ireland*, 1998-2020, cit.

¹⁵ La convenzione prende il nome dal ministro scozzese Lord Sewel che la espresse nel 1998 durante l’approvazione della legge che istituiva il Parlamento scozzese: «We would expect a convention to be established that Westminster would not normally legislate with regard to devolved matters in Scotland without the consent of the Scottish parliament». La convenzione è stata poi estesa anche a Irlanda del Nord e Galles. Per una descrizione della Sewel convention v. G. Cowie, D. Torrance, *Devolution: The Sewel Convention*, House of Commons Briefing paper Number CBP-8883, 13 maggio 2020.

¹⁶ I dati relativi all’utilizzo della Sewel Convention negli anni sono contenuti nel lavoro di A. Paun, J. Sargeant, *Sewel Convention*, Institute for government, gennaio 21, 2020 disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/sewel-convention>. Cfr. anche A. Paun, A. Cheung, L. Valsamidis, *Devolution at 20*, Institute for government, 4 Maggio 2019, 64-66 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/devolution-at-20>).

costituzione scritta e rigida. In questo scenario la tutela costituzionale delle entità decentrate e la partecipazione delle stesse alle decisioni del livello centrale sono affidate a convenzioni costituzionali (come la ‘*Sewel Convention*’), la cui importanza politica non impedisce al Parlamento di ‘interferire’ o di estromettere le entità decentrate dalle decisioni che esso intende adottare e, finanche, di ‘revocare’ aspetti della devolution; più precisamente, non rende tali comportamenti giustiziabili.

La (quasi) assenza di una costituzione formale e la peculiarità di questa forma di stato hanno consentito una forte flessibilità del sistema, ma portano con sé anche il pericolo che «there are no clear ways of resolving the resulting conflicts»¹⁷.

La trasformazione di un sistema da accentrato a decentrato, soprattutto quando sono coinvolte funzioni legislative, richiede sotto il profilo strettamente giuridico un insieme di modifiche istituzionali dello stato nel suo complesso: un efficace sistema di relazioni intergovernative, adeguati strumenti di partecipazione, un sistema di giustizia ‘costituzionale’ per risolvere conflitti che sorgono nei riparti di competenze e a tutela delle prerogative degli enti autonomi¹⁸.

Nel Regno Unito gli adattamenti delle istituzioni centrali (Westminster e Whitehall) alla devolution sono stati minimi: la sovranità del Parlamento di Westminster non è stata messa in discussione¹⁹, è stata creata una netta linea di demarcazione tra le competenze e non sono stati istituiti processi decisionali congiunti tra Westminster e *devolved legislatures*. Nel complesso il sistema di raccordi e partecipazione è debole e rivela un’impostazione gerarchica dei rapporti tra istituzioni centrali e istituzioni devolute.

Il *Memorandum of Understanding (MoU)*, stabilito nel 1999 e aggiornato nel 2013²⁰, fissa i principi che supportano le relazioni tra i livelli di governo.

La sede principale di raccordo tra governo centrale e *devolved administrations* è data dal sistema di comitati interministeriali che va sotto il nome di *Joint Ministerial Committee (JMC)*, istituito nel 1999 in concomitanza con

¹⁷ M. Keating, *Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, cit.

¹⁸ Su questi aspetti negli Stati federali e regionali v. A. D’Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2017, 13-40. Sulla connessione tra l’esigenza di una rappresentanza ‘territoriale’ nei parlamenti nazionali e il riparto di competenze tra stato centrale e autonomie territoriali, attraverso una comparazione tra Italia e Regno Unito, v. B. Guastaferrò, *Territorial Representation in Unitary States. Reforming National Legislatures in Italy and in the United Kingdom*, cit., 168-195, che evidenzia le ragioni, le funzioni e il significato costituzionale delle riforme adottate, ma anche le difficoltà (pratiche e teoriche) che si pongono nell’includere la rappresentazione territoriale negli stati unitari.

¹⁹ S. Douglas-Scott, *The Future of the United Kingdom*, cit., 257: ‘UK devolution appears to leave Westminster parliamentary sovereignty unaffected’.

²⁰ Cabinet Office, *Devolution: Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements*, Ottobre 2013, disponibile sul sito del governo: <https://www.gov.uk/government/publications/devolution-memorandum-of-understanding-and-supplementary-agreement>.

gli accordi di devolution²¹. Il *JMC* si articola in sottocommissioni che affrontano questioni specifiche, tra cui va ricordato il *JMC Europe* per le relazioni con l'UE²² che funge sia come sede di coordinamento sia come sede per la risoluzione dei conflitti²³. Il *JMC* si riunisce anche in forma plenaria, con la partecipazione dei rispettivi *Prime Ministers*, quale sede primaria delle relazioni intergovernative.

Se il sistema di comitati interministeriali ha il compito di gestire le controversie di natura politica e finanziaria, il sistema di corti e, in special modo la Corte Suprema, si occupa delle controversie legali che riguardano la devolution, vale a dire le questioni relative al riparto di competenze e all'adozione di atti *ultra vires* da parte delle *devolved institutions*. Dal punto di vista formale la Corte Suprema non è una corte costituzionale, ma dal punto di vista sostanziale essa «concentrates on cases of the greatest public and constitutional importance»²⁴.

La possibilità del '*judicial review of legislation*' è una innovazione costituzionale per il Regno Unito, ma è limitata alle *devolved legislatures*: l'assenza di una costituzione rigida e la sovranità del Parlamento limitano la possibilità per la Corte di sindacare gli atti del Parlamento di Westminster²⁵.

Nella breve descrizione della devolution e del contesto costituzionale del Regno Unito occorre infine menzionare il sistema finanziario e fiscale: la distribuzione delle risorse è basata su una formula risalente al 1979 (c.d. *Barnett* formula) che consente a Westminster di allocare annualmente fondi alle tre Nazioni. Sebbene negli ultimi anni le amministrazioni devolute abbiano acquisito importanti poteri di imposizione fiscale, unitamente alla possibilità di trattenere le entrate nei propri territori, i governi devoluti continuano ad essere finanziati prevalentemente dal centro²⁶.

²¹ Per una descrizione delle relazioni intergovernative nel Regno Unito: D. Torrance, *Intergovernmental relations in the United Kingdom*, House of Commons, 25 luglio 2018 (disponibile su <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8371/>).

²² Il funzionamento e le caratteristiche del JMC sono fissate nel Memorandum of Understanding.

²³ Nel 2010, al fine di evitare una risoluzione caso per caso dei conflitti, è stato adottato un Dispute Resolution Protocol che stabilisce le procedure per risolvere conflitti (cfr. D. Torrance, *op. cit.*, 9).

²⁴ La citazione è presa dal sito della UK Supreme Court, *Role of the Supreme Court* (<https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>). La competenza della UK Supreme Court è prevista negli accordi di devolution. Inizialmente essa era stata affidata al Judicial Committee of the Privy Council e all'Appellate Committee of the House of Lords; la Constitutional Reform Act 2005 ha poi trasferito la giurisdizione sui "devolution issues" alla Supreme Court. Per una descrizione del sistema e della giurisprudenza adottata nei 20 anni di devolution v. J. Simson Caird, *The Supreme Court on Devolution*, House of Commons. Briefing Paper Number 07670, 27 July 2016, 3-4, che affronta anche le modalità attraverso cui la questione può essere sollevata davanti alla Corte.

²⁵ J. Simson Caird, *The Supreme Court on Devolution*, cit., 4.

²⁶ Per una descrizione del sistema finanziario v. A. Paun, A. Cheung, L. Valsamidis, *Devolution at 20*, cit., 44-56. Sul funzionamento della 'Barnett Formula' e sul dibattito relativo alla riforma del sistema fiscale: M. Keep, *The Barnett formula*, House of Commons Briefing Paper Number 7386, 23 gennaio 2020.

3. Ha funzionato la devolution? Una valutazione dei 20 anni di ininterrotto decentramento.

La panoramica del processo di devolution, delle sue caratteristiche e del contesto costituzionale fornisce la cornice di riferimento entro cui poter esaminare, comprendere e valutare i risultati raggiunti negli anni.

In occasione dell'anniversario dei 20 anni dall'adozione dei primi *devolution settlements* sono stati pubblicati alcuni reports che offrono diversi spunti di riflessione²⁷.

Un lavoro dell'*Institute for government* ²⁸, ad esempio, ha provato a valutare i risultati della devolution nei vari territori attraverso l'utilizzo di più indicatori, come l'impatto sull'economia, sulla politica, sull'innovazione delle politiche e, infine, sulla costituzione (o unità) del Regno Unito.

Dall'analisi emerge che il più grande successo della devolution è stato il miglioramento della qualità della rappresentanza politica, della *governance* e della partecipazione pubblica, ovvero l'aumento della legittimazione dei governi e della fiducia nelle istituzioni, per via della percezione di una maggiore vicinanza ai cittadini²⁹.

Discreta è la valutazione della devolution nella sperimentazione di politiche innovative, vale a dire quale condizione per la creazione di '*laboratories of policy*'³⁰: i risultati sono stati a volte molto positivi, come dimostra la 'replica' di alcune misure a livello centrale (così è stato, ad esempio, per le politiche di assistenza agli anziani adottate in Scozia), altre volte non equiparabili o addirittura inferiori a quanto predisposto dal livello centrale (il riferimento è alle politiche di istruzione adottate in Galles)³¹.

Il rendimento dell'economia e la qualità dei servizi pubblici, invece, sono aspetti meno incoraggianti, in virtù della crescita delle disuguaglianze e di un

²⁷ V., ad esempio, A. Paun, T. Kidney Bishop, L. Valsamidis, A. de Costa, *Ministers reflect on devolution. Lessons from 20 years of Scottish and Welsh government*, Institute for government, 25 Marzo 2019, che raccoglie le interviste a 13 ex ministri.

²⁸ A. Paun, S. Macrory, *Has Devolution Worked? The first 20 years*, Institute for government, Londra 18 luglio 2019 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/has-devolution-worked>).

²⁹ E. Gray, B. Page, *Has devolution enhanced public trust in the political system?*, e J. Mitchell, *Has devolution strengthened the UK constitution?*, in Akash Paun and Sam Macrory (a cura di), *Has Devolution Worked? The first 20 years*, cit., rispettivamente a pag. 109 ss., e 156.

³⁰ A. Paun, A. Cheung, L. Valsamidis, *Devolution at 20*, cit., 19-20.

³¹ J. Mitchell, *op. cit.*, 152. P. Coutts, *Has devolution produced successful policy innovation and learning?*, in A. Paun, S. Macrory (a cura di), *Has Devolution Worked? The first 20 years*, cit. pag. 123: «I conclude that there has been successful policy innovation, which sometimes influences policy decisions in other UK jurisdictions», e pag. 133: «In summary, devolution has enabled some important policy innovations, and offers an opportunity for the different jurisdictions to learn from each other. But we can do more to promote policy learning across the UK, while recognising that the UK will never be a pure evidence-led 'policy laboratory' due to differing political priorities and structural contexts».

livello dei servizi nelle nazioni non sempre migliore di quello che si ha in Inghilterra³².

Passando da uno sguardo di insieme ad una prospettiva ‘regionale’, emerge che la devolution ha avuto risultati diversi nei territori³³: più positivi in Scozia (riguardo all’aumento della legittimazione politica e alla sperimentazione di alcune politiche); discreti in Irlanda del Nord (in merito al processo di pace e alla diminuzione delle tensioni, sebbene non vi siano state significative ripercussioni sulla coesione sociale) e non pienamente soddisfacenti in Galles (dove il processo di devolution è stato attuato in ritardo). In Inghilterra, invece, dove il decentramento ha coinvolto le autorità locali, sono emerse disparità di poteri e risorse tra i territori, con risultati migliori a Londra, sia in termini di politiche sia in termini di rappresentatività. È opportuno tuttavia ricordare che la buona riuscita delle politiche non è imputabile solo alla devolution ma dipende da una pluralità di fattori, tra cui anche la qualità della classe dirigente.

La valutazione più critica riguarda l’impatto della devolution sulla costituzione del Regno Unito³⁴: anche per via delle modalità in cui il decentramento è stato realizzato – attraverso accordi asimmetrici continuamente rinegoziati – le relazioni tra centro e periferia non sono mai state affrontate nell’insieme.

I processi di devolution sono stati avviati per rispondere ad esigenze specifiche emerse nei diversi territori in un dato momento storico e non hanno seguito una logica unitaria: essi sono stati formulati senza considerare le implicazioni sull’intero sistema, ‘trasferendo’ così ad un tempo successivo il nodo della legittimazione costituzionale³⁵.

Un report della *House of Lords* pubblicato nel 2016 – un mese prima del referendum *Brexit* – rileva i limiti delle modalità attraverso cui sono stati attuati i processi di devolution e la mancanza di adeguate strutture costituzionali volte a controbilanciare il decentramento, vale a dire a rafforzare e a promuovere l’Unione³⁶. Il referendum sull’indipendenza della Scozia di pochi anni prima (nel

³² L. Budd, ‘Has devolution delivered an economic dividend?’, in A. Paun, S. Macrory (a cura di), *Has Devolution Worked? The first 20 years*, cit., 95 ss., pag. 107: “What is clear is that devolution has not been able to arrest the increase in regional inequalities across the UK, which these three shocks have reinforced”.

³³ A. Paun, S. Macrory (eds.), *Has Devolution Worked? The first 20 years*, cit., capitolo I: D. Torrance, *Has devolution in Scotland delivered what was promised before 1999?* (p. 33-44); C. Gormley-Heenan, *Has devolution brought peace, stability and good governance to Northern Ireland?* (p. 45-56); G. Holtham, *Has devolution led to more effective government in Wales? The case of the economy* (p. 57-70); T. Travers, *Has devolution to City Hall benefited London and Londoners?* (p. 71-81); M. Sandford, *Is devolution to England’s cities here to stay?* (p. 82-93).

³⁴ In merito v. J. Mitchell, *Has devolution strengthened the UK constitution?*, cit., 146-157.

³⁵ *Ibidem*, 157.

³⁶ House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Union and devolution*, cit., par. 99: «There is no evidence of strategic thinking in the past about the development of devolution. There has been no guiding strategy or framework of principles to ensure that devolution develops in a coherent or consistent manner and in ways which do not harm the Union. Instead, successive Governments have responded individually to demands from each nation. Devolution has thus developed in an ad hoc fashion, with different constitutional conversations taking place separately in different parts of the country» (par. 99).

2014), infatti, aveva fatto emergere gli effetti della devolution sulla stabilità dell'Unione e acuito le preoccupazioni sull'integrità del Regno Unito.

Oltre all'assenza di adeguate riflessioni sulla costituzione territoriale nel Regno Unito, il report sottolinea il mancato adattamento delle istituzioni centrali (Parlamento e Governo) alla devolution. L'aspetto costituzionale più critico e decisivo nei sistemi decentrati è difatti relativo alla gestione dei conflitti tra le diverse componenti che li costituiscono.

Nel tempo sono emerse, inevitabilmente, le debolezze del sistema di relazioni intergovernative legate alla mancata trasparenza dei lavori, alla natura consultiva degli organi preposti e, soprattutto, alla loro convocazione su impulso del governo centrale. Basti portare ad esempio la 'sessione plenaria' del *Joint Ministerial Committee (JMC)*, sopra menzionata, che si sarebbe dovuta riunire almeno una volta l'anno e invece non è mai stata convocata dal 2002 al 2008³⁷. Tale circostanza lascia intendere che i contrasti sono stati risolti principalmente in modo informale, attraverso accordi politici³⁸, ed è fortemente sintomatica della inadeguatezza del *forum* quale sede di coordinamento e raccordo, così come dello scarso interesse a sviluppare approcci comuni. L'unica eccezione è stato il *JMC Europe* che dal 1999 si è riunito regolarmente.

Quanto alla giustiziabilità delle relazioni tra enti, nel periodo antecedente la creazione della *UK Supreme Court* (fino al 2009) i casi in materia di devolution affrontati dalle corti sono stati pochi (circostanza che conferma l'utilizzo di metodi di risoluzione volti a prevenire il contenzioso)³⁹. Dal 2009 la Corte ha giocato un ruolo più rilevante, soprattutto in riferimento al Galles che ha visto tre proposte di legge impugnate, mentre fino al 2016 tale possibilità non si era mai verificata per la Scozia⁴⁰. L'adozione di pronunce significative in questi anni ha contribuito a conferire alla *UK Supreme Court* un carattere 'costituzionale', come sostenuto nel 2018 dal suo Presidente: «I think that the only conclusion I can draw is that devolution of legislative – as opposed to executive – power turns the United Kingdom Supreme Court into a genuinely constitutional court»⁴¹.

Nonostante l'evoluzione descritta, il ruolo della UK Supreme Court nelle relazioni intergovernative è ancora molto limitato se comparato con il ruolo

³⁷ Per questi dati v. Institute for government, *Devolution: Joint Ministerial Committee*, 5 Novembre 2019 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/devolution-joint-ministerial-committee>). Per un'analisi critica e per alcune proposte volte a migliorare il sistema delle relazioni intergovernative v. A. Paun, R. Munro, *Governing in an Ever Looser Union, How the four governments of the UK co-operate, negotiate and compete*, Institute for government 19 febbraio 2015.

³⁸ A. Paun, A. Cheung, L. Valsamidis, *Devolution at 20*, cit., 68-69.

³⁹ J. Simson Caird, *The Supreme Court on Devolution*, cit., 13-14, che richiama R. Hazell, «Out of Court: Why have the courts played no role in resolving devolution disputes in the United Kingdom» *The Journal of Federalism* (2007) p.589.

⁴⁰ Per l'analisi della giurisprudenza sulla devolution dal 2009: J. Simson Caird, *The Supreme Court on Devolution*, cit., 15 ss.

⁴¹ Lady Hale, President of The Supreme Court, *Devolution and The Supreme Court – 20 Years On*. Scottish Public Law Group 2018, Edinburgh, 14 giugno 2018 (disponibile su: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180614.pdf>).

determinante che le Corti costituzionali rivestono nei sistemi federali e regionali, dove hanno progressivamente assunto una posizione centrale. Oltre alla risoluzione politica delle controversie avvenuta soprattutto nel primo periodo, tale diversità può essere spiegata attraverso l'influenza di altri fattori: il ruolo limitato dei giuristi e del diritto nel sistema anglosassone, a fronte di una estesa cultura amministrativa, così come la flessibilità degli accordi di devolution e la natura della costituzione del Regno Unito; entrambi gli aspetti favoriscono la risoluzione dei conflitti intergovernativi attraverso altre modalità⁴².

In un quadro costituzionale rimasto pressoché identico nel suo assetto istituzionale, i diversi livelli di governo hanno lavorato insieme, affrontato problemi comuni e risolto conflitti attraverso accordi politici e con l'aumento della spesa pubblica⁴³.

Così la devolution ha funzionato bene nel primo decennio, in un contesto politico e partitico omogeneo – dato dalla presenza del partito laburista nei diversi livelli di governo – che ha consentito di comporre le tensioni, anche attraverso l'adozione di politiche espansive. Il medesimo sistema ha tuttavia mostrato i suoi limiti nel secondo decennio, quando sono cambiate le condizioni politiche (che hanno visto l'affermarsi della divergenza politica nelle varie Nazioni) e quelle economiche (per via della crisi economica e della necessità di adottare politiche restrittive).

Le strutture 'costituzionali' non rappresentano mai un ornamento; ce ne accorgiamo in tempi di crisi o in presenza di tensioni politiche e sociali. Così, anche nell'ordinamento britannico, quando la *fairness* politica e il pragmatismo sono venuti meno e la situazione finanziaria è divenuta critica...i nodi sono venuti al pettine.

La congiuntura economica negativa ha accentuato l'asimmetria e le disparità tra i territori, preparando in questo modo il terreno fertile, tra l'altro, proprio per *Brexit*: le tensioni sono state tante e tali che il 'sistema' si è trovato impreparato ad affrontare e a gestire la situazione. Anche in questo caso, certamente, non tutto è legato ai limiti dell'ordinamento costituzionale, ma molto è invece imputabile alla politica.

4. Brexit e le competenze di ritorno: il conflitto 'costituzionale' sul riparto.

Brexit è stato un vero *shock* per la costituzione territoriale del Regno Unito, per le relazioni tra le sue componenti e per l'unità del sistema⁴⁴. Diverse sono state le ripercussioni nelle tre Nazioni, in virtù della differenziazione storica,

⁴² A. Trench, *The Courts and Devolution in the UK*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 2012, vol. 14, 303–322.

⁴³ A. Paun, R. Munro, *Governing in an Ever Looser Union, How the four governments of the UK co-operate, negotiate and compete*, cit., 1.

⁴⁴ Brexit è uno shock alla costituzione britannica tout court, come dimostrano le vicende legate ai rapporti tra Parlamento e governo e, da ultimo, alla prorogation del Parlamento. Su questi temi si rinvia alla nota 1.

istituzionale e politica che le caratterizza; diverse sono state, pertanto, le posizioni assunte.

Nell'Irlanda del Nord (dove la maggioranza dei voti espressi durante il referendum è stata “*remain*”) si è generata per lungo tempo una situazione di stallo istituzionale (a causa del collasso dell'esecutivo a gennaio 2017) che ha limitato significativamente la partecipazione alle negoziazioni nei comitati interministeriali, per via della presenza di soli funzionari e tecnici e non di rappresentanti politici⁴⁵. In Scozia (dove ugualmente la maggioranza dei voti è stata “*remain*”), l'atteggiamento istituzionale è stato principalmente di opposizione e contrasto⁴⁶. Nel Galles (dove la maggioranza dei voti è stata invece “*leave*”, con conseguente poco spazio per eventuali rivendicazioni politiche), l'atteggiamento è stato critico, ma anche collaborativo e propositivo⁴⁷.

Il conflitto costituzionale ha riguardato principalmente l'allocazione delle competenze di ritorno dall'UE: in proposito, le vicende legate all'adozione dello *European Union (Withdrawal) Act 2018 (EUWA)* hanno rappresentato l'apice delle tensioni che si sono generate.

Negli accordi di devolution le “relazioni internazionali” e i “rapporti con l'Ue” sono materie riservate al Parlamento di Westminster. La normativa che regola l'uscita dall'UE ha tuttavia delle enormi ripercussioni sulle competenze delle varie Nazioni, per cui esse hanno un forte interesse ad essere coinvolte nei processi decisionali.

L'analisi del conflitto non può che partire dalla celebre sentenza *Miller* del 24 gennaio 2017 che ha stabilito la necessità del coinvolgimento del Parlamento nel processo di uscita dall'UE e, dunque, di un atto legislativo per regolare le modalità e le condizioni di recesso. La lunga sentenza interessa particolarmente nella parte in cui dichiara che per l'adozione di questo atto legislativo non è richiesto il consenso delle Nazioni, le quali non hanno alcun “*legal veto*”. A sostegno di tale affermazione, i giudici hanno ribadito la portata della *Sewel convention*: «we do not underestimate the importance of constitutional

⁴⁵ Sulle implicazioni derivanti dalla mancanza dell'esecutivo a partire da gennaio 2017: J. Sargeant, J. Rutter, *Governing without ministers. Northern Ireland since the fall of the power-sharing executive*, Institute for Government, London 25 settembre 2019 (disponibile su <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/governing-without-ministers-northern-ireland>). Sull'impatto di questa condizione sulla partecipazione alle decisioni intergovernative: Cabinet Office, *The European Union (Withdrawal) Act and Common Frameworks* (marzo 2020), pag. 11, 13, 14. Il documento è disponibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/872831/Sixth-European-Union-Withdrawal-Act-and-Common-Frameworks-Report1.pdf.

⁴⁶ Gli aggiornamenti sulla posizione della Scozia sono disponibili sul sito del governo nella sezione relativa a Brexit: <https://www.gov.scot/brexit/>

⁴⁷ Quali esempi dell'atteggiamento collaborativo e propositivo nei confronti del governo centrale si possono menzionare le proposte volte ad assicurare il rispetto della devolution e della sussidiarietà (v. il report *Brexit and Devolution*, disponibile su <https://beta.gov.wales/sites/default/files/2017-06/170615-brexit%20and%20devolution%20%28en%29.pdf>). Per un aggiornamento sulla condizione del Galles v. J. Larner, D. Wincott, *Wales: Where Next?*, in *Brexit and the Union*, Center on Constitutional Change, 3 Febbraio 2020, 22-25.

conventions, some of which play a fundamental role in the operation of our constitution. The Sewel Convention has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law»⁴⁸. La *Sewel Convention* è e resta una “*political convention*” che non è stata convertita «*into a legal rule justiciable by the courts*»⁴⁹.

In accordo con la portata politica della *Sewel Convention* – e dunque in linea con il ruolo decisivo che le convenzioni rivestono nel sistema anglosassone – il governo centrale ha ritenuto di dover comunque richiedere il consenso delle istituzioni devolute.

Così, il 13 luglio 2017 il governo ha presentato alla House of Commons lo European Union (*Withdrawal*) Bill (EUWB) la cui funzione è «to provide structures and mechanisms to prepare the UK legal system for Brexit» e formare «the constitutional basis of a great deal of domestic law in the future»⁵⁰. Oltre ad abrogare la legge che aveva consentito l'ingresso del Regno Unito nell'Unione Europea, l'atto stabilisce disposizioni volte a garantire la continuità legale dopo il recesso dall'UE, attraverso la temporanea ‘congelazione’ del diritto europeo al momento dell'uscita e la sua conversione in diritto interno (il c.d. ‘*retained EU law*’); in un momento successivo a tale complesso normativo saranno poi apportate modifiche e adattamenti. Per facilitare l'attuazione e la modifica del ‘*retained EU law*’, così come l'approvazione delle regole necessarie al recesso, il EUWB concede estesi poteri regolamentari all'esecutivo (sezioni 8-9), tra cui la possibilità per i ministri del governo centrale di limitare temporaneamente, attraverso la normazione secondaria, le competenze delle tre Nazioni (nelle sezioni 10-11-12). Più precisamente, secondo la *Section 12*, l'adozione dei regolamenti nelle materie oggetto di ‘*retained EU law*’ da parte dei ministri del governo centrale preclude (o limita) l'intervento dei Parlamenti nazionali nelle materie di propria competenza che intersecano gli stessi oggetti. Gli estesi poteri conferiti all'esecutivo potranno essere esercitati per un periodo limitato (un massimo di due anni dopo il recesso) e anche i regolamenti avranno effetto per un

⁴⁸ The Supreme Court, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, 24 Gennaio 2017, [2017] UKSC 5, par. 151. La pronuncia è disponibile sul sito della Corte Suprema: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0196.html>.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 148. La letteratura sul caso Miller è immensa; in questa sede si richiamano: A. L. Young, *Brexit, Miller, and the Regulation of Treaty Withdrawal: One Step Forwards, Two Steps Back*, in *American Journal of International Law Unbound*, 111 (2018), 434-434, che la definisce “the constitutional case of the century” (434); ID., *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union: Thriller or Vanilla?*, in *European Law Review*, n. 42 (2017), p. 280-295; M. Elliott, J. Williams, A. L. Young, *The UK Constitution after Miller. Brexit and Beyond*, Hart Publishing 2018, su cui v. soprattutto il cap. 7 di A. McHarg, *Constitutional Change and Territorial Consent: The Miller Case and the Sewel Convention*.

⁵⁰ S. Douglas Scott, *op. cit.*, pag. 248. Il EU Withdrawal Act 2018 (EUWA) sarebbe stato applicato immediatamente nell'ipotesi di un ‘no deal’ o, nel caso di accordo approvato in Parlamento, alla fine del periodo transitorio previsto nell'accordo di recesso.

periodo altrettanto limitato (per un massimo di cinque anni): in pratica il tempo necessario per trovare un accordo tra i governi sul ‘*common framework*’.

Tali scelte non sono state condivise da Galles e Scozia: il giorno stesso della presentazione del EUWB i rispettivi Primi Ministri hanno adottato una dichiarazione congiunta per denunciare l’atto quale «a naked power-grab, an attack on the founding principles of devolution» e per dichiarare che «the Scottish and Welsh Governments cannot recommend that legislative consent is given to the Bill as it currently stands»⁵¹.

I parlamenti di Galles e Scozia non si sono limitati a negare il consenso⁵², ma hanno adottato proprie versioni del *Withdrawal Bill* per stabilire altrettante regole sulla continuità legale a seguito del recesso dall’UE: rispettivamente un *Welsh Continuity Bill*⁵³ e uno *Scottish Continuity Bill*⁵⁴. Entrambi gli atti sono stati impugnati dal governo centrale davanti alla *Supreme Court* per difetto di competenza, ovvero per l’interferenza con una materia (rapporti con l’Ue) riservata al Parlamento di Westminster.

Dopo mesi di negoziazione, al fine di ottenere il consenso dei parlamenti nazionali, l’*EU (W) Bill* è stato emendato in modo da preservare in minima parte le competenze delle *devolved Nations* nelle materie devolute. La formulazione finale della *Section 12* consente alle *devolved legislatures* di modificare il ‘*retained EU law*’ nelle materie di propria competenza, ma conferma la possibilità per i ministri del governo centrale di adottare regolamenti in tali materie; prevede la consultazione delle *devolved legislatures* prima dell’adozione dei regolamenti, senza tuttavia precludere ai ministri di adottare comunque l’atto. Anche se meno restrittiva della precedente⁵⁵, la nuova formulazione consente ancora al governo

⁵¹ ‘Responding to the introduction of the European Union (Withdrawal) Bill, First Minister of Scotland Nicola Sturgeon and First Minister of Wales Carwyn Jones have today issued the below joint statement’, 13 luglio 2017, disponibile su <https://news.gov.scot/news/eu-withdrawal-bill>

⁵² Nei Legislative Consent Memorandum di Scozia e Galles sono esposti i motivi del rifiuto del consenso. L’Irlanda del Nord non ha potuto adottare o negare la LCM per la particolare condizione politica e costituzionale in cui si è trovata.

⁵³ Law Derived from the European Union (Wales) Act 2018. Sull’iter di approvazione, le discussioni e le relazioni intergovernative relative all’atto v. il sito della National Assembly of Wales <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IIId=21280>.

⁵⁴ UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill. Sull’iter di approvazione, le discussioni e le relazioni intergovernative relative all’atto v. il sito del Parlamento scozzese: <https://beta.parliament.scot/bills/uk-withdrawal-from-the-european-union-legal-continuity-scotland-bill>.

⁵⁵ Sull’influenza esercitata dalle *devolved institutions* nella formulazione degli art. 11 e 12 v. N. McEwen, *Negotiating Brexit: power dynamics in British intergovernmental relations*, in *Regional Studies*, Apr 2020, pag. 7-8: «Though the regulations permitted in Section 12 of the European Union (Withdrawal) Act 2018 retained the potential to constrain devolved competence, they represented a much looser constraint than was originally envisaged. There is sufficient evidence to suggest that the power exerted by the devolved governments during the bill’s passage was a significant factor in forcing change» (...) «These negotiations ultimately led to amendments to the European Union (Withdrawal) Act 2018 that changed the nature of the legal constraint that had been the subject of Clause 11. The general constraint was removed, thus preserving the reserved powers model of devolution» (pag. 8).

di limitare unilateralmente le competenze e i poteri delle *devolved Nations* nelle materie di propria competenza che intersecano il ‘*retained EU law*’⁵⁶.

Diversamente dal Parlamento gallese – che ha ritirato il *Wales Continuity Bill* e approvato il LCM – il Parlamento scozzese non ha ritenuto tali modifiche sufficienti e ha negato nuovamente il consenso. Non solo: lo *Scottish Continuity Bill*, proposto il 27 febbraio 2018, è stato approvato dal Parlamento scozzese il 21 marzo 2018, anticipando il (UK) *EUWA*. La sezione 17 dello *Scottish Bill* prevede che la normazione secondaria adottata da ministri del governo centrale dopo l’uscita dall’UE, nelle materie di diritto europeo che ricadono nella competenza legislativa del Parlamento scozzese, non avrà alcun effetto senza il consenso dei ministri scozzesi⁵⁷, introducendo, così, un vero e proprio *veto power*. Come rilevato: «la ratio della Section 17 della proposta legislativa scozzese è quella di recuperare, attraverso un atto legislativo subnazionale, quello che non si era riusciti ad ottenere a livello centrale né negoziando con il governo del Regno Unito né proponendo emendamenti più attenti al ruolo delle *devolved legislatures* nel processo di recesso»⁵⁸.

Mentre l’impugnazione del *Welsh Bill* è stata ritirata a seguito degli accordi con il governo gallese⁵⁹, il contenzioso sullo *Scottish Bill* è proseguito davanti alla UK Supreme Court; come già anticipato, a differenza di quanto accaduto per il Galles, tale eventualità non si era mai verificata per la Scozia.

A giugno 2018 il parlamento scozzese ha dichiarato che avrebbe negato il consenso a qualsiasi legislazione riguardante *Brexit*, avviando quello che è stato poi definito uno ‘*Sewel Strike*’ che ha visto la negazione del consenso ad una pluralità di atti, con la sola eccezione del *Healthcare (International Arrangements) Bill*⁶⁰.

Malgrado la situazione di conflittualità istituzionale con la Scozia, il 26 giugno 2018 l’*EU Withdrawal Act (UK EUWA)* è stato ugualmente approvato da Westminster: in proposito, il governo centrale ha sostenuto che le circostanze “eccezionali” consentivano a Westminster di approvare la legislazione senza il consenso delle Scozia. Nella storia delle relazioni intergovernative non era mai accaduto che un atto del Parlamento centrale venisse adottato nonostante la negazione del consenso delle *devolved legislatures*.

⁵⁶ Cfr. S. Douglas Scott, *op. cit.*, 252.

⁵⁷ Section 17(2): «The subordinate legislation, to the extent that it contains devolved provision is of no effect unless the consent of the Scottish Ministers was obtained before it was made, confirmed or approved».

⁵⁸ B. Guastaferrò, *Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution*, cit., 2819 che definisce la «la Section 17 una sorta di Sewel Convention “traslata” dal piano del consenso e del raccordo tra assemblee legislative al piano del consenso e del raccordo sul piano intergovernativo».

⁵⁹ Intergovernmental Agreement on the European Union (Withdrawal) Bill and the Establishment of Common Frameworks, 24 aprile 2018, disponibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/702623/2018-04-24_UKG-DA_IGA_and_Memorandum.pdf

⁶⁰ I riferimenti alla negazione del consenso per i futuri accordi, così come l’espressione ‘Sewel Strike’ sono contenuti nel lavoro A. Paun, J. Sargeant, *Sewel Convention*, Institute for government, cit..

La Corte Suprema si è pronunciata sullo *Scottish Continuity Bill* il 13 dicembre 2018⁶¹ con una decisione che, anzitutto, ha delimitato i confini politici e costituzionali della controversia⁶².

Nel merito la Corte ha affermato che nel complesso lo *Scottish Bill* non è stato adottato al di fuori della competenza legislativa del parlamento scozzese, mentre lo è la sezione 17 che, imponendo una sorta di *veto power* sui regolamenti del governo centrale, si pone in contrasto con la sezione 28(7) dello *Scotland Act* (che riconosce al Parlamento di Westminster la facoltà di adottare leggi per la Scozia) e, di conseguenza, con l'allegato n. 4 (che limita i poteri del Parlamento scozzese di apportare modifiche allo *Scotland Act*)⁶³.

Non solo. L'entrata in vigore del *UK Withdrawal Act* – che ha modificato i *devolution settlements* (come ad esempio l'allegato n. 4 dello *Scotland Act 1998*) al fine di includere tale atto (l'EUWA) tra le leggi che non possono essere modificate dai parlamenti nazionali – ha determinato la successiva 'incostituzionalità' delle parti dello *Scottish Bill* in contrasto con il UK EUWA⁶⁴.

Le vicende descritte provano la forte asimmetria tra istituzioni centrali e istituzioni devolute, che si spinge fino al punto da consentire alle prime di impugnare una legge non gradita, sospendendone l'applicazione nel momento in

⁶¹ The Supreme Court, *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland*, 13 dicembre 2018, [2018] UKSC 64, disponibile sul sito della Corte Suprema: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0080.html>.

⁶² *Ibidem*, par. 11: «Withdrawal from the EU will result in legislative powers, which are currently vested in EU institutions, being transferred to institutions in the UK. There has been and is a political debate as to which institutions within the UK should best exercise those powers in the public interest. It is not the role of this court to form or express any view on those questions of policy, which are the responsibility of our elected representatives and in which the wider civil society has an interest. Our role is simply to determine as a matter of law whether and to what extent the Scottish Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament. That question is answered, as we explain below, by analysing the provisions of the Scotland Act».

⁶³ The Supreme Court of the United Kingdom, *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) BILL – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* (Scotland) [2018] UKSC 64, Press Summary, 13 December 2018: «The Scottish Bill does not relate to relations with the EU. It simply regulates certain of the legal consequences of the cessation of EU law as a source of domestic law [33]»; «Under Schedule 4 to the Scotland Act, the Scottish Parliament does not have legislative competence to modify the Scotland Act [42]. An enactment is modified by a later enactment if it is implicitly amended, disappplied or repealed in whole or in part [51]. The UK Parliament has the power to authorise Ministers to make subordinate legislation, but the effect of section 17 would be to make the legal effect of such subordinate legislation conditional upon the consent of the Scottish Ministers. The imposition of this condition would be inconsistent with the recognition in section 28(7) of the Scotland Act that the UK Parliament has unqualified legislative power in Scotland. It would therefore have to be treated as impliedly amending (and thus modifying) section 28(7) of the Scotland Act [52]».

⁶⁴ *Ibidem*: «The UK Withdrawal Act is not a reserved matter but it is protected against modification under Schedule 4 [99]. Several provisions of the Scottish Bill in whole or in part amount to modifications of the UK Withdrawal Act». In altri termini, queste sezioni erano di competenza del Parlamento scozzese nel momento in cui sono state adottate (a marzo 2018), ma sono diventate 'incostituzionali' a seguito dell'approvazione dell'EUWA (giugno 2018) e dell'entrata in vigore delle modifiche da questo apportate.

cui l'atto è *sub iudice*, e nel frattempo adottare la propria legislazione che, entrando in vigore, automaticamente surclassa la legislazione devoluta⁶⁵.

La pronuncia sullo *Scottish Bill* avvalorata la supremazia del Parlamento di Westminster sul Parlamento Scozzese⁶⁶ e conferma l'impossibilità per quest'ultimo di discostarsi dal primo.

Le tensioni tra il governo centrale e le amministrazioni devolute si sono ripetute in occasione dell'approvazione dell'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (EUWAA)* che adotta disposizioni per la ratifica del *Brexit Withdrawal Agreement* e per l'esecuzione dello stesso nel diritto interno⁶⁷. Sebbene questo secondo atto contenga aperture al ruolo delle *devolved legislatures* rispetto al precedente *EUWA*⁶⁸, a gennaio 2020 tutte le Nazioni hanno nuovamente negato il consenso⁶⁹, segnando un altro primato negativo nella storia delle relazioni intergovernative. Anche questa volta gli aspetti problematici riguardano il potere regolamentare del governo centrale e il rischio di forte ingerenza sulle *devolved legislatures*. E, anche questa volta, l'atto è stato approvato comunque, in tempi brevi (dovuti alla scadenza prevista con l'UE) e senza la possibilità di ulteriori negoziazioni con le *devolved legislatures*.

La storia è destinata a ripetersi per altri atti connessi al processo *Brexit*⁷⁰. Si comprende, pertanto, la necessità di una riforma della *Sewel Convention*, la cui (non) applicazione continuerà a generare tensioni nelle relazioni tra i parlamenti⁷¹.

⁶⁵ S. Douglas Scott, *op. cit.*, 253. Per un commento alla decisione si veda anche: S. Douglas-Scott, *Brexit legislation in the Supreme Court: A Tale of Two Withdrawal Acts?*, in *Centre on Constitutional Change*, 17 dicembre 2018 (disponibile su <<https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/opinions/brexit-legislation-supreme-court-tale-two-withdrawal-acts>> accessed 10 September 2019).

⁶⁶ Così A. L. Young, *The Law, in Article 50 two years on*, The UK in a Changing Europe, 29 marzo 2019, p. 17 (disponibile su <https://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2019/03/Article-50-two-years-on.pdf>).

⁶⁷ Sulla differenza tra il EU (Withdrawal) Act 2018 e il EU (Withdrawal Agreement) Act 2020 quanto a contenuto, procedura, contesto di adozione e impatto v. G. Cowie, S. de Mars, R. Kelly, D. Torrance, *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, House of Commons Briefing Paper Number 08805, 20 February 2020. Sinteticamente anche L. James Key, *Brexit bills: the EUWB and the WAB compared*, in *Parliament and Brexit*, The UK in a Changing Europe, Marzo 2020, 24-25.

⁶⁸ Per le differenze e le aperture v. G. Cowie, S. de Mars, R. Kelly, D. Torrance, *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, cit., 71-72.

⁶⁹ Su tali vicende: A. Paun, J. Sargeant, *Sewel Convention*, cit..

⁷⁰ Per i riferimenti v. G. Cowie, S. de Mars, R. Kelly, D. Torrance, *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, cit., 74-75.

⁷¹ J. Sargeant, *The Sewel Convention has been broken by Brexit – reform is now urgent*, Institute for Government, 21 gennaio 2020: «The Sewel Convention has been a fundamental underpinning of the relationship between the four legislatures of the UK since 1999, but it has been broken by Brexit. As well as managing the immediate political backlash that will follow the passing of the WAB, the UK government must now seriously engage with the case for reforming the convention if it wants to ensure the sustainability of the union in the long term».

4.1. Il riparto di competenze e la necessità di un nuovo ‘common framework’ per il Regno Unito.

Il ‘rientro’ delle competenze dall’Unione europea è un processo complesso che ha delle enormi ripercussioni sul riparto di competenze tra stato centrale e nazioni⁷².

La definizione degli aspetti nodali è contenuta nel discusso *EU Withdrawal Act (EUWA)* che, come esaminato, stabilisce la temporanea conversione del diritto europeo in diritto interno (il c.d. ‘*retained UE law*’) al fine di garantire la continuità legale dopo l’uscita dall’UE e un contesto omogeneo in tutto il Paese.

In un momento successivo alcune competenze e funzioni (ad esempio in materia di immigrazione, politiche della concorrenza) saranno riservate a Westminster, mentre altre potranno essere trasferite a Scozia, Galles e Irlanda del Nord.

Il passaggio tra queste due fasi è regolato dall’art. 12 che consente al governo centrale di ‘congelare’ temporaneamente la possibilità per le *devolved legislatures* di legiferare pienamente nelle materie di propria competenza che intersecano l’‘*EU retained law*’, nell’attesa della definizione di principi e regole comuni⁷³.

L’esigenza di evitare o limitare divergenze in alcuni settori e, dunque, la necessità di stabilire un nuovo ‘*common framework*’ per il Regno Unito in sostituzione di ciò che prima era assicurato da un ‘*EU common framework*’ sono fortemente avvertite da tutti i livelli di governo.

Il 16 ottobre 2017 il *Joint Ministerial Committee (EU Negotiations) (JMC(EU))* aveva raggiunto un accordo su alcuni principi che avrebbero dovuto guidare la definizione di regole comuni⁷⁴. In tale circostanza era stata riconosciuta la necessità di un *common framework* al fine di consentire il

⁷² V. ad esempio, le problematiche analizzate da R. Rawlings, *Brexit and the Territorial Constitution: Devolution, Reregulation and Intergovernmental Relations*, The Constitution Society, London 2017 (disponibile su <https://consoc.org.uk/wpcontent/uploads/2017/10/Brexit-and-devolution-final-2.pdf>); per le problematiche in settori specifici v. M. Keating, *The Repatriation of Competences in Agriculture after Brexit*, 1 Febbraio 2019 (disponibile su <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/the-repatriation-of-competences-in-agriculture-after-brexit-2/>); N. McEwen, A. Remond, *The Repatriation of Competences in Climate and Energy policy after Brexit, Implications for devolution and multi-level government*, gennaio 2019 (disponibile su <https://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2019/01/Climate-and-energy-policy-after-Brexit.pdf>); S. Tierney, A. Remond, *The Repatriation of Competences After Brexit: Justice and Home Affairs*, 5 Novembre 2018 (disponibile su <https://ukandeu.ac.uk/the-repatriation-of-competencies-after-brexit-justice-and-home-affairs/>).

⁷³ Per una sintetica illustrazione del funzionamento dell’art. 12 si veda il primo report del Cabinet Office (Novembre 2018), pag. 8, disponibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/755498/EU-Withdrawal-Act-Schedule-3-Report.pdf

⁷⁴ Cfr. Joint Ministerial Committee (Eu Negotiations) Communique 16 October 2017 (disponibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/652285/Joint_Ministerial_Committee_communique.pdf)

funzionamento del mercato interno del Regno Unito (pur con la possibilità di margini di differenziazione); assicurare il rispetto degli obblighi internazionali e consentire la negoziazione, la stipula e l'attuazione di nuovi accordi commerciali e trattati internazionali; permettere la gestione delle risorse comuni; amministrare e gestire le questioni transfrontaliere; salvaguardare la sicurezza del Regno Unito.

Nel documento è stabilito che tali regole «will respect the devolution settlements and the democratic accountability of the devolved legislatures, and will therefore: be based on established conventions and practices, including that the competence of the devolved institutions will not normally be adjusted without their consent; maintain, as a minimum, equivalent flexibility for tailoring policies to the specific needs of each territory as is afforded by current EU rules; lead to a significant increase in decision-making powers for the devolved administrations»⁷⁵.

Il lavoro di individuare un *common framework* si articola in cinque fasi⁷⁶, diverse sono le modalità attraverso cui può essere stabilito e vari sono gli strumenti che possono essere utilizzati⁷⁷.

All'accordo del 2017 è seguito l'*Intergovernmental Agreement on the European Union (Withdrawal) Bill and the Establishment of Common Frameworks* del 24 Aprile 2018⁷⁸, che ha rappresentato il culmine delle negoziazioni tra governo centrale e *devolved institutions* in vista dell'approvazione finale dell'*EUWA*.

Da allora si sono succeduti numerosi incontri del *JMC(EU)* con la partecipazione di funzionari delle *devolved administrations*⁷⁹.

Il report dei lavori più aggiornato (pubblicato a settembre 2020)⁸⁰ elenca 154 aree in cui il diritto europeo interseca le competenze affidate ad una o più

⁷⁵ *Ibidem*. Nel documento si stabilisce che i Frameworks «will ensure recognition of the economic and social linkages between Northern Ireland and Ireland and that Northern Ireland will be the only part of the UK that shares a land frontier with the EU. They will also adhere to the Belfast Agreement».

⁷⁶ Le fasi sono le seguenti: Fase 1: 'Principles and proof of concept', Fase 2: 'Policy development', Fase 3: 'Review and consultation', Fase 4 'Preparation and implementation', Fase 5 'Post-implementation' (Cabinet Office, *The European Union (Withdrawal) Act and Common Frameworks*, March 2020, p. 9).

⁷⁷ Quanto alle modalità, si può procedere con la definizione di obiettivi comuni, di standard minimi o massimi, di regole di armonizzazione, di limiti di azione o di principi di mutuo riconoscimento, variamente modulabili a seconda del settore considerato e degli obiettivi perseguiti. Quanto agli strumenti, possono essere utilizzate fonti legislative, fonti regolamentari, memorandum d'intesa; in questo caso, la loro diversa 'forza' e 'valore' non li rende intercambiabili.

⁷⁸ L'accordo è disponibile su <https://www.gov.uk/government/publications/intergovernmental-agreement-on-the-european-union-withdrawal-bill>.

⁷⁹ Il EU Withdrawal Act richiede al governo centrale di pubblicare report trimestrali sui progressi compiuti sul common framework. Gli aggiornamenti sono disponibili su: <https://www.gov.uk/government/publications/common-frameworks-update>.

⁸⁰ Cabinet Office, *Frameworks Analysis 2020: Breakdown of areas of EU law that intersect with devolved competence in Scotland, Wales and Northern Ireland*, settembre 2020. Il documento rappresenta la terza edizione di due precedenti report pubblicati il 9 Marzo 2018 (con un primo elenco di materie) e il 4 Aprile 2019 (con un elenco aggiornato). Il confronto tra i

nazioni, distinte in 3 categorie: 115 settori in cui non sono necessarie ulteriori azioni per creare un quadro comune e in cui il governo del Regno Unito e le amministrazioni decentralizzate continueranno a collaborare (prima categoria: “*no further action*”); 22 settori in cui saranno necessarie regole o modalità di lavoro comuni che si prevede di attuare mediante un accordo quadro comune non legislativo (ad esempio un concordato). In alcune di queste aree, all'accordo quadro non legislativo verrà affiancato un corpus di fonti secondarie che apporteranno modifiche o correzioni al diritto dell'Unione europea ‘convertito’ in diritto interno (seconda categoria: “*non-legislative areas*”); 18 settori in cui potrebbe essere necessario in futuro legiferare, in tutto o in parte, per stabilire regole e modalità di lavoro comuni da affiancare all'accordo quadro non legislativo (terza categoria: “*legislative areas*”). Molte aree includono poi quei temi che riguardano tutte le politiche (“*cross-cutting issues*”) e richiedono una posizione comune: come la *governance* (processi decisionali, risoluzione dei conflitti, etc.), il mercato comune britannico, le future relazioni con l'UE, i rapporti commerciali internazionali, l'Irlanda del Nord. Uno dei nodi più problematici è, certamente, la definizione delle regole per il mercato interno⁸¹.

Nell'ultimo report pubblicato sullo stato di avanzamento dei lavori, in cui si analizzano i risultati del 2019⁸², si conferma che, grazie al processo di collaborazione tra governo centrale e amministrazioni devolute, non è stato necessario utilizzare la sezione 12 del *EU Withdrawal Act* – che aveva costituito il terreno di scontro tra governo centrale e *devolved Nations* – pertanto ad oggi non sono stati adottati regolamenti dall'esecutivo. Piuttosto che far leva sulla possibilità di “congelare” le competenze delle Nazioni nei settori in cui sono necessarie regole comuni, fino ad ora si è proceduto con la collaborazione tra amministrazioni, soprattutto a livello di tecnici e pubblica amministrazione⁸³.

4727

4.2. Le relazioni intergovernative.

Il processo di uscita dall'UE ha acuito le difficoltà di dialogo e di collaborazione tra le istituzioni a tutti i livelli, evidenziando i limiti del debole sistema di relazioni intergovernative, la mancanza di adeguate sedi istituzionali e di strumenti di raccordo tra centro e *devolved Nations*.

documenti rivela che la collaborazione tra amministrazioni centrali e amministrazioni devolute ha consentito una progressiva riclassificazione delle aree e una riduzione delle materie rientranti nelle categorie 2 e 3.

⁸¹ Sul punto v. le problematiche sollevate da M. Keating, *The Internal Market*, in AaVv., *Brexit and the Union* 3 Febbraio 2020, cit., 5-8; Id., *The internal market*, settembre 2020, working paper disponibile su Centre on Constitutional Change (<https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/publications/internal-market>).

⁸² Cabinet Office, *The European Union (Withdrawal) Act and Common Frameworks*, marzo 2020, p. 6: «The UK Government produced six publications on common frameworks in 2019, including four European Union (Withdrawal) Act and Common Frameworks statutory reports, a Revised Frameworks Analysis, and an update on progress in Common Frameworks, including the outline framework for Hazardous Substances (Planning)».

⁸³ A. Paun, A. Cheung, L. Valsamidis, *Devolution at 20*, Institute for government, 4 Maggio 2019, 71-72.

Per uno strano scherzo del destino, con *Brexit* le tre Nazioni perderebbero quel poco di coinvolgimento nelle decisioni del governo centrale che veniva prima assicurato nella partecipazione alla fase ascendente europea. Questo è infatti quanto è accaduto: per un lungo periodo delle negoziazioni le autonomie sono state estromesse dalle decisioni che il governo centrale ha predisposto sull'assetto di competenze post *Brexit*, per poi recuperare gradualmente e parzialmente il loro ruolo.

Un'analisi adeguata di quanto accaduto nelle relazioni intergovernative nel Regno Unito con *Brexit* richiede l'esame di diversi aspetti, distinti ma correlati tra loro: il punto di vista procedurale e quello sostanziale (che attiene all'efficacia degli strumenti predisposti), così come il piano esterno e il piano interno delle negoziazioni⁸⁴.

Dal punto di vista *procedurale* *Brexit* ha esteso le opportunità per le *devolved institutions* di far sentire la propria voce⁸⁵. Nel 2016, per facilitare il raccordo, il coinvolgimento e la collaborazione tra governo centrale e amministrazioni devolute sulle questioni legate a *Brexit*, è stato creato un nuovo comitato interministeriale da affiancare ai precedenti: il *JMC EU Negotiations*. A maggio 2018 un altro organismo intergovernativo è stato creato per supportare il processo *Brexit*: il *Ministerial Forum on EU negotiations* con il compito di discutere le posizioni sulle negoziazioni europee. Dopo un periodo di impasse sembra sia stata avviata una fitta rete di interazioni tra i livelli di governo che si è svolta soprattutto nella forma di riunioni tecniche ufficiali⁸⁶; come è stato dichiarato: “*there have been considerably more formal meetings between Scottish, Welsh and UK ministers in the 32 months since the 2016 referendum than in the 17 years of devolution that preceded it*”⁸⁷.

Ben altra cosa è la valutazione dell'efficacia degli strumenti adottati e dei risultati. Nonostante gli incontri più regolari e la collaborazione avviata, i conflitti istituzionali e i momenti di stallo istituzionale si sono ripetuti. L'adozione del Policy Paper “*The Future Relationship Between the United Kingdom and the European Union*” (presentato dal Primo Ministro in Parlamento a luglio 2018), ad esempio, è stata fortemente criticata da parte del Galles e della Scozia

⁸⁴ In proposito si farà riferimento alle analisi di N. McEwen, *Negotiating Brexit: power dynamics in British intergovernmental relations*, *Regional Studies*, 03 Aprile 2020, che ricostruisce i poteri e l'influenza delle amministrazioni devolute (più precisamente di Galles e Scozia, considerata la peculiare condizione in cui si è trovata l'Irlanda del Nord) nel processo Brexit, distinguendo il lato esterno e il lato interno, così come gli strumenti e le modalità utilizzate (soft power, poteri costituzionali, raccordi interistituzionali).

⁸⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁶ Per una cronologia degli incontri e delle interazioni tra Westminster e istituzioni devolute v. L. Lloyd, *The Brexit Effect. How government has changed since the EU referendum*, Institute for government, Marzo 2019, p. 27.

⁸⁷ N. McEwen, *Towards a Devolution Backstop? UK government-devolved government relations after Brexit*, pubblicato il 15 Aprile 2019 su <https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/towards-devolution-backstop-uk-government-devolved-government-relations-after>.

che hanno denunciato di non essere stati coinvolti nel processo di redazione del documento⁸⁸.

Dal punto di vista *sostanziale*, pertanto, molti studiosi concordano con la conclusione che: “*the UK approach to Brexit, it seems, is the UK government’s approach alone*”⁸⁹.

Passando alla distinzione tra piano esterno e piano interno delle negoziazioni, è opportuno ricordare che, nel primo caso, nonostante l’istituzione di vari comitati interministeriali e l’introduzione di meccanismi procedurali volti ad ampliare le opportunità di partecipazione, la possibilità per le istituzioni devolute di giocare un ruolo rilevante è limitata dalla competenza esclusiva delle istituzioni centrali in materia di ‘rapporti con l’UE’. Al contrario, sul piano interno, l’utilizzo di alcune prerogative costituzionali e di altri strumenti di influenza politica (*soft power*) ha permesso alle istituzioni devolute di esercitare un’influenza più significativa, fino a modellare la politica nazionale *Brexit* in base alle esigenze delle Nazioni⁹⁰. Possono essere citati quali esempi: le modifiche al *UK Withdrawal Act* nelle parti relative alla devolution, l’accordo interistituzionale e i successivi lavori sul *common framework* (*supra*).

È pur vero che con *Brexit* le problematiche e le tensioni delle relazioni intergovernative si sono trasferite sul piano costituzionale, segnando un punto di diversità rispetto a quanto emerso precedentemente. Se nel primo decennio di devolution il ruolo della Corte Suprema è stato minimo, nell’ultimo periodo l’adozione di importanti sentenze ha evidenziato il ruolo e la natura ‘costituzionale’ del giudizio dinanzi alla Corte Suprema, almeno in riferimento al rapporto tra i poteri dello Stato⁹¹.

Le future negoziazioni internazionali del Regno Unito sono ancora tutte da definire e avranno un forte impatto sui territori e sulle *devolved legislatures*, che saranno chiamate a dare esecuzione a tali accordi, di qui la necessità di un loro coinvolgimento. Restano aperti molti nodi sulle aree in cui è necessario stabilire regole comuni e sulle quali sarà fondamentale la collaborazione tra governo e *devolved administrations*.

⁸⁸ Sul punto v. D. Wincott, *Brexit and the territorial constitution: déjà vu all over again?*, 11 Settembre, 2018 disponibile su Constitution Unit blog. V. anche la news: *Welsh and Scottish ministers demand Brexit papers at talks*, 5 luglio 2018 <https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-44723296>.

⁸⁹ N. McEwen, *Towards a Devolution Backstop? UK government-devolved government relations after Brexit*, cit.; cfr. anche Douglas Scott, *op. cit.*

⁹⁰ N. McEwen, *Negotiating Brexit: power dynamics in British intergovernmental relations*, cit., 7-8.

⁹¹ Cfr. G. Franco Ferrari, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, in *DPCE Online*, v. 40, n. 3, Oct. 2019 (disponibile su: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/811>>. Date accessed: 26 may 2020); C. Martinelli, *Downing Street vs. Westminster: Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio costituzionale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n., 6/2019, 5 novembre 2019; G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020.

Emerge dunque l'esigenza di un ripensamento dell'intero sistema di raccordi⁹² che sia in grado di migliorare le relazioni e la cooperazione intergovernativa, e che tenga in debito conto anche il dialogo e la collaborazione tra i quattro Parlamenti⁹³.

A marzo 2018 è stato avviato un processo di revisione delle relazioni intergovernative per un aggiornamento del *MoU*; il 3 luglio 2019 le quattro amministrazioni hanno adottato *Draft principles for intergovernmental relations*⁹⁴, ma il percorso è ancora tutto da delineare.

5. Brevi cenni sulle conseguenze economiche e sulla riforma fiscale.

Una delle priorità nel periodo successivo all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea sarà contenere l'aumento del divario territoriale. Anche se non è questa la sede per un'analisi delle ripercussioni economiche di *Brexit*, tuttavia è possibile richiamare alcuni studi che affrontano le relazioni tra divario, *Brexit* e conseguenze sui territori.

Diverse rilevazioni dimostrano che *Brexit* porterà all'aumento del divario e delle diseguaglianze territoriali (già molto accentuate rispetto agli altri paesi industrializzati)⁹⁵; che, paradossalmente, le ripercussioni economiche saranno più profonde nelle regioni che hanno votato “*leave*” (esse infatti sono più dipendenti dal mercato interno europeo)⁹⁶; che importanti saranno le conseguenze politiche

⁹² Sulla riforma delle relazioni intergovernative v. N. McEwen, M. Kenny, J. Sheldon, C. Brown Swan, *Reforming Intergovernmental Relations in the United Kingdom*, Novembre 2018, Bennet Institute for public policy, Cambridge, and Centre on Constitutional Change, in cui si analizzano le debolezze dell'attuale sistema di relazioni intergovernative e si delineano alcune proposte di riforma.

⁹³ J. Sheldon, H. Philip, *Strengthening interparliamentary relations in the UK: first steps and possible future directions*, 5 dicembre 2019 (<https://parliamentsandlegislatures.wordpress.com/2019/12/05/strengthening-interparliamentary-relations/>). Degli stessi autori v. anche J. Sheldon, H. Philip, *Devolution and interparliamentary coordination*, in AaVv., *Parliament and Brexit*, cit., dove si analizzano il ruolo dei Parlamenti nel processo Brexit, le sfide e le opportunità che ad essi si presenteranno nelle successive fasi delle negoziazioni tra UK and EU (il lavoro è disponibile al link: <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/parliament-and-brexit-report/>).

⁹⁴ *Draft principles for intergovernmental relations*, 3 luglio 2019, disponibile su: <https://www.gov.uk/government/publications/draft-principles-for-intergovernmental-relations>

⁹⁵ W. Chen, B. Los, P. McCann, R. Ortega-Argilés, M. Thissen, F. van Oort, *The continental divide? Economic exposure to Brexit in regions and countries on both sides of The Channel*, in *Papers in Regional Science*, 2018, 97, p. 25-54, dimostrano che «UK regions are far more exposed than regions in other countries ... to negative trade-related consequences of Brexit».

⁹⁶ B. Los, P. McCann, J. Springford, M. Thissen, *The mismatch between local voting and the local economic consequences of Brexit*, in *Regional Studies*, 51, (5), (2017), 786-799, dimostrano che «in the 2016 UK referendum regarding whether to remain in or leave the European Union, the regions that voted strongly for leave tended also to be those same regions with greatest levels of dependency on European Union markets for their local economic development».

e istituzionali se si considera che le ragioni del “*leave*” sono legate alla disuguaglianza e alla differenziazione nella distribuzione della ricchezza⁹⁷.

Tali circostanze pongono come urgenti, da un lato, il rimpiazzo dei fondi europei⁹⁸ (di cui erano beneficiari proprio i territori più svantaggiati), dall’altro, la necessità di ridefinire gli assetti finanziari e il sistema fiscale del Paese⁹⁹.

6. Considerazioni conclusive.

Il 29 Marzo 2017 il Primo Ministro aveva dichiarato che *Brexit* avrebbe portato ad un “*significant increase in devolved decision-making power*” e che uno dei risultati del processo sarebbe stato “*strengthen the union*”¹⁰⁰. Anche nel discorso sulle future relazioni tra UK e UE del 2 marzo 2018 il Primo Ministro aveva affermato che qualsiasi accordo “*must strengthen our union of nations and our union of people*”¹⁰¹.

La richiesta di uscire dall’UE trovava fondamento nella volontà di ripristinare la piena sovranità del Regno Unito: quel ‘*take back control*’ che – da un punto di vista sia costituzionale che politico – ha condotto direttamente a Westminster e non alle ‘*devolved Nations*’. Per queste ultime il ‘*take back control*’ si è tradotto in una fase di accentramento che ha comportato un arretramento rispetto al ventennale processo di devolution, il quale non aveva avuto interruzioni neppure durante la crisi economica. In tali circostanze le *devolved Nations* si sono trovate senza una effettiva ed efficace tutela costituzionale a difesa delle proprie prerogative e senza la possibilità di influenzare in modo incisivo le negoziazioni.

Una lettura contestualizzata degli effetti di *Brexit* sulla devolution (esaminati, sotto vari profili, nel par. 4) svela che l’uscita del Regno Unito dall’UE ha, per un verso, acuito e confermato la preminenza dello stato centrale e l’impostazione gerarchica dei rapporti tra questo e le Nazioni – aspetti

⁹⁷ C. Billing, P. McCann, R. Ortega-Argilés, *Interregional inequalities and UK sub-national governance responses to Brexit*, in *Regional Studies*, 2019, vol. 53, issue 5, 741-760 «This paper discusses the various potential impacts of Brexit on UK regions and outlines the sub-national governance challenges these potential impacts raise. In the light of these, the types of activities that UK sub-national governance bodies have initiated in preparation for Brexit are then reviewed. The conclusions suggest that the UK sub-national institutional system is largely unprepared for the post-Brexit realities».

⁹⁸ Sulle problematiche relative alla sostituzione dei fondi europei cfr. D. Bell, *Post-Brexit Regional Funds and Fisheries Arrangements*, AaVv., *Brexit and the Union*, cit., 11-13.

⁹⁹ J. Mitchell, *op. cit.*, sostiene che più del sistema di relazioni intergovernative sarà fondamentale riformare la costituzione fiscale del Regno Unito, vale a dire le relazioni finanziarie tra governo centrale e amministrazioni devolute.

¹⁰⁰ Teresa May, Discorso del 29 Marzo 2017 (<https://www.bbc.com/news/av/uk-scotland-scotland-politics-39435533/pm-significant-increase-in-power-for-devolved-administrations>).

¹⁰¹ Prime Minister’s Office, *PM speech on our future economic partnership with the European Union*, 2 marzo 2018 (disponibile su <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-on-our-future-economic-partnership-with-the-european-union>). Su ‘*how to strengthen the Union*’ sono stati pubblicati diversi report: v. ad esempio: D. Torrance, *Strengthening the Union*, HoC, Number 0186, 20 luglio 2018, che contiene una panoramica del dibattito sull’Unione e sulle prospettive di riforma.

presupposti nell'ordinamento costituzionale britannico (come evidenziato nel par. 2) – per l'altro, ha fatto emergere i limiti delle modalità attraverso cui sono stati realizzati i processi di devolution (rilevati nel par. 3).

Il peculiare sistema britannico e la *'unwritten constitution'* hanno nel tempo assicurato molta flessibilità e, tuttavia, lasciato in ombra, senza che venisse adeguatamente affrontata, la necessità di chiare regole di risoluzione dei conflitti.

Le vicende descritte hanno mostrato i limiti di una concezione che fonda sull'autolimitazione del governo centrale la garanzia delle autonomie¹⁰². Sono necessari strumenti e sedi in grado di risolvere costituzionalmente le tensioni tra le varie istituzioni, che consentano di salvaguardare le prerogative degli enti sub-statali e che agevolino la collaborazione e la partecipazione di questi alle decisioni del governo centrale. In altre parole: laddove vi sono autonomie con competenze legislative occorrono una Costituzione rigida, una giustizia costituzionale e adeguate sedi di raccordo.

La dottrina britannica sembra concorde sul fatto che l'uscita del Regno Unito dall'UE richiederà una profonda revisione dell'intero sistema, un ripensamento dei meccanismi decisionali, della distribuzione delle risorse, della partecipazione agli organismi internazionali, la creazione di nuovi enti di regolazione, per citare solo alcuni nodi problematici¹⁰³. Le ipotesi configurate da Micheal Keating, richiamate all'inizio del lavoro, si sono in parte verificate, ma sono tuttora aperte, ed è difficile capire quali saranno le vie da percorrere e se vi sarà una fase 'costituente'. In questo scenario anche l'ipotesi federale è stata suggerita quale soluzione al rischio di disintegrazione del Regno¹⁰⁴.

Quanto emerso conduce ad alcune riflessioni conclusive.

Anzitutto, è evidente che il mercato interno dapprima, la cittadinanza europea e la protezione dei diritti fondamentali in un secondo momento, ma anche i programmi e i fondi europei successivamente hanno creato un *common framework* che condiziona profondamente la convivenza sociale, politica e ... territoriale. Un report della House of Lords circa le implicazioni di *Brexit* sulla devolution non ha mancato di sottolineare che *"the European Union has been, in effect, part of the glue holding the United Kingdom together since 1997"*¹⁰⁵.

¹⁰² L'utilizzo dell'espressione 'autolimitazione' vuole richiamare il paragone con la costruzione di Jellinek sui diritti fondamentali, o meglio, i limiti legati a tale impostazione (G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), ediz.ital. a cura di V. E. Orlando, Milano 1912).

¹⁰³ Per alcune proposte v. M. Thimont Jack, J. Owen, A. Paun, J. Kellam, *Devolution after Brexit. Managing the environment, agriculture and fisheries*, Institute for government, Aprile 2018. <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/devolution-after-brexit>.

¹⁰⁴ V. Ad esempio D. Melding, *The Reformed Union-The UK as a Federation*, 2013, a sostegno di una 'british federal constitution', in cui si ritiene che 'Federalism could complement the UK's parliamentary tradition', piuttosto che sostituirla. Per un'ampia discussione sul tema v. le riflessioni incluse nel lavoro R. Schutze and S. Tierney (eds), *The United Kingdom and the federal idea*, cit.; anche S. Douglas Scott, cit., 266-271.

¹⁰⁵ House of Lords, European Union Committee 4th Report of Session 2017-19, *Brexit: devolution*, 19 luglio 2017, 12.

L'esperienza del Regno Unito mostra che le implicazioni in caso di *'exit'* sono più profonde di quanto noi possiamo immediatamente percepire o comprendere.

Il processo di integrazione europea, con tutte le contraddizioni e i limiti, ha contribuito a migliorare la condizione di alcuni territori che hanno per tale ragione acquisito la consapevolezza di una loro rilevanza 'europea' a prescindere dagli Stati Membri. Le richieste di indipendenza di alcuni territori (il riferimento è soprattutto alle esperienze di Catalogna e Scozia) e di maggiore autonomia da parte di altri (il riferimento è all'esperienza italiana), comparse negli ultimi anni, si collocano nel quadro delle opportunità legate al processo di integrazione europea¹⁰⁶.

Questo aspetto consente un'ultima considerazione in riferimento all'esperienza italiana¹⁰⁷, dove negli ultimi anni è stato avviato il processo che consente l'attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ad alcune Regioni, attraverso l'attivazione della c.d. 'clausola di asimmetria' di cui all'art. 116 c. 3 Cost.

L'esperienza del Regno Unito in tema di devolution mostra i limiti e i pericoli di una strategia *'devolve and forget'*¹⁰⁸ attuata senza apportare significative riforme alla struttura dello Stato centrale e senza adeguati contrappesi a salvaguardia dell'unità del sistema. Diverse analisi richiamate nel corso del lavoro hanno denunciato la mancanza di una adeguata riflessione dell'impatto della devolution sul Regno Unito nel complesso e fungono da monito sul fatto che la concessione di ulteriori spazi di autonomia deve essere accompagnata da strumenti e meccanismi a garanzia e a rafforzamento dell'unità¹⁰⁹.

Come sostenuto da un celebre studioso del federalismo, unità e diversità non sono termini opposti ma elementi da combinare a seconda delle esperienze¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sulle connessioni tra i movimenti separatisti di alcune regioni all'interno degli Stati membri e la partecipazione al processo di integrazione europea: F. Palermo, *Autonomia, Europa e secession. Come stanno le cose?*, in P. Lattarulo, A. Omizzolo, F. Palermo, V. Provenzano, T. Streifeneder, *The regions of Europe among local identities, new communities and territorial disparities*, Milano 2019, 55 ss.; C. Fasone, *Secession and the Ambiguous Place of Regions Under EU Law*, in C. Closa (Ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union Troubled Membership*, Cambridge University Press 2017, 48-68.

¹⁰⁷ Sulla comparazione tra l'esperienza italiana del regionalismo e la devolution nel Regno Unito v. ampiamente B. Guastaferrò, *Autonomia Sovranità Rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Padova 2020.

¹⁰⁸ L'espressione viene utilizzata nel documento: Select Committee on the Constitution, *The Union and devolution*, cit.

¹⁰⁹ Per un aggiornamento del dibattito e delle proposte avanzate v. S. Anderson, *The Johnson government's constitutional reform agenda: prospects and challenges*, pubblicato il 28 febbraio, 2020 da The Constitution Unit (<https://constitution-unit.com/2020/02/28/the-johnson-governments-constitutional-reform-agenda-prospects-and-challenges/>).

¹¹⁰ D. J. Elazar, *Federalism and Political Integration* (Ramat Gan, Israel: Turtledove Publishing, 1979) 64, 67: «One of the characteristics of federalism is its aspiration and purpose simultaneously to generate and maintain both unity and diversity... Federalizing involves both the creation and maintenance of unity and the diffusion of power in the name of diversity... When discussing federalism, it is a mistake to present unity and diversity as opposites. Unity should be contrasted with disunity and diversity with homogeneity,

Concetti come ‘*common framework*’ e ‘*shared rules*’ tra centro e *devolved institutions* si sono rivelati nuovi per l’esperienza britannica, sebbene la complessità di alcuni fenomeni richieda necessariamente la definizione di politiche in un’ottica collaborativa (si pensi alle migrazioni o all’ambiente)¹¹¹.

In proposito, il lavoro della House of Lords ‘*The Union and devolution*’¹¹² conclude: «The stability of the Union requires careful management of the balance between unity and diversity. The development of devolution in recent decades, and the emerging ‘devolution deals’ in England, have accentuated diversity in the Union. A counter-balancing effort to support and promote unity is now required. The Government should set out a strategy for taking this work forward».

Gabriella Saputelli
Istituto di Studi sui Sistemi Regionali
Federali e sulle Autonomie
gabriella.saputelli@cnr.it

emphasizing the political dimensions and implications of each’. [However ...] ‘the question remains open as to what kinds or combinations of diversity are compatible with federal unity and which ones are not».

¹¹¹ Quanto sta accadendo con l’emergenza Covid-19 rafforza le considerazioni espresse in questo lavoro e la necessità della collaborazione istituzionale. A marzo 2020 il Parlamento di Westminster ha adottato il Coronavirus Act 2020 che interferisce con competenze affidate alle Nazioni, tuttavia, in ragione dell’emergenza, tutti e tre i Parlamenti nazionali hanno accordato il consenso. Anche nel Regno Unito le tensioni non hanno tardato a manifestarsi, come avvenuto in molte esperienze federali e regionali. Sulle relazioni e sulla collaborazione tra i governi durante l’emergenza COVID-19 v. gli osservatori dell’*Institute for Government*, del *Center on Constitutional Change*, del think-tank *The UK in a Changing Europe*. Per una riflessione su Federalismo e Pandemia: F. Palermo, ‘Is there a space for federalism in times of emergency?’, *VerfBlog*, 2020/5/13, <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/>.

¹¹² HoL, *The Union and devolution*, cit., 283,

Femminismo ed eguaglianza dentro la comunità politica: un ritratto di Ruth Bader Ginsburg

di Graziella Romeo

Abstract: Feminism and equality within the political community: a portrait of Ruth Bader Ginsburg – Justice Ruth Bader Ginsburg was, at least in the last decade before her death, the most brilliant exponent of the Supreme Court's liberal bloc, for reasons related to her intellectual charisma and, to a not entirely lesser extent, because of opinions polarization within the conservative component of the Court. This short essay analyses her legal philosophy with particular regard to her feminist theory. The Author also shares her impressions on Justice Ginsburg's long-lasting intellectual heritage of to the current Supreme Court.

Keywords: Ruth Bader Ginsburg; Supreme Court; Legal philosophy; Feminism; Opinion Polarization.

5300

La giudice Ruth Bader Ginsburg è stata, almeno negli ultimi dieci anni, l'esponente più brillante del blocco *liberal* della Corte Suprema, per ragioni legate al suo carisma (umano e intellettuale) e, in misura non del tutto inferiore, a motivo della polarizzazione delle opinioni all'interno del collegio, e segnatamente nell'ambito della componente conservatrice. Si tratta di due elementi che devono essere tenuti congiuntamente in considerazione qualora si intenda ragionare della figura e del lascito intellettuale della giudice recentemente scomparsa. E infatti la rappresentazione, mediaticamente dominante, di *Justice* Ginsburg paladina di femminismo e campionessa dei *liberal* – e per ciò stesso simpatizzante di ogni battaglia culturale del progressismo di sinistra – non rende del tutto giustizia alla complessità e alla sofisticatezza del suo pensiero.

In primo luogo, *Justice* Ginsburg arriva alla Corte Suprema con una chiara cultura istituzionale, che aveva avuto modo di esprimere anche prima della nomina. L'appartenenza a un collegio giudiziale, secondo Ginsburg, deve suggerire la ricerca di soluzioni di compromesso oppure l'espressione decorosa, cioè con formule che non ledano la credibilità e l'autorevolezza del collegio nel suo complesso, del dissenso¹. La collegialità deve essere perseguita come elemento indispensabile a garantire, al contempo, il raggiungimento di soluzioni equilibrate, la coerenza degli indirizzi giurisprudenziali, l'integrità e il prestigio

¹ V. R. Bader Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, in 67 *New York University Law Review* 1185 (1992).

dell'istituzione. Nell'insistenza per un approccio istituzionale si intravede già il tipo di giudice che ella intende rappresentare: una figura dotata di competenza tecnica e aspirazione alla giustizia del caso concreto. In questo preciso senso, la nota adesione politica della giudice al partito democratico non esaurisce ciò che deve dirsi della sua figura professionale e intellettuale.

Nominata dal Presidente Clinton nel 1993, approda alla Corte con una decisa sensibilità per i temi dell'eguaglianza, intesa quale strumento funzionale all'integrazione sociale (e politica) e provata nel corso dei suoi incarichi precedenti come giudice della Court of Appeal del District of Columbia e patrocinante volontaria per l'American Civil Liberties Union. Sul versante accademico, invece, è interessata al diritto processuale civile e, infatti, insegna questa materia presso la School of Law della Rutgers University e, più tardi, alla Columbia University. Entrambe le sensibilità caratterizzeranno le sue *opinions*, delle quali talvolta si segnalerà il tono scrupoloso, raramente retorico, lontano dal linguaggio enfatico di Justice Scalia, figura alternativa e altrettanto carismatica dell'ala conservatrice del collegio. A essere più precisi, le due sensibilità talvolta si incrociano come nel caso *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.*², ove Justice Ginsburg riconosce lo *standing to sue* (la legittimazione a stare in giudizio) ai residenti di un'aera suburbana che contestavano la violazione delle leggi sulla responsabilità per inquinamento e danno ambientale di una grande industria americana.

L'argomento dell'eguaglianza interessa Justice Ginsburg non soltanto in quanto manifestazione di un credo personale. Per la giudice, il diritto costituzionale americano può essere letto come una storia di *commitment to equality* o, nelle sue parole, come: «story of the extension (through amendment, judicial interpretation and practice) of constitutional rights and protections to once-excluded groups: to people who were once held in bondage, to men without property, to Native Americans, and to women»³.

Justice Ginsburg si concentrerà poi soprattutto sulla discriminazione sulla base del genere, in tutte le forme in cui essa può manifestarsi: dalle differenze di trattamento sul luogo di lavoro alla discriminazione di fatto in quella porzione di sfera familiare che il diritto intende regolare. Questo impegno intellettuale e pratico renderà Justice Ginsburg icona di un "femminismo dell'uguaglianza" che caratterizzerà il suo pensiero e la sua produzione giurisprudenziale. Ora, è importante porre l'accento sul femminismo di Ginsburg, il quale pare potersi inquadrare nell'ambito di quella corrente di pensiero che, negli Stati Uniti, definisce la prima ondata della *feminist theory*. L'impostazione fondamentale di questo tipo di letteratura femminista è quella per cui la pretesa giuridica delle donne è, prima di tutto, il riconoscimento della condizione di eguaglianza rispetto all'uomo, dalla quale deve derivare un'identità di trattamento, determinata a sua volta dall'eliminazione dei fattori di pregiudizio che possono indurre alla discriminazione. Il che è un altro modo di dire che il tema dei diritti delle donne

² 528 U.S. 167 (2000).

³ *Ibidem*, 1188.

deve essere concepito come progressiva conquista dei medesimi spazi (e sfere di vita pubblica e privata) occupati dagli uomini. Prima di arrivare alla Corte Suprema, Ruth Bader Ginsburg insiste molto su questo profilo e patrocina una serie di cause ove a essere in contestazione sono leggi che differenziano il trattamento tra uomini e donne, magari penalizzando i primi. Un esempio è il provvedimento legislativo che imponeva solo ai coniugi maschi del personale delle forze armate statunitensi di provare la condizione di dipendenza economica per poter beneficiare di talune prestazioni socio-assistenziali⁴.

Essersi costruita una reputazione di impegno per l'eguaglianza, le consentirà di scrivere autorevolmente l'*opinion* di maggioranza nel caso *US v. Virginia*⁵, ove dichiarerà che la prassi dell'esclusione delle donne dallo storico collegio militare dello Stato della Virginia (Virginia Military Institute) viola della *Equal Protection Clause* del XIV Emendamento. La posizione di Ginsburg parte dal riconoscimento della storia di discriminazione che le donne hanno subito, in primo luogo per l'esclusione dall'esercizio del voto: «Through a century plus three decades and more, women did not count among voters composing 'We the People' ... Not until 1920 did women gain a constitutional right to the franchise. And for a half century thereafter, it remained the prevailing doctrine that government, both federal and state, could withhold from women opportunities accorded men so long as any 'basis in reason' could be conceived for the discrimination»⁶. L'eguaglianza insomma si costruisce a partire dall'eliminazione sistematica del pregiudizio della diversità intrinseca delle donne.

Talvolta, *Justice* Ginsburg non riuscirà a coagulare una maggioranza sul tema della discriminazione, ma il suo contributo, nella forma della *dissenting opinion*, condiziona al punto il dibattito politico da suggerire l'adozione di un provvedimento legislativo che ripari all'ingiustizia che la Corte, con gli strumenti a sua disposizione, non è stata in grado di risolvere. È il caso del *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, firmato dal Presidente Obama nel 2009. La vicenda di Lilly Ledbetter era arrivata al collegio due anni prima: la ricorrente lamentava il *gender pay gap*, sosteneva cioè di ricevere una remunerazione più bassa dei suoi colleghi di sesso maschile impiegati nelle medesime mansioni. Ebbene, la Corte, con la decisione *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*⁷, aveva rigettato il ricorso sulla base di una previsione legislativa che limitava il diritto ad agire avverso il provvedimento discriminatorio del datore di lavoro entro il limite dei 180 giorni, ampiamente superato nel caso di specie. Le ragioni della maggioranza avevano indotto *Justice* Ginsburg a reagire con un *dissent* letto, eccezionalmente, in udienza pubblica. Nell'opinione dissenziente ella insisteva sull'irragionevolezza della limitazione, che poneva le vittime di discriminazione nella condizione di dover raggiungere la

⁴ Sul punto v. J. Toobin, *Heavyweight. How Ruth Bader Ginsburg has moved the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 3 novembre 2011, disponibile all'indirizzo www.newyorker.com/magazine/2013/03/11/heavyweight-ruth-bader-ginsburg; v. anche Id., *The Nine*, New York, 2007, 82-83.

⁵ 518 U.S. 515 (1996).

⁶ *Ibidem*.

⁷ 550 U.S. 618 (2007).

prova dell'evento discriminatorio entro uno spazio temporale troppo ristretto. Le considerazioni della giudice non lasciarono indifferente la maggioranza democratica formatasi a seguito delle elezioni del 2008 e spinsero all'adozione del provvedimento legislativo sopracitato.

Il femminismo dell'eguaglianza è lontano tanto dalla corrente del "femminismo delle differenze", che invece punta al riconoscimento della specificità della condizione femminile⁸, tanto dalla critica femminista radicale di Catharine MacKinnon o di Carole Pateman⁹. Per la giudice Ginsburg, insomma, il femminismo è una rivendicazione di eguaglianza non diversa, metodologicamente e sostanzialmente, da altre pretese di accesso al riconoscimento della piena appartenenza alla comunità politica¹⁰. Un esempio significativo è la pronuncia *Olmstead v. L.C.*¹¹, nell'ambito della quale la giudice scrive l'opinione di maggioranza riconoscendo il diritto delle persone con una disabilità mentale di lasciare gli istituti di cura, ove le condizioni di salute complessive lo consentano, e di abitare la comunità politica onde ottenerne riconoscimento e integrazione. L'idea che la diversità arricchisca la convivenza sociale e contribuisca a una società più giusta unisce Justice Ginsburg al pensiero di Sandra O'Connor, la prima giudice donna del collegio, pure attenta al tema dell'eguaglianza. Questa vicinanza intellettuale è provata dal ragionamento articolato che porta Justice Ginsburg, in diverse occasioni, a difendere le *affirmative actions*, pur ammettendo apertamente che «they send both inspirign and disturbing signals»¹², con toni non troppo diversi da quelli che Justice O'Connor avrebbe utilizzato. Così, per Ginsburg il femminismo non deve necessariamente tradursi in una critica distruttiva delle istituzioni e degli istituti giuridici, la rappresentanza, la famiglia e così via. Piuttosto, il femminismo deve porsi innanzitutto il problema di essere politico ossia di determinare conseguenze nell'elaborazione e nell'applicazione del diritto esistente nelle comunità politiche. E, infatti, in non poche occasioni Justice

⁸ V. I.M. Young, *Le politiche della differenza* (1990), Milano, 1996. Iris M. Young costruisce il rapporto concettuale tra uguaglianza e differenza attraverso l'evidenziazione delle differenze che devono giustificare trattamenti specialmente indirizzati all'emancipazione politica e culturale delle donne.

⁹ V. C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory*, in *Signs*, 1982, Spring Issue, 515 ss. e C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford, 1988. Entrambe le autrici tralasciano il tema dell'eguaglianza come problema centrale della condizione femminile e concentrano la propria critica sulla struttura sociale e istituzionale delle società contemporanee. Per MacKinnon, la sottomissione sessuale femminile si riflette nelle relazioni sociali e politiche; il femminismo deve dunque costruire strategie di uscita dall'egemonia maschile. Per Pateman, la subordinazione femminile risiede nell'incapacità, indotta dalle strutture sociali, di negoziare le condizioni di libertà in un mondo dominato dagli uomini.

¹⁰ E infatti si interessa anche ai diritti dei nativi americani sui territori contigui alle riserve e originariamente di proprietà delle tribù: v. il caso *City of Sherrill v. Oneida Indian Nation of New York*, 544 U.S. 197 (2005), ove nega che la Oneida Indian Nation abbia conservato la sovranità sulla propria terra, trasferita allo Stato, ma si preoccupa di specificare che la tribù può riacquistare il proprio diritto all'immunità civile e fiscale ricorrendo all'istituto del *trust*.

¹¹ 527 U.S. 581 (1999).

¹² Ruth Bader Ginsburg, *The Value of Diversity*, 2009 Keynote Speech per l'apertura dell'anno accademico dell'Università Science Po, disponibile presso www.sciencespo.fr/en/news/news/the-value-of-diversity-ruth8239bader-ginsburgs-2009-keynote-speech/5051.

Ginsburg evidenzia la necessità di interpretare la legge in chiave di sradicamento delle costruzioni pregiudiziali che assegnano necessariamente un certo posto alle donne (e agli uomini, per conseguenza) in virtù della mera appartenenza di genere¹³. Non c'è traccia però, in lei, di un pensiero radicale di destrutturazione delle categorie del politico e del giuridico (come in MacKinnon e Pateman) motivata dalla convinzione dell'esistenza di strutture sociali consapevolmente oppressive nei confronti delle donne. Risuona, in questo approccio, il tema della moderazione, della prudenza del giudice, dell'equilibrio che deve caratterizzare la sua attività a tutela dei diritti di tutti.

L'immagine di una giudice *ultra liberal* è reale, ma caratterizza Ginsburg negli ultimi dieci anni di mandato, soprattutto a causa della progressiva polarizzazione delle opinioni del blocco conservatore che lei intuisce essere sempre più coeso, anche sul tema dei diritti¹⁴.

A proposito di diritti, *Justice* Ginsburg è interessata alla loro dimensione politica. Questo profilo deve essere sottolineato per non diluire le posizioni della giudice scomparsa in una delle forme in cui si presenta l'attivismo progressista. Che il suo pensiero sia progressista è chiaro dalla predilezione per una lettura in chiave partecipativa dell'eguaglianza. Quest'ultima non è mai fine a sé stessa, ma funzionale alla costruzione di un percorso di partecipazione alla (e integrazione nella) comunità politica, sul presupposto che siffatta partecipazione contribuisca all'arricchimento del patrimonio culturale, economico e spirituale della società. Non è un caso, dunque, che *Justice* Ginsburg abbia redatto molte *opinions* in tema di *racial gerrymandering*, un problema che affronta dalla prospettiva dell'eguaglianza del voto insistendo sull'incostituzionalità di qualunque provvedimento di distribuzione territoriale dei collegi che determini *de facto* una marginalizzazione delle minoranze, a prescindere dall'assenza di un intento patologicamente afflittivo nei loro confronti¹⁵. Ora, si tratta di un credo personale che esibisce però una certa consonanza con alcuni dei motivi di fondo del costituzionalismo americano. In particolare, l'idea della Costituzione come momento fondativo dell'unità del popolo è coerente con l'attribuzione al testo costituzionale di una pretesa di progressiva estensione della partecipazione politica nell'ottica della creazione di una *politeia* sempre più inclusiva, sempre più democratica. Il politico è, pertanto, l'ambito entro il quale si deve costruire la coesione sociale, l'integrazione multi-etnica, la giustizia nel concreto perché, del resto, il politico è il terreno della Costituzione o, per meglio dire, ove il testo costituzionale è stato forgiato. Nella giudice Ginsburg risuonano, infatti, spesso i

¹³ V. *Sessions v. Morales Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017). Il percorso argomentativo della giudice riproduce alcuni dei *topoi* del pensiero *liberal*: l'esistenza di una certa narrativa di genere sottesa a talune disposizioni legislative risalenti nel tempo, la necessità che l'interprete sia consapevole dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per eventualmente dischiudere ricostruzioni lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali e allo sviluppo del *case law*.

¹⁴ Sul punto sia consentito rinviare a G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2013, 4225.

¹⁵ V. per esempio *Evenwel et al. v. Abbott, Governor of Texas et al.*, 136 S.Ct. 6 (2015) e la *dissenting opinion* nel caso *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

padri fondatori Hamilton e Madison e cioè la consapevolezza che la conflittualità può (e deve) essere domata dal confronto e dalla moderazione che la Costituzione (soprav)vive per rappresentare. In una delle sue ultime interviste, *Justice* Ginsburg si è detta originalista “come lo siamo tutti”¹⁶ nel senso del rispetto dello spirito della Costituzione per come si è sviluppata nella storia americana e, dunque, per dirla nei termini di Giovanni Bognetti¹⁷, della Costituzione democratica, più che di quella liberale.

Graziella Romeo
Dip.to di Studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi
graziella.romeo@unibocconi.it

¹⁶ J. Toobin, *Heavyweight*, cit.

¹⁷ G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Vol. II La costituzione democratica*, Torino, 1997.

Perché l'Europa è condannata a vincere

Premessa allo studio delle ricadute del pensiero di Emanuele Severino nella dottrina giuspubblicistica

di *Ciro Sbailò*

Abstract: Why Europe is condemned to win. Foreword to the study of the effects of Emanuele Severino's thought on the doctrine of public law – One year after the death of Emanuele Severino, the article attempts to indicate some two lines of research, starting from an evaluation of the Severino's thought impact on legal disciplines. The first line consists in a rethinking of the problem of the foundation of the legal order: it is hypothesized that Severino's work contributes to clarifying the concept of Grundnorm and overcoming some important objections raised to Kelsen's Doctrine. The second line concerns the political role of the European jurist. If legal nihilism is a destiny, which now envelops the whole world, it is in Europe that it has its roots and is lived with the deepest awareness on the part of the scientific community. In this sense, the commitment of jurists to the politicization of the European political space becomes central, in view of a desirable increase in the weight of Europe on a global level.

4735

Keywords: Emanuele Severino; Legal Nihilism; Kelsen; Basic Law; European Constitutional law.

1. Premessa

C'è stato un tempo in cui, chiunque svolgesse un'attività intellettuale – dal giurista al matematico, dallo storico allo scienziato politico – non poteva fare a meno di conoscere, a seconda delle latitudini e del periodo storico, Platone o Aristotele (meglio se li si conosceva entrambi). Qualcosa di analogo è accaduto anche a Kant e a Hegel. Ma poi il Novecento – con la sua «distruzione degli Immutabili» – ha segnato la fine dell'idea che il sapere, nei suoi aspetti fondamentali e al di là dell'oggetto trattato, debba comunque avere un fondamento filosofico unitario. Sembra che oggi quel destino tocchi paradossalmente a Emanuele Severino (Brescia, 26 febbraio 1929 – 17 gennaio 2020), di cui ricorre l'anniversario della scomparsa. Severino, infatti, ha mostrato, con il rigore estremo che tutti gli riconoscono, come l'esistenza degli Immutabili e la distruzione di questi ultimi siano parte di un unico destino, quello della “follia” che da sempre muove l'Occidente – il nichilismo. In questo modo – ecco il paradosso – egli potrebbe, nei prossimi decenni, esercitare il ruolo che Platone e Aristotele (e, in misura minore, Kant ed Hegel) hanno svolto nel passato nell'ambito della cultura.

Qui non intendiamo illustrare un'interpretazione del pensiero di Emanuele Severino né tantomeno tentare di dare conto dell'immensa sua opera,¹ ma solo proporre, nella consapevolezza di essere appena all'inizio di un dibattito, qualche possibile direzione di lavoro per i giuristi, i quali, volenti o nolenti, potrebbero essere costretti a confrontarsi col filosofo oggi e nei tempi a venire. Un tale confronto potrebbe rivelarsi oggi utile, se non proprio necessario, sotto più profili. In particolare, qui ne proponremo uno: l'intrinseca politicità (e universalità) della scienza giuridica europea. La questione emerge rispetto al rapporto tra ἐπιστήμη e spazio pubblico, che si presenta oggi come originario. È stata a lungo discussa e può dirsi, per molti versi, superata la ricostruzione della nascita del pensiero giuspubblicistico come di un "distacco" dalla filosofia naturale. La postura epistemica è guadagnata dall'uomo greco nel suo cammino dentro la politicità. E tale cammino prende inizio con quella che Severino definisce «l'apparire del divenire come evidenza incontrovertibile», ovvero con l'avvento del nichilismo – la grande contraddizione, la follia che muove l'Occidente, vale a dire il pensiero che gli enti oscillino tra l'essere e il non essere – e la conseguente manifestazione della volontà di potenza, la cui forma estrema è la civiltà della tecnica: «Oggi la tecnica costituisce la forma più radicale dell'agire ed è in atto un avvicinamento tra il sottosuolo filosofico, che distrugge la tradizione e quindi anche la tradizione cristiana e che libera l'agire da ogni limite e la tecnica che da questo discorso si fa autorizzare a procedere all'infinito senza limite, avendo lo scopo dell'aumento indefinito della capacità di realizzare scopi». L'opera di Severino ci mostra come la "volontà di potenza" (leggi: la *vis* epistemica) – vale a dire il nichilismo nel suo svolgersi nella storia – non sia da considerarsi come un mero fenomeno culturale, bensì come la tendenza fondamentale che guida lo sviluppo della civiltà occidentale e, dunque, della stessa scienza giuridica. Ciò comporta rilevanti conseguenze in merito alla vexata quaestio del rapporto tra l'intrinseca politicità della prestazione giuridica e la scientificità del diritto, nel senso che la questione viene assorbita nell'ambito della configurazione del carattere destinale del nichilismo giuridico. Lo scienziato europeo, in questo senso, è gravato di una responsabilità globale: «La storia d'Europa è (...) la storia del nichilismo e la destinazione della tecnica al dominio è il farsi massimamente coerente da parte dell'errore, del pensiero del niente, dell'alienazione estrema che è il pensare che le cose escono dal niente e vadano nel niente e quindi siano niente e questo errore produce il dominio della tecnica. Mentre oggi il capitale si serve della tecnica per crescere sempre di più, in

¹ Il presente lavoro prende spunto da due proposte di paper approvate e pubblicate: *Comparazione giuridica e destino del costituzionalismo. Perché i giuristi devono studiare Emanuele Severino* in: G. Goggi, I. Testoni (cur.), *All'alba dell'eternità. I primi 60 anni de 'La struttura originaria'*, Padova, University Press, 2018 [Convegno dell'ASES – Associazione Studi su Emanuele Severino, Brescia, 2-3 marzo 2018]; *Nichilismo giuridico e responsabilità del giurista: comprendere la crisi del diritto attraverso Emanuele Severino*, in I. Testoni, G. Goggi (cur.), *Heidegger nel pensiero di Severino: metafisica, religione, politica, economia, arte, tecnica*, Padova, Padova University Press, 2018 [Convegno dell'ASES – Associazione Studi su Emanuele Severino, Brescia, 13-15 giugno 2019].

futuro sarà la tecnica a servirsi del capitale per incrementare sempre di più la propria potenza».²

Ciò vuol dire che il nichilismo giuridico va considerato alla stregua non di un “fenomeno culturale” o una “corrente filosofica”, ma come la tendenza fondamentale del diritto. Ne viene che è improprio parlare – come spesso si fa – della “crisi” del diritto (pubblico e quindi del diritto tout court, attesa l’originarietà del giure pubblico rispetto alla stessa riflessione filosofica) occidentale, come se ci si trovasse di fronte a un’evenienza storica, nel senso che la criticità costituisce una caratteristica essenziale del diritto occidentale.³ La criticità essenziale rende, in un certo senso, il diritto occidentale non superabile, se non nella prospettiva di un compimento del nichilismo; ma si tratta di una prospettiva non ricostruibile dentro il linguaggio giuridico e che si presenta come condizione di possibilità e orizzonte trascendentale dello sviluppo di quest’ultimo. Nella prospettiva del “destino della Verità” – che è l’espressione utilizzata da Severino per designare, sotto diversi profili, la sua stessa filosofia – si potrebbe dire che le cosiddette “alternative” (comunitaristiche, olistiche, teocratiche...) alla cultura occidentale sono già dentro il nichilismo, in quanto, proprio nel costituirsi come alternative all’Occidente, devono accedere al sottosuolo di quest’ultimo, restandovi intrappolate. Il nichilismo ha, in un certo senso, una natura “virale”, per cui il tempo del mancato riconoscimento è direttamente proporzionale alla progressione geometrica della sua letalità: l’Europa, da tempo, almeno del XX secolo, ha cominciato a guardare in faccia il nichilismo, e con Emanuele Severino, questo cammino può forse dirsi

² Citiamo da un’intervista del 2019 alla Rai («Emanuele Severino. Il destino dell’Europa. Nichilismo e dominio della tecnica», L. Taddio (cur.), raicultura.it)

³ La trattazione della crisi del diritto occidentale alla stregua di un’evenienza storica presenta non poche problematicità sotto il profilo delle politiche del diritto. Su scala nazionale e metropolitana, soprattutto per quel che riguarda i Paesi con una significativa esperienza coloniale alle spalle, ad esempio, esso è alla base del dualismo tra paradigma assimilazionistico-repubblicano, da una parte, e paradigma comunitaristico-multiculturale dall’altra. Nel primo caso abbiamo una lettura aggressiva di quella crisi, interpretata come richiamo alla difesa dell’identità nazionale, contro le minacce di “altre” culture giuridiche (che, quindi, vengono pensate come qualche cosa di “esterno” all’esperienza giuridica dell’Occidente). Nel secondo caso, viceversa, abbiamo un approccio “strategico”, volto alla minimizzazione delle possibilità di conflitto, attraverso l’accoglimento, per quanto possibile, delle istanze identitarie in ambito giuridico (ciò denota un sostanziale scetticismo nel diritto occidentale, ovvero nella possibilità di una sua declinazione inclusiva, che non ne metta in discussione i fondamenti). Entrambi questi atteggiamenti hanno dato risultati disastrosi sotto il profilo della stabilità sociale e della pubblica sicurezza. Ma esempi di criticità non mancano anche sul piano geopolitico. Rimandiamo sul punto a C. Sbailò, *Turbolenze globali e strategie identitarie: dinamiche culturali e politiche dell’Islam europeo, con particolare riferimento al caso italiano*, in E. Pfösl (cur.), *La condizione degli stranieri in Italia*, Roma, Istituto di studi politici S. Pio V, 2007, in particolare per quel che riguarda le criticità mostrate dall’esperienza francese e da quella britannica. Vedi anche, sempre con riferimento alla dimensione geopolitica, la vicenda emblematica della strategia del Grande Medio Oriente, per un verso, e la lentezza con cui le cancellerie europee hanno compreso la portata destabilizzante della Primavera araba, per l’altro (cfr. C. Sbailò, *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, Wolters Kluwer – Cedam, 2015).

compiuto; lo stesso non può dirsi per le altre civiltà, pur attratte ormai, secondo il filosofo, nel destino del nichilismo.

Uno dei problemi fondamentali con cui sempre di più si deve misurare la comparazione giuspubblicistica è, per l'appunto, quello della “comparabilità” tra ordinamenti afferenti a culture diverse da quella occidentale.⁴ Ora, nella prospettiva sopra delineata, l'ingresso di un'esperienza giuridica nell'orbita di interesse del giurista occidentale, ovvero il suo costituirsi come oggetto di attività tassonomica, ne segna già, in qualche misura, l'occidentalizzazione.⁵ Mentre la *consapevolezza* di ciò si costituisce come premessa di un approccio *concreto ed ermeneuticamente orientato* alle “altre” culture giuridiche.⁶ Diversamente, si oscilla tra un cieco eurocentrismo inconsapevole e un astratto universalismo che, nella sostanza, finisce con il far cadere nell'oblio la “diversità” esperita nel confronto. Ma, soprattutto, ci si preclude la strada alla comprensione dell'occidentalizzazione delle suddette culture. Tassonomia viene da τάξις, ordinamento, e νόμος, ovvero legge/regola/disciplina. Per definizione, dunque, l'attività tassonomica deve separare il soggetto dal suo predicato, ovvero tenere tra loro distinte la dimensione semantica da quella apofantica. Il che comporta la qualificazione del predicato come un che di accidentale, ovvero di potenzialmente “nulla” rispetto al soggetto di cui si predica. Per Platone, fa osservare Emanuele Severino, le affermazioni sulle “cose”, e dunque le cose stesse, sono costitutivamente aperte a due opzioni, collocate sul confine tra l'essere e il non essere:⁷ un soggetto separato dal suo

⁴ Sull'originarietà della comparazione rispetto alla formazione stessa della dottrina dello Stato, nella Grecia classica, si veda C. Sbailò, *Sul sentiero della notte – La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico concetto*, Pisa, Pacini giuridica, 2020, pp. 38 e ss.

⁵ Tale questione si colloca, nella prospettiva qui adottata, a monte del dibattito sulla sinergia tra storia e comparazione, ovvero sulla presunta neutralità del giurista e sul ruolo della stessa comparazione giuridica nel processo di tecnicizzazione del diritto (e di spoliticizzazione dello spazio pubblico), nel senso che i processi cui tale dibattito si riferisce (la bibliografia è ricca, ma si rimanda, in particolare, al recente lavoro di Alessandro Somma, *Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto*, in M. Brutti e A. Somma [cur.], *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 509-540), sono concettualmente ricostruiti non come irreversibili – in quanto la nozione di irreversibilità fa riferimento in questo caso alla soppressione di opzioni non realizzate (ad esempio, lo smascheramento e la distruzione del ruolo svolto del giurista al servizio di un determinato progetto economico-sociale o addirittura antropologico), il che mantiene quella nozione dentro una visione ideologica del nichilismo – ma come “destinali”. La questione non è priva di conseguenze sulla configurazione attuale del ruolo del giurista europeo e senza dubbio merita ulteriori confronti e approfondimenti. Di essa abbiamo discusso, anche con riferimento al concetto di “destino”, in C. Sbailò, *Sul sentiero della notte*, cit., in particolare alle pp. 62 e ss e 129 e ss.

⁶ Cfr. C. Sbailò, *Per un approccio concreto ed ermeneuticamente orientato al costituzionalismo islamico contemporaneo*, in Bagni, G. A. Figueroa Mejía, G. Pavani (cur.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, I, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 673-712.

⁷ «Καὶ γὰρ ταῦτα ἐπαμφοτερίζειν, καὶ οὐτ' εἶναι οὔτε μὴ εἶναι οὐδὲν αὐτῶν δυνατόν παγίως νοῆσαι, οὔτε ἀμφοτέρα οὔτε οὐδέτερον» (Rep. V, 479c). «Perché queste cose sono troppo equivoche, ed è impossibile concepire fermamente che ciascuna di esse sia o non sia o che sia l'una e l'altra cosa insieme o nessuna delle due» (tr. ns). Il verbo ἐπαμφοτερίζειν, collocate sul confine tra l'essere e il non essere. (Rep. V, 479c).

necessario predicato è nulla. L'attività tassonomica, in questo senso, comporta di per sé l'assunzione, da parte dello studioso, di una posizione di tipo tendenzialmente razionale e universalistico, ovvero, nella prospettiva severiniana, epistemicamente orientata e, dunque, interna alla storia del nichilismo occidentale. La consapevolezza di ciò comporta il misconoscimento dell'originalità di altre culture giuridiche solo se si rimane a un livello di nichilismo inconsapevole, dove la differenza è pensata come un nulla, ovvero come l'effetto della mera giustapposizione delle entità confrontate, quindi come un che di separato rispetto alle entità stesse. Nella prospettiva severiniana, che in questo caso potremmo definire del nichilismo consapevole, invece, la differenza è pensata positivamente, ovvero come originaria rispetto alle entità confrontate, poiché l'attività tassonomica non viene astrattamente separata dalla consapevolezza del suo fondamento nichilistico. Tanto l'approccio "assimilazionistico" – che tende a ricostruire le altre culture giuridiche come sottoprodotti della cultura giuridica dell'Occidente – quanto quello "multi-culturalista" – che nega l'esistenza di un unico fondamento dell'esperienza giuridica – si presentano qui come espressioni di nichilismo inconsapevole. Nel primo caso, la differenza viene ridotta a "nulla" e, dunque, il nulla viene erroneamente pensato come "qualcosa" (e le esperienze comparate sono, conseguentemente e contraddittoriamente pensate come provenienti dal nulla e al nulla destinate, ovvero come ontologicamente subordinate alla rappresentazione dello studioso), mentre nel secondo caso si nega e si afferma allo stesso tempo l'esistenza di un fondamento dell'esperienza giuridica. Si prenda al riguardo il caso dello studio delle esperienze giuspubblicistiche dell'Islam. Qui ci si trova di fronte a un principio ordinatore del tutto asimmetrico rispetto ai paradigmi occidentali. Si tratta della "polarità" tra religione e spazio pubblico. Non è una sovrapposizione (in tal caso si tratterebbe di una teocrazia), ma neanche una separazione (in tal caso si tratterebbe di società secolarizzate), ma neanche di una "sintesi" tra le due.⁸ Religione e spazio pubblico sono unite nella loro differenziazione, laddove la differenza non è ricostruibile come effetto della giustapposizione tra le due, bensì come originaria rispetto alla stessa determinazione dei due elementi. L'approccio nichilistico porta a ricostruire la differenza come risultato e non come origine e, dunque, non coglie l'essenza della nozione islamica di spazio pubblico. Peraltro, nell'ambito della stessa cultura politica dell'Islam contemporaneo si va diffondendo quell'approccio nichilistico, che porta a concepire la differenza tra Islam e Occidente come il risultato della giustapposizione tra i due, con conseguenze significative sul piano geopolitico. Si consideri, ad esempio, la guerra civile intrasunnita che sta sconvolgendo l'Islam a tutti i livelli, da quello geopolitico a quello metropolitano, dove il partito

⁸ دين و دولة, *din wa dawla*, che può essere tradotto come "religione e Stato" o Religione e spazio pubblico (inteso come "società" ma anche come l'insieme delle istituzioni e delle norme a queste collegate). La questione emerge, ad esempio, in maniera molto evidente in due tematiche centrali della dottrina islamica delle origini, vale a dire, rispettivamente, quella del carattere "creato" o "increato" del Corano e quella del rapporto tra Corano e volontà dell'Onnipotente. Si vedano a tale riguardo i capp. I e II della Parte Prima di C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*, Padova, Cedam, 2012.

dell'alternativa islamica, che ha importanti agganci anche con il mondo sciita, si sta scontrando duramente con le tendenze neostabilizzanti e post-islamistiche del fronte saudita. Ma in questa chiave può essere ricostruito anche il fenomeno del jihadismo urbano, in cui l'antagonismo antioccidentale viene costruito con categorie culturali e strategie identitarie tipicamente europee.⁹

2. Diritto pubblico sotto il segno dell'ἐπιστήμη

Occorre chiarire ancora perché il legame originario tra nascita del pensiero politico ed ἐπιστήμη possa costituire una questione di estremo interesse per la dottrina costituzionale. L'apertura della domanda sull'ἀρχή¹⁰, come sopra s'accennava, non riguarda, come a lungo s'è presupposto, la "natura" intesa come un che di contrapposto al mondo della "politica", ma riguarda l'intero, ovvero l'insieme degli enti e delle relazioni del mondo, a cominciare dagli enti e dalle relazioni in cui si costituisce la domanda circa il principio e circa il tutto. In principio, il termine ἀρχή «significava origine, inizio, e d'altro canto dominio, sovranità, potere soverchiante, autorità». Sono questi i significati che il termine assume nell'opera di Anassimandro ed è in questa chiave che viene utilizzato da Pericle, ad esempio, nel suo epitaffio dei caduti nel primo anno della Guerra del Peloponneso: «Il mondo è una πόλις: il rapporto tra esso e l'al di là del mondo è regolato dalla necessità».¹¹ Se la dimensione politica è originariamente costitutiva dell'ἐπιστήμη, è in Parmenide – ovvero nel filosofo che, come dice Severino, pone per la prima volta il problema del nulla – che si affaccia l'idea della politica come progetto, ovvero della progettualità umana come problema eminentemente *politico*. Per la prima volta in maniera esplicita, secondo l'accurato lavoro filologico svolto da Giorgio Colli, in Parmenide si pone il problema della *distanza* tra il pensare e l'agire, ovvero del primato del concetto sull'agire quanto, ma anche del cosiddetto "realismo" politico, ovvero di quel prevalere del calcolo utilitaristico sui "valori" fondato sul riconoscimento dell'ineliminabilità dell'inganno e della malizia

⁹ Rimandiamo a C. Sbailò, *Crisi nordafricana, καταστροφή e occasione di rilancio per l'Europa*, in C. Sbailò, (cur.), *Difesa europea. Quali prospettive* Atti dell'Incontro internazionale di Studi Roma, 19 ottobre 2018, *federalismi.it*, vol. Numero speciale 1 /2019, p. 94-107. Sulle radici (anche) occidentali (e la conseguente vocazione nichilistica) del jihadismo contemporaneo, cfr.: N. Kermani, *Dynamit des Geistes: Martyrium, Islam und Nihilismus*, Göttingen, Wallstein, 2002; L. Wright, *Le altissime torri. Come al-Qaeda giunse all'11 settembre*, Milano, Adelphi, 2007; V. L. Vidino, *Il jihadismo autoctono in Italia. Nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Milano, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, 2014; O. Roy, *Le djihadisme est une révolte générationnelle et nihiliste*, *Le Monde*, 23 novembre 2015; O. Roy, *Generazione Isis Chi sono i giovani che scelgono il Califfato e perché combattono l'Occidente*, Milano, Feltrinelli, 2015.

¹⁰ G. Reale, *Il pensiero dei Presocratici*, cit., p. XXIII.

¹¹ G. Colli, *La sapienza greca*, II, Milano, Adelphi, 1994 (II), pp. 32-33. Per quanto riguarda il discorso di Pericle (Tucidide, *Guerra del Peloponneso*, 1, 139-144), si veda l'introduzione di Davide Susanetti in Tucidide, *I discorsi della democrazia*, (cur.) D. Susanetti, Milano, Feltrinelli, 2015, pp. 7-46. Rinviamo, inoltre, a C. Sbailò, «Ad Atene facciamo così»: l'elogio della democrazia nel discorso di Pericle, tenuta nel ciclo di conferenze «La parola e la storia. I grandi discorsi che hanno cambiato il mondo», GEODI-Geopolitica e diritto comparato, Università degli studi internazionali di Roma – UNINT, Roma, www.unint.eu, 4 novembre 2020, in corso di pubblicazione.

nella vita pubblica. Di Parmenide si ricordano sempre due insegnamenti, quello che richiama al «cuore immobile della ben rotonda verità»¹² e quello che dice di non prestar fede alle «opinioni dei mortali». Ma ce n'è un terzo, spesso ignorato dai non specialisti, che dice così: «[Ma tuttavia anche questo imparerai] come dell'apparenza si debba mettere alla prova l'essere, penetrando ogni cosa in ogni modo».¹³ L'impegno nella πόλις è necessario, perché l'essere stesso non può essere ridotto a unità. Colli così traduce il famoso passo sulla "connessione": «Infatti non scinderai (isolerai) l'essere dalla sua connessione (dall'essere continuo, confinante)».¹⁴ Ne consegue la riqualificazione dello stesso mondo fenomenico, come oggetto di scienza. Ma qui accade anche qualche altra cosa di decisivo per l'Occidente e sulla quale insisterà poi Emanuele Severino: in Parmenide viene posto il problema del fondamento, ovvero della distinzione tra ciò che è ciò che appare; in altri termini, il fondamento viene pensato come qualcosa di "ricostruibile" concettualmente, il che lo rende sempre e comunque "decostruibile", proprio in quanto pre-supposto arbitrario. Il tema sarà poi sviluppato dalla scuola di Marburgo, ai cui lavori, non a caso, Hans Kelsen attingerà per la l'elaborazione della sua dottrina sulla norma fondamentale.¹⁵ In altri termini, posto che l'idea stessa di fondamento muove dalla certezza della ricostruibilità concettuale di questo, ovvero dalla sua stessa decostruibilità, la ricerca del fondamento è necessaria e inutile al tempo stesso. Con il processo di positivizzazione del diritto, in particolare, nel Novecento, la ricerca si manifesta come reductio del fondamento dentro la volontà legislativa. D'altra parte, proprio in questa consapevolezza si fa strada la moderna ricostruzione del fondamento dello Stato di diritto, attraverso l'interdizione a qualunque istanza di monopolio sul fondamento dello spazio pubblico, basata sulla costitutiva inaccessibilità del giurista al fondamento dell'ordinamento. In altre parole, la limitazione del potere viene intesa non più, astrattamente, come determinazione di un ostacolo al dispiegarsi del potere stesso, ma come elemento costitutivo di quest'ultimo. Anzi, s'afferma con chiarezza il principio, nel costituzionalismo contemporaneo, che la ricostruzione di un potere da parte di chi ne è titolare richiede in via prioritaria l'indicazione della limitazione di quello stesso potere. L'istanza nichilistica che anima la vita del diritto ha, dunque, dentro di sé il proprio antidoto. Del resto, ciò è chiarissimo già ai greci, laddove, ad esempio, si consideri al riguardo il peso avuto

¹² «Bisogna che tu tutto apprenda: / e il solido cuore della Verità ben rotonda / e le opinioni dei mortali, nelle quali non c'è una vera certezza» (*Parmenides*, DK 28B1, 28-30, tr. it. di Giovanni Reale, in G. Reale (cur.), *I Presocratici. Prima traduzione integrale con testi originali a fronte delle testimonianze e dei frammenti nella raccolta di Hermann Diels e Waltger Kranz*, Milano, Bompiani, 2017).

¹³ G. Colli, *La natura ama nascondersi*, cit., p. 169. Cfr. *Parm.*, DK 28B1, 31-32. Riportiamo qui la traduzione di Giovanni Reale: «Eppure anche questo imparerai: come le cose che appaiono / bisognava che veramente fossero, essendo tutte in ogni senso» (in G. Reale [cur.], *I Presocratici*, cit.).

¹⁴ G. Colli, *La natura ama nascondersi*, cit., p. 171. Riportiamo qui la traduzione di Giovanni Reale: «Infatti non potrai recidere l'essere dal suo essere congiunto con l'essere» (in G. Reale [cur.], *I Presocratici*, cit.).

¹⁵ Cfr. C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico. Il caso egiziano*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 7 e ss.

dalla prestazione nichilistica gorgiana sull'elaborazione della nozione di diritto pubblico nell'opera platonica.¹⁶

3. Il Fondamento impossibile e necessario

L'individuazione del problema del "fondamento" apre la via alla "follia" dell'Occidente, perché, dice Severino, da quel momento in poi la ricerca del fondamento diventa necessaria e, al tempo stesso, destinata al fallimento. Nel Novecento quel percorso arriva all'acme, perché diventa dominante l'idea che non può esserci altro fondamento se non il riconoscimento dell'assenza del fondamento.¹⁷ Quella "follia" nasce, come detto, dal pensiero del nulla, ovvero dal tenere gli essenti come provenienti dal nulla e al nulla destinati. Si tratta della "fede nel divenire" (ovvero nella convinzione che il divenire costituisca un'evidenza incontrovertibile). Questa fede è un errore. Essa interpreta il mutamento come un processo che porta gli essenti dall'essere al non essere e viceversa, facendo del nulla "qualcosa". La sfida di Severino consiste nel pensare concretamente questa contraddizione, senza ignorarla ma anche senza farsi risucchiare in essa (come, nella prospettiva severiniana, accade per quasi tutti i filosofi, con alcune autorevoli e parziali eccezioni, tra cui quella di Giovanni Gentile, al quale viene prestata una particolare attenzione¹⁸). Se, dunque, il nulla è un pensiero autocontraddittorio, occorre riconoscere che l'autocontraddizione stessa non è nulla. Essa "è". Si deve pensare il nulla-momento – ovvero la positività dell'affermazione riferita al nulla, quindi il nulla come "posizione" – in quanto distinto dal nulla come assoluta nientetà, ovvero fare apparire la posizione del nulla come un che di *positivo*, senza che ciò comporti il pensiero dell'apparire del nulla stesso. L'apparire della posizione del nulla non comporta l'apparire (impossibile) dello stesso nulla. Viceversa, il nichilismo si caratterizza proprio per l'identificazione tra l'apparire della posizione del nulla e l'apparire del nulla stesso. Per questo esso pensa gli enti come oscillanti tra l'essere e il nulla. La formulazione del principio di non contraddizione, in questo senso, rientra nello svolgersi del destino del nichilismo. Il principio – sul quale, non dimentichiamo, si basa ogni attività di tipo tassonomico (anche se esso tende oggi essere negato, attraverso la cosiddetta "logica fuzzy", che in quanto *nega* il principio di contraddizione, rimane perfettamente all'interno della sua logica) – dice: una cosa è quando è e una cosa non è quando non è. Ma – si chiede Severino – come si può pensare il non essere di qualcosa senza che ciò comporti il pensiero del nulla come di un qualcosa? L'aporia, come si diceva, viene dall'identificazione tra la contraddittorietà del "nulla" e il suo

¹⁶ *Gorgias*, DK 82B3. V. traduzione di M. Migliori, I. Ramelli e G. Reale in G. Reale (cur.), *I Presocratici*, cit. In merito alla numerazione Diels-Kranz (DK), si conferma qui il seguente criterio: numero rappresentante l'autore, lettera rappresentante il tipo di fonte, numero rappresentante la posizione della parte citata seguita, eventualmente, quando trattasi di brano lungo, da virgola e numero rappresentante la collocazione specifica della parte citata cfr. C. Sbailò, *Sul sentiero della notte*, cit., p. 14.

¹⁷ Cfr. N. Cusano, *Capire Severino*, Milano, Mimesis Filosofie, 2011, pp. 31 – 57.

¹⁸ Cfr. E. Severino, *Attualismo e storia dell'Occidente*, G. Gentile, *L'attualismo*, Milano, Bompiani, 2014.

positivo significare. La relazione, cioè, tra il “nulla” come assoluta nientetà (l’impensabile per definizione) e il positivo significare della parola “nulla” viene concepita come estrinseca e artificiale, ovvero posta come logicamente successiva rispetto ai due termini in parola (il che porta a un’inconscia identificazione, poiché i due termini vanno reciprocamente “isolati” e “isolati” rispetto alla loro relazione, ovvero pensati come contingenti e potenzialmente accomunati dall’esser nulla). Dicendo “nulla”, viene indicato l’assolutamente impensabile. Tuttavia, quell’indicazione esiste ed è in un rapporto con ciò che è indicato. Ora, se noi concepiamo il rapporto tra due termini come qualcosa che sopraggiunge, una volta che i due termini siano stati posti, per cui, come si diceva, i due termini sono “isolati” tra loro e rispetto al loro rapporto (è questa la procedura generalmente usata nelle tassonomie), vuol dire che stiamo pensando i due termini e il rapporto stesso come provenienti dal (o in procinto di rientrarne nel) “nulla”. Perché due termini siano isolati e messi in rapporto, tra essi ci deve essere “nulla”. I due termini vengono “posti” nel nulla e posti poi in relazione. Quindi, tra il termine “nulla” e il nulla stesso c’è il... nulla. Il nulla indicato viene contraddittoriamente pensato come qualcosa che è, in quanto, appunto, posto in relazione con altro – per porre ‘x’ in relazione, ‘x’ deve essere innanzitutto “posto”, cioè ‘x’ deve avere una propria positività. Affermando la positività del nulla, noi affermiamo anche la nullità del nostro positivo significare. Di qui la contrapposizione e l’identificazione tra il nulla e il positivo significare del “nulla”. Di qui il rifiuto (o l’impossibilità) di *pensare la differenza come tale e non come un nulla* (ovvero come il *risultato* della giustapposizione tra le entità confrontate). Ma la contraddittorietà del nulla va distinta (e originariamente collegata) e collegata (e originariamente distinta) dal positivo significare della contraddittorietà del nulla, nel senso che la steresi posizionale non va sovrapposta alla steresi ontologica (come poi si vedrà, tale sovrapposizione è all’origine di tanti fraintendimenti della dottrina della *Grundnorm* di Hans Kelsen¹⁹). Il nulla è non-significare. Il nulla viene “posto” come auto contraddittorio. La positività del positivo significare del nulla non è inclusa nel contenuto significato. Tale contenuto è significato (“nulla”) proprio come ciò che non include alcun significato. L’essere del positivo significare del nulla e l’assoluta nullità del nulla sono distinti e originariamente correlati. L’isolamento di uno dei due lati di questa originaria differenza comporta il pensiero del nulla come di un qualcosa e il pensiero del qualcosa come di un nulla.

Il nichilismo corrisponde all’isolamento della differenza, ovvero al pensiero della differenza come un che di isolato rispetto al proprio essere. La differenza è pensata come un nulla. I due momenti della contraddizione del non essere – il nulla come posizione (il positivo significare del “nulla”) e l’assoluta nientetà del nulla – sono pensati in maniera isolata, per cui l’uno diventa (paradossalmente, ma non tanto) scambievolmente con l’altro. Il non pensiero della loro differenza come originario legame porta alla loro sovrapposizione-identificazione. Ora, come rilevato, secondo Severino, è in Parmenide che originariamente s’affaccia il problema del nulla/fondamento (e, quindi, s’apre la strada alla “progettualità” politica, atteso

¹⁹ Cfr. C. Sbailò, *Sul sentiero della notte*, cit., pp. 110 e ss.

l'originario rapporto tra ἐπιστήμη e spazio pubblico). Parmenide pone il problema dell'impensabilità del non essere, aprendo la strada al nichilismo e alla sua cura. La visione del nulla pone infatti il problema di agganciare la realtà a un principio, di trovare un fondamento, di "salvare i fenomeni" (σώζειν τα φαινόμενα). Ma questa esigenza di "fondamento" (è questo, in ultima analisi, il senso dell'espressione ("vis epistemica") è intimamente contraddittoria, perché muove per l'appunto dal pensiero del nulla. Nella prospettiva severiniana, «tornare a Parmenide» significa sviluppare l'intuizione parmenidea in maniera più radicale di quanto lo stesso eleate non abbia fatto: «Ritornare a Parmenide significa ripetere il "parricidio", senza divenire colpevoli dinanzi alla verità dell'essere: ripetere la fondazione del molteplice [...] affermando di ogni ente, e della concreta totalità degli enti, ciò che Parmenide affermava dell'essere: «È impossibile che non sia».²⁰ L'essere è e non può diventare nulla, allora «ogni essente è eterno». Ogni cosa, ogni pensiero, ogni attimo sono eterni. Il divenire delle cose non è illusione, poiché il divenire e il mutamento "sono". Nel destino della verità, il divenire appare come l'uscire e l'entrare nel cerchio dell'apparire. L'uscire dall'apparire non è diventare nulla, ma è sottrarsi alla vista. Questo uscire va pensato come originariamente correlato all'apparire. Il che vuol dire che l'apparire e il non apparire non vanno pensati in chiave ontologica, ma posizionale. La sovrapposizione tra steresi posizionale e steresi ontologica, in un certo senso, è la grande malattia dell'Occidente, descrivibile, forse, anche come rifiuto di pensare *positivamente* la differenza, come dato originario, ovvero non come risultato di un'operazione logica di confronto tra due o più essenti, sulla base di un *tertium comparationis*, ovvero di un *quid commune* sulla cui base riportare ogni differenza alla nullità.

L'apertura del tema del fondamento segna il disvelarsi della *struttura originaria*, nel senso che il destino della verità non può affermarsi in termini di rappresentazione "esterna" al nichilismo, come se questo fosse un "oggetto": esso deve articolarsi in una chiave "topologica".²¹ *La Struttura originaria* è il titolo del lavoro fondamentale di Severino. Fu scritto a ventotto anni, pubblicato da La Scuola di Brescia nel 1958 e poi riedito, con importanti variazioni, da Adelphi (Milano) nel 1981. Per intenderci, questo testo nell'opera di Severino occupa la stessa posizione che *La Critica della Ragione pura* occupa nell'opera kantiana. Immanuel Kant è noto per molte importanti altre opere, da *La Critica della Ragione pura pratica* alla *Metafisica dei Costumi*. Inoltre, il filosofo di Königsberg è autore di una moltitudine di altri scritti, su temi classici o su temi di attualità del suo tempo (tra le altre cose, c'è un *Messaggio ai medici sull'epidemia di primavera* del 1782). Ma non si può dire di conoscere Kant senza avere studiato (e, possibilmente, capito) la *Critica della Ragione pura*. Analogamente, Severino è autore di altri grandi testi, quali *Destino della necessità. Κατὰ τὸ χρεών*, del 1981 (Milano, Adelphi), o *Il giogo. Alle origini della ragione: Eschilo*, del 1989 (Milano, Adelphi). È stato inoltre collaboratore di vari giornali, locali e nazionali, intervenendo su questioni di scottante attualità, spesso in collegamento con lo sviluppo del suo

²⁰ E. Severino, *Essenza del nichilismo*, Milano, Adelphi, 1982, p. 315.

²¹ Si veda al riguardo V. Vitiello, *Topologia del moderno*, Genova, Marietti, 1992.

pensiero. È autore anche di vari volumi di storia della filosofia (Milano, Rizzoli, dal 1988 in poi), che si raccomandano per chiarezza e profondità. Tuttavia, se non ci si misura con *La struttura originaria* – un testo estremamente complesso, di sicuro tra i più difficili nella storia della filosofia – non si può dire di avere letto Severino. «La struttura originaria è l'essenza del fondamento», ovvero «la *struttura* anapodittica del sapere». ²² Ad essa compete quel che Aristotele diceva del principio di non contraddizione: «Che la sua stessa negazione, per tenersi ferma come tale lo deve presupporre».

Sintetizzare qui il testo di Severino è impossibile, ovviamente: proponiamo, invece, più modestamente un cammino al suo interno, al fine di guadagnare una rappresentazione non aporetica del tema del fondamento, tale da rischiarare l'orizzonte del giuspubblicista in questa complessa fase della vita dell'Occidente. Nel dispiegarsi della struttura originaria, infatti, il nulla viene tenuto distinto dal suo positivo significare (che in qualche modo è). Tale distinzione segna un originario legame, nel senso che il termine “nulla” ha due significati, originariamente distinti e correlati. “Nulla” è sì l'assoluto non significare, ovvero l'impensabile, ma indica anche questo non significare, questo impensabile, significandolo, appunto, come ciò che non può essere pensato e che, dunque, non ha significato. Pertanto, *quel significare* (il significare di ciò che non può essere pensato) “è”. Come si diceva, la steresi posizionale non va sovrapposta alla steresi ontologica: il dispiegarsi della struttura originaria fa apparire il limite costitutivo dell'attività rappresentativa come piena affermazione dell'identità dell'essere con sé, proprio nella sua interna dinamicità puramente positiva. In questo senso, il ritorno al divieto di Parmenide è frutto della chiarificazione di quell'equivoco (la difficoltà di pensare positivamente la steresi posizionale è, per l'appunto, alla base di molti equivoci sulla dottrina pura del diritto). È vero, dunque, che dire «il nulla non è» sembrerebbe voler dire che il nulla in qualche modo è. Ma, scrive Severino, «il presentarsi del nulla non attesta che “nulla” significa “essere”; ma che il “nulla”, insignificante come nulla, è. E, dall'altro lato, questo “essere” del nulla non è significante come “non essere”: ma, essendo significante come essere, è essere del nulla (che è significante come nulla)». Il “significato”, infatti, è «una sintesi semantica tra la positività del significare e il contenuto determinato del positivo significare». Significare è un composto di *signum* «segno» e *facĕre* «fare» e indica il “fare segno”, cioè indicare qualcosa attraverso un segno. Se dico «questa penna rossa» sto facendo una sintesi tra il “positivo significare” (il dire che mi sto riferendo a qualcosa di esterno al linguaggio, che è appunto questa penna rossa, che “è”) e il contenuto determinato di questo positivo significare («questa penna che è rossa», appunto). In altre parole, se affermo “x” sto anche affermando “sto affermando qualcosa e questo qualcosa è ‘x’”. Si potrebbe obiettare che in questo modo si affermi un *regressus in infinitum*: «Sto affermando che sto affermando qualcosa e questo qualcosa è ‘x’». Ma tale obiezione presuppone una priorità logica e cronologica tra il “positivo significare” e il “contenuto determinato del positivo significare”. È proprio questa presupposizione che Severino contesta: il “positivo

²² E. Severino, *La struttura originaria*, Milano, Adelphi, 1981, p. 107.

significare” e il “contenuto determinato del positivo significare” sono originariamente distinti e correlati, nel senso che l’uno è implicito nell’altro, senza che tra i due vi sia fusione o separazione. Come accade con l’“apparire”. Quando l’essente “appare”, appare anche il suo “apparire”. Ma ciò non comporta un *regressus in infinitum*, nel senso che appare anche l’apparire dell’apparire e così via (questo, invece, è proprio ciò che pensa il nichilismo), all’infinito, in quanto l’apparire e l’apparire dell’apparire non sono logicamente e cronologicamente successivi, ma si tengono, come momenti distinti e originariamente correlati dell’apparire dell’essente. Ora, se ogni significare è una sintesi semantica tra la positività del significare e il contenuto determinato del positivo significare, «è chiaro che il significato “nulla” è un significato autocontraddittorio, ossia è una contraddizione, è l’esser significante come una contraddizione: appunto quella per cui la positività di questo significare è contraddetta dall’assoluta negatività del contenuto significante». Nel caso del significato “nulla”, dunque, «la determinazione della positività contraddice, in quanto negatività assoluta, la positività, ossia il positivo significare della determinazione». Quando si pone il nulla, si pone «l’altro dalla totalità dell’essere». Ciò che sta oltre la totalità dell’essere è l’assolutamente negativo, che viene “posto” come tale: «Ciò che è significante come “altro dall’intero” è il nulla, ma il significare del nulla implica lo stesso assoluto significare, lo stesso intero semantico. E quindi se l’altro dall’intero è assoluta negatività, la presenza di questa, come tale, ossia come altro dall’intero, implica addirittura la presenza dell’intero». Per questo, «si potrà usare il termine *essere* per indicare l’intera struttura del positivo significare del nulla (per indicare cioè l’intera struttura di ciò che vale come momento semantico del significato autocontraddittorio “nulla”)». Pertanto, può dirsi che «il nulla è, nel senso che un positivo significare – un *essere* – è significante come l’assolutamente negativo, come “nulla”, appunto; ossia è significante come quel “nulla” che, esso, non è assolutamente significante come “essere”. Pertanto il nulla è, nel senso che l’assolutamente negativo è positivamente significante; o il nulla è, nel senso che quello di “nulla” è un significato autocontraddittorio. I due lati o momenti di questa autocontraddittorietà sono (...) l’*essere* (il positivo significare), e il *nulla*, come significato *incontraddittorio*».²³ La nascita del nichilismo è per l’appunto segnata dal reciproco isolamento dei due significati del nulla (Parmenide, nel denunciare la minaccia, la rende, in un certo senso, concreta e irreversibile). Quell’isolamento, infatti, presuppone la semplicità – ovvero, la non dimostrabilità – dell’essere formale, quindi la priorità logica del positivo significare rispetto al contenuto determinato del positivo significare. È quel che avviene in Hegel, in cui il principiare filosofico si ha con l’affermazione della semplicità dell’essere formale. A tale proposito risulta interessante vedere la posizione di Severino su questo specifico punto. Nella prima edizione della *Struttura originaria* il filosofo, a differenza di Hegel, non presuppone la semplicità dell’essere formale, che viene *dimostrata*. In sintesi estrema (ma è solo per dare un’idea, si veda il testo originale), il ragionamento di Severino è questo: se l’essere è composto di momenti, allora

²³ Cfr. E. Severino, *La struttura originaria*, cit., pp. 213-15.

questi momenti sono o non sono; ma se sono, allora essi anticipano già l'essere. L'auto-contraddittorietà dovrebbe esser, qui, almeno intuibile. Successivamente, nella prefazione all'edizione del 1981 della *Struttura originaria*, Severino assume una posizione diversa: l'essere formale, dice Severino, è necessariamente una complessità, in quanto l'essere è sempre essere-di-qualcosa; l'essere non può essere separato da ciò che è. Tuttavia, secondo autorevoli interpreti di Severino, la posizione del 1981 contiene una contraddizione, poiché presuppone l'aut-aut tra essere semplice ed essere complesso.²⁴ Un tale aut-aut è incompatibile con la nozione severiniana di complessità. Infatti, la scelta originaria di *dimostrare* la semplicità dell'essere formale – ovvero, di non presupporla come un'autoevidenza – muoveva appunto dall'esigenza di superare la posizione astratta dell'essere formale, pensato al di là del fatto che esso viene, per l'appunto, a rivelarsi nella dimensione discorsiva. Affermare che l'essere formale è necessariamente semplice vuol dire, a ben vedere, presupporre la necessità rispetto all'essere formale, ovvero una dimensione anteriore all'essere formale, un suo presupposto, nella forma di un divieto che l'essere formale non può violare. Per questa via, si ricade in una visione astratta dell'essere, che ci porta a un *regressus in infinitum*. In altri termini, si configura un aut-aut tra essere formale ed essere complesso che presuppone una dimensione ulteriore rispetto all'essere. In *Oltrepassare* del 2007 (Milano, Adelphi) tale aut-aut viene superato. Severino ritorna, così, alla posizione del 1958, attraverso l'esperienza dell'*Introduzione* del 1981: «*Oltrepassare* può agevolmente mostrare che i due significati (semplice e complesso) non sono affatto incompatibili, ma che, al contrario, “si implicano con necessità”; “il significato *complesso*” di “essere” non contraddice il significato *semplice* di “essere”». L’essere identico” significa cioè “significare” questi due lati (e anzi tre, con l’«essere semplice», appunto) sussistono solo nella forma esterna del linguaggio».²⁵

4. Istanza nomologia e destino della tecnica

«L'Occidente è la civiltà che cresce all'interno dell'orizzonte aperto dal senso che il pensiero greco assegna l'essere-cosa delle cose. Questo senso unifica progressivamente, e ormai interamente la molteplicità sterminata degli eventi che chiamiamo “storia dell'Occidente”, e domina ormai su tutta la terra: l'intera storia dell'Oriente è così diventata anch'essa preistoria dell'Occidente. Da tempo i miei scritti indicano il senso occidentale – e ormai planetario – della cosa: la cosa (una cosa, ogni cosa) è, in quanto cosa, niente; il non-niente (un, ogni non-niente) è, in quanto non-niente, niente. La persuasione che l'ente sia niente è il nichilismo. In tal senso abissalmente diverso da quello di Nietzsche e Heidegger, il nichilismo è l'essenza dell'Occidente».²⁶

Il senso «abissalmente diverso» in cui è inteso il nichilismo consiste, essenzialmente, nel manifestarsi del carattere destinale e planetario del nichilismo

²⁴ La questione è ben spiegata da Nicoletta Cusano in *Capire Severino*, cit.

²⁵ N. Cusano, *Capire Severino*, cit., pp. 31-32.

²⁶ E. Severino, *ἀλήθεια* in *Essenza del nichilismo*, Adelphi, Milano 1982, p. 415.

stesso. Non si tratta di un evento né di una caduta, ma, appunto, di un destino. È un destino che avvolge, fin dal suo sorgere, come s'è detto, lo spazio pubblico, inteso quest'ultimo come nozione tipicamente occidentale, in senso weberiano.²⁷

Il manifestarsi dello spazio pubblico è nell'essenza del nichilismo: è la stessa volontà di potenza che pone l'esigenza di un fondamento e che, al tempo stesso, travolge ogni fondamento. In questo senso può essere interpretata l'istanza nomologica che alimenta la nascita del diritto pubblico. Si tratta di un'istanza originariamente consegnata al destino della tecnica. Destino che può essere così sintetizzato: «Evitare che il fine ostacoli e indebolisca il mezzo significa assumere il mezzo come scopo primario, cioè subordinare ad esso ciò che inizialmente ci si proponeva come scopo. Le grandi forze della tradizione occidentale si illudono dunque di servirsi della tecnica per realizzare i loro scopi: la potenza della tecnica è diventata in effetti, o ha già incominciato a diventare, il loro scopo fondamentale e primario. E tale potenza – che è lo scopo che la tecnica possiede per se stessa, indipendentemente da quelli che le si vorrebbero far assumere dall'esterno – non è qualcosa di statico, ma è indefinito potenziamento, incremento indefinito della capacità di realizzare scopi. Questo infinito incremento è ormai, o ha già incominciato ad essere, il supremo scopo planetario».²⁸

L'individuazione di quella necessità nomologica presuppone, infatti, l'idea che la vita pubblica debba avere un fondamento *rappresentabile* in termini discorsivi, ovvero concettualmente ricostruibile. Il nesso logico tra quell'individuazione e quell'idea racchiude il significato di ἐπιστήμη. Il concetto di ἐπιστήμη non è univoco, risiedendo in esso la radice concettuale della medesima procedura di chiarificazione ed esplicazione a cui lo si vorrebbe sottoporre. Qui possiamo agevolmente individuare l'intima contraddittorietà (la radice nichilistica) dell'istanza epistemico-nomologia: la *vis* epistemica vuole trovare un fondamento, ma non può presupporlo come un dato originario e non trattabile. Costituendosi all'interno dell'ἐπιστήμη, il fondamento risulta concettualmente ricostruibile, ovvero dominato da ciò con cui viene ricostruito, vale a dire dalla stessa *vis* epistemica. Ne consegue che nessun fondamento è dato: ogni fondamento è esposto alla critica corrosiva della ragione, ovvero dominato a sua volta da quella stessa *vis* che lo ha creato. A questo punto dovrebbe essere evidente il senso *politico* della fede nell'evidenza del divenire. Nel destino della Verità, ovvero nel pensiero stesso di Severino, si fa strada la «testimonianza della follia della fede nel divenire». La testimonianza riguarda tutti campi dell'ἐπιστήμη, dalla fisica al diritto, dalle scienze biologiche alla matematica, alla politologia e all'economia. In tutti questi campi – Severino lo dimostra con ampiezza di argomenti e in più occasioni – si

²⁷ Solo in Occidente, secondo Weber, sono comparsi «il capitalismo» come «razionalismo economico», «lo stato razionale, fondato sul potere legale, e un'amministrazione burocratica applicabile allo stato come all'impresa economica», nonché «l'autonomia reciproca delle diverse sfere della vita». E solo in Occidente è nata una dottrina dello Stato – dottrina che presuppone, intatti, la separazione tra sfera pubblica e sfera privata. [M. Weber, *Economia e Società* (1922), III, *Sociologia del Diritto*, Milano, Ed. di Comunità, 2000]. Cfr. P. Rossi, *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, Donzelli, 2007. Abbiamo discusso dell'attualità della tesi weberiana in C. Sbailò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., pp. 24 e ss.

²⁸ E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 2009, pp. 8-9.

afferma l'idea che non esistano verità assolute e che l'unica certezza possibile è l'assenza di certezze, poiché la fondazione dell'attività conoscitiva rimane in ultima analisi soggiogata dalla volontà di potenza.

5. Il finto paradosso di Böckenförde

Se il nichilismo appare storicamente e politicamente come affermazione e negazione allo stesso tempo della possibilità in generale che possa determinarsi un criterio di valutazione universalmente valido, ovvero come una messa in discussione di ogni verità fondante lo spazio pubblico, compresa quella secondo cui non è possibile trovare verità da porre alla base dello spazio pubblico, allora lo stato liberale di diritto costituisce il suo capolavoro storico. In questo senso, il famoso paradosso di Böckenförde, secondo cui «lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire», suona come una banale ovvietà.²⁹ Il presupposto per definizione non può essere garantito. Se lo fosse, dovrebbe essere rappresentato, ma in quanto oggetto di rappresentazione esso sarebbe dominato da ciò che lo rappresenta e cesserebbe di essere pre-supposto.³⁰ Nelle esperienze giuspubblicistiche europee contemporanee – e in particolare nella Repubblica di Weimar, ovvero il caso storico che ispira la formulazione di suddetto presunto paradosso – viene chiaramente alla luce l'aporeticità dell'idea di fondamento dello spazio pubblico. La tutela di quest'ultimo può passare, in ultima analisi, per la limitazione di quei diritti sui quali esso è fondato. Da questa constatazione, ad esempio, muove la critica schmittiana alla Repubblica di Weimar e, più in profondo, al formalismo costituzionale. Nella Repubblica di Weimar veniva alla luce, in maniera esasperata, un problema che riguarda la radice stessa dell'esperienza giuspubblicistica europea, vale a dire l'aporeticità dell'idea che lo spazio pubblico debba avere un fondamento. L'idea che qualcosa debba avere un "fondamento" che lo salvi dal divenire, da cui deriva la necessità che la ricerca del fondamento debba essere a sua volta fondata e fondante, è l'essenza stessa dell'ἐπιστήμη. Ma, come s'è visto, nell'essenza dell'ἐπιστήμη troviamo anche il seme dell'istanza di superamento del fondamento, che si manifesta nel Novecento, ma che può essere rintracciato in tutta la storia del pensiero. L'unico fondamento sempre dimostrabile, infatti, è quello della possibilità di mettere in crisi qualsiasi fondamento. Nessuna verità può resistere al divenire che intende in qualche modo dominare. Qualunque verità che non si identifichi con il divenire viene da quest'ultimo travolta. Così come qualunque disputa sui valori finisce per rientrare nel cerchio della visione epistemica della verità.³¹

²⁹ E.W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 53.

³⁰ Il tema dell'aporia del «fondamento che chiede di essere fondato», con riferimento alla genesi neokantiana e alle radici teologico-ebraiche della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, è stato affrontato in C. Sbailò, *Principi sciaraitici*, cit., pp. 14 e ss.

³¹ È il destino, infatti, anche della stessa battaglia culturale sui cosiddetti "valori asiatici". A. Tay, *"Asian Values" and the Rule of Law*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005, www.juragentium.org. La rappresentazione della religione e della politica come due "elementi" dello spazio pubblico in relazione tra loro è solo

Siamo, così, di fronte al problema dell'“incessante distruzione (e creazione) degli Immutabili”. La principale critica oggi mossa all'Occidente è, per l'appunto, quella di essere alla conclusione della propria parabola nichilistica, ovvero di non avere più nulla da offrire al mondo, se non la propria decadenza spirituale o la propria arroganza geopolitica. Tra gli intellettuali islamici riconducibili nell'area dell'“Islam popolare” per lo più, si insiste sull'abbandono della prospettiva religiosa, in favore della secolarizzazione della società, della morale e del diritto. Muovendo dalla premessa che nessuno spazio pubblico può essere governato senza un sistema delle fonti imperniato su un'autorità trascendente, non riconducibile alla dimensione dei rapporti intra-umani, i teorici dell'“alternativa islamica” ritengono che la giustizia sociale, la pace tra i popoli e il rispetto dell'ambiente potranno essere in futuro garantiti solo da una riespansione del principio ordinatore islamico.³² La critica cinese è meno articolata dal punto di vista teorico, ma non meno corrosiva. Essa non fa riferimento all'assenza di valori trascendenti, bensì all'impoverimento del rapporto dell'Occidente con la tradizione e al conseguente inaridimento individualistico dei rapporti sociali: nella prospettiva confuciana, infatti, il rispetto della tradizione e la solidarietà comunitaria sono due facce della stessa medaglia: se cade l'una, cade l'altra e la società scivola verso l'anarchia.

Ma secondo Emanuele Severino, il nichilismo avvolge, sia pure in varia misura, in base al livello di sviluppo tecnologico ed economico delle aree considerate, il mondo intero: «La persuasione che l'ente sia niente è il *nichilismo*. Il nichilismo è la follia estrema, l'alienazione essenziale in cui cresce la storia dell'Occidente. L'estrema follia è la persuasione che le cose (ossia i non-niente)

possibile, cioè, sulla base dell'idea che lo spazio pubblico sia originariamente “vuoto”. In questo senso, l'accusa di Said (E. W. Said, *Orientalismo* (1978, 1995), Milano, Feltrinelli, 1999, pp. 63 e ss., 312 e ss., 344 e ss.) rivolta agli orientalisti occidentali (in particolare egli ha di mira Bernard Lewis [cfr. B. Lewis, *L'Europa e l'Islam* [1990], Roma-Bari, Laterza, 1999], vale a dire l'autore da cui prenderà le mosse Huntington per la sua teoria sullo “scontro delle civiltà”) di lavorare al servizio del dominio occidentale del mondo, si rivela di persistente attualità. Peraltro, come è stato osservato, la denuncia di Said è quanto mai dipendente, sotto il profilo concettuale, della rappresentazione occidentale dell'Oriente e, dunque, dell'autorappresentazione dell'Occidente. In un certo senso, lo stesso Said ne è consapevole, come a nostro avviso emerge dalla sua autobiografia: E. Said, *Out of Place*, London, Granta Books, 1999. Per una ricostruzione critica della polemica, cfr.: R. Irwin, *Lumi dall'Oriente. L'orientalismo e i suoi nemici*, F. Gerla Roma (cur.), Donzelli, 2008; G. Proglia, *Orientalismo: nuove prospettive interpretative*, in *Altre Modernità (AM)*, N. 8 (2012), *Orientalismi*, riviste.unimi.it; G. Puglisi, *Oltre l'Oriente e l'Occidente. L'orientalismo di Tawfiq al-Hakīm*, ivi.

³² Uno dei punti di riferimento principali, in tale senso, resta un volume uscito negli anni Novanta, a cura di un giovane studioso, diventato, poi, ministro degli Esteri, con la presidenza di Erdogan. V. A. Davutoglu, *Alternative Paradigms: The Impact of Islamic and Western Weltanschauungs on Political Theory*, Lanham, University Press of America, 1993. Cfr.: A. G. E. Sabet, *Islam and the Political Theory, Governance and International Relations*, London, Pluto Press, 2008; S. A. Ahmed, H. Donnan, *Islam, Globalization and Postmodernity*, London, Routledge, 1994. Sullo sviluppo recente degli studi comparatistici nei Paesi islamici, v. C. Mallat, *Comparative law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (cur.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit, pp. 609 e ss. Da ultimo, stanno avendo un certo successo le tesi post-islamiste. Cfr. A. Bayat (cur.), *Post – Islamism. The Changing Faces of Political Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

nascono e muoiono, sono prodotte e distrutte, fabbricate e consumate, create e annientate. “Dio”, la “natura”, la “prassi umana”, la “tecnica” sono l’espressione di questa follia estrema: essi infatti sono pensati come le forze che conducono le cose al di fuori del niente e le riconducono nel niente. Essi sono le forme della *ποίησις*». ³³ Semmai, potremmo dire, l’Occidente ha il vantaggio di conoscerne la genesi e di dominarne la struttura. Ma proprio per questo le accuse mosse all’Occidente devono essere prese sul serio, in quanto sono il segno di una scarsa consapevolezza (in chi muove quelle accuse) circa il carattere destinale e globale del nichilismo. Il tema dell’“occidentalizzazione” del mondo è stato ampiamente trattato in passato. ³⁴ La peculiarità del pensiero di Severino consiste, tra l’altro, nel fatto che l’occidentalizzazione non viene trattata come un fenomeno sociale o culturale, sviluppatosi sulla base di determinate consapevoli condotte poste in essere dalle potenze occidentali, bensì come un destino che avvolge l’intera umanità, ovvero come qualcosa che trascende la dimensione sociale e culturale.

6. Carattere destinale del nichilismo

Il tema dell’occidentalizzazione del mondo e della connessa crisi dell’Occidente è ampiamente sviluppato nei numerosi scritti a carattere politico. Ma la lettura di questi testi, al di fuori di uno studio teoretico del filosofo, può dare adito a vari

³³ E. Severino, *Téchne. Le radici della violenza*, Milano, Garzanti, 2020 (5), p. 240.

³⁴ A cominciare da *L’occidentalizzazione del mondo* di Serge Latouche, ([1989], Torino, Bollati Boringhieri, 1994), in molti hanno teorizzato sul concetto di “de-territorializzazione”. Cfr.: A. Giddens preferisce parlare di “dis-locazion” (Cfr.: A. Giddens, *Le conseguenze della modernità* [1990], Bologna, Il Mulino, 1994, spec. pp. 139 e ss.) e Thompson di “delocalizzazione” (cfr.: J. B. Thompson, *Mezzi di comunicazione e modernità. Una teoria sociale dei media*, Bologna, Il Mulino, 1998, spec. pp. 122 e ss.). A Mlinar si deve, tuttavia, l’impostazione originaria della questione (cfr.: Z. Mlinar, *Globalization and Territorial Identities*, Avebury, Aldershot, 1992). Anche se la definizione del termine, nel suo uso corrente, possiamo trovarla soprattutto in García Canclini: la deterritorializzazione è «la perdita della relazione “naturale” tra cultura e territori geografici e sociali» (N. García Canclini, *Hibrid Cultures: Strategies for Entering and Leaving Modernity*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1995, p. 229). Si nota subito che il concetto è molto problematico. “Naturale” è tra virgolette. Il che vuol dire che non si può fare riferimento a una dimensione “naturale” che si determina come tale, da sé stessa. La “naturalità” di qualcosa si determina sul piano culturale, non certo su quello naturale. Si parla poi di territori “geografici” e “sociali”. Coerentemente con quanto detto, i territori sono solo e sempre “sociali”, ovvero frutto di elaborazione culturale. Il concetto di “deterritorializzazione” viene comunque prevalentemente utilizzato soprattutto per indicare il fenomeno della “dislocazione” connessa all’evoluzione della tecnologia e del commercio (cfr. J. Thompson, *sentirsi a casa nel mondo, La cultura come bene globale* [1999], Milano, Feltrinelli, 2001, pp. 129 e ss). Il termine, tuttavia, comincia ad avere un’accezione più vasta, in riferimento sia ai flussi migratori (cfr.: N. Papastergiadis, *The Turbulence of migration*, Cambridge, Polity Press, 2000), sia alle mutazioni degli scenari giuridici (Cfr. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino). In questo senso la deterritorializzazione è l’esperienza della “scelta”, ovvero della possibilità di mutare status. Essa si collega in ciò a un altro fenomeno, tipico dell’età contemporanea, che è quello dell’“ibridazione”. L’esperienza deterritorializzata consiste nel progetto dell’esistenza non subordinato all’elemento territoriale (sui risvolti geo-politici della de-territorializzazione cfr. C. Sbailò, *Schmitt o Leopardi, Schmitt o Leopardi: quale politica nell’età della deterritorializzazione*, in *Politica del Diritto*, 2002, pp. 111-136).

fraintendimenti. Non ultimo, quello di fare di Severino una specie di censore della civiltà occidentale o di un filosofo morale che denuncia i disastri della secolarizzazione. Si tratterebbe di un'interpretazione ingiustamente riduttiva di questo filosofo, che, come si diceva, appare destinato esercitare un'influenza decisiva sulla cultura dei prossimi decenni. Pertanto, prima di trattare di quel tema – che illustreremo brevemente alla fine – è necessario un approfondimento della nozione di nichilismo, alla luce, appunto, della filosofia di Severino. Secondo quest'ultimo, perché il nichilismo “appaia” alla coscienza occidentale bisogna aspettare l'età industriale, quando il processo di secolarizzazione della società europea mette palesemente in discussione l'idea che la società possa reggersi su valori immutabili. È in quest'epoca che, come dice Hegel, «il primo compito della filosofia è conoscere il nulla assoluto», vale a dire portare davanti alla coscienza la nullità cui la finitezza (il mondo, le cose) è destinata, ove questa sia vista chiusa in sé stessa. Dalla coscienza di quella nullità «la verità si innalza come da un abisso misterioso, che è il suo luogo di nascita».³⁵

L'apparire del nichilismo è in questa fase disgiunto dall'apparire del suo nesso con l'ἐπιστήμη, alla quale viene addirittura contrapposto. Il che comporta il prevalere di un approccio assiologico-valutativo o ideologico al nichilismo, anche e soprattutto tra i giuristi (il nichilismo come minaccia alla cultura giuridica o, il che è lo stesso, come occasione per liberarsi dei dogmatismi del passato e così via). Non ci si avvede del fatto che, distruggendo i valori che di volta in volta sono posti a fondamento dello spazio pubblico, il nichilismo non fa che sviluppare l'istanza epistemica originaria da cui la stessa nozione di spazio pubblico nasce: se un valore può essere distrutto è perché esso è stato creato (ritorna al nulla dal quale è stato tratto dalla volontà di potenza). Ne consegue, a ben vedere, che il nichilismo non può essere trattato dal giurista alla stregua di un “evento”, rispetto al quale prendere posizione. Come Carl Schmitt mostra con estrema chiarezza nella sua *Tirannia dei valori*,³⁶ la critica (ma anche l'esaltazione) del nichilismo presuppone un “valore”, la cui determinazione è a propria volta necessariamente preceduta da una postura epistemica escludente altre posizioni. Quella postura costituisce un atto di volontà autofondato, che nulla può presupporre prima e sopra di sé. Ma questa è proprio la caratteristica essenziale del nichilismo. Sicché si contesta (o si esalta) il nichilismo adottandone (o rinnegandone) la logica, ovvero lo si nega e lo si afferma nel medesimo tempo.

È nel Novecento, dunque, che secondo Severino il senso pieno del nichilismo viene alla luce, quando, cioè, l'istanza epistemica si dirige verso gli “Immutabili”, che appaiono come “voluti” dalla coscienza e perciò falsi e inaffidabili. È in quest'epoca, attraverso gli studi in particolare di Nietzsche, prima, e di Heidegger, poi, sul pensiero greco, che viene alla luce il nesso tra ἐπιστήμη e volontà di potenza, ovvero la natura volontaristica dei fondamenti dell'etica, del diritto e della politica, e il ruolo decisivo svolto in questo senso da Platone (sarà poi Hans Kelsen

³⁵ G. W. F. Hegel, *Fede e sapere*, in *Primi scritti critici*, trad. it. R. Bodei (cur.), Mursia, Milano 1971, pp. 251 e 252.

³⁶ C. Schmitt, *La Tirannia dei valori*, Roma, Pellicani, 1996;

a collocare la questione del dualismo platonico nell'ambito della problematica occidentale del rapporto tra teoria e prassi, individuando un nesso tra intellettualismo platonico, "volontà di potenza" e nichilismo³⁷). In questo senso, lo sviluppo radicale del nichilismo consiste nel mostrare non solo l'infondatezza dei valori tradizionali – ovvero, il loro radicarsi nella volontà di potenza – bensì anche l'infondatezza di ogni valore che voglia andare a occupare la posizione del Dio morto (il comunismo, il neoumanesimo eccetera). Di qui l'insuperabilità del nichilismo: il suo superamento comporterebbe l'individuazione di un nuovo valore di riferimento e così all'infinito. Esso può essere esplorato, in chiave "topologica",³⁸ ovvero ripercorrendo i suoi "luoghi". Una rappresentazione "esterna" è impossibile.

7. Perché il nichilismo giuridico non è un "fenomeno culturale" e tantomeno una "corrente" di pensiero

La lettura in chiave destinale del nichilismo è stata a lungo ostacolata dalla sedimentazione di una lettura moralistica e sentimentale della filosofia di Nietzsche, a cominciare dagli anni Venti, fino alle crisi culturali post-ideologiche della militanza politica italiana alla fine degli anni Settanta. A porre le premesse per una riapertura della discussione su Nietzsche, senza il velo delle ideologie o dei sentimenti, è stato sicuramente Martin Heidegger. Ma è a filosofi come Giorgio Colli, Sossio Giametta e Mazzino Montinari, per un verso, e Gianni Vattimo, per l'altro, che si deve la piena ricostruzione, in chiave filologica ed ermeneutica, dell'opera nietzscheana.³⁹ I frutti di questo gigantesco lavoro si manifestano solo verso la fine del XX secolo, ma non ancora tra i giuristi, tra i quali, fatta eccezione per Natalino Irti e pochi altri, prevale una lettura alquanto stereotipata del nichilismo, visto ora come minaccia al giure e ora come occasione di liberazione dai dogmi e di rinnovamento del diritto. Ma è a sé stesso che Severino riserva il ruolo di chi ha fatto apparire il senso concreto del carattere ineludibile del nichilismo. Il nichilismo, dunque, per Severino è un destino. "Destino" deriva dal greco antico ἵστημι, che indica «io sto». Di qui il latino de-stinare, ovvero uno stare che si "allunga", che si articola nel tempo e nello spazio. Il destino, dunque, come Severino chiarisce in più punti della sua opera, è la struttura di un processo, che resta immutata rispetto allo svolgimento di questo. La visione di un processo in termini di successione temporale genera la convinzione che il destino si risolva

³⁷ Rinviamo a: C. Sbailò, . *Prospettive platoniche nella questione della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Diritto e Società*, 2001, p. 269 e a C. Sbailò, *Platone senza il platonismo: primato della politica e difesa della legalità*, Introduzione a Platone, *Minosse o della legge*, a c. di C. Sbailò, Macerata, Liberilibri, 2001.

³⁸ V. Vitiello, *Topologia del moderno*, cit.

³⁹ Cfr. M. Heidegger, *Nietzsche (1936-1946)*, *Martin Heidegger Gesamtausgabe*, 6.1 e 6.2, ed. it. F. Volpi, (cur.), Milano, Adelphi, 1994. La ricostruzione dell'opera nietzscheana da parte di Giorgio Colli e il suo allievo Mazzino Montinari è disponibile nell'"Archivio Giorgio Colli", www.giorgiocolli.it. Quanto a Gianni Vattimo, ci riferiamo, in particolare, a: *Il soggetto e la maschera*, Milano, Bompiani, 1974; *Le avventure della differenza*, Milano, Garzanti, 1980; *Al di là del soggetto*, Milano, Feltrinelli, 1981; *Introduzione a Nietzsche*, Roma-Bari, Laterza, 1985.

in una catena di eventi. Di qui nasce la disputa circa la reversibilità o meno del destino. Chiedersi se una cosa poteva o non poteva accadere – ovvero, se e in quale misura si possa modificare il destino – significa presupporre che gli eventi escano dal nulla e vi rientrino. Per questo tanto i sostenitori quanto gli avversari del cosiddetto libero arbitrio si muovono inconsapevolmente nell'ambito del nichilismo, che consiste, per l'appunto, nell'idea del nulla come del fondo senza fondo (il fondamento-non fondamento) dal quale gli essenti provengono e nel quale gli essenti ritornano. In questo senso, il nichilismo non può essere oggetto di conoscenza storica, visto che esso è lo strutturarsi stesso della storia.

L'interpretazione in chiave destinale del nichilismo comporta la comprensione autentica della tecnica, da intendersi non come tecnologia, bensì come legge dell'autopotenziamento infinito della tendenza originaria a rendere il mondo disponibile alla trasformazione. Quando si definisce la tecnica come l'arte di perseguire efficacemente scopi, non ci si riferisce a scopi determinati e nemmeno a uno Scopo assoluto o alla somma di tutti gli scopi possibili, ma alle condizioni in cui è possibile perseguire efficacemente scopi. In quanto arte di perseguire efficacemente scopi, la tecnica evoca il significato originario di "verità", intesa come validità ed efficacia di un procedimento conoscitivo. Tecnica, verità e fede (nel divenire, ovvero nel nulla) sono, dunque, elementi di un'unica struttura di pensiero, che è poi la tendenza fondamentale dell'Occidente. In questo senso, il processo di tecnicizzazione del diritto non andrebbe interpretato, come invece il più delle volte si fa, come un accadimento, ovvero come qualcosa di potenzialmente separato dal diritto stesso, bensì come il venire alla luce del significato più profondo dell'esperienza giuridica.

8. Autopotenziamento infinito della tecnica e mutamenti dello spazio giuridico

La distruzione degli Immutabili, ovvero il palesarsi del carattere voluto del fondamento, comporta la consapevolezza, per il giurista, di non poter trascendere l'orizzonte della pura positività, se non, appunto, con un atto di volontà autofondato:⁴⁰ non essendovi più un valore extragiuridico a reggere l'edificio del giure, la giuridicità di un atto è pari alla sua ricostruibilità con le regole che presiedono alla formazione delle norme. Le stesse proposizioni ideologico-politiche, oggi, devono essere formulate con la grammatica del diritto per essere comprensibili e comunicabili: ne consegue che la proceduralità – ovvero la tecnica giuridica – comincia ad avvolgere anche l'ambito assiologico. Infatti, un'idea politica per prevalere sull'altra ha bisogno della tecnica giuridica per essere credibile. Il potenziamento di quella è dunque incrementato dalla battaglia politica, che alla fine rimane soggiogata dallo strumento di cui s'è servita. Non è certamente casuale, in questo senso, la crescita del ruolo dei giuristi e della giurisdizione nello

⁴⁰ È questa, a ben vedere, la scelta "ribelle" fatta da Carl Schmitt, che, in questa chiave, può essere considerato il vero padre della violenza politica e del terrorismo dell'età contemporanea (comprese le attuali componenti jihadiste). Cfr. sul punto C. Sbailò, *Schmitt o Leopardi*, cit.

spazio pubblico.⁴¹ L'economia, a propria volta, si serve della tecnica per potenziarsi e liberarsi dei vincoli della politica, prima, e poi del diritto. La globalizzazione comporta la riduzione dell'elemento territoriale da presupposto ad elemento opzionale della transazione. Il che comporta, a propria volta, la subordinazione delle scelte politiche – costitutivamente legate al territorio, ovvero a una popolazione inserita dentro una dimensione spazio-temporale definita e distinta da altre – alle logiche del mercato. Si consideri, ad esempio, il ruolo svolto dal diritto all'inizio del capitalismo: esso aveva la funzione di garantire l'esito della transazione, attraverso il controllo dello iato spazio-temporale tra i vari momenti della transazione stessa, producendo una sorta di spazializzazione del tempo, che responsabilizzava giuridicamente gli attori del processo, attraverso gli strumenti coercitivi dello stato. Nel momento in cui quel tempo si riduce al minimo, fin quasi a sparire, al punto che si può addirittura invertire il rapporto tra la cosiddetta "causa" e il cosiddetto "effetto" (a titolo esemplificativo, si consideri il caso delle "profezie che si autoavverano" sul mercato finanziario), è ovvio che il ruolo del diritto statuale (cioè "politico") tende a contrarsi, fin quasi a scomparire.⁴² Ciò

⁴¹ Sul tema dell'espansione del potere giudiziario, considerato, oltre che nei suoi effetti sui rapporti tra i poteri, anche nelle sue implicazioni epistemologico-giuridiche, rimandiamo a C. Sbailò, *Espansione del potere giudiziario e risposta della politica*, *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 3/2005. Cfr.: T. Vallinder (cur.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 35. e ss.; J. Gibson, G. Cladeira and V. Baird, *On the Legitimacy of High Courts*, «American Political Science Review», 1998; J. C. Yoo, *Globalism and the Constitution*, «Columbia Law Review». Vol. 99, December 1999, no. 8; B. McLahin, *Judicial Power and Democracy*, Singapore Academy of Law, Annual Lectures, 2000; M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, Il Mulino, 2003.

⁴² Si consideri, in questo senso, il dibattito sviluppatosi intorno alla "connettografia" di Parag Khanna (P. Khanna, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, tr. di F. Mottam, Roma, Fazi, 2016). Khanna ridefinisce il concetto di confine alla luce di una nuova "geografia funzionale". Per i giuristi questo comporta un mutamento di paradigmi. La crisi del modello vestfaliano è "fotografata" nell'opera di Khanna, in quanto i collegamenti funzionali, quali i flussi migratori ed economici, sarebbero il fattore fondamentale nello stabilire la nuova geografia planetaria, sostituendo i vecchi confini dello Stato-Nazione. Lo spazio politico, dunque, coincide sempre meno con lo spazio territoriale, inteso in senso giuridico come luogo regolabile o regolato da norme. Secondo Khanna, il sistema di relazioni tra persone, correlato fortemente alla dimensione territoriale, può essere sostituito da un sistema definito da spazi funzionali, grazie e soprattutto all'avvento d'internet e della globalizzazione. Il sistema di mappatura tradizionale è dunque in crisi, trascinando con sé e mettendo in discussione a sua volta le mappe del potere e dunque le mappe delle norme. Il confine territoriale è considerato superato e affiancato da altri attori, che Khanna definisce infrastrutture, intese non solo nel significato classico della parola ma soprattutto come ponti "digitali". In questo senso, *Connectography* sembra completare le teorie del mondo piatto di Thomas Lauren Friedman (*Il mondo è piatto. Breve storia del XXI secolo*, Milano, Mondadori 2007) del mondo a picchi di Richard Florida (*Who's Your City? How the Creative Economy is Making Where You Live the Most Important Decision of Your Life*, Random House Canada, 2008). Le realtà territoriali, secondo Khanna, hanno una loro vita autonoma rispetto al luogo in cui sono situate e dipendono dalle relazioni che hanno con le altre realtà simili. È da rilevare il fatto che durante che la comunità scientifica, durante l'emergenza pandemica, abbia in qualche modo sperimentato e abbia anche spinto oltre questo concetto di connettografia, mentre la politica è sembrata arroccata sulle sue posizioni (G. Terranova). Le mobilità funzionali, che non implicano uno spostamento di corpi di persone ma che implicano una compresenza e allo stesso tempo una delocalizzazione,

comporta un progressivo asservimento dello stesso capitalismo alla tecnica, che diventa il dominus della transazione.⁴³ Secondo Natalino Irti, al quale va il merito indiscusso di avere posto la scienza giuridica di fronte a queste tematiche e di fronte allo stesso pensiero di Emanuele Severino, permane comunque una differenza logica tra la regola e il regolato, ovvero tra il diritto, da una parte, e l'economia e la tecnica dall'altro. Nella posizione di Irti si manifesta chiaramente l'esigenza di "identificabilità" della scienza giuridica. Tale esigenza, a nostro avviso, non viene travolta dal pur turbinoso avanzare della tecnica, in quanto «incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni».⁴⁴ Irti pone la questione relativa all'inadeguatezza della tecnica nel rispondere alle domande fondamentali del diritto, quali, ad esempio, l'oggetto della prescrizione o la distinzione tra ragione e torto. Ne conseguirebbe l'esigenza di regolare la tecnica, ovvero di mantenere questa sotto il dominio del diritto. Viceversa, per Severino la tecnica è «destinata a diventare il principio regolatore di ogni materia, la volontà che regola ogni altra volontà», non perché la tecnica sia più forte del diritto, ma perché il diritto è una

deflagrate nella parte conclusiva del secolo scorso, hanno un'espressione perfetta nella mobilità del capitale finanziario. Le multinazionali svolgono in maniera incontrastata le loro strategie su una base globale e le implementano localmente, quindi sono la massima espressione di questa mobilità funzionale. Si crea dunque un'asimmetria tra le strategie degli Stati, ancorate al territorio, e le strategie del capitale mobile, a cui si aggiungono le organizzazioni internazionali e le governance come l'Unione Europea, fattori che realizzano un quadro geopolitico ancora più complesso e attuano connessioni a livelli diversi.

⁴³ Si consideri, ad esempio, il caso dei cosiddetti "smart contract". In questo fenomeno può apprezzarsi il precipitato giuridico dello sviluppo delle nuove tecnologie comunicative e informative, in particolare per quel che riguarda il diritto contrattuale. La tecnologia consente lo sviluppo delle varie fasi del contratto – dalla negoziazione, alla conclusione e all'esecuzione – al di fuori della sfera di controllo statuale-nazionale o inter-statale-nazionale, dentro orizzonti spaziali sempre più estesi e in tempi sempre più brevi. Non solo, ma la stessa tecnologia offre strumenti di rimedio ai torti che le parti contraenti dovessero denunciare, sicché tende a indebolirsi, se non a dissolversi, il ruolo del presidio normativo rispetto alla transazione. Peraltro, la modularizzazione del contratto, che se da un lato contribuisce un'alternativa alla rigidità della standardizzazione del contratto, dall'altro lato porta a un'accentuazione dello squilibrio negoziale, in sfavore del contraente debole. Si pone, dunque, una questione generale di tutela dei soggetti deboli, che può articolarsi sulla base dei diversi principi ordinatori della sfera pubblica – sarà il buon funzionamento del mercato, ad esempio, negli Stati Uniti, mentre sarà la protezione dei diritti dei consumatori nello spazio giuridico europeo – ma che risulta quanto mai necessaria, vista la crescente diffusione dello smart contract. Cfr. per un'ampia e approfondita disamina della questione: A. Stazi, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto contrattuale comparato*, Torino, Giappichelli, 2019; M. Atzori, *Blockchain Technology and decentralized Governance: is the State still necessary?*, in *Journal of Governance and Regulation* / Volume 6, Issue 1, 2017; R. Herian, *Legal Recognition of Blockchain Registries and Smart Contracts*, The Open University Law School, bozza di discussione preparata per lo "EU Blockchain Observatory & Forum as a discussion document for the workshop, "Blockchains & smart contracts legal and regulatory framework", tenutosi a Parigi il 12 dicembre 2018 (testo reperibile nella pagina dell'autore su researchgate.net).

⁴⁴ E. Severino in N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. Per una riflessione sull'opera di Natalino Irti sul nichilismo giuridico, sia precedente sia successivo a *Nichilismo giuridico* (Roma-Bari, Laterza, 2004), in relazione al confronto, diretto o indiretto, con il pensiero di Severino, rimandiamo a C. Sbailò, *Sul sentiero della notte*, cit., pp. 54 ss. e 136 ss.

disciplina, un'attività umana, mentre la tecnica è l'ambito in cui viene scritto lo statuto di ogni disciplina, a cominciare dalla filosofia, in cui l'Occidente originariamente acquisisce la consapevolezza di sé come di civiltà essenzialmente dominante, ovvero dominante non per una serie di concause storiche, ma perché in essa si manifesta l'idea più potente di *dominio*, vale a dire l'ἐπιστήμη. La volontà di potenza, intesa come *vis* epistemica, quanto a dire la tendenza al dominio – si va incarnando, via via, nella storia dell'Occidente in varie ideologie e vari sistemi normativi «la cui realizzazione mira insieme all'esclusione della realizzazione di altri scopi». La tecnica – in quanto espressione pura della volontà di potenza – non può esaurirsi in uno di questi scopi: essa vuole l'auto-potenziamento infinito, attraverso l'accrescimento della capacità di perseguire scopi. La tecnica «tende all'onnipotenza». La tecnica non è “al di là” degli scopi, come fosse una qualsiasi divinità; essa, bensì, è il modo d'essere essenziale degli scopi, il loro limite costitutivo “trascendentale”, nel senso kantiano dell'aggettivo. Irti ci pone con determinazione di fronte alla natura trascendentale della tecnica, quando assimila la posizione di Severino a quella di Kelsen, secondo cui, come sopra fugacemente ricordato, la norma fondamentale non è una norma tra le altre, ma è la condizione essenziale per la produzione delle norme. Così come dalla *Grundnorm* kelseniana non è deducibile alcun contenuto normativo – mentre, viceversa, ogni prescrizione è tale se ricostruibile muovendo dalla *Grundnorm* – dalla tecnica non può essere dedotta alcuna ideologia o alcun valore: ogni valore – così come ogni ideologia – è ricostruibile come un frutto della volontà di potenza, ovvero come un momento del dispiegarsi del destino della tecnica. La volontà di realizzare scopi presuppone che le cose divengano altro da sé, cioè che oscillino tra l'essere e il nulla. Questa è la “follia” dell'Occidente, che spinge la tecnica all'autopotenziamento infinito. Nella prospettiva severiniana, il diritto viene avvolto in questo turbine, legittimando, in ultima analisi, la possibilità della tecnica di manipolare la natura, spingendosi fino al controllo dei processi di generazione della vita. Il controllo di questo processo non può essere esercitato dalle ideologie, che sono travolte dalla tecnica: opporsi alla manipolazione genetica se questa garantisce la cura di malattie incurabili è praticamente impossibile. Il controllo di questo processo può essere esercitato dalla tecnica stessa, che travolge anche l'ideologia tecnocratica, in quanto contenuto ideologico che si contrappone ad altri contenuti, quali ad esempio la difesa della dignità umana attraverso la proibizione di determinate tecniche eugenetiche. La tecnica non è un'ideologia tra le altre, con propri contenuti, ma la struttura delle ideologie. La tecnica, dunque, si serve del diritto, anche quando il diritto si serve (o, meglio, crede di servirsi) della tecnica.

9. Normativismo e destinazione tecnica del diritto

Ora, a voler andare fino in fondo nella direzione indicata da Irti, per quel che riguarda i giuspubblicisti, è appunto nel normativismo kelseniano che la destinazione tecnica del diritto sembrerebbe palesarsi con irripetibile evidenza. Qui la scienza del diritto non dice nulla su ciò che sia giusto o meno e neanche

sulle ragioni storiche e sociali, o sulle conseguenze effettive, di una norma giuridica. Non ci riferiamo, qui, al “pensiero” di Kelsen, che nel tempo ha subito, come è ovvio, dei mutamenti, ma, appunto, alla Norma-fondamento (preferiamo tradurre così *Grundnorm*), che Kelsen, in una determinata fase della sua attività intellettuale, ha portato all’evidenza, segnando, in questo senso, un punto di non ritorno – una sorta di “perdita dell’innocenza” – del diritto (e del pensiero) occidentale.

In quanto non ricostruibile, per essenza, sulla base di altre norme, la Norma-fondamento costituisce il limite trascendentale, in forza del quale il costituzionalismo occidentale decostruisce ogni processo di autolegittimazione del potere, sia esso costituito o costituente, soprattutto, a partire dall’affermazione della giustizia costituzionale in Europa, per via giurisprudenziale. Per questo, il normativismo resta il terreno su cui cresce la dottrina costituzionale contemporanea (che lo riafferma anche quando lo nega, come fa il decisionismo, o cerca di mitigarlo, come fanno i teorici dell’“integrazione costituzionale”, o cerca di superarlo, come accade nelle dottrine neo-giusnaturalistiche).⁴⁵ La concezione proceduralistica della democrazia costituzionale porta alle estreme conseguenze l’idea del limite quale fonte di legittimazione (o base di ricostruzione) universale del potere, rendendo per questa via universale, in maniera irreversibile – il diritto occidentale, l’unico in grado di mettere in discussione i propri “valori” fondativi senza perdere identificabilità. La sua massima forza è dovuta, paradossalmente, alla sua costitutiva vulnerabilità ermeneutica. La comparazione giuridica svolge, in questo senso, una funzione fondamentale, in quanto consente di descrivere le altre culture politiche con le categorie del diritto pubblico occidentale, ricostruendo quelle come occidentali *in potenza*, anche quando ciò viene espressamente negato. Essa ha, dunque, una natura apparentemente ibrida: è *metodo*, in quanto – in un’epoca caratterizzata dalla moltiplicazione degli ordinamenti giuridici ai quali l’individuo è esposto, nonché da un indebolimento dei confini stato-nazionali – presuppone l’orizzonte assiologico del costituzionalismo occidentale; ma l’applicazione di questo metodo porta alla luce l’assenza di verità fondanti lo spazio pubblico, ovvero la natura meramente procedurale della democrazia occidentale e in ciò la comparazione è *scienza*, anzi la più pura tra le scienze giuridiche. In realtà in quell’ibridazione – *metodo* e *scienza* – si coglie l’essenza stessa della tecnica, il cui dominio si manifesta anche nella proceduralizzazione delle scienze, ovvero nell’elevazione del metodo a criterio per la valutazione della scientificità di una teoria o di una disciplina e, quindi, a scienza delle scienze, vale a dire a scienza purissima. In questo senso, la comparazione giuspubblicistica descrive l’effettiva occidentalizzazione del mondo, anche e soprattutto quando adotta il paradigma della “pluralità” e della “comparabilità” delle culture giuridiche, elaborato in Occidente, da Platone in poi.

⁴⁵ Rimandiamo sul punto a C. Sbailò, *Weimar: un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Enna-Troina, Kore University Press – Città Nuova, 2007, pp. 257 e ss.

La giuridicizzazione dello spazio pubblico si configura, così, come una conseguenza della tecnicizzazione del diritto. Il declino delle ideologie rende impossibile la limitazione del potere attraverso contenuti valoriali. Ma rende impossibile anche l'ipostatizzazione della tecnica stessa. Il "freno" rispetto al potere viene esercitato sempre più dalle procedure: la giustiziabilità dei diritti fondamentali presuppone, infatti, il buon funzionamento (l'auto-nomia) dell'apparato giuridico. Ne consegue che quel che minaccia tale funzionamento costituisce un pericolo per i diritti. Facciamo, qui, due esempi. Il primo è quello del principio della libera concorrenza, che nasce come strumento per l'assicurazione, dopo il declino dell'ideologia socialista, delle finalità sociali dell'attività economica. Col tempo, la giurisprudenza costituzionale ha fatto della stessa libera concorrenza una finalità sociale – ovvero, ha trasformato il mezzo in fine, poiché il fine vive grazie al potenziamento del mezzo – suscettibile di assoggettare tutte le altre finalità sociali e la stessa libertà economica. Altro esempio che si può fare è quello della libertà di mandato parlamentare. Esso è ricostruibile nel sistema costituzionale come elemento funzionale all'affermazione del principio di rappresentanza, a sua volta finalizzato alla ricostruzione dell'interesse pubblico. Tuttavia, il mezzo – il principio di rappresentanza – ha finito col prendere il sopravvento sul fine – la ricostruzione dell'interesse pubblico. A questo punto, la libertà di mandato – la cui destinazione è, per l'appunto, nella ricostruzione del rapporto teleologico tra principio di rappresentanza e interesse pubblico – tende a essere interpretata come un limite al pieno dispiegarsi dello stesso principio di rappresentanza, per cui viene sottoposta a crescenti critiche e limitazioni.⁴⁶

4759

Non è detto che questo processo sia sul punto di arrestarsi. Nel negare che il mondo abbia un senso, infatti, la tecnica nega, infine, sé stessa come senso. Ci riesce difficile immaginare il successo dell'"ideologia" tecnocratica, poiché lo stesso sviluppo turbinoso della tecnica travolge ogni forma di ideologizzazione. Dopo la pandemia di covid-19, la tecnica oltre a imporre il potenziamento della ricerca scientifica e la condivisione della ricerca a livello globale, con un conseguente rafforzamento dell'élite tecnico-scientifica, sta favorendo il rilancio di ciò che primariamente rappresenta il primato della politica, vale a dire lo stato nazionale territoriale, dato più volte per morto a partire dagli anni Ottanta del XX secolo, quale elemento di razionalizzazione della vita pubblica, sotto il profilo della sicurezza, della salute e dell'economia. Lo Stato si sta riqualificando come elemento originario dello spazio pubblico, non ricostruibile secondo logiche pattizie o contrattuali.⁴⁷ Tuttavia, identificare, come molti fanno, un tale ritorno dello Stato

⁴⁶ Per i riferimenti relativi ai due esempi fatti rimandiamo, rispettivamente a: C. Sbailò, *La parabola dell'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione, tra dirigismo e iperregolamentazione* in www.fondazionecristoforocolombo.it, 22/02/2011 e C. Sbailò, *Presidenzialismo contro populismo: col mandato imperativo si dissolve la democrazia costituzionale, ma non basta dire "no"*, in *federalismi.it*, vol. 13, 2018.

⁴⁷ Ritorna di attualità una vecchia tesi di Stiglitz. J. E. Stiglitz, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1997. Si può scegliere di uscire da un'azienda ed entrare in un'altra o di non entrare in nessuna azienda. Non si può scegliere allo stesso modo di essere o non essere cittadini di uno Stato: l'apolidia, infatti, è vietata. L'attribuzione della cittadinanza alla nascita non è volontaria, ma automatica, sia essa *iure sanguine* o *iure soli*. Ci sono procedure, in molti

con l'avvio di un processo di deglobalizzazione presupporre l'incompatibilità tra la globalizzazione e la statualità territoriale. Ma tale incompatibilità è tutta da dimostrare e, alla luce dell'opera severiniana, potrebbe essere considerata come astratta e contraddittoria. La statualità territoriale resta, infatti, un elemento ineludibile di razionalizzazione dello spazio pubblico, ma per certi versi essa tende oggi a presentarsi non più come presupposto per la rappresentazione dello spazio pubblico del suo destino, ma come opzione disponibile, per alcuni versi funzionale agli stessi processi di globalizzazione.⁴⁸ In questo senso, l'attuale cosiddetto "ritorno dello Stato" può essere visto come parte essenziale della parabola nichilistica del diritto, ovvero della tecnicizzazione del giure (e della giuridicizzazione della tecnica).

10. Consapevolezza del carattere destinale del nichilismo e responsabilità del giurista

Il nichilismo, dunque, per il giurista non dovrebbe essere un mero "oggetto" di conoscenza, o un fenomeno sociale nei cui confronti "prendere posizione". Il nichilismo non può essere trattato come un orientamento culturale tra altri, sviluppatosi *dopo* la nascita della filosofia e della scienza giuridica, perché né la filosofia né la scienza giuridica possono essere pensati al di fuori del destino del nichilismo. In questo senso, il giurista ha accesso alla conoscenza dell'infondatezza ontologica del diritto, custodendola, contro ogni illusione di superarla, poiché, paradossalmente, solo coltivando tale infondatezza, il diritto può essere preservato dal dissolvimento dentro l'empiria. La rappresentazione del fondamento, in ultima analisi, porta alla crisi del giure, poiché non esiste fondamento che non sia destinato – *in quanto* fondamento – a dissolversi.⁴⁹ La stessa difesa kelseniana del

stati, che prevedono il cambio di cittadinanza, ma non esistono procedure per la rinuncia assoluta alla cittadinanza, quando non vi sia una seconda cittadinanza di affiliazione. L'appartenenza a un determinato Stato precede, in via logica, la stessa determinazione dell'identità. Ciò acquista un significato fondamentale nel tempo della globalizzazione. Solo un'entità come lo Stato, che insiste dentro un ambito spazio temporale definito e da tutti chiaramente individuabile, può avocare a sé il monopolio dell'uso della forza (ovvero della violenza legittima nei confronti del cittadino), essenziale per l'applicazione del diritto e, dunque, per la gestione delle situazioni di emergenza, che con il progredire della globalizzazione e con il turbinoso affermarsi della tecnoscienza, diverranno sempre più frequenti.

⁴⁸ Rinviamo a C. Sbailò, *The State as an "Option" in a Multi-Ethnic Society: Ways to Address The Problem of Western Legal Ethnocentrism without adopting Cultural Relativism*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 7, n. 8, pp. 105-130.

⁴⁹ Per questo, non è possibile contestare con argomenti giuridici la tesi anarchica, la quale vede nel diritto esclusivamente la "forza". Quella contestazione può essere mossa solo dalla sociologia o dalla scienza politica, non dal diritto: «La possibilità della validità di un ordinamento che sovrasti il diritto positivo rimane per essa [la dottrina pura del diritto, *nda*] fuori questione» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934, 1952], ed. it. R. Treves (cur.), Torino, Einaudi, 1999, p. 76). Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, pp. 8-13, 289 e ss.; N. Bobbio, *Le fonti del diritto in Kelsen*, in *Diritto e potere*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. La descrizione kelseniana del diritto si trasforma, in maniera del tutto naturale, in una riflessione sulle origini delle ipostatizzazioni concettuali delle convenzioni linguistiche. Così, Kelsen supera il dualismo tra diritto

diritto dal divenire passa attraverso la consapevolezza dell'assenza del fondamento del giure. Di qui la decostruzione del fondamento di ogni pratica di ipostatizzazione, vale a dire la categoria del *soggetto*, ovvero, per esprimersi con linguaggio giuridico, della "persona", intesa, per l'appunto, come "soggetto" nel senso sostanzialistico dell'espressione: «Persona è soltanto un'espressione unitaria e personificante di un gruppo di obbligazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme».⁵⁰ Kelsen denuncia la natura "ideologica" del dualismo tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, che riproduce in sé la fede giusnaturalistica. Lo scienziato del diritto ha il compito di portare alla luce tale natura ideologica. L'antinomia tra "individuo" e "società" ha, dunque, un significato "ideologico", che si radica nella *Weltanschauung* dell'individualismo liberale. La scienza giuridica prende in considerazione l'individuo esclusivamente in quanto "punto di imputazione". Di qui anche il carattere *assolutamente unitario* del diritto. Nell'universo giuridico non c'è posto per ciò che non è diritto, e non c'è posto per più "diritti", così come non c'è posto per più "dèi".⁵¹ La *Grundnorm* non va ipostatizzata, e cioè trattata alla stregua di un *Objekt*, come fosse un prodotto della *τέχνη*. La Norma-fondamento è un paradigma, nel senso della filosofia kantiana del "limite come Fondamento". In quanto *ἀρχή*, non ha *esistenza* nel senso proprio

"oggettivo" e diritto "soggettivo", e dunque tra Stato e diritto, tra pubblico e privato, eccetera. Parlare di diritto, infatti, significa parlare di un "sistema di norme positive". L'attribuzione di un cd "diritto soggettivo" avviene necessariamente nell'ambito di queste norme. E dunque il cd "diritto soggettivo" non può vantare – dal punto di vista della scienza giuridica – alcuna originarietà: «Nessuno può attribuire diritti a se stesso» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 80).

⁵⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 87. Va richiamata qui la radice humeana – kantiana della critica kelseniana all'ipostatizzazione dell'"io", nel senso che Kelsen riprende il filo del ragionamento di Kant, ma con la preoccupazione, che lo accomunava al neo-empirismo logico, di non aprire le porte a forme di sostanzializzazione dell'"io" (cfr. D. Hume, *Trattato sulla natura umana* [1739], parte IV, sez. VI, 1, ed. it. E. Lecaldano, (cur.) Roma – Bari, Laterza, 1982, pp. 263 e ss.; I. Kant, *Critica della ragione pura* [1781, 1787] I, *Log. Tr.*, II, Lib. II, 1, ed. it. G. Colli (cur.), Milano, Adelphi, 1976, pp. 397-405). Sulle conseguenze di questa impostazione in termini di filosofia politica, cfr. D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, in *Jura Gentium*, III, 2007, 1, www.juragentium.unifi. Per quel che riguarda le interpretazioni sostanzialistiche del "soggetto" – tematica di origine heideggeriana (cfr. M. Heidegger, *Nietzsche* [1961], F. Volpi (cur.), Milano, Adelphi, 1994), il richiamo va all'opera di Gianni Vattimo negli Anni Ottanta. Cfr. *Le avventure della differenza*, Garzanti, Milano, 1980; *Al di là del soggetto*, Feltrinelli, Milano, 1981. V. anche J. Derrida-G. Vattimo (cur.), *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza 1998.

⁵¹ Il «non essere» non può essere "detto" né "pensato" (*Parmenides*, DK 28B8, 9). V. analisi kelseniana del «raddoppio dell'oggetto della conoscenza nella sfera dei valori» e sul «dualismo» in H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 426 e ss. Per quanto riguarda l'ascendenza eleatica della teorizzazione kelseniana, appare significativo questo passo: «Una pluralità di norme forma un'unità, un sistema, un ordinamento quando la sua solidità può essere ricondotta a un'unica norma come fondamento ultimo di questa validità. Questa norma fondamentale, come fonte comune, costituisce l'unità della pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 95; cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 3). L'accesso di Kelsen al pensiero eleatico passa, molto probabilmente, attraverso i suoi rapporti con la scuola di Marburgo e con Hermann Cohen (cfr. C. Sbailò, *Prospettive platoniche nella questione della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Diritto e Società*, vol. 2, 2001, p. 269-296).

del termine (non è descrivibile). La *Grundnorm* è «soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivamente il materiale giuridico». ⁵² Con essa si rilevano, «attraverso l'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico - trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridico - positiva». Il medesimo carattere “formale” è proprio del concetto di “pura applicazione” della norma – concetto che si trova all'inizio della gerarchia, all'estremo opposto della “norma fondamentale”. In Kelsen si dissolve la distinzione tra “norma” e “applicazione della norma”. La “sentenza” altro non è che una “norma individuale”. L'atto esecutivo è una “pura applicazione”. Ma esiste – da un punto di vista rigorosamente giuridico – una “pura applicazione”? Ovvero, il linguaggio della dottrina pura del diritto può descrivere qualcosa come un “atto esecutivo”? No. All'interno del linguaggio della dottrina pura del diritto, lo stesso atto esecutivo si risolve in una serie di concatenazioni di norme. L'atto esecutivo è esso stesso *espressione di un presupposto necessario*.

La norma fondamentale ha una *necessità incondizionata*. Essa, in quanto *sostegno ultimo* di tutto il sistema normativo, non può non essere presupposta, ma al tempo stesso non può essere mero oggetto di rappresentazione. *Per essenza*, essa, sfugge alla rappresentazione. Il νόμος, dunque, non basta più a sé stesso, non c'è più αὐτονομία. Si affaccia, così, il tema del *Presupposto*, salvato dal divenire, perché, sottratto alla rappresentazione. Possiamo vedere la premessa del modello logico di Kelsen nella trattazione kantiana della *vertigine della ragione* di fronte alla *necessità incondizionata*. ⁵³ La principale lezione kelseniana consiste appunto nell'invito al giurista a mantenersi dentro il perimetro dell'auto-fondazione della scienza giuridica, depurando il linguaggio dagli equivoci conseguenti all'interpretazione in chiave ontico-metafisica (ovvero, inconsapevolmente nichilistica) della nozione di “fondamento”. Qualcosa di simile può dirsi anche di Carl Schmitt, nella cui opera emerge, per la prima volta, la consapevolezza del

⁵² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 99; cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 112-117.

⁵³ Kant parla al riguardo di un pensiero “intollerabile” (*nicht zu ertragen*). «L'oggetto trascendentale che sta alla base delle apparenze, e al tempo stesso il fondamento per cui la nostra sensibilità ha certe condizioni supreme piuttosto che altre, sono e rimarranno per noi insondabili. Senza dubbio, la cosa stessa è data, ma risulta incomprensibile. Un ideale della ragione pura, peraltro, non può dirsi *insondabile*, poiché non può far valere alcun altro titolo della sua realtà, se non il bisogno della ragione di portare a compimento, mediante tale ideale, ogni unità sintetica. Di conseguenza, poiché esso non è neppure dato come oggetto pensabile, non può d'altronde dirsi insondabile come oggetto pensabile; tale ideale, piuttosto, in quanto semplice idea, deve trovare la sua sede e la sua risoluzione nella natura della ragione, e deve quindi poter essere indagato. In realtà, la ragione consiste proprio nel fatto, che noi possiamo rendere conto di tutti i nostri concetti, opinioni ed asserzioni, sia in base a fondamenti oggettivi, sia anche — quando si tratti di semplici illusioni — in base a fondamenti soggettivi». (I. Kant, *Critica della ragione pura*, *Log. Trasc.*, II, Lib. II, III, 5, cit., ed. G. Colli [1957], Milano, Adelphi, 1976, p. 635). Nella riflessione kantiana sulla vertigine della ragione si manifesta la radice della tematica rosenzweighiana e schellinghiana del superamento della filosofia negativa. Questi nessi vengono posti per la prima volta in modo chiaro da Luigi Pareyson nell'“ontologia della libertà” (Cfr. L. Pareyson, *La “domanda fondamentale”: “Perché l'essere piuttosto che il nulla?”* [1992], in G. Riconda e G. Vattimo, (cur.), *Ontologia della libertà*, Torino, Einaudi, 1995).

carattere “destinale” e non banalmente “storico” o “sociologico” del nichilismo giuridico. A prescindere dell’uso che Schmitt fa di questa intuizione – intuizione, che, come vedremo, condivide con Kelsen, il quale però la sviluppa con maggiore rigore logico e un superiore senso di responsabilità “da giurista” – va riconosciuto al filosofo renano di avere smontato una volta per tutte la visione moralistica e ideologica del nichilismo, di cui sopra.

11. La riduzione del diritto a tecnica come epifania del diritto: perché la *Struttura originaria* aiuta a capire Kelsen...

A denunciare il significato evidentemente “politico” – e dunque illusorio – della raggiunta “stabilità” della scienza giuspubblicistica furono i due giganti del diritto pubblico contemporaneo, Hans Kelsen e Carl Schmitt, decisamente antagonisti sotto il profilo filosofico, ma accomunati dalla cristallina intuizione della radicalità della crisi dello *ius publicum europaeum*. Nella *dottrina pura del diritto* si compie la parabola nichilistica della scienza giuspubblicistica europea. Carl Schmitt, a differenza di quasi tutti i giuspubblicisti del tempo, coglie l’inesorabilità di quella parabola già nel suo formarsi e, con una *decisione* di natura teologico-politica, rifiuta la formula che l’ha generata. Quella formula dice che il diritto, come ogni altra scienza, deve avere un *fondamento* che lo salvi dal divenire, ma che al tempo stesso tale fondamento è impossibile, poiché il pensiero critico moderno rende impossibile ogni immutabile. È una formula, come si vede, che contiene al proprio interno una contraddizione che poi è la stessa contraddizione insita nell’idea di “fondamento”.

La norma fondamentale è un “paradigma”, nel senso che l’espressione “norma fondamentale” può indicare sia, in maniera diretta, una determinata carta costituzionale, sia la “posizione” di quella determinata carta fondamentale rispetto ad altre norme. Alcune delle principali e più autorevoli critiche a Kelsen muovono dalla confusione tra la norma fondamentale come “posizione” nel ragionamento giuridico con la norma fondamentale come contenuto specifico di quella posizione in un determinato tempo, in questo modo facendo della cattiva metafisica: un errore comune a molti dei critici di Kelsen. Si ha, in questo caso, una sovrapposizione tra steresi posizionale e steresi ontologica: il fatto che non si dia una specifica norma valida come norma fondamentale per sempre, non vuol dire che non vi sia la norma fondamentale, intesa come posizione. Non si dà, dunque, “esistenza” della norma fondamentale, non più di quanto si dia esistenza del “Nord”, dell’“Ovest”, della “destra” e della sinistra”, insomma di tutti i concetti che indicano una direzione e non un luogo. Da questo punto di vista – come prima si accennava – il concetto di “norma fondamentale” chiama alla responsabilità dell’interpretazione (il giurista) e della decisione (il politico).⁵⁴ L’espressione

⁵⁴ L’elaborazione di questo paradigma trascendentale affonda le sue radici storiche nel confronto di Kelsen con la reinterpretazione di Kant effettuata nell’ambito della scuola di Marburgo, con significativi riferimenti anche alla tradizione ebraica., sul punto, si v. C. Sbailò, *Principi sciaraitici e organizzazione dello spazio pubblico*, cit., pp. 13 e ss.

“norma fondamentale” indica il limite del linguaggio giuridico, all’interno del quale Kelsen chiede si stia con piena consapevolezza e responsabilità politica.⁵⁵

Kelsen, pertanto, porta alla luce l’impossibilità di ogni fondamento extragiuridico del diritto, svelandone la natura volontaristica (in questo senso, il fondamento è ὁξίωμα). La sua propensione per la democrazia e la sua apologia, in certe fasi, del pluralismo, se non proprio del relativismo, sono, a ben vedere, coerenti con questa consapevolezza. Si tratta di una consapevolezza di natura etica, che tuttavia non interferisce con il rigore della sua analisi teoretica. Ed è su questo punto che si misura la distanza da Schmitt. Egli vede la soluzione del problema della sovranità nella sua dissoluzione, non nella ricerca di istituti in grado di garantirne l’esercizio e la titolarità. In direzione opposta si muove Carl Schmitt, il quale si pone invece il problema concreto dell’unità dell’ordinamento politico e del destino della Germania, a partire proprio dall’esperienza della Repubblica di Weimar e coglie nel “disvelamento” kelseniano non una neutrale operazione scientifica – lo stesso concetto di neutralità scientifica viene da Schmitt ricostruito come strumento politico di decostruzione della civiltà cattolica europea – bensì una minaccia all’ordine politico. Come nota Mommsen,⁵⁶ mentre Weber aveva voluto fondare la legittimità dello Stato costituzionale sia sulla legalità costituzionale sia sulla legittimità popolare – Schmitt risolve la prima nell’ultima. Potremmo aggiungere che risolve la prima nell’ultima, facendo a sua volta di quest’ultima un elemento teologico-politico, e non più solo politico-costituzionale. In un certo senso, Schmitt legge la crisi dello spazio pubblico germanofono come la crisi irreversibile di ogni tentativo di integrare le due legittimità. In questa chiave crediamo possa essere letta la sua polemica con Kelsen.

Con la sua analitica Kelsen colloca, infatti, il diritto nel cuore della principale problematica filosofica dell’età moderna: il *controllo* della volontà di potenza. Sulla scia di Kant, ma con un radicalismo che solo dopo Nietzsche è pensabile, Kelsen porta alla luce la natura volontaristica delle rappresentazioni.⁵⁷

È bene qui ribadire come alla base di molte delle obiezioni mosse a Kelsen si veda con chiarezza l’equivoco nato intorno all’espressione *Grundnorm*. Questa viene intesa come una “norma” avente il medesimo statuto ontologico delle altre norme, come gli dèi e gli uomini nell’Antica Grecia, secondo la denuncia che

⁵⁵ L’efficacia (E) e la fundamentalità (F) della norma non sono tra loro in un rapporto di dipendenza causalistica, bensì di in un rapporto *implicazione materiale*. Sia ‘x’ la norma, si dirà $Fx \supset Ex$ ($= \neg[Fx \wedge \neg Ex]$). Adottando una matrice bivaloriale, abbiamo quattro combinazioni possibili, di cui tre vere e una falsa: $Fx \wedge Ex = 1$, $Fx \wedge \neg Ex = 0$, $\neg Fx \wedge Ex = 1$, $\neg Fx \wedge \neg Ex = 1$. Detto altrimenti, dando, rispettivamente, alla proposizione ‘p’ il significato “x è una norma fondamentale” e alla proposizione ‘q’ il significato “x è una norma efficace”, abbiamo “ $p \supset q$ ”, ovvero “ $\neg p \vee q$ ”. Fundamentalità ed efficacia non si equivalgono, né l’una causa l’altra. Cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna, 1999, pp. 361 e ss. Per quanto riguarda l’“implicazione materiale” cfr.: A. Tarski, *Introduzione alla logica* [1965], E. Ballo e S. Bozzi (cur.), Milano, 1978, pp. 39 e ss.; M. Malatesta, *Logistica 1*, Napoli, a cura di della libreria l’Ateneo, 1976, pp. 112 e ss. Si dica anche: l’efficacia è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché una norma sia definibile come ‘fondamentale’.

⁵⁶ Cfr. T. Mommsen, *Max Weber e la politica tedesca*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 568-69.

⁵⁷ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 99; cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 112-117.

Senofane di Colofono fece dell'antropomorfismo. Per questa via, la “posizione” della norma fondamentale stessa viene – inconsciamente e contraddittoriamente – letta come un *accidens* e non, invece, come un suo elemento costitutivo. Ma nella prospettiva kelseniana, una determinata disposizione ha carattere di norma fondamentale in forza della sua posizione nel sistema, nel senso che l'istanza logico-posizionale che regge l'edificio del giure viene soddisfatta da quella determinata norma in quel determinato contesto spazio-temporale. Viceversa, si ritiene per lo più che la “posizione” fondamentale debba essere occupata da una determinata norma in forza del suo valore intrinseco. Ma in questo modo si fa della cattiva metafisica, interpretando l'espressione “norma fondamentale” in una chiave meramente oggettiva-descrittiva. In ultima analisi, per Kelsen l'espressione *Grundnorm*, come da lui ripetutamente chiarito, ha carattere ermeneutico e ha valenza metodologica, ovvero essa è espressione dei limiti del linguaggio rispetto a ciò che fonda il sistema normativo e, in ultima analisi, lo stesso linguaggio.

La Norma-fondamento non è rappresentabile come una sostanza determinata, ovvero non può essere oggetto di conoscenza discorsiva. Autorevoli critici di Kelsen⁵⁸ confondono la “validità” di una Norma-fondamento in senso storico, ovvero la sua ricostruibilità come frutto di una successione di norme, con la validità di una Norma-fondamento come posizione. Quest'ultima non può essere messa in discussione, in quanto si tratta di un presupposto logico-trascendentale, alla base della stessa nozione di “validità”. L'equivoco su questo punto è alla base dei molti erronei tentativi di *fondare* il giure su determinati valori o – il che è lo stesso – di dimostrare, spesso non senza un certo romantico autocompiacimento, che il diritto è del tutto autofondato, per cui il giurista deve lavorare di creatività “contaminandosi” con altre discipline o anche con le arti, aprendosi all'adozione di una logica fuzzy. Ancora una volta si contrappone il nichilismo all'ἐπιστήμη, senza pensare l'originaria interconnessione tra i due, atteso il rifiuto di pensare la differenza come originaria e non come risultato della contrapposizione tra due enti, ovvero come conseguenza del pensiero del “nulla” come di qualcosa.

12. ... e a fare chiarezza sul presunto ritorno del diritto naturale

Lo studio dell'opera severiniana può contribuire a meglio inquadrare la dottrina della norma fondamentale di Kelsen, specie per quel che riguarda, come abbiamo osservato, la distinzione (e il collegamento, ovvero l'impossibilità di pensare i due termini astrattamente isolati, in chiave di “forma” e “contenuto”) tra la Norma-fondamento come *posizione* e la Norma-fondamento come *contenuto specifico* di quella posizione, e ad evitare, dunque, la trappola della ricerca infinita (e impossibile) del fondamento e del fondamento del fondamento e così via. Muovendo di qui, è possibile anche una reimpostazione della vexata quaestio del fondamento dei diritti umani nel diritto secolarizzato. L'idea di una fondazione laica dei diritti naturali nasconde la convinzione che la crisi della statualizzazione

⁵⁸ Si veda a titolo puramente esemplificativo G. Ferrari, *La costituzione, dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006.

del diritto corrisponda al declino della centralità del diritto positivo e a una riemersione, in chiave secolarizzata, del diritto naturale.⁵⁹

La cosiddetta crisi della “positivizzazione” del diritto si presenta, dunque, quando si identifica la positivizzazione con la statualizzazione. La positivizzazione non è che l’affermazione della sovranità, la cui parabola si svolge oltre lo Stato nazionale territoriale. Sin dalle origini dello Stato moderno, la positivizzazione e la statualizzazione del diritto sono concetti distinti. Se è vero che «l’essenza della sovranità consiste (..) nella positivizzazione di principi giuridici in norme giuridiche supreme che determinano la comunità»,⁶⁰ lo Stato non esaurisce in sé questo processo. Se la sovranità è la «capacità di esclusiva auto-determinazione giuridica», essa non può che volere la «positivizzazione di principi giuridici in norme giuridiche supreme che determinano la comunità» (Heller, 141). La sovranità, intesa come manifestazione tipica della volontà di potenza, si serve dello Stato, ma poi abbandona quest’ultimo, quando diventa d’intralcio alla propria autoaffermazione.

La radice della positivizzazione è nella volontà di dominio sulla norma giuridica, che viene svincolata da qualsiasi idea di ordine naturale o trascendente. Lo Stato è uno strumento temporaneo di questo dominio. Attraverso lo Stato si istituzionalizza la mutabilità del diritto, cioè il soggiacere del diritto alla volontà. Ma lo Stato non è il fine. Lo Stato stesso deve soggiacere, come mezzo, a quella volontà. Lo spiega bene Luhmann. Con la positivizzazione vi è un «accrescimento immenso della complessità che produce effetti su due dimensioni: quella temporale e quella materiale. Per il fatto che il diritto è istituzionalizzato come mutabile, diventa possibile avere diritto diverso nel tempo. Oggi può valere un diritto che ieri non valeva e che domani sicuramente, probabilmente o possibilmente, non sarà valido. Larghi settori del diritto si trovano in continua revisione. Questa permanente correzione del diritto sollecita se stessa perché sempre maggiori mutamenti richiedono sempre maggiori adattamenti; in alcuni settori del diritto sembra che la validità non solo del diritto vigente, ma anche di quello programmato a breve scadenza, poggia in ultima istanza sul fatto che riforme radicali non possono essere attuate subito. Il diritto nuovo e buono non arriva così in fretta. Il diritto così si mette in movimento in modo legittimo; esso si regola rispetto ad un tempo che scorre più celermente. Ciò non porta solo ad una maggiore complessità di ciò che è possibile in successione temporale, ma accresce allo stesso tempo, la complessità materiale del diritto: il numero dei temi che possono essere giuridicizzati. L’intervento regolativo del diritto ormai non è più legato alla prova che il diritto era già da sempre così; e perciò molti modi nuovi di

⁵⁹ Del resto, già in Platone, non c’è nessuna norma di diritto positivo che non possa essere messa in discussione da chi riesce a produrre una rappresentazione dell’ordine universale in cui quella stessa norma ostacola la realizzazione di un fine superiore. E proprio per questo, le leggi positive sono le leggi “naturali” dell’uomo, senza di cui non ci sarebbe la società e dunque l’uomo (*Leggi. Ivi*, 644e-645a). Cfr. C. Sbailò, *Platone senza il platonismo*, cit., pp. XL e ss.

⁶⁰ H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, P. Pasquino (cur.), Milano, Giuffrè, 1987 pp. 115-121. Cfr. A. Morrone, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017, www.rivistaaic.it

comportamento o anche nuovi aspetti di vecchi modi di comportamento diventano giuridicizzabili: la guida in stato di ubriachezza o i premi per la distruzione delle mele, l'estensione dell'obbligo scolastico o l'introduzione di rappresentanze del personale nell'amministrazione pubblica». ⁶¹

La positivizzazione del diritto, vale a dire la sua *reductio* dentro l'ambito della volontà, si lascia alle spalle lo Stato e assume nell'età contemporanea nuove forme, la cui identificazione come espressione della volontà di potenza è ostacolata dall'abitudine a pensare la volontà come frutto di un atto soggettivo, e non invece come svolgersi del destino nichilistico dell'Occidente. Ci si chiede "chi" vuole? Ma la domanda è sbagliata. L'identificazione del "chi" in chiave logico-discorsiva presume l'esistenza di una pluralità di soggetti definiti come logicamente anteriori alla volontà stessa. Ma *chi* pone una tale pluralità? Se si identifica la crisi dello Stato con la crisi della positivizzazione del diritto, ovvero come una sorta di ritorno al diritto naturale, non si coglie la natura *strutturale* del nichilismo giuridico e lo si tratta alla stregua di un fenomeno tra gli altri, determinato da specifiche cause, la cui rimozione innescherebbe un processo di dissoluzione del fenomeno stesso. Non si comprende che il nichilismo non è né un fenomeno sociale né il frutto di una scelta culturale, ma una decisione originaria, che segna la nascita della civiltà occidentale: la decisione di pensare il nulla come qualcosa, ovvero gli enti come provenienti dal nulla e destinati a rientrarvi.

Ma anche il relativismo è dentro questo destino.

La consapevolezza del carattere destinale del nichilismo, ovvero dell'originarietà e ineluttabile espansività globale della *vis* epistemica, ci potrebbe far guadagnare una visione meno drammatica (o, all'inverso, meno idilliaca e sentimentale) del cosiddetto problema del "multiculturalismo" giuridico, ovvero del presunto ridimensionamento della cultura giuridica occidentale di fronte all'avanzare di *altre* visioni giuridiche. Dentro la prospettiva che qui si propone, le chiavi per la ricostruzione, sia in sede tassonomico-comparatistica sia in sede storiografica, di quell'alterità sono rintracciabili dentro lo stesso sviluppo dell'ἐπιστήμη, ovvero nel cuore della cultura giuridica dell'Occidente. Sicché, se il cammino delle culture "altre" dentro lo sviluppo dell'ἐπιστήμη sembrerebbe ormai iniziato (la cosiddetta "occidentalizzazione del pianeta"), è da chiedersi se e in quale misura, e con quale consapevolezza, quel cammino avrà per gli "altri" la medesima "morfologia" che ha avuto per l'Occidente, dove la cultura s'è alleggerita del suo passato e dei suoi valori, trasformando la massa dei loro valori e del passato in energia creatrice, proprio in forza di quell'idea del nulla.

13. Conclusioni. L'Europa alla fine della parabola nichilistica

La visione di Severino apparentemente cozza con la realtà. Come si fa a parlare di occidentalizzazione del mondo in un periodo storico segnato dalla crisi crescente del modello democratico occidentale? Secondo Democracy House, la democrazia ha registrato la crisi più grave di legittimità dal secondo dopoguerra in poi. Un

⁶¹ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 120-121.

numero crescente di leader in tutto il mondo – si legge nel rapporto – ha rinunciato anche alla pretesa di rispettare “nominalmente” le regole della democrazia. Il consenso generale nei confronti della democrazia, diffusosi a partire dalla fine della Seconda Guerra mondiale, ha lasciato il posto a una critica aperta. Dei 29 Paesi valutati, dieci sono stati classificati come democrazie, altri dieci come regimi ibridi (il numero di questi, nell’ultimo decennio, è più che triplicato) e nove come regimi autoritari.⁶² Le grandi ondate di democratizzazione successive alla guerra fredda si sono trasformate in contro-ondate neo-autoritarie, che in molti casi hanno fatto rimpiangere i regimi precedenti. Emblematico il caso della Primavera araba, di cui nell’inverno 2020-21 ricorre il decennale. Essa nasceva da un doppio ciclo costituzionale, avviatosi all’indomani della fine della Guerra fredda. La fine della pressione da est aveva spinto le cancellerie occidentali a pretendere, dai regimi autoritari dell’area MENA, riforme di segno liberale e democratico. La scomparsa del nemico comunista rendeva, infatti, quei regimi meno indispensabili, rispetto al passato, allo sviluppo delle strategie geopolitiche degli Stati Uniti e dei suoi alleati. Furono effettivamente avviati dei cambiamenti, alcuni reali e altre puramente nominali. In ogni caso, quelle riforme suscitavano grandi aspettative nelle società civili del mondo arabo. Ma gli attentati dell’11 settembre 2001 riqualificarono il ruolo dei regimi dell’area MENA agli occhi dell’Amministrazione USA e dei suoi alleati: la lotta contro il jihadismo necessitava della collaborazione della umma islamica. I vertici di quei regimi si fecero scudo di questo nuovo ruolo strategico per blindare la loro posizione e avviare un ciclo di controriforme. La Primavera araba nasce, per l’appunto, come reazione a questo ciclo restaurativo: essa, infatti, prende forma con le prime manifestazioni antigovernative in Egitto e Tunisia negli anni successivi alle politiche neo-stabilizzatrici post-11 settembre, vale a dire tra il 2003 e il 2006. Tuttavia, la rivolta iniziata nel dicembre del 2010 in Tunisia ha prodotto, alla fine, poche riforme, molte restaurazioni autoritarie e un’abissale instabilità geopolitica nell’area MENA e, per quanto riguarda gli immediati interessi europei, nel Nord Africa. Qui, infatti, nel teatro libico, vanno intrecciandosi e sovrapponendosi due scontri epocali: il conflitto intrasunnita, tra Islam popolare e fronte saudita; la contesa tra Turchia e Russia per il controllo della costa libica. Si va sempre di più diffondendo la convinzione, nel mondo islamico, compreso il mondo islamico d’Occidente, che la democrazia costituzionale occidentale sia ormai un’esperienza in irreversibile declino, che, secondo diversi importanti leader politici e culturali, dovrebbe lasciare spazio alla costruzione di un’alternativa islamica su scala globale.

Ma più che l’islam, la potenza vincente del domani sembra la Cina, che, con la sua penetrazione in Africa e in altre aree del pianeta, si sta candidando ad affrontare il grande problema del divario tra il nord e il sud della Terra (al momento, Pechino è già in grado di influire sulla formazione all’origine dei flussi migratori, nell’Africa centrale e orientale). Una parte crescente della gioventù

⁶² Cfr. *Nations in transit 2020. Dropping the Democratic Facade*, 6 maggio 2020, freedomhouse.org

delle aree depresse del mondo – accede alla rete attraverso network cinesi e segue corsi di formazione scolastica e professionale organizzati dalla Cina.

Quando, però, Severino parla di occidentalizzazione, non intende riferirsi al rafforzamento delle potenze politiche occidentali, bensì alla diffusione della cultura occidentale, che a suo avviso, ormai avvolge il mondo. Non si tratta di mera egemonia culturale, bensì di una tendenza fondamentale che, per la sua radicalità, ma anche per la sua capacità di dare risposte chiare e immediate alle ataviche istanze di salute e di potenza presenti nell'uomo, diventa progressivamente dominante in tutte le realtà culturali che vengono in contatto con essa. Ora, secondo diversi analisti, la crisi pandemica ha dimostrato la superiorità del “modello cinese” – con il suo autoritarismo e il suo comunitarismo, di derivazione confuciana – rispetto alle democrazie occidentali, la cui risposta alla pandemia è stata frenata in parte da preoccupazioni di tipo formalistico-legale e umanitario. A ben vedere, però, le cose non stanno esattamente in questo modo. Proprio il caso cinese ha dimostrato che il decisionismo, quando collocato fuori da un contesto democratico, favorisce l'innescarsi di derive entropiche nell'assetto di potere.⁶³ L'autoritarismo del sistema ha come minimo rallentato la diffusione delle informazioni sul contagio, compromettendo una rapida ed efficace risposta all'emergenza. Il modello confuciano ha consentito di violare le libertà e i diritti, a favore degli interessi della collettività.⁶⁴ La pandemia ha, però, prodotto delle incrinature nel principio cinese dello scambio tra rinuncia alla libertà e sicurezza: è emersa in maniera prepotente la necessità di un rafforzamento del principio di accountability individuale nei processi decisionali, come conseguenza della crescente diffidenza della popolazione nei confronti della classe dirigente.⁶⁵ Infatti, se caricato di responsabilità non dissolvibili dentro l'affiliazione comunitaria, l'individuo diventa più esigente in materia di diritti: l'assenza di trasparenza e libertà di informazione, unitamente all'abitudine al “pensiero collettivo” e alle direttive imposte dall'alto, oltre a esporre la popolazione alla pandemia, hanno provocato danni ingenti ai cinesi, rallentando la produzione interna e bloccando quasi del tutto le loro esportazioni. Per un Paese che vive di globalizzazione questo è grave.

Nella prospettiva severiniana, le forze rivali (la rivalità è cosa diversa dall'inimicizia: quest'ultima vuole la distruzione dell'altro, mentre la prima può nascere dalla convinzione di essere migliori e di essere maggiormente capaci di risolvere i problemi comuni) dell'Occidente – la Cina e l'Islam – sono già dentro la storia dell'Occidente, nel senso che la loro occidentalizzazione si sta configurando

⁶³ v. Intervista a G. Bertolaso (già capo del Dipartimento della Protezione civile) e A. Mantici (già direttore generale dell'Ufficio “Rischi Antropici” del Dipartimento della Protezione Civile), in C. Sbailò (cur.), *Lo stato e l'eccezione dopo la pandemia. Le conseguenze globali della pandemia di COVID-19 sui rapporti tra i pubblici poteri, analizzate nello specchio italiano*, atti del Convegno tenutosi all'Università degli Studi internazionali di Roma – UNINT, dal 27 al 30 maggio 2020, su *Diritto pubblico comparato ed europeo – DPCE on line*, 2020.

⁶⁴ R. Prodi, *Perché l'Europa ha fatto meglio di Cina e USA contro il Covid*, *Il Messaggero*, 5 luglio 2020.

⁶⁵ G. A. Casanova – G. Sciorati, *Contestation and resistance. China's Civil Society after Covid-19: A Matter of Agency*, in *ispionline.it*, 20 maggio 2020.

come un destino ineluttabile, anche quando viene contrastata, in quanto per essere contrastata essa ha bisogno di concetti occidentali, come il pluralismo delle culture e il concetto di spazio pubblico come frutto di consapevoli scelte, collegate a uno specifico orizzonte assiologico, isolabile rispetto alle scelte stesse e al soggetto che opera la scelta.

L'Islam si espande, ma la sua espansione, sotto il profilo demografico, conosce una curva sempre più bassa, per via dell'abbassamento dell'indice di natalità.⁶⁶ Leader carismatici del mondo islamico, come il presidente Erdogan, vedono in questo fenomeno un chiaro segno di occidentalizzazione. La guerra civile scoppiata nell'Islam rappresenta una drammatica conferma di ciò. L'Islam popolare, con l'importante appoggio di Turchia e Qatar, cerca la strada di una risposta all'occidentalizzazione dialogando con l'umanesimo socialista e cristiano dell'Occidente, con quella tradizione personalistica che trova nella democrazia sociale di mercato e nel multilateralismo internazionale cooperativo le sue principali espressioni politiche. In questo senso, la "risposta" islamica alla crisi dell'Occidente ripercorre la strada intrapresa dal Profeta Muhammed all'inizio della sua missione, quando, prima dell'Egira, egli si poneva interprete della tradizione biblica, richiamando ebrei e cristiani alle radici di un impegno comune contro l'"ignoranza", che generava sopraffazione dei deboli e disonore nell'uomo. Non a caso, l'Islam popolare coltiva anche un importante ecumenismo interno, ponendosi idealmente al di qua della grande *fitna* che portò alla nascita dello sciismo. Diametralmente opposta a questa c'è la strategia del fronte saudita-wahabita, che si pone come baluardo della stabilità nel Grande Medio Oriente, contro ogni prospettiva di alternativa islamica all'Occidente. Sul fronte opposto, sono collocati Paesi islamici importanti come l'Arabia Saudita, gli Emirati Arabi e l'Egitto guidato da al-Sisi. Qui la prospettiva geopolitica assume una veste meno epocale e più pragmatica: quasi ci fosse la consapevolezza del destino di occidentalizzazione, si lavora per la stabilizzazione dell'Islam istituzionale e per la preservazione e se possibile l'accrescimento della sua potenza economica ed energetica, contrastando con virulenza ogni ipotesi di antagonismo politico-culturale con l'Occidente.

Anche la Cina per assecondare la propria *vis* espansiva deve confrontarsi col problema dell'occidentalizzazione. L'indebolimento dell'Occidente comporterebbe l'affievolimento della *vis* epistemica che guida lo sviluppo della tecnoscienza. Quella *vis* spinge verso la libertà di ricerca e lo sviluppo della condivisione dei

⁶⁶ Il tema è stato ampiamente trattato, con ampia documentazione, da David P. Goldman, noto analista e columnist, con lo pseudonimo di Spengler. Cfr.: D. P. Goldman, *How Civilizations die (and why Islam is dying too)*, Washington DC, Regnery, 2011. V. anche. Id., *It's Not the End of the World. It's Just the End of You. The Great Extinctions of the Nations*, New York, RVP, 2011, pp. 204 e ss. Sul calo demografico islamico v. anche 2050: *Implications of Demographic trends in the Osce region*. Hearing before the Commission on Security and Cooperation in Europe. One hundred twelfth Congress, first Session, June 20, 2011. U.S. Government Printing Office Washington, 2012, www.csce.gov. I dati relativi al duplice fenomeno dell'espansione dell'Islam e del calo del tasso di crescita demografica nel mondo islamico sono stati riportati e discussi in C. Sbailò, *I Diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, Padova, Libreria Universitaria, 2016, pp. 5-26.

risultati dentro la comunità scientifica. Non è un problema di “valori”, ma di “efficienza”: i limiti a quella libertà e a quella condivisione sono limiti all'autopotenziamento della tecno-scienza. La tecnica non è neutrale, nel senso che essa porta con sé i valori dell'Occidente. A livello globale, inoltre, oltre certi limiti, non è possibile tollerare l'incongruenza e l'asimmetria tra determinate condotte e gli effetti di queste sul resto della popolazione mondiale.⁶⁷ La Cina, a propria volta, dipende dalla globalizzazione e non può permettersi un lockdown mondiale dovuto alle pandemie.⁶⁸

Le grandi crisi del XXI secolo – dall'emergenza migratoria alla pandemia globale – hanno però anche testimoniato la debolezza politica attuale dell'Europa. L'opposizione di paesi piccoli è sufficiente a rallentare – e a volte impedire – risposte politiche immediate, quali ad esempio la condivisione dei costi e delle responsabilità, a emergenze che non toccano individualmente gli stati, ma la popolazione europea in quanto tale. Agli strumenti economico-finanziari di “politicizzazione delle crisi”, che presuppongono una rappresentazione “liscia” dello spazio europeo, senza soluzione di continuità tra un ambito nazionale e l'altro, si preferiscono strumenti tecnico-amministrativi, basati su una rappresentazione “granulare”. L'attivazione dei primi, infatti, richiede l'unanimità espressa dalle individualità statuali, indipendentemente dalla loro grandezza, che compongono l'Unione, mentre per i secondi è sufficiente un voto a maggioranza, poiché le conseguenze della loro attivazione ricadono quasi esclusivamente sulle individualità statuali che ne beneficiano. Il più delle volte si trova una situazione di compromesso, dove nella sostanza si applica un criterio solidaristico, senza che però questo crei vulnera nella rappresentazione “granulare” dello spazio europeo, ovvero senza creare precedenti.

Si vede, dunque, come, la Polity sovrastatuale (Commissione, Corte di Giustizia) si sia sviluppata intorno al sistema di accordi interstatuali (Consiglio dei Ministri), senza però riuscire a espandersi in esso, a impregnarlo e a mitigare le sue dinamiche interstatuali, perché queste ultime vengono lette dal sistema come un principio ordinatore, ovvero come condizione necessaria per la propria stessa esistenza. Ragion per cui, nelle trattative vince chi difende quel principio, fosse anche il Paese più piccolo. Lo spostamento – verificatosi negli anni – del focus

⁶⁷ Secondo il *Report 2020* di V-Dem - Varieties of Democracy, se da un lato si registra una crescita della popolazione soggetta ad autocrazie, dall'altro, la diffusione dei mezzi di comunicazione favorisce la crescita delle proteste popolari contro i regimi autocratici. Per certi versi, lo sviluppo delle autocrazie può essere letto come una forma di resistenza estrema, verso un processo comunque ineluttabile. Paradossalmente, «Democratization continues to progress around the World». V.: V-Dem, *Autocratization Surges—Resistance Grows*, Democracy Report 2020, www.v-dem.net

⁶⁸ Secondo la *MIT Technology Review*, lo sviluppo della tecnologia informatica e comunicativa sta spingendo la Cina verso l'adozione di misure legislative a tutela della privacy, in quanto la violazione di quest'ultima ha effetti destabilizzanti sul sistema delle comunicazioni. Tali misure sono giudicate dalla rivista più efficaci e garantiste di quelle attualmente in vigore negli Stati Uniti. V. K. Hao, *Inside China's unexpected quest to protect data privacy*, in *MIT Technology Review*, August 20, 2020, www.technologyreview.com. Sul fenomeno della occidentalizzazione della Cina, si rimanda, inoltre, a C. Sbailò, *Sul sentiero della notte*, cit., pp. 15 e ss.; 46 e ss.; 167 e ss.

dalla statualità all'impatto delle norme sullo spazio politico europeo ha contribuito a ridimensionare il peso del "paradigma vestfaliano", come accade con l'adozione dell'approccio costruttivistico dell'"integrazione attraverso il diritto". A dispetto delle resistenze degli Stati, la Corte di giustizia ha perseguito una propria visione dell'ordinamento comunitario come diritto sui generis – né statuale, né inter-statuale, né sovranazionale – ma in ogni caso collocato in posizione di supremazia rispetto alle normative nazionali. Di fatto, la UE, attraverso la Corte s'è autorappresentata come ordinamento stratificato, tendenzialmente gerarchizzato verso il diritto comune. Quindi, molti progressi sono stati registrati sulla strada dell'integrazione attraverso il diritto, ma tale strada, per limiti strutturali, legati agli elementi base del diritto costituzionale europeo, non può portare verso la formazione di una "regione" politica, poiché la costruzione di quest'ultima è possibile sull'ascissa e l'ordinata, rispettivamente, del potere esecutivo e del potere legislativo, con la giurisdizione in una posizione eccentrica, sia pur fondamentale per i cittadini. L'Europa, nell'ottica della Corte, non rientra né nella statualità né nella non – statualità, in quanto non pensabile secondo il paradigma che è alla base di quella dicotomia. La normativa europea non è riconducibile né nell'ambito nazionale né i quello internazionale, né statuale né ultra-statuale. È una normativa schiettamente post-vestfaliana. Eppure il suo ambito di riferimento, sul piano politico, rimane affidato a meccanismi di tipo "vestfaliano", insuperabili, per definizione, attraverso la giurisdizione.

A dispetto della realtà, il tema della politicizzazione dello spazio europeo domina il lessico politico. Occorre interrogarsi sulle ragioni di questo dominio. Pertanto, bisogna indagare sulla struttura del discorso relativo alla politicizzazione dello spazio europeo. Tutti i ragionamenti intorno a tale politicizzazione ruotano intorno alla contrapposizione tra tecnica e politica. Qui bisogna fare una precisazione terminologica in merito alla "tecnica". Con questo termine, nell'ambito del nostro discorso, si intendono due cose distinte, sia pur strettamente collegate. Una è la τέχνη, vale a dire, nel senso severiniano, l'"arte" di trasformare le cose, per produrre le condizioni per l'efficace perseguimento di scopi, indipendentemente dagli scopi. In questo senso, essa costituisce la tendenza fondamentale dell'Occidente (e del nostro tempo). L'altra è la τέχνη nella sua attuale determinazione storica, vale a dire la tecno-scienza, alla cui base c'è quell'«atteggiamento scientifico» che ha distrutto l'«atteggiamento filosofico», con la conseguenza che «ogni legge, ogni ordinamento etico, sociale, religioso, ogni forma di conoscenza, ogni sentimento dell'uomo, ogni costume divengono forme di violenza, e cioè di fede».⁶⁹ Il collegamento tra i due significati di "tecnica" non è qualcosa che si possa pensare a partire da un isolamento degli stessi due significati. Anche in questo caso, occorre fare uno sforzo di concretezza ermeneutica, in quanto la comprensione della τέχνη si svolge dentro la distruzione dell'atteggiamento filosofico operato dalla tecno-scienza. Ragion per cui, di seguito, ci limiteremo a usare il termine "tecnica", nella consapevolezza della sua complessità semantica e degli equivoci che da esso possono scaturire. Tale scelta

⁶⁹ E. Severino, *Techné*, cit., p. 24.

racchiude l'ipotesi che lo svolgersi del pensiero severiniano porti verso un superamento dell'atteggiamento tecnico-scientifico, dentro lo sviluppo del destino della tecnica. La decisione tecnica, dunque, si presenta essenzialmente come una decisione "neutrale", quindi necessaria: se ad essa ci fossero alternative non sarebbe più una decisione tecnica, ma politica. Quindi, la decisione tecnica, in ultima analisi, non è imputabile. Mentre lo è la decisione politica. Una decisione, dunque, è politica se in essa entra in gioco, in ultima analisi, il destino di chi la assume. In questo senso, le decisioni politiche oggi sembrano essere ridotte al minimo. La maggior parte delle decisioni – compresi, rispettivamente, i provvedimenti adottati dai Governi e le leggi approvate dai Parlamenti dei Paesi membri – sono obbligate. Si consideri, a titolo d'esempio, la revisione dell'art. 81 della Costituzione italiana, attuata con la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, («Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale»). La disciplina relativa al bilancio dello Stato racchiude notoriamente il cuore della sovranità statuale e sulla sua base si sviluppa la dinamica tra Esecutivo e Legislativo. La revisione costituzionale, inoltre, è la forma ordinaria di esercizio del potere costituente, che nel caso italiano appartiene al popolo. Ora, la revisione dell'art. 81 (e, conseguentemente, degli artt. 97, 117 e 119) della Costituzione fu una necessaria conseguenza dell'adozione del "Fiscal Compact", ovvero del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione Europea firmato da 25 paesi il 2 marzo 2012. Non si trattava di una novità assoluta. Quel Trattato era a sua volta la logica conseguenza del Trattato di Maastricht, entrato in vigore l'1 novembre 1993, e del Patto di stabilità e crescita, sottoscritto nel 1997.⁷⁰ Il Fiscal Compact, firmato dai 17 paesi che all'epoca facevano parte dell'eurozona, prevedeva, tra le altre cose – l'inserimento del pareggio di bilancio di ciascuno Stato in «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale».

La decisione tecnica, dunque, viene dalla competenza, mentre quella politica, dalla responsabilità. Ma una contrapposizione prevede una comune natura dei due contrapposti. Per comprendere quale sia la comune natura della politica e della tecnica occorre guardare non alla contrapposizione in sé stessa, ma alla sua *meccanica*, ovvero, per dirla con i greci, al suo *τέλος*, al suo fine, inteso non come scopo, ma come forma e destinazione del processo, presente in ogni momento del processo stesso. Che cosa tiene insieme politica e tecnica, originariamente, anteriormente alla scissione e alla contrapposizione? Evidentemente, si tratta della necessità di creare le condizioni per l'efficace perseguimento di scopi. La politica trova queste condizioni nella responsabilità, la tecnica nella competenza. Quindi il presupposto comune è che l'uomo possa darsi liberamente dei fini e scegliere come perseguirli. Ora, se le cose stanno così, proprio nella prospettiva severiniana, la

⁷⁰ Nel Trattato di Maastricht, fra le altre cose, erano contenuti i cinque criteri che ciascun paese avrebbe dovuto soddisfare per adottare l'euro, fra cui un rapporto fra deficit (cioè il disavanzo annuale di uno stato) e il prodotto interno lordo (PIL) non superiore al 3 per cento e un rapporto fra debito complessivo e PIL non superiore al 60 per cento. Nel Patto del 1997 l'Unione si dotò invece degli strumenti per inviare avvertimenti e applicare sanzioni agli Stati che non avessero rispettato i vincoli imposti nel 1993.

contrapposizione tra politica e tecnica può risultare fuorviante. O, per meglio dire, quella contrapposizione si risolve dentro il destino della tecnica, o nella tecnica come destino. Ogni forza politica, infatti, per conseguire i propri scopi, ha interesse a utilizzare una data tecnica, ad esempio la comunicazione di massa. Nessuna forza politica può permettersi, dunque, di non favorire il potenziamento dei mezzi di comunicazione di massa. Ma già a questo punto la “comunicazione” sta diventando il “fine” e il vero *dominus* della politica (d'altra parte, la stessa “comunicazione” ha bisogno di determinati mezzi, come ad esempio la rete telematica, il cui potenziamento sembra configurarsi già come il “fine” della comunicazione stessa). Ma questo accade anche in molti altri settori, come quello militare o finanziario. Insomma, la tecnica, da mezzo che ciascuno usa per avere la meglio sull'avversario, diventa il “fine” di tutti, perché tutti hanno interesse a che il mezzo sia efficiente. Il *τέλος* del rapporto tra politica e tecnica è dunque nel *capovolgimento* del rapporto tra mezzi e fini: ogni mezzo tende a diventare fine, ogni fine tende a diventare un mezzo. Questa meccanica del ribaltamento, come ogni meccanica, è possibile sulla base di una *legge fondamentale* (così come, ad esempio, la “meccanica dell'inflazione” presuppone la legge economica della domanda e dell'offerta). Questa legge fondamentale, come abbiamo visto nelle pagine centrali, non è che la volontà di potenza, che vuole le *condizioni* in cui è possibile perseguire efficacemente scopi. Ma in questo senso, la tecnica coincide con la verità, quando questa viene intesa come «la validità o l'efficacia dei procedimenti conoscitivi». Infatti,⁷¹ la tecnocrazia non soddisfa in assoluto l'istanza tecnica. La tecnica vuole la “responsabilità” e la “discrezionalità”, perché una decisione nella quale ne va del destino del decisore ha più probabilità di essere efficace rispetto a una decisione che non provoca conseguenze in chi la assume. Anche questo capovolgimento è nello svolgersi del destino della tecnica. Lo si vede ad esempio anche – e il discorso, a nostro avviso, emerge a tratti nell'opera di Severino, anche se ad esso il Filosofo non ha dedicato una trattazione sistematica – in ambito economico-finanziario, dove l'espansione della tecnica può portare a nuove inedite forme di politicizzazione dello spazio pubblico, nel senso che la tecnica stessa non può, per definizione, acquisire una dimensione assiologica. Analogamente a quanto s'è fatto rilevare in merito all'Europa, si può osservare come le esigenze di efficienza – ovvero di creazione delle migliori condizioni per il perseguimento degli scopi – possano portare – e stiano già portando – verso nuove strategie di accountability, riconducibili non certo a una presunta rinascita dello *ius naturalis*, bensì a esigenze di efficienza sistemica. La tendenziale identificazione tra diritto pubblico e diritto dello stato nazionale ha portato alcuni a leggere la crisi della sovranità statale come crisi della dimensione giuspubblicistica *tourt court* e, per quel che riguarda specificamente il diritto dell'economia, come un'affermarsi dell'anomia (salvo, ovviamente, il provvidenziale ripristino degli Immutabili). Viceversa, è proprio il

⁷¹ G. Fornero, *Verità*, in N. Abbagnano, *Dizionario di Filosofia*, 3a edizione aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, UTET, 1998. Per la discussione sul punto, anche nei suoi aspetti etimologici, si rimanda a C. Sbailò, *Politica e Verità. Tra Platone, Weber e realtà virtuale*, Torino, Marco Valerio, 2006.

turbinoso sviluppo della tecnica a spingere in direzione completamente diversa. La positivizzazione del diritto, da gerarchica si fa reticolare, il che rende più complessi i processi giuridico-ricostruttivi atti a legittimare le transazioni, ma certamente non li rende impossibili, nel senso che le dinamiche in oggetto sono comunque razionalmente rappresentabili. Quando il sistema si rivela suscettibile di entrare in una deriva entropica, intervengono strategie di parziale ripolitizzazione dell'economia, che in ultima analisi poggiano su originarie istanze di efficienza (rientrano in quest'ambito anche le istanze di equità sociale) piuttosto che «sull'appello volontaristico ai valori». ⁷² Tutto ciò risponde all'istanza *tecnica*, nel senso che nell'ipostatizzazione dei principi di competenza *in contrapposizione* all'istanza politica si configura un ostacolo al dispiegarsi della tecnica come destino.

L'insistenza sulla politicizzazione dello spazio europeo, a dispetto delle evidenti criticità che si registrano sul fronte dell'integrazione, è segno della consapevolezza più o meno inconscia di questo destino. ⁷³ È difficile che la

⁷² Citiamo da G. F. Ferrari, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in: G. F. Ferrari (cur.), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Egea, 2019 (3), pp. 9-33. V. anche G. F. Ferrari, *Crisi dell'ordine economico mondiale: problemi e prospettive*, in G. F. Ferrari (cur.), *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 649-670. Sul rapporto tra volontarismo assiologico, tecnica e diritto rimandiamo a C. Sbailò, *Sul sentiero della notte – la πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020, pp. 50 e ss.

⁷³ Di particolare significato, al riguardo, quel che si verifica nel mondo dell'intelligence, dove c'è il problema di conciliare il principio del *need to know* con le oggettive esigenze di *information-sharing* per contrastare le minacce globali e regionali. Si assiste, nel merito, a una singolare dicotomia tra la dimensione securitaria-militare, dove predomina un paradigma sovranista, e la dimensione securitaria-poliziesca, dove invece più forte si fa sentire la dimensione europea. Scrive al riguardo Artur Gruszczak: «The difficulty of studying intelligence cooperation in the EU, including that on the strategic level, lies in the entangled and ill-defined links between the two basic types of intelligence, military and civilian, which reflect the classic division between the intergovernmental (union) and supranational (community) aspects of European integration. The security policies of the EU overlap this division: the Common Security and Defence Policy (CSDP) relies on the military assets provided exclusively by Member States while EU internal security and border management involve measures and activities carried out by agencies and bodies nested in EU supranational structures. As a result, intelligence output at the EU level is subject, predominantly, to vertical bottom-up flows of information and analytical data selected and pre-processed by national intelligence organisations in response to a 'need to know' clearly defined by EU customers. This mechanism is particularly appropriate for defence cooperation, which largely depends on the classified information required to plan, command and control military operations under the CSDP. Intelligence support from EU agencies and bodies is principally built on open sources or finished intelligence supplied by Member States for further processing and analysis by EU entities. In the case of EU internal security cooperation, the information flow is much more intensive and diversified. It encompasses various categories of data and a wide range of issues referring to the internal security of EU countries as well as global risks and transnational threats. Horizontal links play a much more important role. They enable an intensive flow of data loaded by relevant national providers and then their collation, comparison and checking against a huge amount of information materials available from an enormous variety of open sources» (A. Gruszczak, *Intelligence Security in the European Union. Building a Strategic Intelligence Community* New York, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 19-20). Cfr. J. D. Occhipinti, *Availability by Stealth? EU Information-sharing in Transatlantic perspective*, in C. Kaunet, S. Léonard (cur.), *European Security, Terrorism and Intelligence*, New York, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 143-184; C. Sbailò, *Hacia unos servicios de inteligencia europeos?*

politicizzazione dello spazio europeo si compia se non sarà in grado di rispondere alla logica del potenziamento massimo della tecnica. E la logica di un tale potenziamento sembra oggi dire che la discrezionalità e la responsabilità assicurano un grado di efficienza e di efficacia superiore a quello garantito dai protocolli decisionali messi a punto da tecnici e funzionari. Ove incapace di interagire efficacemente con quel potenziamento, il processo di politicizzazione può mutarsi in un mito altamente dispendioso in termini di tempo e di energie, congruente e simmetrico rispetto alla *superstitio* neosovranista: in entrambi i casi, il rapporto tra unità e molteplicità viene pensato in chiave alternativa, nel senso che la differenza viene isolata rispetto a ciò che differisce, come una pura e semplice determinazione, tolta la quale, resta una pura e vuota identità. In questo modo, dunque, ci si rappresenta inconsapevolmente lo spazio europeo come potenzialmente vuoto, ragion per cui le entità che lo popolano vengono considerate come provenienti dal nulla e al nulla destinate. Ne consegue l'irriducibile alternativa tra scissione/frammentazione e fusione/identificazione – alternativa che, a ben vedere, contiene al proprio interno la folle convinzione che l'essere e il nulla siano il medesimo, ovvero che il nulla sia qualcosa.

Quanto detto in premessa sul nesso costitutivo tra vis epistemica e spazio pubblico ci può consentire ora di costruire un approccio concreto ed ermeneuticamente orientato al tema della politicizzazione dello spazio europeo. Diciamo “concreto” ed “ermeneuticamente orientato” nel senso di un superamento dell'astratta e fuorviante contrapposizione tra tecnica e politica e di una visione strutturale del rapporto tra le due, come distinte e originariamente correlate, laddove la correlazione non è da intendersi come una determinazione successiva all'apparire dei due termini. Il passo ulteriore nel segno di quella consapevolezza è nella risposta alla domanda su cosa si intende concretamente per politicizzazione dello spazio europeo. Ora, se, come dovrebbe essere evidente, la politicità di uno spazio si misura con il grado di rischio assunto dal decisore per la sua difesa (laddove l'assunzione di rischio è da intendersi come applicazione estrema del principio di accountability), ovvero per la sua stessa determinazione, allora la politicizzazione originariamente s'accompagna alla strutturazione in chiave militare. Quando si parla di comune difesa militare europea, per lo più si pensa alla predisposizione di forze impegnate sul fronte della stabilizzazione delle aree di crisi. In questo senso, si sono fatti sicuramente molti progressi in Europa.⁷⁴ Ma le cancellerie europee – con l'eccezione della Francia – aggirano ancora il punto che

La comparación entre las experiencias de Italia y España confirma la necesidad de una integración progresiva., intervento a *X Jornadas Internacionales sobre Seguridad y Defensa - La lucha contra el terrorismo en el marco del Sistema de Seguridad Nacional: el papel de las Fuerzas Armadas, el Centro Nacional de Inteligencia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, organizzato per el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Jaén y celebrado el 22 y 23 de octubre de 2020, www.ujaen.es/departamentos/derpubpriv/, in corso di pubblicazione.

⁷⁴ Per un aggiornamento sul punto, rimandiamo a C. Sbailò (cur.), *Difesa europea. Quali prospettive*, Atti del Convegno internazionale di studi tenutosi all'Università degli Studi internazionali di Roma – UNINT, il 19 ottobre 2018, con interventi di G. Bisogni, B. Caravita, G. de Vergottini, M. D'Ubaldi, E. A. Imparato, E. Minniti, J. Lozano Miralles, P. Pisicchio, C. Sbailò, E. Trenta, in *federalismi.it*, focus n.1, 14/01/2018, www.federalismi.it

a noi pare essere decisivo: una comune difesa militare è possibile solo come emanazione di una comune strutturazione militare in chiave politica, il che richiede la condivisione di una *potenza dissuasiva militare al grado più alto consentito dalla tecnica*. Una difesa militare presuppone oggi il possesso dell'arma nucleare, perché questa è attualmente l'arma più potente. Il possesso da parte di una Nazione dell'arma nucleare serve essenzialmente a rendere evidente al più alto grado la politicità del proprio spazio, poiché nessun'altra arma possiede il potere distruttivo e autodistruttivo dell'arma atomica. Attualmente a volere con chiarezza e determinazione la politicizzazione dello spazio europeo è solo la Francia, che mette a disposizione a tal fine la propria potenza nucleare. Unificazione politica significa condivisione della decisione ultima e decisiva, ovvero della decisione eccezionale che definisce la sovranità, vale a dire la possibilità di dichiarare guerra, mettendo in gioco se stessi, sotto il profilo biologico. L'unificazione politica – la condivisione della sovranità – vedrebbe, pertanto, un dominio decisivo di Parigi. Per la stessa ragione, la Germania su questo fronte assume atteggiamenti altalenanti, segnati, di volta, dall'esitazione o dalla contrarietà. Berlino non guarda favorevolmente alla dissoluzione delle sovranità nazionali dentro una sovranità europea anche perché ciò comporterebbe una certa distribuzione del suo peso economico su scala europea, con un conseguente ridimensionamento della sua leadership economico-industriale. Se così, la Germania sta replicando la condotta tenuta dalla Prussia prima della Grande guerra. La Prussia fu il motore della crescita economica e dell'unificazione tedesca, ma non volle mai una completa politicizzazione dello spazio pubblico tedesco. Le istanze degli stati piccoli e medi furono sempre ampiamente sostenute dal centro, che non si batté mai per il superamento della *Kleinstaterai*, ovvero per un primato assoluto della Camera bassa e la conseguente diluizione del peso degli stati dentro lo spazio politico comune. Ma la storia tedesca ci dice anche che la Germania ha mostrato il massimo della sua potenza tutte le volte che ha saputo emanciparsi da quella logica: nell'epoca di Stresemann, quando superò la propria vocazione prusso-centrica e, nel contempo, si fece paladina di tutte le minoranze europee e non solo di quelle tedesche;⁷⁵ nell'epoca di Kohl, quando andò incontro all'unificazione post-comunista, consapevole delle gravi difficoltà che ne sarebbero seguite, visto il grave dislivello economico tra le due Germanie. La Polity europea potrebbe essere segnata, in questo senso, da un superamento della visione "granulare" e "individualizzante" dello spazio politico: l'Europa non come super-Stato né come somma di Stati, ma come progetto politico di integrazione, con un nucleo forte, territorialmente individuato e sovranamente definito, in grado di espandersi, in forza dell'attrattività e dell'efficacia del proprio principio ordinatore. Si tratterebbe di uscire dall'aut-aut federazione / accordo internazionale, così come dalla dicotomia metodo intergovernativo / metodo comunitario. Più logico sarebbe distinguere non le modalità decisionale, ma i livelli di partecipazione all'Europa, uno basso, dove si prendono decisioni in chiave

⁷⁵ Cfr.: C. Sbailò, *Il principio ordinatore da imperiale a democratico. Il laboratorio di Weimar*, in D. Breschi, A. Ercolani, A. Macchia (cur.), *Il tramonto degli imperi (1918-2018)*, Roma, Aracne, 2020, pp. 93-120.

intergovernativa (quindi, non difesa e politica estera) e uno alto, dove si decide anche in politica estera e di difesa, in chiave sovranazionale. Stando attenti a non tentare di fondere o di contrapporre i due livelli, ma vendo invece dura di collegarli in maniera sistemica, secondo, appunto, una visione concreta ed ermeneuticamente orientata della politicizzazione dello spazio pubblico: i Paesi che aderiscono alla condivisione di sovranità, condividono con gli altri il mercato, la moneta e la cooperazione giudiziaria, ma tengono in vita un nucleo forte, in grado di esercitare attrazione verso lo spazio europeo. Ovviamente, la Francia e la Germania sarebbero destinate ad avere un ruolo determinante nella difesa, ma nessuna geopolitica mediterranea può avere speranza successo senza far leva sulla storica intraneità italiana rispetto alle dinamiche geopolitiche e culturali della regione. Attualmente queste risorse si sviluppano in modo autonomo e a volte conflittuale, con alcuni momenti significativi di cooperazione tecnico-finanziaria, come ad esempio il già citato progetto sulla difesa europea, a cui però non fanno riscontro processi di centralizzazione politica delle decisioni, per le ragioni strutturali sopra esposte. Si tratterebbe di agevolare processi di agglutinazione tra i Paesi europei, rinunciando alla simmetria e alla razionalizzazione. Un ruolo fondamentale, in questo, lo potrebbe avere la dottrina costituzionale. In particolare, si potrebbe lavorare sulla ricostruzione dottrinale di una Polity europea, nella sua duplice dimensione terrestre e valoriale, cominciando, ovviamente, dalle nozioni di difesa europea e di sicurezza europea (siamo convinti, ad esempio, che questo stimolerebbe anche nuove forme di cooperazione nell'ambito della Intelligence community, che è sempre molto attenta agli sviluppi del dibattito culturale e scientifico).

L'Europa – ci ricorda Severino – è il luogo dove sono apparse le condizioni fondamentali della massima potenza e del suo infinito dispiegarsi: «Tradizione filosofica, scienza, distruzione filosofica di tale tradizione, tecnica». E «non è un caso che l'Europa abbia dominato il mondo». Il mondo stesso, poi, «ha ereditato, con intensità e in modi diversi, e per lo più separando una dall'altra, quelle condizioni diverse». Ora, «la “grande politica”, ossia la capacità di sviluppare la forma massima della potenza, è la capacità di tenerle autenticamente insieme. In questo senso, se la grande politica non esiste ancora sulla terra, l'Europa, nonostante la sua debolezza attuale, può tuttavia candidarsi alla realizzazione di tale politica non meno e forse più delle altre grandi forze planetarie».⁷⁶ Grande politica è, dunque, tenere insieme la potenza della tecnica e l'utilizzo della tecnica stessa per limitare il potere attraverso il potere, ovvero tenere insieme la distruzione degli Immutabili (e quindi la libertà di pensiero) e la responsabilità politica del giurista, o, ancora, tenere insieme il relativismo assiologico e la centralità della persona umana? Sembrerebbe di poter dire, leggendo Severino (e qui si apre un altro dibattito), che il nichilismo, nelle mani sbagliate, può produrre effetti devastanti per l'umanità, per cui l'Europa – patria del nichilismo – ha la responsabilità di rafforzare la propria egemonia, di portarla a pieno compimento.

⁷⁶ E. Severino, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano, Rizzoli, 2017, p. 55.

Se così, si tratterebbe di una prospettiva affascinante ma anche molto impegnativa per i giuristi, il cui confronto con l'opera del filosofo appare, in ogni caso, quanto mai utile e, in una certa misura, anche urgente.

Ciro Sbailò
Facoltà di Sc. Pol. e Dinamiche Psico-Sociali
Università degli Studi internazionali di Roma
ciro.sbailo@unint.it

L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork

di Silvio Roberto Vinceti

Abstract: The originalist: constitutional interpretation in the thought and life of Robert Bork – For the seminal contribution to originalist constitutional interpretation and the controversies surrounding his failed confirmation at the United States Supreme Court, Robert Bork has left a lasting mark on American constitutional history. The purpose of this study is to describe Bork's career as a public servant, outline the key concepts of his jurisprudence and contribution to originalism, and understand the implications of his legacy on American legal culture.

Keywords: Bork; originalism; constitutional interpretation; Supreme Court; antitrust.

1. Introduzione

Conoscere e comprendere le vicende ed il pensiero giuridico di Robert Bork (1927-2012), professore all'Università di Yale e *Solicitor General* degli Stati Uniti d'America¹, nonché giudice federale e candidato alla carica di giudice della Corte Suprema, può consentire di ottenere due risultati con un unico esercizio. Da una parte, Robert Bork è considerato uno dei principali esponenti dell'“originalismo” – *idest*, una delle più discusse dottrine dell'interpretazione costituzionale nell'attuale dibattito statunitense² – ed il volto più noto dello stesso, almeno insieme alla figura

¹ Il *Department of Justice* statunitense ha come figura apicale un “Avvocato generale” (*Attorney General*) sotto la cui direzione è posto un *Solicitor General* con il compito di patrocinare per il Governo federale le cause dinanzi alla Corte Suprema. Con la creazione del *Deputy Attorney General* nel 1953, quella di *Solicitor General* è divenuta la terza carica all'interno del *Department of Justice*. Al tempo stesso, la specializzazione di quest'ultimo ha reso la sua attività fondamentalmente indipendente, in particolare a seguito del *New Deal* degli Anni Trenta e Quaranta. Cfr. P.N. Ubertaccio III, *Learned in the Law and Politics. The Office of the Solicitor General and Executive Power*, New York, 2005, 96, 131-132.

² «L'originalismo è oggi il prevalente approccio all'interpretazione costituzionale» concludeva nel 1999 R. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 *Loy. L. Rev.* 611, 613 (1999). Per un variegato catalogo degli appartenenti all'originalismo oggi v. I. Soymin, *Originalism and Political Ignorance*, in 97 *Minn. L. Rev.* 625, 625-27 (2012). Non manca, ovviamente, chi continua a rigettare ogni legame con la teoria in questione: v., ad es., recentemente, D. Strauss, *The Living Constitution*, New York, 2010, 7-31. Ciononostante, è proprio una delle più penetranti critiche all'originalismo a certificarne, con stupore e perplessità, l'inesorabile diffusione: cfr. M. Berman, *Originalism is Bunk*, 84 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 3-4 (1999). A livello generale, il fatto che una parte così numerosa dei costituzionalisti americani si riconosca oggi nell'originalismo finisce per ingenerare qualche dubbio sulla presenza di un significato

di Antonin Scalia. Banalmente, si potrebbe dire, senza Robert Bork non esisterebbe l'originalismo odierno. Da questo punto di vista, avvicinare l'opera di Bork significa osservare l'originalismo americano nelle sue origini prime.

Da altra parte, studiare il pensiero e la vita di Robert Bork permette di prendere maggiore consapevolezza di quella svolta nella storia costituzionale statunitense che è la fallita conferma di Bork alla Corte Suprema³: scelto da Reagan come successore di Lewis Powell nel 1987, la sua nomina sarà travolta in sede di conferma in Senato al termine di una campagna mediatica «senza precedenti»⁴, la cui intensità sarà tale da imprimersi perfino nel vocabolario inglese – per cui oggi «borkizzare» (*to bork*) significa «diffamare o vilificare [qualcuno] specialmente con l'obiettivo di renderne difficile l'elezione ad un pubblico ufficio»⁵. Senza una effettiva comprensione di quella vicenda, che per la prima volta fece conoscere le problematiche della “lotta per l'interpretazione costituzionale” all'opinione pubblica americana, è difficile capire la rivoluzione (e lo sconcerto) che le recenti nomine originaliste alla Corte Suprema, patrocinata dalla Presidenza di Donald J. Trump, hanno creato⁶.

L'interesse per questa pagina dell'interpretazione costituzionale statunitense può risultare poi ancor più vivo in conseguenza di alcune recenti tendenze affermatesi nella giurisprudenza costituzionale italiana. Non si tratterebbe più, soltanto, di continuare quel lavoro di studio della giustizia costituzionale nordamericana i cui frutti furono portati prima in Commissione Forti⁷ e poi in Assemblea costituente⁸, nel momento in cui si trattava di dare una

condiviso del termine, come notano – “da fronti opposti” – Fleming e Lawson: cfr. J. Fleming, *Are We All Originalist Now? I Hope Not!*, 91 *Tex. L. Rev.* 1785 (2013), e G. Lawson, *Reflections Of An Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in 96 *B.U. L. Rev.* 1457 (2016). Cfr. anche, sul punto, T. Colby, P. Smith, *Living Originalism*, 59 *Duke L. J.* 239 (2009).

³ Cfr. *infra*, par. 6.

⁴ D.E. Schoen, *The Political Fix. Changing the Game of American Democracy, from the Grassroots to the White House*, New York, 2010, 153.

⁵ Aa.Vv., *Collins English Dictionary*, XII ed., Glasgow, 2014. Cfr. T.B. Griffith, *Was Bork Right about Judges?*, 34 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 157 (2011).

⁶ Le “nomine originaliste” sono quelle di Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Cfr. J. Addicott, *Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era. The Rise of “Originalist” Judges*, 55 *Cal. W. L. Rev.* 341 (2019). Sulla prima v., nella letteratura italiana, P. Bonini, *Gorsuch After Scalia. Il Procedimento di nomina ed il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, n. 2/2017. Al momento in cui questo scritto viene sottoposto, il Presidente Trump ha nominato Amy Coney Barrett al ruolo di giudice della Corte Suprema, nomina che attende ora la conferma in Senato. L'originalismo di Barrett, *clerk* di Scalia alla Corte Suprema, è ampiamente noto: cfr., *ex multis*, A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 *Tex. L. Rev.* 1711 (2012); *id.*, *Originalism and Stare Decisis*, 92 *Notre Dame L. Rev.* 1921 (2016); *id.*, *Congressional Originalism*, 19 *U. Pa. J. Const. L.* 1 (2016).

⁷ Cfr. le conclusioni di Piga, che per l'occasione sostituiva Boeri, in sede di Prima Sottocommissione della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (cd. “Commissione Forti”), in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della “Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato” (1945-1946)*, Bologna, 1979, 174-177.

⁸ In particolare, Gaspare Ambrosini fu il principale “tedoforo” del modello statunitense. Cfr. le sue parole all'apertura della trattazione in Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, in *Att. Ass. Cost.*, 13 gennaio 1947, 130-131.

fisionomia alla Corte costituzionale italiana⁹; oggi, ancor di più, l'atteggiarsi della giustizia costituzionale statunitense acquisisce potenzialmente un'efficacia, per così dire, "diretta", a seguito del riconoscimento della concreta pratica degli organi di giustizia costituzionale internazionali come fonte del diritto nella discussa pronuncia sulla *Robin Tax*¹⁰.

L'analisi dell'originalismo borkiano, beninteso, non può certamente rendere giustizia a quell'eterogeneo mondo interpretativo-costituzionale che è oggi l'originalismo. Il pensiero originalista, difatti, è andato ben oltre (ed in larghi tratti contro) l'impostazione che ne dava Robert Bork. Basti pensare che, se l'originalismo tradizionale ha sempre visto in *Roe v. Wade*¹¹ il segno manifesto dell'attivismo giudiziario e dell'abuso dell'interpretazione costituzionale¹², vi sono oggi costituzionalisti che sostengono il contenuto di quella pronuncia su basi originaliste¹³. Non può stupire, allora, che gli originalisti più vicini alla tradizione borkiana si interrogino oggi sulla capacità del termine 'originalismo' di svolgere ancora «un utile lavoro epistemologico»¹⁴. Ciononostante, la figura ed il pensiero di Robert Bork rimangono imprescindibili per la comprensione dell'originalismo odierno e, in questo, meritevoli di uno specifico approfondimento, similmente a quanto già avvenuto per Antonin Scalia¹⁵.

Dal punto di vista espositivo, la sequenza biografica è quella che meglio si presta, nel caso di Bork, a mostrare l'evoluzione del suo pensiero, in particolare dal punto di vista della sua concezione dell'interpretazione costituzionale. Infatti, quanto è *in nuce* nel pensiero di Bork come professore di diritto *antitrust* (par. 2) si dischiude sul terreno dell'interpretazione costituzionale con l'avvicinarsi all'elezione a *Solicitor General*: in particolare, un articolo del 1971, dedicato alla neutralità nell'interpretazione costituzionale, finirà per giocare un ruolo centrale nella vita di Bork (par. 3). Una volta eletto *Solicitor General*, Bork verrà direttamente coinvolto nelle vicende del c.d. *Watergate*, che porteranno alle dimissioni del Presidente Nixon (par. 4). Scelto in seguito da Reagan per il ruolo di giudice federale per la Corte d'Appello del Distretto di Columbia, Bork farà

⁹ Sulla preponderante influenza statunitense ancora attuali le considerazioni A. Pizzorusso, *Art. 137*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1981, 1-10.

¹⁰ Come noto, nelle sentenze 11 febbraio 2015, n. 10, la Corte Costituzionale italiana, al *cons. in dir.* 7, ha affermato la modulabilità degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità – apparentemente contrastando il dato letterale – sul presupposto, tra gli altri, che gli organi di giustizia costituzionale stranieri godrebbero, *de jure* o *de facto*, di tale prerogativa. Sul punto cfr., *ex multissimis*, R. Pinardi, *La Corte e il suo processo. Alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, 1907-1910.

¹¹ 410 U.S. 113 (1973).

¹² Tra gli altri, proprio R. Bork, *The Tempting of America*, New York, 1991, 110-126.

¹³ Cfr. J. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, in 24 *Const. Comment.* 291 (2007).

¹⁴ G. Lawson, *op. cit.*, 1458.

¹⁵ Su Scalia v. in particolare G.F. Ferrari, *Nino Scalia. Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2016, 1191-1216, e D. Tega, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, 3, 669-678. Sull'importanza di Bork cfr., nella letteratura italiana, già O. Chessa, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 11-37.

diretta applicazione di quei principi interpretativi che aveva difeso come accademico (par. 5). Momento di svolta sarà il fallimento della sua conferma al ruolo di giudice della Corte Suprema (par. 6): svolta personale e nazionale, ma anche svolta intellettuale, dal momento che nell'opera nascente dal fallimento della sua elezione Bork getta le fondamenta per l'interpretazione costituzionale originalista come «significato pubblico originario» della Costituzione (par. 7). Trova qui spazio, infine, l'esposizione di una serie di criticità nel pensiero di Bork, per come messe in risalto dalle evoluzioni dell'originalismo odierno (par. 8).

2. L'intenzione del legislatore ed il diritto *antitrust*

Nato a Pittsburgh (Pennsylvania) nel 1927, Robert Heron Bork completa gli studi di diritto presso l'Università di Chicago nel 1953, città nella quale rimane fino al 1962 esercitando la professione forense in materia di diritto *antitrust* nella nota *law firm* Kirkland & Ellis¹⁶.

L'Università di Chicago è un luogo particolare fin dagli anni Trenta, distinguendosi per una facoltà di economia in cui diverse generazioni di studiosi sono uniti da una comune rivalorizzazione della teoria liberale classica e dalla critica di diversi assunti dell'impostazione keynesiana al tempo dominante¹⁷. L'*humus* culturale della *Chicago School of Economics* avrà un'influenza decisiva sul pensiero di Bork, come emerge dai suoi primi due contributi sulle integrazioni verticali, scritti da studente¹⁸ e poi in qualità *Research Fellow* presso l'*Antitrust Institute*¹⁹ – guidato da quell'Aaron Director che, per ammissione dello stesso Bork, sarà responsabile dell'abbandono da parte sua delle posizioni politiche *liberal* con cui era entrato in università²⁰. Dagli assunti della *Chicago School of Economics* nascerà il movimento *Law and Economics* – dedicato allo studio del fenomeno giuridico come problema economico – movimento in cui un ruolo centrale è svolto proprio dalla *Chicago School of Antitrust*²¹ di cui Bork diviene, infine, il maggiore esponente²².

Nel 1962 Bork lascia l'attività forense per essere assunto dall'Università di Yale, ove per quasi vent'anni, seppur non ininterrottamente, vi manterrà la

¹⁶ N. Vieira, L. Gross, *Supreme Court Appointments. Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale, 1998, 14.

¹⁷ Cfr. M.W. Reder, voce *Chicago School*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (a cura di), *The World of Economics*, London-Basingstoke, 1991, 40.

¹⁸ R. Bork, *Vertical Forestalling Under The Antitrust Laws*, in 19 *U. Chi. L. Rev.* 583 (1952).

¹⁹ *Id.*, *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22 *U. Chi. L. Rev.* 157 (1954), ove Bork mette in luce il fraintendimento economico dell'integrazione verticale da parte della Corte Suprema.

²⁰ G. Priest, *Bork's Strategy and the Influence of the Chicago School on Modern Antitrust Law*, 57 *J.L. & Econ.* 1, 4-5 (2014).

²¹ «Lo *Chicago Approach* è, prima di tutto, una parte del movimento *Law and Economics* a Chicago, il quale è esso stesso parte della *Chicago School of Economics*». W.H. Page, *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, 75 *Va. L. Rev.* 1221, 1229 (1989). Cfr. anche R.A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 925 (1979).

²² Cfr. G. Priest, *op. cit.*, 1-2, 6.

docenza del corso di diritto *antitrust*: nel primo decennio trascorso a Yale, Bork rivoluziona lo studio della legislazione concorrenziale, dapprima con una importante serie di articoli sul tema, poi – una volta ritornato all'insegnamento dopo la parentesi come *Solicitor General* – con la pubblicazione del suo primo grande lavoro, *The Antitrust Paradox*, nel 1978. È grazie a quest'opera se oggi Bork è considerato l'«uomo che ridefinì l'antitrust»²³.

L'idea di base che sostiene la produzione di Bork in materia *antitrust* è semplice: in plurimi casi, la giurisprudenza statunitense ha interpretato la legislazione *antitrust* in modo erroneo in quanto le ha attribuito un “fine” (*goal*) sbagliato. Storicamente, infatti, l'intento del Cinquantunesimo Congresso, che ha adottato lo *Sherman Act*, era quello di tutelare il «benessere dei consumatori»²⁴ (*consumer welfare*). Tuttavia, erroneamente per Bork, la giurisprudenza ha interpretato la normativa *antitrust* come finalizzata ora ad un diritto alla sopravvivenza delle piccole imprese davanti all'affermazione storica delle grandi realtà industriali, ora ad un “un diritto dei concorrenti” ad una competizione “mite” con gli altri attori economici²⁵. Per Bork, invece, il legislatore statunitense ha inteso tutelare la concorrenza in modo strumentale, *idest* come mezzo per la tutela del «benessere dei consumatori», termine che in Bork diviene sinonimo di «efficienza allocativa», «massimizzazione della produzione» e, in ultima analisi, «benessere della nazione»²⁶.

In *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*²⁷ Bork rievoca le vicende che hanno portato all'adozione dello *Sherman Act*, sostenendo che l'erronea interpretazione delle corti federali, suffragata dalla Corte Suprema, si sia basata sul travisamento della storia legislativa dell'atto. Bersaglio privilegiato delle critiche di Bork sono i giudici Learned Hand²⁸ e Brandeis²⁹, che in diverse occasioni avevano letto le affermazioni di John Sherman – principale autore della legge – in modo decontestualizzato, distorcendone il significato³⁰.

A fianco del problema legato all'intenzione del legislatore storico, Bork difende le sue posizioni in base ad un argomento inerente al ruolo dei giudici nella forma di stato democratico-costituzionale. Difatti, l'interpretazione della normativa *antitrust* sostenuta dalla giurisprudenza americana finirebbe per demandare ai giudici la valutazione delle azioni imprenditoriali alla luce di un “valore sociale della concorrenza” – l'idea, appunto, del diritto *antitrust* come protezione degli *small businesses* dalle pratiche aggressive delle grandi agglomerati industriali. Bork eccepisce come questa valutazione sia essenzialmente

²³ D. Fisher, *Robert Bork, The Man Who Redefined Antitrust, Is Dead At 85, Forbes Magazine* (Dec. 2012) www.forbes.com/sites/danielfisher/2012/12/19/robert-bork-the-man-who-redefined-antitrust-is-dead-at-85/#6cc17443cad9.

²⁴ R. Bork, *The Goals of Antitrust Policy*, 57 *Am. Econ. Rev.* 242, 245 (1967).

²⁵ *Ivi*, 251-252.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Id.*, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 *J.L. & Econ.* 7 (1966).

²⁸ *Ivi*, 8-9.

²⁹ *Id.*, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, 41-49.

³⁰ Cfr. anche *id.*, *The Goals*, cit., 243.

discrezionale e, in quanto tale, di naturale competenza degli organi politici. Al contrario, per Bork, l'intento storico del legislatore americano richiede alle corti, più semplicemente, di impiegare i criteri della teoria economica per valutare se una determinata pratica incrementi o meno la produzione e, mediamente, il benessere dei consumatori³¹. L'interpretazione errata dell'intento del legislatore finisce così per affidare alle corti un'attività altamente discrezionale per la quale queste non sono né abili né, soprattutto, legittimate, con i perniciosi esiti cui questo affidamento conduce: la disomogeneità delle decisioni giudiziali e la deresponsabilizzazione del legislatore³².

La visione di Bork in materia *antitrust*, espressa nei plurimi articoli citati ed in altri ancora, è infine compendiata in *The Antitrust Paradox* del 1978 – realizzato tuttavia in un anno sabbatico dieci anni prima³³ – ove Bork legge la distorsione operata dalla giurisprudenza nell'interpretazione della normativa *antitrust* come il corollario di un'ideologia nemica della competizione economica e del capitalismo: «le tendenze osservabili nell'*antitrust* [...] sono quattro: (1) un allontanamento dalla decisione politica attraverso il metodo democratico verso una decisione politica delle corti; (2) un allontanamento dall'ideale del libero mercato verso l'ideale del mercato regolato; (3) una tendenza alla considerazione del benessere di gruppi rispetto al benessere generale; e (4) un allontanamento dall'ideale della libertà e della ricompensa in ragione del merito verso un ideale di eguaglianza dei risultati e della ricompensa in ragione dello status. Comune a tutti questi allontanamenti è un ethos anticapitalista e autoritario»³⁴.

Diversi studiosi reagiscono in modo critico alle tesi di Bork. Da una parte, alcuni contestano l'idea che il benessere dei consumatori sia effettivamente l'oggetto dell'intenzione del legislatore³⁵. Dall'altra, ed in modo decisamente più persuasivo, altri argomentano come, pur accettando le idee di Bork sull'intenzione del legislatore, il concetto di “benessere dei consumatori” non sembri affatto essere sinonimo di “efficienza allocativa” o di “massimizzazione della produzione” come vorrebbe Bork³⁶. Questi autori mostrano come ad un aumento della produzione non corrisponda necessariamente un aumento del benessere dei consumatori³⁷. Il tentativo di Bork di considerare i due termini sinonimi si rivelerebbe allora come un'operazione ideologica, una sorta di «cavallo di Troia»³⁸: Bork avrebbe tentato di vendere sotto l'etichetta di “benessere dei consumatori” una ben precisa politica

³¹ *Id.*, *Legislative Intent*, cit., 10-11.

³² *Id.*, *The Goals*, cit., 244.

³³ *Id.*, *Saving Justice. Watergate, the Saturday Night Massacre, and Other Adventures of a Solicitor General*, New York, 2013, 15.

³⁴ *Id.*, *The Antitrust Paradox*, cit., 418-419.

³⁵ R.H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust. The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 *Hastings L.J.* 65, 150 (1982).

³⁶ Cfr. H.J. Hovenkamp, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, 45 *J. Corp. L.* 65, 65-81 (2019).

³⁷ *Ivi*, 73-81.

³⁸ B.Y. Orbach, *Was the Crisis in Antitrust a Trojan Horse?*, 79 *Antitrust L.J.* 881, 882 (2014).

economica, sui cui effetti benefici per i consumatori «persone ragionevoli possono essere in disaccordo»³⁹.

Nonostante le critiche, e le successive difese, delle posizioni borkiane, vi è sostanziale unanimità sugli effetti che gli scritti di Bork produrranno: la Corte Suprema cambierà la propria interpretazione della normativa *antitrust*, accedendo alla visione di Bork. Già prima della pubblicazione di *The Antitrust Paradox* i lavori di Bork erano stati citati nelle sentenze della Corte Suprema⁴⁰, ma a partire da *Reiter v. Sonotone Corp.*⁴¹ – con l'espressa affermazione che «il Congresso adottò lo Sherman Act come una prescrizione finalizzata al benessere dei consumatori»⁴² – la Corte Suprema adotterà *The Antitrust Paradox* come bussola nell'interpretazione del diritto *antitrust*⁴³. Alla luce di questo dato, «non è un'esagerazione descrivere Bork come colui che ha fornito le fondamenta del moderno diritto antitrust»⁴⁴.

Bork non abbandonerà mai, definitivamente, lo studio del diritto *antitrust*⁴⁵. Tuttavia, l'attribuzione della cattedra di diritto pubblico, dedicata al fraterno amico Alexander Bickel, insieme alle evoluzioni della sua carriera – *in primis*, l'elezione a *Solicitor General* e poi a giudice di Corte d'Appello – lo spingeranno a dedicarsi in modo preponderante ai problemi del diritto costituzionale e, successivamente, alla riflessione politica e sociologica sulla condizione ed il futuro della democrazia americana (sempre a partire dalla sua esperienza giuridica). Quanto emerge chiaramente, in ogni caso, dagli studi di Bork sul diritto della concorrenza, è la loro rilevanza e attinenza alla futura metodologia originalista in diritto costituzionale. In altre parole, Bork arriva al 1971, anno del suo celebre primo scritto costituzionale, disponendo di un approccio interpretativo maturo, fondato sull'intenzione del legislatore “storico” – che successivamente diverrà «originale»⁴⁶ – e “rodato” con successo in ambito di *statutory interpretation* del diritto *antitrust*.

Tuttavia, se la “rivoluzione” portata da Bork nel diritto *antitrust* riuscirà a prevalere giurisprudenzialmente, l'estensione del suo approccio all'ambito costituzionale sarà, se non meno rivoluzionaria, molto più osteggiata e, almeno per lungo tempo, destinata al fallimento.

³⁹ R.H. Lande, *Proving the Obvious. The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)*, 50 *Hastings L.J.* 959, 960 (1999).

⁴⁰ Rispettivamente in *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

⁴¹ 442 U.S. 330 (1979).

⁴² 442 U.S. 330, 343 (1979).

⁴³ D.A. Crane, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, 79 *Antitrust L.J.* 835, 847-48 (2014).

⁴⁴ G. Priest, *op. cit.*, 7.

⁴⁵ V. i contributi pubblicati postumi, realizzati insieme a Gregory Sidak: R. Bork, J.G. Sidak, *What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment Of Google?*, 8 *J. Comp. L. & Econ.* 663 (2012); *id.*, *The Misuse of Profit Margins to Infer Market Power*, 9 *J. Comp. L. & Econ.* 511 (2013).

⁴⁶ Almeno da R. Bork, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, 23 *San Diego L. Rev.* 823 (1986).

3. L'interpretazione “neutrale” della Costituzione americana

Nell'autunno del 1971 compare sull'*Indiana Law Journal* il primo contributo scientifico di taglio costituzionale di Bork, intitolato «*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*», trascrizione di una conferenza tenuta presso l'Università dell'Indiana nella primavera di quello stesso anno⁴⁷. Se lo studio dell'*antitrust* aveva reso celebre Bork all'interno dei circoli giuridico-economici della dottrina americana, *Neutral Principles* lo condurrà a due risultati per certi versi antitetici: da una parte, l'articolo scava immediatamente un posto per Bork nel panorama del diritto costituzionale, risultando ancora oggi il decimo articolo più citato nella storia della dottrina americana⁴⁸. Dall'altra, *Neutral Principles* è un chiaro manifesto dei convincimenti di Bork, dalla corretta modalità di interpretazione della Costituzione al ruolo “proprio” della Corte Suprema americana. Idee, queste, che lasceranno una traccia indelebile nella carriera di Bork, divenendo, per così dire, un'arma nelle mani degli oppositori alla sua conferma alla Corte Suprema sedici anni più tardi.

Il punto di partenza dello scritto è il medesimo problema che Herbert Wechsler si era posto nel celebre articolo *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*⁴⁹. Sulla scia di Wechsler, Bork parte dal presupposto per cui o l'attività della Corte Suprema nel decidere la costituzionalità delle leggi è eterodiretta da norme precedentemente poste – e perciò è retrospettivamente valutabile in termini di correttezza interpretativa dei risultati – ovvero la Corte Suprema è un «organo di nudo potere» (*naked power organ*)⁵⁰, ente sovrano che fa semplicemente la volontà propria, non essendo tenuta a dimostrare di stare applicando la “volontà altrui”⁵¹. Quale può essere allora questa metodologia interpretativa che salverebbe la Corte dall'essere un «organo di nudo potere»?

Herbert Wechsler trovava la “regola aurea” del giudizio di costituzionalità nell'«applicazione neutrale dei principi [costituzionali]»⁵². Nelle parole di Wechsler: «una decisione di diritto, nel modo in cui la intendo, è una decisione ancorata su precise ragioni con riferimento a tutti gli aspetti del caso, ragioni che nella loro generalità e astrattezza trascendono il risultato immediato»⁵³. Il concetto è ancor più chiaramente espresso in una citazione di Jaffe ripresa dallo stesso Bork: «“Il giudice,” dice Jaffe, “deve credere nella validità delle ragioni date nell'adottare una determinata decisione nel senso che deve essere pronto ad

⁴⁷ *Id.*, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L.J.* 1 (1971).

⁴⁸ Così nell'ultimo aggiornamento delle analisi di Fred Shapiro: cfr. F.R. Shapiro, M. Pearse, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 *Mich. L. Rev.* 1483, 1489 (2012). Nel 1985 era il ventiquattresimo a livello assoluto ed il sesto rispetto al 1979. Cfr. F.R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles*, 73 *Calif. L. Rev.* 1540, 1550, 1554 (1985). Nel 1996, invece, era il settimo a livello assoluto. Cfr. *id.*, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 *Chi.-Kent L. Rev.* 751, 767 (1996).

⁴⁹ H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

⁵⁰ *Ivi*, 19, 12.

⁵¹ R. Bork, *Neutral Principles*, 2.

⁵² *Ibid.*

⁵³ H. Wechsler, *op. cit.*, 19. Cfr. anche *ivi*, 15.

applicare quelle ragioni ad un caso futuro che non può trovare chiaramente distinto dal primo»⁵⁴.

Per Bork, tuttavia, questa soluzione non è sufficiente ad assicurare che le decisioni della Corte siano «*principled*» – letteralmente: “governate da principi”, ma forse espressione meglio tradotta nell’italiano ‘di diritto’, come nella locuzione ‘Stato *di diritto*’ – e nella dimostrazione dell’insufficienza dell’impostazione wechsleriana risiede uno dei celebri risultati dell’articolo. Se la «neutralità nell’applicazione» della Costituzione fosse l’unico criterio del giudizio di costituzionalità non sarebbe difficile per la Corte Suprema slegarsi da ogni effettivo controllo: infatti, «è abbastanza facile soddisfare il requisito della neutrale applicazione affermando un principio in modo così specifico che non vi sarà alcun imbarazzo nell’applicarlo a tutti i casi che possa eventualmente sussumere»⁵⁵.

L’esempio concreto di Bork aiuta a capire. In *Griswold v. Connecticut*⁵⁶ del 1965 la Corte Suprema giudicò incostituzionale una legge dello Stato del Connecticut che sanzionava con una multa l’utilizzo di contraccettivi da parte di coppie sposate. Per la Corte, un generale, non scritto, «diritto alla riservatezza» (*right of privacy*) promanerebbe dalle «penombre» di vari diritti enumerati nella Costituzione e proteggerebbe, tra l’altro, «i sacri precinti delle camere maritali» da eventuali controlli della polizia⁵⁷. Per quanto, in *Griswold v. Connecticut*, la Corte «fallisca ogni test di neutralità»⁵⁸, Bork individua in tale pronuncia un chiaro esempio dell’insufficienza della «neutralità nell’applicazione dei principi».

Infatti, il «diritto alla riservatezza» non potrebbe essere applicato neutralmente se fosse inteso in senso pieno. Le «penombre» o «zone di riservatezza» di cui parla il Justice Douglas in *Griswold* – e che per Bork sono indistinguibili da semplici «zone di libertà»⁵⁹ – «finirebbero per costituire un indipendente diritto di libertà, cioè un generale diritto costituzionale alla libertà dalla coercizione legale, una manifesta impossibilità in qualsiasi società immaginabile»⁶⁰. Se intendessimo il principio in questo modo, «non dovremmo nemmeno porci delle domande sulla dubbia origine del principio perché sapremmo benissimo che la Corte non lo applicherebbe neutralmente. La Corte, possiamo predire con una certa sicurezza, non getterebbe la protezione costituzionale sull’uso di eroina o su atti sessuali con un minore consenziente»⁶¹.

La Corte Suprema, sostiene Bork, può riuscire nell’applicazione neutrale soltanto «riformulando il principio [della riservatezza] come l’affermazione per cui il governo non può proibire l’uso dei contraccettivi tra coppie sposate»⁶².

⁵⁴ R. Bork, *op. et. loc. ult. cit.* La citazione di Jaffe è da L. Jaffe, *English And American Judges As Lawmakers*, Oxford, 1969, 38.

⁵⁵ R. Bork, *op. ult. cit.*, 7.

⁵⁶ 381 U.S. 479 (1965).

⁵⁷ 381 U.S. 479, 484 (1965)

⁵⁸ R. Bork, *op. ult. cit.*, 9.

⁵⁹ *Ivi*, 9.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ivi*, 7.

⁶² *Ibid.*

Tuttavia, qui, «sorge la questione della definizione neutrale: perché il principio deve estendersi solo alle coppie sposate? E perché, di tutte le forme di comportamento sessuale, solo ai contraccettivi? E, perché di tutte le forme di comportamento, soltanto al sesso? E sorge pure la questione della derivazione neutrale: che cosa giustifica la limitazione del legislatore in questa materia? Qual è l'origine di qualsiasi principio che uno possa affermare?»⁶³.

Declinare questo diritto alla riservatezza come libertà di utilizzo dei contraccettivi tra coppie sposate significa infatti sacrificare l'opposto interesse della maggioranza a non consentire comportamenti immorali⁶⁴. Tuttavia, e qui sta la critica di Bork, o la decisione su quale delle due «gratificazioni»⁶⁵ debba prevalere – il desiderio di libertà all'interno della propria camera da letto o il desiderio della maggioranza a non permettere atti ritenuti immorali – è *derivabile neutralmente* dalla Costituzione, ovvero è di competenza del legislatore⁶⁶.

La volontà di Bork di agganciarsi alla riflessione di Wechsler lo porta ad adottare il vocabolario di questi: così Bork parla, in maniera non del tutto distinguibile, di una neutralità nella «derivazione» e nella «definizione dei principi» come necessari complementi della «neutralità nell'applicazione»⁶⁷. Al di là del vocabolario, tuttavia, Bork sta di nuovo sviluppando una riflessione intorno all'intenzione del legislatore: «le parole sono generiche ma certamente questo non ci permetterebbe di sfuggire all'intento dei costituenti se esso fosse chiaro»⁶⁸.

Senonché, nel caso della «libertà di parola, o stampa» prevista dal Primo emendamento – il “caso principe” scelto da Bork per mostrare il funzionamento dell'interpretazione “neutrale” – l'applicazione del criterio dell'intenzione del legislatore sembra rivelarsi problematica. Se in passato, nell'interpretazione dello *Sherman Act*, si era trattato di ristabilire la corretta intenzione storica, l'intento del legislatore con riferimento alla «libertà di parola» garantita dal Primo emendamento risulta del tutto incerto: «sembra che i costituenti non avessero una teoria coerente della libertà di parola e non appaiono in generale particolarmente interessati dalla questione»⁶⁹. Rifacendosi ai risultati di una ricerca di Levy⁷⁰, Bork sostiene che «gli uomini che adottarono il primo emendamento non mostravano una particolare impostazione libertaria con riguardo alla libertà di parola. Una posizione del genere sarebbe risultata in chiaro contrasto con la tradizione politica americana. I nostri avi erano uomini usi a tracciare una linea, per noi spesso invisibile, tra libertà e licenziosità»⁷¹.

Che fare, dunque, se l'intenzione del legislatore non soccorre l'interpretazione “neutrale” della Costituzione? Per Bork, siamo costretti a

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ivi*, 9-10.

⁶⁵ *Ivi*, 10.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ivi*, 7.

⁶⁸ *Ivi*, 13.

⁶⁹ *Ivi*, 22.

⁷⁰ L. Levy, *Legacy of Suppression*, Cambridge (MA), 1960.

⁷¹ R. Bork, *op. et loc. ult. cit.*

«fabbricarci una nostra teoria della protezione costituzionale della libertà di parola»⁷². Lungi dal portare all'applicazione delle proprie visioni personali o a certi intendimenti metafisici, questa “costruzione” occasiona in Bork una sorta di interpretazione sistematica che inferisce dalla «struttura della Costituzione»⁷³ il significato apparentemente incerto del Primo emendamento: «il primo emendamento indica che vi è qualcosa di speciale con riferimento alla libertà di parola. Potremmo arrivare a questa conclusione anche senza un primo emendamento, dal momento che l'intera struttura della Costituzione crea una democrazia rappresentativa, una forma di governo che sarebbe priva di significato senza la libertà di discutere il governo e le sue politiche»⁷⁴.

Per Bork, allora, «la protezione del primo emendamento deve essere esclusa quando fuoriesce dai limiti del discorso politico»⁷⁵. Pertanto, il materiale pornografico – sulla cui protezione costituzionale si dibatteva intensamente al tempo – non è “coperto” dalla clausola costituzionale e la decisione sulla sua proibizione o permesso deve essere lasciata nella disponibilità del legislatore, esattamente come una decisione in materia di «inquinamento ambientale»⁷⁶.

In base a questo approccio metodologico, per il quale le leggi possono essere giudicate incostituzionali soltanto se in contrasto con una norma della Costituzione “neutralmente derivata e definita”, diversi istituti creati dalla Corte Suprema non sopravvivono al test di neutralità di Bork in quanto non fondati sull'intento del legislatore storico o, suppletivamente, su di un'inferenza a partire dalla struttura della Costituzione.

Non sopravvivono, in particolare, il *Substantive Due Process* e la *Substantive Equal Protection*⁷⁷, i due istituti interpretativi cui maggiormente la Corte Suprema aveva fatto ricorso per annullare atti legislativi che non contrastavano con espresse disposizioni della Costituzione. A cascata, questa erroneità importa l'illegittimità di svariate “storiche” pronunce del diritto statunitense, come *Meyer v. Nebraska*⁷⁸, *Pierce v. Society of Sisters*⁷⁹, *Lochner v. New York*⁸⁰. Se Bork non ha problemi ad accettare l'*overruling* di questi casi, è più restio a concludere nello stesso modo per *Brown v. Board of Education*, nota sentenza in cui la Corte Suprema dichiarò che le leggi che permettevano la separazione delle scuole pubbliche tra studenti bianchi e neri violavano l'«eguale protezione della legge» prevista dal Quattordicesimo emendamento

Nel caso di *Brown*, infatti, Bork ritiene possibile derivare neutralmente un divieto per il legislatore di utilizzare la razza come strumento discriminazione. Per quanto Bork concordi con Wechsler nel ritenere difficilmente sostenibile,

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ivi*, 2.

⁷⁴ *Ivi*, 23.

⁷⁵ *Ivi*, 27.

⁷⁶ *Ivi*, 29.

⁷⁷ *Ivi*, 11.

⁷⁸ *Ibid.* La pronuncia è leggibile in 262 U.S. 390 (1923).

⁷⁹ 268 U.S. 510 (1925).

⁸⁰ 198 U.S. 45 (1905).

storicamente, che l'emendamento avesse come obiettivo dichiarato la proibizione della separazione razziale nelle scuole pubbliche⁸¹, per Bork certamente «gli uomini che aggiunsero l'emendamento alla Costituzione pensavano che la Corte Suprema dovesse garantire contro il governo almeno una larga misura di eguaglianza razziale»: «di una cosa può essere certa la Corte: che [l'emendamento] era finalizzato ad implementare una fondamentale idea di eguaglianza dei neri contro la discriminazione governativa»⁸². Va peraltro riconosciuto, sul punto, come altri originalisti abbiano escluso la fondabilità di *Brown* nell'intento originale del legislatore che adottò il Quattordicesimo emendamento⁸³.

Tuttavia, questo “costo della fedeltà costituzionale” – rappresentato dall'*overruling* di tutte le pronunce non riconducibili all'intenzione del costituente o all'inferenza dalla struttura della Costituzione – sarà considerato inaccettabile da vari giuristi e uomini politici che, anni più tardi, leggeranno questa celebre pagina borkiana⁸⁴. In aggiunta, la posizione di Bork sulla legittimità di quelle decisioni verrà intesa come una sua contrarietà al loro contenuto “politico” – cosa non vera, almeno in plurimi casi, come Bork stesso esplicitamente afferma⁸⁵ e come implicitamente emerge dal rammarico per una visione non sufficientemente libertaria dei costituenti⁸⁶ o dalla posizione favorevole al contenuto di *Griswold* da parte dello stesso⁸⁷. Semplicemente, Bork ricorda che la Costituzione affida alle maggioranze – statali e federali – il compito di decidere laddove «i materiali costituzionali non specificano il valore che deve essere preferito»⁸⁸.

In ogni caso, una “occasione per la misinterpretazione” era ormai stata creata e *Neutral principles* ritornerà, con esiti non positivi, nella storia di Bork.

4. Bork *Solicitor General* ed il *Saturday Night Massacre*

Nel dicembre del 1972, il Presidente Richard Nixon sceglie Robert Bork per il ruolo di *Solicitor General*, chiamandolo dunque a svolgere quella funzione che, nell'ordinamento italiano, è responsabilità dell'Avvocatura di Stato: difendere la costituzionalità della legge davanti alla Corte Suprema. Al tempo stesso, il *Solicitor General*, unico membro del *Department of Justice* che deve tassativamente essere «formato in diritto», effettua una generale attività di selezione dei ricorsi che devono essere sollevati negli uffici distaccati – in vista di una loro eventuale

⁸¹ R. Bork, *op. ult. cit.*, 13.

⁸² *Ivi*, 14.

⁸³ Cfr. R. Berger, *Robert Bork's Contribution to Original Intention*, in 84 *Nw. U. L. Rev.* 1167, 1176-83 (1990). Sulle finalità del Quattordicesimo emendamento rimane ancora insuperato *id.*, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA)-London, 1977.

⁸⁴ V. ad esempio R. Dworkin, *The Bork Nomination*, 9 *Cardozo L. Rev.* 101 (1987).

⁸⁵ R. Bork, *op. ult. cit.*, 11.

⁸⁶ *Ivi*, 22.

⁸⁷ *Ivi*, 8. Il riferimento è a *id.*, *The Supreme Court Needs a New Philosophy*, *Fortune*, Dec. 1968, 170.

⁸⁸ R. Bork, *Neutral Principles*, cit., 8.

discussione davanti alla Corte Suprema – e presta una funzione di consulenza ai giudici della Corte Suprema stessa⁸⁹. Per questi motivi, il *Solicitor General* è informalmente chiamato «il decimo giudice» della Corte Suprema americana⁹⁰.

Le circostanze della nomina sono curiose. Nonostante la prominenza dei contributi di Bork, specialmente in materia di *antitrust*, questi rimaneva pur sempre uno «sconosciuto professore di Yale»⁹¹, non appartenendo alle fila dell'amministrazione pubblica in cui generalmente sono selezionati i vertici del *Department of Justice*. Lungi dal costituire un elemento positivo, la natura di accademico – per di più: a Yale⁹² – deteriorava la sua figura agli occhi del Presidente Nixon, laureato in legge presso la Duke University e manifestatamente allergico al mondo accademico della *Ivy League* americana⁹³. Già in passato, comunque, Bork era stato contattato dall'amministrazione Nixon per la possibilità di assumere alcune cariche – quella di Direttore della *Civil Rights Division* e di capo dell'*Antitrust Division* del *Department of Justice* – che, per motivi diversi, aveva declinato⁹⁴.

Il primo incontro con Nixon avviene allora in riferimento ad una proposta di legge sul trasporto scolastico, alla cui redazione Bork aveva partecipato⁹⁵. In quell'occasione, dopo un inizio freddo⁹⁶, Bork e Nixon rimangono piacevolmente stupiti l'uno dell'altro: il Presidente colpisce Bork per l'agio con cui tratta la materia costituzionale, meglio dei consulenti giuridici presenti alla riunione; Bork, invece, appare a Nixon come il primo professore che condivide la sua idea sulla impossibilità di modificare con legge il contenuto della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo emendamento⁹⁷. Dirà Nixon dopo l'esposizione della questione da parte di Bork: «Lo penso anch'io, ma non credevo ci fosse da nessuna parte negli Stati Uniti un professore di diritto che fosse d'accordo con me»⁹⁸.

Il 7 dicembre del 1972, nelle more del reinsediamento di Nixon a seguito della schiacciante vittoria elettorale su McGovern, l'allora *Attorney General* Richard Kleindienst contatta Bork, domandandogli se avrebbe accettato il posto di *Solicitor General* nel caso gli fosse stato offerto – una prassi tradizionale, «dal momento che nessun presidente vuole provare l'imbarazzo di offrire una posizione e vedersela rigettata»⁹⁹. Dopo un colloquio con il Presidente a Camp David il

⁸⁹ Cfr. L. Caplan, voce *Solicitor General*, in K.L. Hall (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford, 2005, 937. Sulle funzioni del *Solicitor General* vedi lo stesso R. Bork, *The Problems and Pleasures of Being Solicitor General*, 42 *Antitrust L.J.* 701 (1973).

⁹⁰ L. Caplan, *op. et. loc. cit.*

⁹¹ R. Bork, *Saving Justice*, cit., 14.

⁹² «Uno dei grandi bastioni della filosofia del diritto liberale». S. Garment, *The War Against Robert H. Bork*, *Commentary*, Jan. 1988, 18.

⁹³ Cfr. R. Bork, *op. ult. cit.*, 13, 25-26.

⁹⁴ *Ivi*, 16.

⁹⁵ *Ivi*, 16-18.

⁹⁶ *Ivi*, 13.

⁹⁷ *Ivi*, 19-22.

⁹⁸ *Ivi* 21.

⁹⁹ *Ivi*, 23.

giorno seguente, la nomina è definitivamente confermata ed il 26 giugno Bork giura davanti al *Chief Justice* Warren Burger come *Solicitor General* degli Stati Uniti¹⁰⁰.

Diversamente dal ruolo eminentemente politico dell'*Attorney General*, il *Solicitor General* è figura essenzialmente giuridica, deputata a selezionare quali ricorsi i singoli uffici federali debbano proporre e, poi, a gestire la *litigation* nel caso in cui si arrivi davanti alla Corte Suprema¹⁰¹. Sebbene l'aspettativa di una "normale" attività strettamente tecnico-costituzionale sia stata presto disattesa dagli eventi, può essere interessante cogliere il maggiore contributo tecnico-costituzionale che Bork ha portato, nella giurisprudenza della Corte Suprema, in qualità di *Solicitor General*: la difesa della costituzionalità della pena di morte¹⁰².

In *Gregg v. Georgia*¹⁰³, infatti, diverse cause si trovavano riunite per la discussione davanti alla Corte Suprema, in quanto tutte relative allo stesso principio di diritto: l'incostituzionalità della pena di morte per contrarietà all'Ottavo emendamento ed al suo divieto di «punizioni crudeli e inusuali»¹⁰⁴. Bork, coadiuvato dagli assistenti Randolph e Easterbrook¹⁰⁵, rigetta le conclusioni dei ricorrenti, attraverso un'importante analisi storica che costituisce tutt'oggi il punto di partenza per gli studi sull'Ottavo emendamento¹⁰⁶.

Certamente, afferma Bork, dal punto di vista delle «intenzioni e delle pratiche dei costituenti, il risultato del presente caso non sarebbe in discussione», per il semplice fatto che la Costituzione stessa fa riferimento alla pena di morte, seppur implicitamente, nel Quinto e Quattordicesimo emendamento¹⁰⁷. Tuttavia, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema – che interpreta la clausola come un divieto di tutte quelle pene che contrastino con i «mutevoli standard di decenza che definiscono il progresso di una civiltà che si fa più matura»¹⁰⁸ – la pena di morte rimane costituzionale: evidenza principe della compatibilità con gli standard morali del tempo risiede nel fatto che «[negli ultimi quattro anni] almeno trentacinque stati e gli Stati Uniti [*idest*, la legislazione federale] hanno previsto la pena di morte per almeno alcuni crimini, ed altri stati stanno meditando se fare altrettanto»¹⁰⁹. Inoltre, la decisione sull'appropriatezza della pena di morte per determinati reati – che gli appellanti giudicavano

¹⁰⁰ *Ivi*, 33-34.

¹⁰¹ *Id.*, *The Problems*, cit., 703.

¹⁰² Che la riaffermazione della costituzionalità della pena di morte sia stata il suo contributo principale è affermazione dello stesso *id.*, *Saving Justice*, cit., 3. Cfr. anche *id.*, *The Tempting*, cit., 274-275.

¹⁰³ 428 U.S. 153 (1976), in R. Bork, *A Time to Speak. Selected Arguments and Writings*, Wilmington, 2008, 5 ss.

¹⁰⁴ U.S. Const. amend. VIII.

¹⁰⁵ R. Bork, *op. ult. cit.*, 62.

¹⁰⁶ J.F. Stinneford, *The Original Meaning of "Unusual". The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, 102 *Nw. U. L. Rev.* 1739, 1751-1753 (2008), e *id.*, *The Original Meaning of "Cruel"*, 105 *Geo. L.J.* 441 (2017), 459 ss.

¹⁰⁷ R. Bork, *op. ult. cit.*, 13-14.

¹⁰⁸ La notoria formula risale a *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

¹⁰⁹ R. Bork, *op. ult. cit.*, 33.

insussistente – deve essere deferita a favore del giudizio legislativo¹¹⁰. L'*opinion* rigetta poi le deduzioni di eccessiva discrezionalità¹¹¹, di discriminarietà razziale¹¹² e di problematicità procedurali della pena di morte¹¹³.

Ad ogni modo, come detto in precedenza, il portato strettamente giuridico allo studio della Costituzione americana non è il motivo per cui l'esperienza di Bork come *Solicitor General* è famosa. Da una parte, in qualità di *Solicitor General*, Bork firmerà l'*opinion* sulla perseguibilità di Spiro Agnew, Vicepresidente di Nixon coinvolto da un giro di corruzione risalente ai tempi in cui Agnew era Governatore del Maryland. Dall'altra parte, Bork diventerà l'«Esecutore» (*Executioner*) nel famigerato *Saturday Night Massacre*, *idest* la sera del 20 ottobre, 1973, in cui, al termine di uno scontro tra lo *Special prosecutor* per il caso *Watergate*, Archibald Cox, e l'amministrazione Nixon, il Presidente chiederà ai vertici del *Department of Justice* di licenziare Cox¹¹⁴.

La vicenda Agnew prende forma nell'agosto del 1973, quando il *Wall Street Journal* rende nota una indagine interna al *Department of Justice* nei confronti dell'allora Vicepresidente per presunte tangenti ricevute durante il suo mandato come Governatore del Maryland¹¹⁵. Spiro Agnew era in quel momento figura estremamente popolare tra i repubblicani, accreditato per succedere al posto di Nixon come «beniamino» della «maggioranza silenziosa»¹¹⁶.

In prima battuta, Agnew rigetterà tutte le accuse, rispondendo al mittente gli approcci di Al Haigh, *Chief of Staff* di Nixon, e Elliot Richardson, nel frattempo succeduto a Kleindienst come *Attorney General*, per farlo dimettere spontaneamente¹¹⁷. Nel tempo di due settimane, tuttavia, Agnew si convince ad accettare un *nolo contendere plea* – una sorta di patteggiamento senza ammissione di colpevolezza – con conseguenti dimissioni dello stesso¹¹⁸. Per quanto rimangano dubbi sui motivi del repentino cambiamento, è difficile non attribuire un ruolo all'*opinion* depositata da Bork, in qualità di *Solicitor General*: definita «muscolare» da Richardson¹¹⁹, in essa si afferma l'incriminabilità diretta della figura del Vicepresidente, contrastando la tesi dei legali di Agnew per cui, esattamente come per il Presidente, sarebbe stata necessaria l'interposizione di una procedura di *impeachment*¹²⁰.

In ogni caso, l'evento per cui è maggiormente ricordata l'esperienza di Bork come *Solicitor General* è la sua decisione di eseguire l'ordine di Nixon finalizzato al

¹¹⁰ *Ivi*, 23-24.

¹¹¹ *Ivi*, 47-51.

¹¹² *Ivi*, 41-43.

¹¹³ *Ivi*, 43-45.

¹¹⁴ Cfr. per un breve riassunto della vicenda ed il conio dell'appellativo di «esecutore» P. Phillips, *A Study of Robert Bork*, 19 *Ariz. St. L.J.* 425 (1987).

¹¹⁵ P. Levy, *Spiro Agnew, the Forgotten Americans, and the Rise of the New Right*, 75 *Historian* 707, 732-33 (2013).

¹¹⁶ *Ivi*, 731.

¹¹⁷ *Ivi*, 733.

¹¹⁸ *Ivi*, 736.

¹¹⁹ R. Bork, *Saving Justice*, cit., 67.

¹²⁰ Cfr. *id.*, *Brief Against Vice President Spiro Agnew*, in *id.*, *A Time to Speak*, cit., 83-98.

licenziamento di Archibald Cox, *Special prosecutor* per il “caso *Watergate*”: a seguito dell’arresto, nel giugno del 1972, di cinque uomini che stavano tentando di inserire delle microspie presso il quartier generale della campagna dei Democratici – appunto, il *Watergate Hotel* – una scandalizzata opinione pubblica americana spingerà il Congresso ad iniziare, nelle sue due diverse articolazioni, un’indagine sugli eventi.

Dimessosi dalla carica l’*Attorney General* Kleindienst, Nixon sceglie come sostituto l’allora *Secretary of Defense* Elliot Richardson. Come racconta Bork stesso, «il *Judiciary Committee* del Senato condizionò la conferma di Richardson alla nomina di un procuratore speciale gradito al Senato»¹²¹ per l’indagine *Watergate*: «sotto grande pressione, Richardson scelse il suo passato professore di diritto Archibald Cox. Si trattava di una scelta particolarmente sfortunata; Cox era un uomo integro, ma era anche il *protégé* del senatore Edward Kennedy – il più intenso avversario di Nixon – ed era intimamente vicino all’intera famiglia Kennedy»¹²². A completare il quadro, il mandato speciale di Cox era stato redatto in termini generici da Richardson, tali da permettere a Cox, e soprattutto al suo ufficio – stipato, ricorderà Bork, di militanti anti-Nixon – di estendere di fatto le loro indagini oltre il semplice caso *Watergate*¹²³.

Lo scontro con Nixon divenne inevitabile. Quando Cox inoltrò la sua ennesima richiesta di accedere ad alcune registrazioni ambientali effettuate nello Studio ovale, Nixon – dopo aver tentato in vari modi di denegare l’accesso facendo valere l’*executive privilege*¹²⁴ – acconsentì a consegnare i nastri ad una figura terza, John Stennis, senatore stimato in modo trasversale dalle diverse parti politiche, il quale avrebbe scrutinato le registrazioni e consegnato a Cox soltanto quelle rilevanti per il caso *Watergate*. In un primo momento, sembrò che Cox avesse accettato la proposta e, per questo, la sera di venerdì 19 ottobre Bork chiamerà Elliot Richardson, artefice del compromesso, per congratularsi¹²⁵.

Sabato 20 ottobre diventerà, contro le previsioni del venerdì, un giorno centrale nella storia di Bork. Archibald Cox, in una celebre conferenza, declinerà la proposta di Nixon. Subito dopo aver visto in diretta la conferenza di Cox, Bork è convocato nell’ufficio di Richardson. Né questi né il suo vice, Ruckelshaus, si sentono in grado di adottare l’ordine, appena trasmesso dal Presidente, di licenziare Cox, e decidono di dimettersi. Entrambi chiedono a Bork se questi pensa di poter eseguire l’ordine. «Posso licenziarlo, ma dopo mi dimetterò», risponderà Bork¹²⁶.

Lo stesso sabato, Bork va a colloquio da Nixon, il quale, dopo avergli espresso il rammarico per gli sviluppi della vicenda *Watergate* – per la quale

¹²¹ R. Bork, *op. ult. cit.*, 31.

¹²² *Ivi*, 32.

¹²³ *Ivi*, 70.

¹²⁴ *Idest* «il diritto del Presidente e di altri vertici dell’esecutivo di non fornire determinate informazioni al Congresso, alle corti ed in ultima istanza al pubblico». M. Rozell, *Executive Privilege and the Modern Presidents. In Nixon's Shadow*, 83 *Minn. L. Rev.* 1069 (1999).

¹²⁵ R. Bork, *op. ult. cit.*, 78-79.

¹²⁶ *Ivi*, 82.

«voleva una indagine [*prosecution*], non una persecuzione [*persecution*]»¹²⁷ – gli chiede se desiderasse essere confermato come *Attorney General*, dal momento che le dimissioni di Richardson e Ruckelshaus lo avevano automaticamente reso *Attorney General* “supplente”. Bork declinerà, sostenendo che non sarebbe stato opportuno¹²⁸. Nel congedarlo, tuttavia, Nixon gli confida che lui sarebbe stato «il prossimo, quando una posizione si fosse liberata in Corte Suprema»: Bork afferma, in ogni caso, di non aver mai creduto alla possibilità che Nixon sarebbe stato in grado di eleggerlo¹²⁹.

Si concluderà così, sull'adombramento di una nomina alla Corte Suprema, il *Saturday Night Massacre* – ove il massacro era, giornalmisticamente, la falcidia dei vertici del Dipartimento di giustizia – una giornata che rimarrà indelebile nella storia politica americana¹³⁰. Nei giorni successivi, Bork deciderà, su pressione degli stessi Richardson e Ruckelshaus, di non dimettersi «per il bene del Dipartimento», che sarebbe rimasto di fatto senza una figura di vertice¹³¹. La gestione da parte sua dell'intera vicenda porterà a due risultati: da una parte, Bork entra nello status, in positivo e in negativo, di personaggio pubblico¹³². Dall'altra, si cementa l'immagine di un giurista che antepone la fedeltà ad una rigorosa interpretazione della Costituzione – qui declinata nel rigido rispetto della prerogativa presidenziale di gestire, gerarchicamente, il *Department of Justice*¹³³ – a qualsiasi valutazione personale e politica. Grazie a questa prova concreta, il profilo di Bork diverrà allora particolarmente interessante per un successivo Presidente desideroso di rimettere in ordine l'apparato giudiziario federale degli Stati Uniti.

5. Il giudice originalista: Bork giudice federale per la Corte d'Appello del Distretto di Columbia

Continuando l'attività di *Solicitor General* per i primi anni della Presidenza Ford – elevato nel frattempo da vicepresidente a seguito dell'*impeachment* di Nixon – Bork si dimette dalla carica di *Solicitor General* il 20 gennaio 1977¹³⁴. Dopo aver deciso di tornare a Yale, nel 1980 gli è significativamente affidata la cattedra di diritto pubblico, intitolata all'amico fraterno, scomparso nel 1974, Alexander M. Bickel¹³⁵. A soli cinque anni dal ritorno all'insegnamento, tuttavia, Bork lascia di nuovo Yale, questa volta definitivamente. Nel dicembre del 1981, infatti, accetta

¹²⁷ *Ivi*, 85.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ivi*, 86.

¹³⁰ Cfr. D. Downs, *AGAC: Beyond the Massacre*, 47 *U.S. Att'ys Bull.* 11 (1999).

¹³¹ R. Bork, *op. ult. cit.*, 82.

¹³² *Ivi*, 92.

¹³³ *Ivi*, 98-99.

¹³⁴ *Ivi*, 113.

¹³⁵ R. Bork, *Alexander Bickel 1924-1974, The Alternative*, Apr. 1975, e *id.*, *The Legacy of Alexander M. Bickel, Yale Law Report*, Fall 1979, entrambi ora in *id.*, *A Time To Speak*, cit., rispettivamente 679 ss., 684 ss. Sull'assunzione della cattedra cfr. Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. IV, Washington, 1989, 5026.

la candidatura a giudice della Corte d'Appello del Distretto di Columbia¹³⁶ da parte di Reagan, risultando confermato per voto unanime dal Senato il 2 febbraio seguente¹³⁷.

Dei sei anni che Bork trascorre in Corte d'appello rimane, non sorprendentemente, il ritratto di un giudice deferente verso le scelte del legislatore, ma al tempo stesso pronto a far valere i diritti costituzionali sulla legge ogniqualvolta questa si fosse posta in diretto contrasto con la Costituzione. Per dirla con Peter Phillips, autore di un ritratto equilibrato – e forse ancora oggi insuperato – sul “Bork Giudice di Corte d'Appello”, «Bork era maestro delle tecniche con cui una corte può evitare o posporre una questione costituzionale sconveniente o inappropriata»¹³⁸.

Il *judicial restraint* di Bork si manifesta, ad esempio, nel frequente uso della «dottrina della “questione politica” per evitare la legiferazione giudiziale»¹³⁹. Così Bork sarà favorevole al rigetto della pretesa di un gruppo di parlamentari repubblicani per una «disproporzionata assegnazione dei rappresentanti repubblicani alle commissioni della Camera [da parte della maggioranza democratica] ed il conseguente decrescimento della loro influenza rappresentativa»¹⁴⁰. In una *concurrency* «concisa ed elegante»¹⁴¹, Bork dichiarerà improcedibile la richiesta sostenendo che, in base alla separazione dei poteri che informa la Costituzione americana, non fosse possibile, per la Corte, conoscere di tale questione. Allo stesso modo, Bork concorderà nel denegare giurisdizione alla causa di risarcimento mossa contro alcuni Stati arabi dai sopravvissuti ad un attacco terroristico: anche qui, nella *concurrency opinion* di Bork emerge la volontà di lasciare questioni essenzialmente politiche agli organi politici e, contemporaneamente, di dare valore al dato procedurale, il quale avrebbe comunque richiesto una apposita autorizzazione per l'applicazione di un trattato internazionale in un tribunale federale¹⁴².

Di tutti i casi trattati in Corte d'Appello, tre suscitarono una eco particolare. In *Dronenburg v. Zech*¹⁴³, Bork firmò una *majority opinion* che confermava la decisione di una Corte inferiore rigettante il reclamo di un ex militare della Marina licenziato per atti omosessuali sul luogo di lavoro, in accordo con il regolamento della Marina militare¹⁴⁴. Il militare in questione, James Dronenburg, chiedeva tuttavia che la disposizione regolamentare fosse dichiarata in contrasto con il suo *right of privacy* per come definito in *Griswold v. Connecticut* e nei casi ad esso

¹³⁶ Non “una corte come le altre”: cfr. J.G. Roberts Jr., *What Makes the D.C. Circuit Different? A Historical View*, 92 *Va. L. Rev.* 375 (2006).

¹³⁷ Cfr. il database del Congresso degli Stati Uniti presso www.congress.gov/nomination/97th-congress/891.

¹³⁸ P. Phillips, *op. cit.*, 445

¹³⁹ *Ivi*, 446.

¹⁴⁰ In *Vander Jagt v. O'Neil*, 699 F.2d 1166, 1177 (1983). Cfr. P. Phillips, *op. cit.*, 446.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ivi*, 447-448.

¹⁴³ 741 F.2d 1388 (D.C. Cir. 1984), ora in in R. Bork, *A Time To Speak*, cit., 132 ss.

¹⁴⁴ *Ivi*, 133.

successivi¹⁴⁵. Bork, dapprima, evidenzia come la Corte Suprema non abbia mai ritenuto il diritto ad avere rapporti omosessuali come inerente il *right of privacy* e precisa che, stante la natura assolutamente generica di questo diritto, non ci si poteva che attenere alle esemplificazioni del *right of privacy* fatte dalla Corte stessa¹⁴⁶. Inoltre, «se la rivoluzione nei *mores* sessuali che il ricorrente afferma sarà mai a venire, pensiamo che essa debba affermarsi attraverso le scelte delle persone e i loro eletti rappresentanti, non attraverso gli ukase di questa corte»¹⁴⁷.

In *Ollman v. Evans & Novak*¹⁴⁸, Bertell Ollman, professore di scienze politiche di fede marxista, chiedeva il risarcimento danni per la diffamatoria affermazione di due *columnists* del *Washington Post* i quali avevano riportato l'opinione di un collega di Ollman, rimasto anonimo, secondo cui questi non «godeva di alcuna considerazione nella professione, ma era un puro e semplice attivista»¹⁴⁹. Bork, concorrendo nell'*opinion* di maggioranza denegante la domanda risarcitoria, affermerà la necessità di un'analisi contestuale per verificare il carattere diffamatorio dell'articolo, imposta dalla natura del Primo emendamento, «il cui centro è noto ma i cui limiti e contorni sono mal definiti e [pertanto, i giudici] affrontano la mai conclusa operazione di discernere il significato della clausola da un caso all'altro»¹⁵⁰. Dimostrandosi fedele alle idee espresse in *Neutral Principles*, Bork affermerà che «è compito del giudice dell'attuale generazione individuare come i valori dei costituenti, definiti nel mondo che loro conoscevano, si applicherebbero al mondo che noi conosciamo»¹⁵¹. Per questo, avendo Bork concluso in *Neutral Principles* che l'unico discorso protetto costituzionalmente è quello politico¹⁵², ed essendo Ollman «entrato nell'arena politica in cui la discussione accesa deve essere attesa e deve essere protetta»¹⁵³, l'«iperbolico» commento riportato dai *columnists* Evans e Novak doveva ottenere la copertura del Primo emendamento¹⁵⁴.

Sempre nell'ambito della libertà di parola tutelata dal Primo emendamento, *Lebron v. Washington Metropolitan Area Transit Authority*¹⁵⁵ offriva invece l'occasione per verificare la coerenza dell'interpretazione borkiana in un caso in cui – diversamente da *Ollman* – le simpatie personali di Bork non potevano che essere per il destinatario dell'attacco “diffamatorio”. Michael Lebron aveva infatti richiesto uno spazio pubblicitario all'autorità (pubblica) dei trasporti metropolitani di Washington (“WTMA”), salvo vedersela rigettare a causa della critica al Presidente Reagan contenuta nel poster che Lebron intendeva esporvi¹⁵⁶.

¹⁴⁵ *Ivi*, 136.

¹⁴⁶ *Ivi*, 143-144.

¹⁴⁷ *Ivi*, 145.

¹⁴⁸ 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984), ora in R. Bork, *A Time To Speak*, cit., 148 ss.

¹⁴⁹ *Ivi*, 150.

¹⁵⁰ *Ivi*, 152.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² V. *supra*, par. 3.

¹⁵³ *Ivi*, 162.

¹⁵⁴ *Ivi*, 163, 172-274.

¹⁵⁵ 749 F.2d 893 (D.C. Cir. 1984), ora in R. Bork, *A Time to Speak*, cit., 176 ss.

¹⁵⁶ *Ivi*, 176.

Partendo dal presupposto che «non ci sono dubbi sul fatto che l'immagine qui in gioco trasmette un messaggio politico»¹⁵⁷, l'*opinion of the Court*, redatta da Bork, ritenne irrilevante la questione della verità o falsità del messaggio: il rifiuto della WTMA era una chiara ipotesi di censura politica, vietata dal Primo emendamento¹⁵⁸.

La stagione giudiziale di Bork risulta così interessante per due diversi motivi: da una parte, come emerge dai casi citati, si può vedere una tendenziale, non scontata, convergenza tra le idee di Bork come professore e la sua attività giudiziale. Da altra parte, il trascorso di giudice presso la «seconda più importante corte del paese»¹⁵⁹ arricchisce la figura di Bork, già nota pubblicamente per il *Saturday Night Massacre*, di una ulteriore qualifica come «uomo di Stato». A questo punto, vi era soltanto uno scalino per poterne «completare» il profilo: la Corte Suprema degli Stati Uniti.

6. La mancata conferma di Bork come giudice della Corte Suprema

La narrazione dei diversi passaggi della vicenda che porterà Bork a fallire la conferma in Senato come *Associate Justice* della Corte Suprema rimane fuori dalla portata, ed in qualche modo anche dalla finalit , di questo scritto¹⁶⁰. In ogni caso, si rende necessario ripercorrerne i passaggi essenziali per capire come mai, quasi unanimemente, la dottrina la ritenga un momento di svolta nella storia costituzionale statunitense¹⁶¹.

Con l'elezione di Reagan nel 1980, i repubblicani riprendono il controllo della Presidenza, persa dopo la sconfitta di Gerald Ford per mano di Jimmy Carter. Dopo aver nominato Sandra Day O' Connor nel suo primo mandato, nel secondo Reagan nomina altri due giudici alla Corte Suprema: Antonin Scalia, giudice federale insieme a Bork nel Distretto di Columbia e primo italoamericano alla Corte Suprema, ed il *Chief Justice* William Rehnquist.   solo con l'annuncio del ritiro a vita privata del *Justice* Lewis Powell, tuttavia, che si apre per Reagan una

¹⁵⁷ *Ivi*, 179.

¹⁵⁸ *Ivi*, 183-184.

¹⁵⁹ C. Tobias, *The D.C. Circuit as a National Court*, 48 *U. Miami L. Rev.* 159, 183 (1993-1994).

¹⁶⁰ Cfr., *ex multissimis*, S. Garment, *The War Against*, cit., 17 ss.; M. Gitenstein, *Matters of Principle. An Insider's Account of America's Rejection of Robert Bork's Nomination to the Supreme Court*, New York, 1992; E. Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*, New York, 1989, su cui v. A. Arthur, *Battle For Justice. How the Bork Nomination Shook America*, 1989 *BYU L. Rev.* 1277 (1989); N. Viera, L. Gross, *op. cit.*; P. Simon, *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, Bethesda, 1992.

¹⁶¹ V. la bibliografia nella prima nota di F. Guliuzza III, D.J. Reagan, D.M. Barrett, *Character, Competency, and Constitutionalism: Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria?*, 75 *Marq. L. Rev.* 409, 409 (1992). Lo studio di Guliuzza, Reagan e Barrett sostiene, controcorrente, che «non vi   stato un sicuro cambiamento [nelle nomine dei giudici alla Corte Suprema] tra il pre-Bork e il post-Bork» (*ivi*, 432). Sostengono invece la natura di «svolta» della mancata conferma di Bork, in base agli stessi dati dell'analisi di Guliuzza, Reagan e Barrett, A. Ogundele, L. Camp Keith, *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, 52 *Pol. Res. Q.* 403 (1999).

possibilità che nemmeno Nixon, con le sue quattro nomine, aveva avuto: alterare l'equilibrio della Corte, fino ad allora in salde mani democratiche, in direzione repubblicana¹⁶².

Reagan decide di pescare un'altra volta dalle fila della Corte d'appello del distretto di Columbia ed il 1° luglio 1987 ufficializza la scelta di Robert Bork. In una celebre conferenza, dopo aver elogiato le qualifiche di Bork, Reagan affermerà: «La Corte Suprema degli Stati Uniti è il custode della Costituzione. [...] Il giudice Bork, ampiamente considerato il più importante ed intellettualmente potente avvocato della deferenza giudiziale, condivide il mio punto di vista, per cui le preferenze personali e i valori dei giudici non dovrebbero essere parte della loro interpretazione costituzionale. Il principio guida della deferenza giudiziale riconosce che sotto la Costituzione è esclusiva competenza del legislatore adottare le leggi ed è ruolo dei giudici interpretarle»¹⁶³.

Bork ricorda di essersi detto certo della conferma in Senato in forza dell'appoggio convinto del Presidente¹⁶⁴. Di fatto, comunque, la fiducia di Bork poteva sensatamente fondarsi sulle proprie capacità, dimostrate in trentaquattro anni di attività come avvocato, professore, *Solicitor General* e giudice della Corte d'Appello: il suo *cursus honorum* era semplicemente impareggiabile¹⁶⁵. Tanto in termini scientifici quanto di attività nell'amministrazione pubblica, il *curriculum* di Bork poteva vantare una evidente superiorità, ad esempio, nei confronti di quello dell'ex collega Antonin Scalia, confermato all'unanimità dal Senato soltanto l'anno precedente¹⁶⁶.

Tuttavia, un conto era la nomina di Scalia come giudice “conservatore” di minoranza, un altro la sostituzione di un giudice come Powell che, seppur di ispirazione conservatrice, aveva fornito il quinto decisivo voto nell'adozione di diverse pronunce “attiviste” da parte della Corte¹⁶⁷. Ancor più grave – quasi una dichiarazione di guerra – era la sua sostituzione con un professore che si era reso insolitamente noto per vigorosi attacchi all'attivismo giudiziario e che, nell'ultima decade, insisteva nel perorare la causa dell'intento originale del costituente come unico mezzo ermeneutico che potesse salvare la Corte Suprema dallo sconfinamento nella politica.

Quarantacinque minuti dopo l'intervento di Reagan, Edward Kennedy – la cui strada si era già incrociata con quella di Bork¹⁶⁸ – prenderà la parola in Senato per declamare un celebre e potente discorso: «l'America di Robert Bork è una terra in cui le donne sono costrette ad aborti illegali, i neri mangiano in tavoli separati,

¹⁶² J.L. Blasecki, *Justice Lewis F. Powell: Swing Voter or Staunch Conservative?*, 52 *J. Pol.* 530, 531 (1990).

¹⁶³ R. Reagan, *Public Papers of the Presidents of the United States: Ronald Reagan (1988)*, vol. I, Washington, 1990, 40-41.

¹⁶⁴ R. Bork, *Saving Justice*, cit., 116.

¹⁶⁵ Cfr. B.A. Ackerman, *Transformative Appointments*, 101 *Harv. L. Rev.* 1164 (1988); S. Carter, *The Confirmation Mess*, 101 *Harv. L. Rev.* 1185 (1988).

¹⁶⁶ Scalia, tuttavia, aveva una solida base politica come nota S. Garment, *op. cit.*, 18.

¹⁶⁷ V. J.L. Blasecki, *op. et loc. ult. cit.*, e R. Dworkin, *The Bork Nomination*, cit., 102.

¹⁶⁸ V. *supra*, par. 4.

la polizia può sfondare le porte dei cittadini con incursioni a mezzanotte, agli studenti non è possibile insegnare l'evoluzionismo, gli scrittori e gli artisti possono essere censurati a piacimento [...], e le porte delle corti federali sono chiuse sulle mani di milioni di cittadini per i quali la magistratura è spesso l'unica protettrice dei diritti individuali che rappresentano il cuore della nostra democrazia»¹⁶⁹. Con il discorso di Kennedy, «la guerra contro Robert Bork»¹⁷⁰ era ufficialmente aperta.

A fianco della mobilitazione parlamentare, diverse associazioni della società civile, di stampo *liberal*, lanciano una campagna mediatica senza precedenti contro la candidatura di Bork, il cui costo finale ammonta ad una cifra tra i 10-15 milioni di dollari spesi in pubblicità negativa¹⁷¹. Alcune iniziative diverranno iconiche: *People for the American Way*, importante organizzazione *liberal*, produrrà un celebre spot in cui su una lieta famiglia nucleare incombe la lugubre figura di Bork. Gregory Peck, attore e voce dello spot, commenta in sottofondo: «Robert Bork vuole essere giudice [*Justice*] della Corte Suprema ma il suo record dimostra che ha una strana idea di cosa la giustizia [*justice*] sia. Ha difeso le tasse fisse e i test di alfabetizzazione che hanno impedito a molti americani di votare. Si è opposto alle leggi sui diritti civili che hanno posto fine ai cartelli “per soli bianchi” ai tavoli. Non crede che la Costituzione protegga il tuo diritto alla riservatezza e pensa che la libertà di parola non si applichi alla letteratura, all'arte ed alla musica. Robert Bork potrebbe avere l'ultima parola sui tuoi diritti come cittadino, ma il Senato ha l'ultima parola su di lui. Per favore spingi i tuoi senatori a votare contro la nomina di Bork perché se Robert Bork prende un posto alla Corte Suprema, sarà per la vita, sua e tua»¹⁷².

In conseguenza di questo ed altri inviti a fare pressione contro la conferma di Bork, numerose lettere vengono inviate a diverse entità politiche per generare un «senso di urgenza» sulla nomina di Bork, senso che si traduce, a sua volta, in fondi finalizzati ad impedirla¹⁷³. Di tutte le pressioni esercitate, sarà particolarmente rilevante quella che associava Bork alla segregazione razziale – quasi ironicamente, tra l'altro, poiché *Brown* era l'unica sentenza controversa per cui Bork aveva trovato un fondamento originalista. Il dipinto di Bork come oppositore delle libertà delle persone di colore renderà infatti impossibile ai senatori democratici degli Stati del Sud, astrattamente più vicini alle posizioni di Bork, sostenerne la candidatura, per la paura di perdere il sostegno dell'elettorato afroamericano nelle successive elezioni¹⁷⁴. Questo passaggio risulterà decisivo nella bocciatura di Bork¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Citato in R. Bork, *The Tempting*, cit., 268.

¹⁷⁰ S. Garment, *op. cit.*, 17.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Il video è disponibile in www.youtube.com/watch?v=NpFe10lkF3Y. Cfr. anche S. Garment, *op. cit.*, 20.

¹⁷³ J.M. Green, *Your Past and the Press! Controversial Presidential Appointments: a Study Focusing on the Impact of Interest Groups and Media Activity on the Appointment Process*, Lanham, 2004, 109.

¹⁷⁴ S. Garment, *op. cit.*, 20-21.

¹⁷⁵ *Ibid.*

Martedì 14 settembre, 1987, si aprono i cinque giorni in cui Bork è interrogato dal *Judiciary Committee* del Senato. La base per l'interrogazione di Bork sono, sostanzialmente, *Neutral Principles* e la sua critica a *Griswold* e al *right of privacy* – in base al quale era stata nel frattempo significativamente decisa *Roe v. Wade*. Insieme a *Neutral Principles*, Kennedy e gli altri senatori fanno leva su di un articolo del 1963¹⁷⁶ in cui Bork avrebbe definito il principio sottostante il *Civil Rights Act* del 1963 come «un principio di insorpassata bruttezza»¹⁷⁷. Anche qui si trattava di una manipolazione: ciò che era di “insorpassata bruttezza”, nell'articolo di Bork, era l'imposizione statale dell'obbligo di relazionarsi a qualsiasi persona, in danno alla libertà di ciascuno di decidere con chi associarsi: «il principio di tale legislazione è che se io trovo il tuo comportamento orribile in base ai miei *standards*, morali o estetici, e se tu sei testardo nel non adottare il mio punto di vista sulla situazione, io sono giustificato nel richiedere che lo Stato ti costringa alla mia giusta via. Questo è in sé un principio di insorpassata bruttezza»¹⁷⁸. Nello stesso articolo Bork, tra l'altro, affermava che «sulla bruttezza della discriminazione razziale non vi sono dubbi»¹⁷⁹.

La strategia degli oppositori alla conferma è limpida: “vendere” la posizione di Bork sul ruolo dei giudici come un'opposizione ai diritti civili e politici affermati nelle pronunce “attiviste” della Corte Suprema. Dal punto di vista sostanziale, l'accusa era difficile da sostenere: già in passato Bork si era detto favorevole al contenuto morale di almeno alcune delle pronunce “attiviste” della Corte. La sua critica alle decisioni derivava interamente dal fatto che, in forza della Costituzione, non spettava alla Corte prendere quelle decisioni, ma al popolo americano.

Bork stesso, va detto, non aiuterà particolarmente la sua nomina, rispondendo punto per punto alle argomentazioni dei senatori con “completezza analitica” ed una certa sardonicità nell'esposizione. Passerà alla storia la sua risposta alla domanda sul perché desiderasse diventare giudice della Corte Suprema: «credo sarebbe un banchetto intellettuale soltanto poter essere lì, leggere gli atti e discuterli con i consulenti e [...] con i colleghi»¹⁸⁰. Lungi dall'accreditare Bork come “autentico giurista”, la risposta imprimerà l'immagine di un intellettuale austero, potenzialmente insensibile alle pretese di giustizia dei cittadini: «le persone osservavano Bork, consideravano la sua postura giudiziale, e si immaginavano davanti a lui con l'accusa di guida in stato di ebbrezza o di avere una luce di posizione fuori uso. Non sembrava un tipo comprensivo o che avrebbe preso in considerazione circostanze attenuanti. Sembrava, e parlava, come un uomo che ti avrebbe punito il più duramente possibile – forse come un uomo che avrebbe punito il più duramente possibile l'intero Paese»¹⁸¹.

Al termine delle *Confirmation Hearings* la candidatura di Bork è gravemente compromessa. Gli eventi in Senato risentono della potente campagna

¹⁷⁶ R. Bork, *Civil Rights – A Challenge*, *The New Republic*, Aug. 1963.

¹⁷⁷ Parole sempre di Ted Kennedy. Cfr. Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 26.

¹⁷⁸ R. Bork, *op. ult. cit.*, 22.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 854.

¹⁸¹ T. Shales, *The Bork Turnoff*, *The Washington Post*, Oct. 9, 1987.

dell'azionismo *liberal*. Come ricorda Susan Garment – in un profilo che, scritto nel 1988, rimane ancora invidiabile per nitidezza e esaustività – uno dei più grandi risultati della campagna fu l'essere riusciti a bloccare la testimonianza favorevole di John Baker, professore di colore dell'Università dell'Oregon, «una persona che non poteva essere considerata distaccata dalla comunità nera. La sua apparizione sarebbe stata un significativo aiuto alla causa di Bork». Raggiunto da una chiamata di un membro dello staff di Metzenbaum – uno dei senatori più agguerriti contro la nomina di Bork – gli venne anticipato che, se fosse apparso, «la maggioranza [del *Judiciary Committee*] avrebbe accusato Baker, davanti alle telecamere, di non essere qualificato per le questioni costituzionali che erano al centro del dibattito su Bork. Per di più, la maggioranza avrebbe ricordato la storia del perché Baker avesse lasciato il ruolo di *Dean* alla Howard Law School» – vicenda in cui Baker aveva affermato di essersi dimesso perché non erano stati destinati sufficienti fondi al Dipartimento, mentre il Presidente dell'Università sosteneva che Baker non avesse ritirato le sue domande «estorsive» per un aumento salariale. Dichiarando di «non poter reggere la tensione», «Baker chiamò la Casa Bianca e cancellò la deposizione»¹⁸².

Il 9 ottobre sono oramai diverse le persone vicine a Bork che gli suggeriscono di ritirarsi per evitare lo scorno della bocciatura¹⁸³. Tuttavia, per affermare una «questione di principio», Bork deciderà di insistere, nonostante la certezza della sconfitta, per costringere il Senato ad un rifiuto espresso e, con esso, ad una assunzione di responsabilità sulla vicenda¹⁸⁴. Venerdì 23 ottobre, alle ore 2:00, il Senato rigetta la conferma di Bork per 58 a 42, «il più largo margine di sempre per una nomina alla Corte Suprema»¹⁸⁵.

Perché Bork non è stato confermato dal Senato? Le risposte sono plurime, esattamente come i punti di vista su Bork medesimo. I sostenitori della nomina trovano nella deliberata equivocazione delle posizioni di Bork e nella politicizzazione della conferma le cause, insieme una certa timidezza di Reagan nel difendere il suo candidato. La risposta ufficiale degli oppositori è che la filosofia del diritto di Bork, con la sua insistenza alla fedeltà all'intenzione del Costituente e al conseguente *judicial restraint*, si collocava «fuori dal mainstream della giurisprudenza costituzionale americana», per dirla con le comunque sempre efficaci parole di Kennedy¹⁸⁶.

¹⁸² S. Garment, *op. cit.*, 24.

¹⁸³ Suggerimento che prontamente accetterà il candidato “successore” di Bork, Douglas Ginsburg, la cui conferma sarà invece compromessa dalle posizioni ondivaghe sull'aborto e della scoperta che questi aveva fatto uso di marijuana quando era studente di diritto ad Harvard. Come noto, gli eventi porteranno infine alla nomina di Anthony Kennedy. Cfr. N. Vieira, L. Gross, *op. cit.*, 185.

¹⁸⁴ Cfr. M. Gitenstein, *Matters of Principle*, cit., 12.

¹⁸⁵ M.J. Heale, *Contemporary America. Power, Dependency and Globalization since 1980*, Oxford, 2011, 101.

¹⁸⁶ Così nel celebre “*Robert Bork's America*”. Cfr. Senator E.M. Kennedy, in Aa.Vv., *Congressional Record. United States Senate*, 100th Cong. 1st Sess. 133 Cong Rec S 9188, Vol. 133 No. 110, 18518-18519.

Certamente, l'approccio di Bork all'interpretazione e applicazione costituzionale andava in direzione ostinata e contraria rispetto all'orientamento recente della Corte Suprema, specialmente degli ultimi due decenni, ma il fatto che il *mainstream* fosse favorevole all'interventismo dei giudici e alle decisioni più attiviste dalla Corte Suprema non era confermato da alcuna evidenza empirica. Anzi, la stessa campagna contro Bork, fondamentalmente impostata sul fraintendimento tra la sua concezione dell'interpretazione costituzionale e le sue personali posizioni etico-politiche può far pensare esattamente il contrario: il fatto che i *liberal* non abbiano contestato il punto centrale della *scholarship* di Bork – a chi spetta decidere in una democrazia costituzionale? – ma siano ricorsi a forme di studiati fraintendimenti, laddove non ad autentiche manipolazioni, tradisce una certa insicurezza sulla effettiva collocazione del *mainstream* americano in materia di interpretazione costituzionale.

Ciò che è certo è che la vicenda di Bork lascia un segno indelebile nella storia politica americana, che Morton Horwitz – manifestatamente non un *supporter* di Bork – definisce come un «grande spartiacque nell'interpretazione costituzionale»¹⁸⁷. In primo luogo, il caso Bork cambia le regole di ingaggio per le future candidature alla Corte Suprema: un procedimento che prima era ritenuto essenzialmente giuridico, volto a saggiare una competenza tecnica, è divenuto oggi una procedura più ideologicamente connotata, spostando l'attenzione dal record giuridico del candidato alle sue posizioni etico-politiche¹⁸⁸. Come sintetizza pittorescamente David Yalof, «nel bene o nel male, la naufragata nomina di Robert Bork nel 1987 ha continuato a gettare la sua lunga ed influente ombra su tutte le nomine successive alle corti di vertice»¹⁸⁹.

Inoltre, la “vicenda Bork” avrà un chiaro effetto sul profilo dei futuri candidati alla Corte Suprema. *Neutral Principles* aveva costituito una ricca riserva di “appigli” per gli oppositori di Bork: il comandamento implicito per ogni candidato diviene allora quello di non lasciare tracce scritte (“*paper trails*”). Questo incentivo al “non scrivere”, ovviamente, implica un vantaggio per personaggi accademicamente sconosciuti, se non intellettualmente deboli¹⁹⁰. Inoltre, l'insegnamento implicito delle *Confirmation Hearings* di Bork è di evitare qualsiasi trattazione sostanziale, specialmente se franca, di problemi di diritto davanti al *Judiciary Committee* del Senato americano¹⁹¹. Il giudizio più chiaro lo dà Elena

¹⁸⁷ M. Horwitz, *The Bork Nomination in American Constitutional History*, 39 *Syracuse L. Rev.* 1027, 1029 (1988).

¹⁸⁸ «Esiste una concordia quasi universale sul fatto che la nomina di Robert Bork nel 1987 ha fatto scattare un nuovo regime nel voto del Senato sulle nomine presidenziali – un regime che mette in secondo piano l'etica, la competenza e l'integrità ed enfatizza la politica, la filosofia e l'ideologia». L. Epstein, R. Lindstädt, J. Segall, C. Westerland, *The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees*, 68 *J. Pol.* 296, 296 (2006). Nello stesso senso A. Ogundele, L. Camp Keith, *op. cit.*, 415-416.

¹⁸⁹ D. Yalof, *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, 1999, 207.

¹⁹⁰ Cfr. M. Comiskey, *The Senate Confirmation Process and the Quality of U.S. Supreme Court Justices*, 38 *Polity* 295, 295-96 (2006).

¹⁹¹ Cfr. oggi, su questo punto, il fondamentale lavoro di C. Shapiro, *The Language of Neutrality*

Kagan, futura giudice della Corte Suprema: «le interrogazioni successive [a quella di Bork] hanno proposto al pubblico delle recite insulse e superficiali, in cui la ripetizione di frasi vacue ha preso il posto della discussione dei punti di vista e gli aneddoti personali hanno soppiantato l'analisi legale»¹⁹².

Infine, l'eredità più profonda, e forse anche più positiva, della vicenda Bork è lo scopercchiamento all'attenzione del popolo americano delle vicende che coinvolgono la Costituzione e la Corte Suprema, il ruolo dei giudici e l'interpretazione costituzionale. Il caso Bork diviene un'eccezionale cassa di risonanza per termini come “*judicial activism*”, “*judicial restraint*” e, non ultimo, “*original intent*”. In una sorta di eterogenesi dei fini, Bork consegue il risultato di riportare la Costituzione al centro del dibattito pubblico, sottraendone l'esclusiva trattazione all'università e ai giudici: «è stata l'occasione in cui la nazione si è sintonizzata sui dibattiti sul nostro futuro costituzionale in un modo senza precedenti»¹⁹³; il confronto sulla conferma di Bork «ha coinvolto un numero più largo di cittadini e portato più persone dentro serie discussioni sui valori costituzionali di qualsiasi altra vicenda costituzionale dai tempi del piano di allargamento della Corte di Roosevelt»¹⁹⁴.

Successivamente agli eventi legati alla mancata conferma, Bork decide, nel 1988, di abbandonare il ruolo di giudice di Corte d'Appello. Le motivazioni sono offerte da Bork stesso, nella lettera di dimissioni a Reagan: «La mia esperienza come suo candidato per il ruolo di giudice associato della Corte Suprema degli Stati Uniti mi ha reso acutamente consapevole delle restrizioni sulla mia possibilità di rispondere a determinate questioni. Per diversi mesi svariati gruppi ed individui hanno sistematicamente distorto non solo la mia storia e il mio approccio giudiziale ma, cosa ancor più importante, la funzione propria dei giudici nella nostra democrazia costituzionale [...] Se come giudice non posso parlare contro questo tentativo di alterare la tradizionale natura delle nostre corti, ritengo importante collocarmi in una posizione in cui possa farlo»¹⁹⁵.

7. *The Tempting of America* e «l'intendimento originale» della Costituzione

Il prodotto “diretto” della fallita conferma è *The Tempting of America* del 1990, best-seller di pubblico e opera che consacra definitivamente Bork nello studio sull'interpretazione costituzionale. Per Bork si tratta dell'interruzione di un laborioso silenzio dal giorno del fallimento della sua candidatura alla Corte Suprema. Probabilmente consapevole dell'attenzione che verrà in ogni caso riservata alle sue parole, Bork coglie l'occasione per contestualizzare la vicenda che lo ha coinvolto in un quadro più ampio: «la mia nomina [...] fu semplicemente una battaglia all'interno di una risalente guerra per il controllo della nostra cultura

in *Supreme Court Confirmation Hearings*, 2 *Dickinson L. Rev.* 585 (2018).

¹⁹² E. Kagan, *The Confirmation Mess*, 62 *U. Chi. L. Rev.* 919, 941 (1995).

¹⁹³ M. Horwitz, *The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*, 50 *U. Pitt. L. Rev.* 655 (1989).

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ In R. Reagan, *op. cit.*, 40.

giuridica, la quale, a sua volta, è parte di una più larga guerra per il controllo della nostra cultura in generale»¹⁹⁶.

Rivelare al cittadino americano lo svolgimento di questa lotta in un linguaggio compressibile e chiaro diviene allora il fondamentale obiettivo di *The Tempting of America*. Si spiega così il motivo per cui il commento di Bork agli eventi che hanno portato alla sua mancata conferma arrivi, nel libro, soltanto come terza ed ultima parte. Per comprendere gli eventi che hanno interessato la sua nomina alla Corte Suprema è necessario, per Bork, avere chiara la «caduta» della Corte Suprema americana e sapere chi siano stati i suoi principali artefici: i professori delle università americane.

Nella prima parte del volume, Bork offre al lettore un “volo d’aquila” sui più importanti e discussi casi del diritto costituzionale americano. Oltre a riprendere le considerazioni già svolte in *Neutral Principles* su *Griswold* e *Brown*, Bork si cimenta nell’analisi di altri pietre miliari della giurisprudenza costituzionale americana: così, Bork fonda il controllo di costituzionalità su di una sua “classica” inferenza dalla struttura della Costituzione, per sopperire alla nota fragilità della motivazione del *Chief Justice* Marshall in *Marbury v. Madison*¹⁹⁷; ancora, Bork mostra come il *Substantive Due Process*, storicamente utilizzato per ampliare i “diritti civili”, debba i propri natali al *Justice* Taney, il quale lo impiegò per la prima volta in *Dred Scott v. Sandford* al fine di riportare uno schiavo al suo padrone¹⁹⁸; cimentandosi per la prima volta su *Roe v. Wade*, Bork la definisce un «*fiat*», una sentenza arbitraria che non ha mai veramente detto quale sia il fondamento del diritto costituzionale all’aborto¹⁹⁹.

In generale, Bork intende sottolineare come la «caduta» della Corte Suprema – cioè l’abbandono del suo ruolo di garanzia in favore dell’attivismo – sia continuata in presenza di maggioranze tanto conservatrici quanto progressiste. Nonostante siano da sempre esistiti giudici che tentavano di inoculare i propri valori attraverso l’interpretazione costituzionale²⁰⁰, la loro affermazione è un fenomeno novecentesco, che ha avuto nella *Warren Court* il momento di svolta ed è poi ininterrottamente continuato fino ai tempi recenti. In tanto, allora, la Corte “conservatrice” di *Dred Scott* o *Lochner* non si distingue dalla Corte “progressista” di *Griswold* e *Roe*, in quanto entrambe hanno abusato della loro funzione, violando il significato della Costituzione per conseguire un risultato politico che la democrazia, attraverso le sue istituzioni rappresentative, avrebbe invece dovuto determinare.

La seconda parte di *The Tempting of America* intende allora individuare i responsabili di questa «caduta» della Corte Suprema: i professori di diritto delle università americane i quali hanno sviluppato diverse teorie giusfilosofiche – tutte

¹⁹⁶ R. Bork, *The Tempting*, cit., 271. Cfr. anche R. Bork, *Introduction*, in *id.*, (a cura di), “*A Country I Do Not Recognize*”. *The Legal Assault on American Values*, Stanford, 2005, xvi, xxx, xxvi.

¹⁹⁷ 5 U.S. 137 (1803), su cui R. Bork, *The Tempting*, cit., 20-25.

¹⁹⁸ 60 U.S. 393 (1857), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 28-34.

¹⁹⁹ 410 U.S. 113 (1973), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 111-114.

²⁰⁰ Bork fa l’esempio del *dissent* di Samuel Chase in *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 19-20.

descritte e rigettate da Bork – con l'unico obiettivo di far trionfare idee e valori sui quali non riescono a trovare l'accordo politico della maggior parte degli americani. In un catalogo di nomi che spazia da Laurence Tribe – ispiratore delle affermazioni di Edward Kennedy – all'amico Alexander Bickel, Bork critica le diverse teorie accomunate da un'interpretazione «revisionista» del significato del testo costituzionale al fine di conseguire risultati politici di stampo liberale. Al tempo stesso, Bork denuncia anche i revisionisti di orientamento conservatore, che, seppur minoritari, utilizzano le stesse tecniche dei revisionisti *liberal* per finalità politiche opposte.

Ciò che tuttavia maggiormente importa, ai fini della presente analisi, è il contrasto di queste teorie revisioniste della Costituzione con quella che per Bork è l'unica corretta metodologia di interpretazione costituzionale: l'«intendimento originario» (*original understanding*). Infatti, prima di affrontare il pensiero di ciascun «revisionista costituzionale», Bork riafferma il suo canone per la corretta interpretazione della Costituzione ed il celebre settimo capitolo di *Tempting of America*, che apre la seconda parte, diviene così la culla di quello che diverrà il «nuovo originalismo»²⁰¹.

L'argomentazione di Bork è lineare: «quando parliamo di “diritto”, ci riferiamo ordinariamente a regole che non possiamo cambiare se non attraverso apposite procedure. Questa affermazione postula che le regole abbiano un significato indipendente dai nostri desideri. Altrimenti non ci sarebbe alcun bisogno di accordarsi sulle procedure per cambiare le regole. Le leggi, possiamo essere d'accordo, possono essere cambiate per emendamento o abrogazione. La Costituzione può essere cambiata attraverso un emendamento conforme alle procedure disciplinate dall'articolo V. La previsione di apposite procedure implica che né una legge né la Costituzione possano essere cambiate dai giudici. Nonostante questo sia spesso avvenuto, non è in alcun modo corretto»²⁰².

Ma qual è, allora, questo «significato delle regole che i giudici non possono cambiare»²⁰³? Per Bork, «è il significato inteso al momento dell'adozione dell'atto. Sebbene abbia scritto dell'intendimento dei costituenti della Costituzione, dal momento che loro l'hanno adottata e resa diritto, si tratta di una formulazione infelice, poiché ciò che i costituenti credevano di stare adottando deve essere inteso come il significato che il pubblico del tempo avrebbe derivato da quelle parole»²⁰⁴. Ecco che, in questa coppia di pagine, si assiste al passaggio dall'originalismo come intenzione originale del legislatore (*original intent*) all'originalismo come «significato pubblico originale» (*original public meaning*)²⁰⁵.

Attraverso l'«intendimento originario» Bork riesce a vincere i fantasmi che già aleggiavano, storicamente, sulle sue analisi intorno all'«*original intent*». Fin dai

²⁰¹ Cfr. K. Whittington, *The New Originalism*, 2 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 599 (2004), 599 ss.

²⁰² R. Bork, *op. ult. cit.*, 143.

²⁰³ *Ivi*, 144.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Bork parla, in effetti, solo di «*original understanding*», laddove la formulazione che si affermerà storicamente è quella dell'«*original public meaning*» o, più semplicemente, «*original meaning*». Cfr. G. Lawson, *Proving the Law*, 86 *Nw. U. L. Rev.* 859, 875 (1992).

tempi di *The Antitrust Paradox*, infatti, Bork era consapevole delle difficoltà di rinvenire l'intenzione del legislatore qualora questa fosse intesa come intenzione storica soggettiva. In tale frangente Bork superava questa difficoltà in modo, ad essere generosi, "pragmatico": «i problemi e l'artificialità nell'attribuire un "intento" ad un ente misurabile di uomini sono ben note. Non abbiamo bisogno di riflettere su questa cosa. La giustificazione per ignorare le difficoltà inerenti l'intenzione del legislatore risiede primariamente nel fatto che le corti regolarmente "trovano", descrivono, e si affidano a questa intenzione»²⁰⁶. Nel frattempo, ad aggravare il quadro, era intervenuta l'importante critica di Paul Brest che, in un celebre articolo del 1980²⁰⁷ aveva sollevato decisivi dubbi sulla possibilità di isolare l'intenzione originaria di organismi collettivi – come, appunto, l'assemblea costituente di Philadelphia – nel momento in cui questa dovesse coincidere con la "somma delle intenzioni soggettive"²⁰⁸ dei singoli delegati. Preso nella sua forma più ingenua, l'*original intent* non sembrava poter funzionare²⁰⁹.

Bork non ha difficoltà a prendere le distanze da questa versione dell'originalismo in *The Tempting of America*: «è importante essere chiari su questo. La ricerca non riguarda l'intenzione soggettiva. Se scoprissimo una lettera da George Washington a Martha in cui le confidava di non intendere il potere di imporre tributi nel modo in cui altre persone lo intendono, questo non cambierebbe la nostra interpretazione della Costituzione in alcun modo»²¹⁰. Come fare allora per capire il senso di una disposizione della Costituzione? «Tutto ciò che conta è il modo in cui le parole della Costituzione sarebbero state intese al tempo. L'intendimento originario si manifesta così nelle parole usate e nei materiali secondari, come dibattiti alle assemblee, discussioni pubbliche, articoli di giornali, dizionari in uso al tempo, e così via». In *The Tempting of America* è come se Bork accettasse le critiche di Brest ed individuasse nel «significato pubblico originario» la soluzione alle difficoltà epistemologiche dell'originalismo²¹¹.

E se i costituenti avessero invece inteso adottare delle regole che potessero essere reinterpretate nel tempo? Per Bork, soccorre qui l'«intendimento originario dell'intendimento originario» («*original understanding of original understanding*»). Citando eventi storici come il rigetto di una proposta della delegazione dello Stato di Virginia – finalizzata ad attribuire un potere di veto sul Congresso ad un Concilio di revisione composto da membri dell'esecutivo e della magistratura – ovvero citando il pensiero espresso di Alexander Hamilton nel settantottesimo scritto del *Federalista* – ove Hamilton riprende l'idea montesqueiana del giudiziario

²⁰⁶ R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 56-57.

²⁰⁷ P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *B.U. L. Rev.* 204 (1980).

²⁰⁸ Il conio del termine «*summing problem*» per descrivere l'impossibilità di definire quale, tra i tanti intenti dei costituenti, debba ritenersi determinante nell'attribuzione di significato è attribuibile a R. Bennett, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, 73 *Cornell L. Rev.* 355, 355 (1988). Tuttavia, il contenuto della critica risale sempre a P. Brest, *op. cit.*, 215-217.

²⁰⁹ P. Brest, *op. cit.*, 209-217.

²¹⁰ R. Bork, *The Tempting*, cit., 144.

²¹¹ Gary Lawson – clerk di Scalia e uno degli studiosi ringraziati nell'apertura di *The Tempting of America* – attribuisce parte del merito di questo cambiamento, nel pensiero di Bork, a Steven Calabresi, assistente di Bork nella redazione dell'opera. Cfr. G. Lawson, *Reflections*, cit., 1472.

come “potere nullo” – Bork sostiene che era esattamente l'intendimento originale dei costituenti che la Costituzione fosse interpretata secondo il suo intendimento originario²¹².

Grazie al settimo capitolo di *The Tempting of America* – insieme con una celebre conferenza di Scalia²¹³ – l'originalismo si trasforma così da una ricerca sull'*intento* originario delle disposizioni della Costituzione ad un'indagine sul *significato* originario delle medesime²¹⁴. *The Tempting of America* diviene allora il “locus classicus” del «nuovo originalismo», *idest* dell'interpretazione costituzionale come ricerca del «significato pubblico originario» della Costituzione, unica metodologia che può, citando il sottotitolo dell'opera di Bork, salvare la Corte Suprema dalla «seduzione politica del diritto»²¹⁵.

8. I limiti dell'impostazione costituzionale borkiana

Nei ventidue anni successivi alla pubblicazione di *The Tempting of America* Bork si dedicherà ad attività diverse, dal professore di diritto, all'avvocato, al consulente politico. Incessante sarà però la scrittura di libri e articoli, che toccheranno temi nuovi come lo Stato d'Israele²¹⁶ o la giurisdizione universale²¹⁷.

Tuttavia, la produzione di Bork successiva a *The Tempting of America* ha un minore respiro dal punto di vista delle innovazioni nel suo pensiero giuridico, e forse non senza ragioni: il «nuovo originalismo» è ormai venuto alla luce, trovando nel settimo capitolo di *The Tempting of America* il suo manifesto teorico. Una volta “risolto” il problema della corretta metodologia costituzionale, Bork può dedicarsi a spiegare le ragioni culturali sottostanti la lotta tra originalisti e nonoriginalisti, tra sostenitori del *judicial restraint* e del *judicial activism*. In altre parole, se in Bork avevano sempre convissuto, fin dal tempo degli studi sull'*antitrust*, analisi del dato giuridico-interpretativo e studio delle assunzioni ideologiche, politiche e culturali ad esso sottostanti, nella fase successiva a *The Tempting of America* la seconda dimensione prende il sopravvento.

Opera più importante di Bork come “studioso della cultura” è *Slouching Towards Gomorrah* del 1996²¹⁸, anch'esso New York Times Bestseller. Qui Bork ricostruisce la genesi della cultura *liberal*, stigmatizzandola come un periodo di fondamentale decadenza, una sorta di regressione dell'intelletto e dei valori della società americana²¹⁹. Per quanto le considerazioni di Bork siano ben organizzate ed in alcuni punti decisamente interessanti, il suo contributo all'interpretazione della cultura statunitense soffre forse della sua formazione comunque settoriale. Se paragonato, per esempio, a *The Culture of Narcissism*, ove Christopher Lasch

²¹² R. Bork, *op. ult. cit.*, 153-155.

²¹³ A. Scalia, *Originalism. The Lesser Evil*, 57 *U. Cinn. L. Rev.* 849, 849-866 (1989).

²¹⁴ Cfr. K. Whittington, *op. ult. cit.*, 605-612.

²¹⁵ Il sottotitolo, appunto, di R. Bork, *The Tempting*, cit.

²¹⁶ R. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, 2003, 111-130.

²¹⁷ *Id.*, *A Country*, cit., xxx-xxvi.

²¹⁸ *Id.*, *Slouching Towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline*, New York, 1996.

²¹⁹ *Ivi*, 123-139.

afferitava posizioni simili a quelle di Bork – egualmente stigmatizzanti, cioè, la decadenza e la vacuità della culturale *liberal* americana²²⁰ – *Slouching Towards Gomorrah* emerge come trattazione di minor respiro, priva di quelle complessità storiche, sociologiche e psicoanalitiche che hanno reso celebre l'analisi di Lasch.

Se l'approccio giuridico di Bork negli ultimi venti anni non vive particolari stravolgimenti, può essere invece molto interessante riflettere sui punti deboli dell'interpretazione costituzionale borkiana, per come messi in luce dall'evoluzione dell'originalismo a lui successivo. Infatti, il dato generale che caratterizza l'interpretazione costituzionale statunitense successiva a *The Tempting of America* è la vittoriosa affermazione dell'originalismo: «siamo tutti originalisti ora»²²¹, per dirla con Lawrence Solum, che riprende, a sua volta, una celebre frase di Elena Kagan durante le sue *Confirmation Hearings* come giudice della Corte Suprema²²².

Il nonoriginalismo, come applicazione della Costituzione che non ritiene insuperabile l'intenzione del costituente o, quantomeno, la ritiene bilanciabile con altri valori, non ha trovato continuatori degni di nota²²³. Anche quanti, tutt'ora, sembrano rigettare l'etichetta di “originalisti” finiscono per abbracciarne, inconsapevolmente, gli assunti fondamentali, partecipando alla svolta storicista della dottrina costituzionale americana²²⁴. Da un dibattito *sull'originalismo* – *idest*, sulla vincolatività da attribuire all'intenzione del legislatore, ritenuta inderogabile dagli originalisti ed invece superabile, a determinate condizioni, nelle più diverse forme di nonoriginalismo – si è così passati ad un dibattito *nell'originalismo* – *idest*, sul corretto modo di interpretare ed applicare l'intenzione dei padri costituenti, in ogni caso considerata vincolante e “imbilanciabile”.

Tuttavia, “affermazione dell'originalismo” non significa necessariamente “affermazione dell'originalismo borkiano”: al contrario, pur accettando la grande premessa originalista – la vincolatività della Costituzione – alcuni aspetti dell'originalismo borkiano incontrano oggi scarso favore. Da una parte,

²²⁰ C. Lasch, *The Culture of Narcissism*, New York-London, 224-228.

²²¹ L. Solum, *We Are All Originalists Now*, in L. Solum, R. Bennett, *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca-London, 2011, 1 ss.

²²² «Siamo tutti originalisti». Aa.Vv., *The Nomination of Elena Kagan to Be an Associate Justice of The Supreme Court of The United States*, Washington, 2010, 62. Peraltro, parte del successo dello slogan deriva dal commento di Laurence Tribe alla “conversione originalista” di Ronald Dworkin: cfr. L. Tribe, *Comment*, in A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, 67, e L. Rosenthal, *Originalism in Practice*, 87 *Ind. L. J.* 1183, 1244 (2012).

²²³ Il riferimento rimane pertanto P. Brest, *op. cit.* Per una recente difesa della teoria della «Costituzione vivente» – la storica alternativa all'originalismo – v. D. Strauss, *The Living Constitution*, cit. Per una interpretazione “progressista” della Costituzione cfr. E. Chemerinsky, *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, 2018, 57-59.

²²⁴ Un tipico esempio è J. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution. For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford, 2015, il quale, ponendosi nel solco di Dworkin, inevitabilmente segue il destino “diversamente originalista” di quest'ultimo: cfr. K. Whittington, *Dworkin's “Originalism.” The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, 62 *Rev. Pol.* 197 (2000).

l'originalismo si sviluppa in direzione *liberal*, nel momento in cui importanti costituzionalisti appartenenti a tale tradizione, anziché opporsi frontalmente all'originalismo, lo fanno approdare a risultati opposti a quelli di Bork, facendo leva sulle «maestose generalità della Costituzione»²²⁵. Dall'altra parte, gli studiosi più fedeli alla tradizione borkiana e scaliniana dell'originalismo – giornalmisticamente ritenuti di spirito conservatore – ne hanno egualmente emendato alcuni punti.

Nella prima direzione, autori come Randy Barnett e Jack Balkin, pur abbracciando l'idea dell'originalismo come «significato pubblico originario», hanno tuttavia concluso che «almeno alcune disposizioni della Costituzione sono propriamente interpretabili solo ad un livello di generalità molto ampio. Laddove molti “vecchi” originalisti si opponevano all'idea che le disposizioni “aperte” e chiaramente attribuenti diritti, nella Costituzione, conferiscano una larga discrezionalità ai giudici nel dichiarare e proteggere diritti che non sono specificamente enumerati, i nuovi originalisti hanno iniziato ad argomentare che la fedeltà al significato originario impone di concludere che alcune di quelle disposizioni richiedono proprio questo»²²⁶. Al loro fianco, si staglia, tuttora – inevitabilmente – l'ombra di Ronald Dworkin e del suo «*moral reading*» della Costituzione²²⁷.

La critica che emerge, implicitamente, all'originalismo di Bork da questo filone *liberal* è la difficoltà di applicare “neutralmente” alcune previsioni generali della Costituzione – ad esempio, il divieto di «punizioni crudeli e inusuali» dell'Ottavo emendamento – tanto a circostanze nuove quanto in presenza di una modificazione dei costumi sociali. Da questo punto di vista, le “clausole astratte” della Costituzione americana continuano, inevitabilmente, ad essere una fonte di problemi per l'originalista borkiano.

All'opposto e, se vogliamo, “nel solco di Bork”, originalisti come Gary Lawson, Steven Calabresi e Lawrence Solum, tra gli altri, hanno approfondito ed emendato diversi aspetti dell'originalismo di Bork. Dal punto di vista strettamente epistemologico, la riflessione è divenuta più “sofisticata”, almeno da quando giuristi come Lawson e Solum hanno dato un taglio intensamente filosofico all'indagine. I problemi dell'applicazione costituzionale originalista sono stati così affrontati attraverso gli strumenti della filosofia analitica, della pragmatica e dell'analisi conversazionale²²⁸. Alla “svolta storicista” portata dall'originalismo si è così affiancata una “svolta analitico-filosofica”.

Tra i vari “raffinamenti” concettuali dell'originalismo successivo a Bork, un posto privilegiato è ricoperto dalla distinzione tra “interpretazione costituzionale” (*constitutional interpretation*) e “costruzione costituzionale” (*constitutional*

²²⁵ Dalla famosa definizione del Justice Jackson: «the majestic generalities of the Bill of Rights». *W. Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943).

²²⁶ P. Smith, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 *Hastings L.J.* 707, 716 (2011).

²²⁷ Il grande continuatore della visione dworkiniana è J. Fleming, *op. cit.*

²²⁸ Cfr. G. Lawson, *Reflections*, cit., spec. 1472-1477, e L. Solum, *Originalist Methodology*, 84 *U. Chi. L. Rev.* 269 (2017).

construction)²²⁹. Nel momento interpretativo si perviene “semplicemente” alla comprensione del significato della disposizione e se in alcuni casi questo significato “piano” può essere risolutivo per la risoluzione di un “caso della vita”, la genericità della norma ovvero dubbi sulla sussumibilità della controversia entro la formulazione giuridica – magari perché il particolare caso non sarebbe potuto mai essere nell’orizzonte di significato dell’autore: si pensi all’estensione della libertà di manifestazione del pensiero alle innovazioni tecnologiche²³⁰ – richiedono altre operazioni intellettuali per la “costruzione” (*construction*) della regola specifica da applicarsi al caso concreto. Dal ragionamento per analogia all’interpretazione sistematica, queste operazioni collaterali sono accettate come un atto necessariamente creativo del giudice – seppur non arbitrario – che in tal caso si spinge al di là del “mero significato” ottenuto attraverso l’interpretazione.

Insieme ad una, per così dire, maggiore complicazione concettuale dell’originalismo, gli studiosi originalisti moderni sono accomunati da una cesura metodologica con l’impostazione di Bork, che denota per certi versi il maggiore limite di quest’ultimo. Nel pensiero di Bork, infatti, ‘originalismo’ significava due cose ad un medesimo tempo: da una parte, un’operazione intellettuale volta a scoprire il significato originario del testo – contro, quelle interpretazioni antistoriche che leggono il testo costituzionale secondo i sentimenti e gli intendimenti del tempo presente (la “Costituzione vivente”); dall’altra, inestricabilmente, ‘originalismo’ implicava anche la posizione *politica* per cui l’applicazione del diritto doveva avvenire in conformità con quel «significato pubblico originario» ottenuto attraverso l’indagine cognitiva. Oggi, gli eredi più vicini dell’opzione originalista borkiana considerano le due attività assolutamente distinte: ad una svolta “storica” e “filosofica” si è assiste una dunque ad una svolta “scientifico-metodologica” nell’originalismo.

Il motivo è presto detto: ci si è resi conto che, per quanto quotidianamente connesse, le due operazioni hanno una fibra assolutamente diversa. Indagare il significato di un determinato testo – la Costituzione – per capire che cosa il suo autore – i costituenti – intendessero comunicare è un’operazione «avalutativa», per dirla con Weber²³¹: in quanto tale, esse può svolgersi secondi i metodi propri della scienza (*in primis*, analisi storica e teoria del linguaggio). Diversamente, sostenere che cosa le corti ed in generale gli interpreti del diritto *debbano* fare è un’attività politica che importa valutazioni di giustizia (è giusto applicare il diritto secondo il significato originario o possono esservi dei motivi validi per non farlo, ad esempio il fatto che sia stato posto in essere da un regime totalitario?) le quali necessariamente trascendono la stretta analisi scientifico-empirica, chiamando in causa la coscienza e la moralità del singolo. Nelle parole di Lawson e Seidman:

²²⁹ *Id.*, *We Are All Originalists Now*, cit., 3-4, 22-26. L’esposizione centrale della distinzione in questione risiede in K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999, 1-16, 195-212.

²³⁰ Cfr., per un parallelismo tra questo tipo di problematica giuridica e l’applicazione della *Torah*, S. Levine, *The Constitution as Poetry*, 49 *Seton Hall L. Rev.* 737 (2019).

²³¹ M. Weber, *Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, in *id.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922, 451 ss.

«non abbiamo nulla da dire sull'opportunità che un qualche individuo, e particolarmente i pubblici ufficiali che girano armati o comandano le persone che girano armate, debbano seguire le istruzioni contenute nella Costituzione, una volta invenute. Questa è una questione di moralità politica, non di teoria dell'interpretazione»²³².

Questa svolta “scientifico-metodologica” dell'originalismo finisce, implicitamente, per mettere in luce uno dei grandi potenziali auto-frantendimenti di Bork. Questi, infatti, contrastava l'utilizzo della filosofia morale in ambito giuridico, salvo non rendersi conto che, nel trattare unitamente ricerca del «significato pubblico originale» e deontologia giudiziale, finiva con l'assumere egli stesso una ben precisa politica giudiziale: dove i *liberal* volevano emendare il diritto, Bork, semplicemente, voleva conservarlo.

Per dirla nei termini forse più familiari della filosofia del diritto italiana, sintetizzati nelle limpide parole di Guastini: il principale limite metodologico di Bork risiede nella confusione tra «positivismo metodologico» con «positivismo ideologico», tra scienza e politica del diritto²³³. E per un giurista che ha sempre rivendicato l'autonomia scientifica della ricerca giuridica e che ha fatto della neutralità un elemento centrale della propria *jurisprudence* si tratta di una contraddizione interna, inevitabilmente, non di poco conto.

9. Conclusione

Nel presente contributo si è tentato di offrire una sintesi delle idee e alla figura di Robert Bork, che ha lasciato un segno molto profondo nella storia costituzionale statunitense. In estrema sintesi, si potrebbe dire che Robert Bork è stato un giurista “controcorrente” – per dirla con le parole dei suoi critici: “fuori dal corso principale” (*out of the mainstream*) – che ha rivendicato il valore della stretta aderenza dell'intenzione del legislatore nell'interpretazione giuridica – nel campo del diritto *antitrust* prima ed in quello costituzionale poi – e che ha contribuito in misura determinante alla cristallizzazione dell'originalismo nella dottrina del «significato pubblico originario».

Tuttavia, difficilmente Bork avrebbe accettato la qualifica di giurista controcorrente, essendosi sempre concepito come un mero continuatore di quella tradizione, appunto, “originale” del diritto statunitense, che affonda le proprie radici nella visione dei padri costituenti²³⁴. Come scrive nella lettera di dimissioni a Reagan: «Lei mi ha nominato presso la mia attuale Corte e alla Corte Suprema proprio perché difendo la visione tradizione del ruolo dei giudici nella Costituzione. È una visione che risale alla fondazione della nostra nazione e che è stata articolata da, tra gli altri, James Madison, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton e Joseph Story. [...] Questa visione, molto semplicemente, afferma che un giudice debba applicare alle attuali circostanze i principi fissati da coloro che

²³² G. Lawson, G. Seidman, *Originalism as a Legal Enterprise*, 23 *Const. Comment.* 47, 53 (2006).

²³³ R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, n. 2/2007, 1380-1383.

²³⁴ R. Bork, *The Tempting*, cit., 154-155.

adottarono la nostra Costituzione e non inventarsi dei nuovi personali principi». E prosegue, citando un suo vecchio scritto: «“In una democrazia costituzionale il contenuto morale del diritto è definito dal costituente o dal legislatore, mai dalla moralità del giudice. Il solo compito di quest’ultimo – ed è un compito abbastanza grande per la saggezza, abilità e verità di chiunque – è di tradurre la moralità del costituente o del legislatore in una regola che disciplini circostanze non previste. Nell’astenersi dal dare libero sfogo ai propri desideri, nella continua e consapevole rinuncia di potere, risiede la moralità del giurista”. Quella era la mia visione allora ed è la mia visione oggi»²³⁵.

La citazione mette in luce l’intima connessione tra originalismo e forma di stato. Dal punto di vista istituzionale, l’originalismo borkiano significa infatti una decisa riaffermazione dell’elemento democratico all’interno dello Stato costituzionale²³⁶. Prima ancora che un teorico dell’originalismo e della fedeltà alla “Costituzione originaria”, Bork si è sempre concepito come un estimatore del valore della democrazia rappresentativa, in diretta contrapposizione all’oligarchia di quelle *elites* intellettuali che, non riuscendo a trionfare a livello popolare, sovrappopolano, per Bork, le file dell’apparato giudiziario e universitario, tentando a suo parere di far prevalere le proprie ideologie “non a monte” – in seno al normale dibattito democratico – ma a valle – in sede di applicazione giudiziale.

L’originalismo diviene pertanto, per Bork, il rimedio giuridico ad un problema politico e culturale – l’«Olimpianismo» di Kenneth Minogue²³⁷ – per cui alcune “minoranze illuminate” ritengono le proprie posizioni morali così oggettivamente superiori rispetto a quelle “degli altri” da poterle sottrarre al controllo democratico: «gli olimpianici sono altamente sospettosi del popolo: “la democrazia è l’unico mezzo di coordinazione sociale tollerabile, ma fintantoché la maggioranza della persone non è divenuta illuminata, essa deve essere imbrigliata dentro un quadro di diritti che la legislazione olimpianica continuamente estende [...]”. Come previsto, la Corte Suprema, che è il legislatore preferito degli olimpianici, inventa costantemente nuovi diritti per imbrigliare una maggioranza inilluminata»²³⁸. Da questo punto di vista, «l’originalismo fornisce la speranza che la struttura costituzionale del nostro Paese verrà mantenuta»²³⁹.

Per quanto sia presto per parlare una svolta in senso originalista-borkiano alla Corte Suprema – che passerebbe, inevitabilmente, per il doloroso *overruling* di certe decisioni, a partire da *Roe v. Wade* – le recenti nomine della Presidenza Trump sembrano annunciare un’inversione di tendenza rispetto ad un secolo di quasi incontrastata affermazione dell’interventismo giudiziario. Se così dovesse essere, l’originalismo diverrebbe la dimostrazione empirica che l’attivismo

²³⁵ *Ibid.* La citazione interna è da *id.*, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, Washington, 1984, 11.

²³⁶ Cfr. R. Bork, *The Tempting*, cit., 351.

²³⁷ K. Minogue, “*Christophobia*” and the West, *The New Criterion*, Jun. 2003.

²³⁸ R. Bork, “*A Country I Do Not Recognize*”, cit., xx-xxi. La citazione interna è di K. Minogue, *op. cit.*, 10.

²³⁹ R. Bork, *Saving Justice*, cit., 123.

giudiziario non è un corollario delle “democrazie costituzionali” ma ne rappresenta soltanto una, pur frequentissima, possibilità.

Sotto diverso profilo, ed in questo superando anche una certa contraddittorietà insita nel pensiero stesso di Bork, l’originalismo come “teoria dell’interpretazione costituzionale” – contrapposto all’originalismo come politica del diritto, *idest* come “*judicial philosophy*” – rappresenta una forte rivendicazione dell’autonomia della scienza giuridica dai *desiderata* della politica: rivendicazione ancor più rilevante in un ambito materiale in cui determinate esigenze sembrano far sì, per dirla sempre con Bork, che «le regole [non abbiano] un significato indipendente dai nostri desideri»²⁴⁰, e dove ancora spesso gli studiosi sembrano trattare indistintamente descrizione e prescrizione²⁴¹.

Se questi risultati non possono ascriversi esclusivamente a Bork, e debbono invece essere da questo condivisi tanto con gli altri “padri nobili dell’originalismo” quanto con i moderni interpreti originalisti che hanno emendato certi aspetti del pensiero borkiano, è difficile pensare che esisterebbe l’originalismo odierno senza “il caso Robert Bork”. Chissà, allora, che la diffusione dell’originalismo e la recente nomina alla Corte Suprema di giudici che ad esso direttamente si rifanno²⁴² non possano essere per Bork – “l’originalista” per eccellenza – il risultato in fondo più gratificante.

Silvio Roberto Vinceti

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

silvioroberto.vinceti@unimore.it

²⁴⁰ *Id.*, *The Tempting*, cit., 143.

²⁴¹ Come osserva di recente A.D. Kolber, *How to Fix Legal Scholarmush*, 95 *Ind. L.J.* 1191 (2020).

²⁴² Sull’originalismo di Neil Gorsuch cfr. le stesse parole dell’*Associate Justice*: N. Gorsuch, *Why Originalism Is the Best Approach to the Constitution*, *Time* (Sept. 6, 2019) <https://time.com/5670400/justice-neil-gorsuch-why-originalism-is-the-best-approach-to-the-constitution/>. Sull’originalismo di Brett Kavanaugh, dopo alcune esitazioni iniziali, vi è oggi consenso in dottrina: v. L. Baum, *Justice Brett Kavanaugh Joins the Court*, in D. Klein, M. Marietta (a cura di), *SCOTUS 2019. Major Decisions and Developments of the U.S. Supreme Court*, Lowell, 152. Sull’originalismo di Amy Coney Barrett, qualora questa dovesse essere confermata dal Senato, v. *supra*, nota 6.

Gli effetti della crisi sanitaria sull'esercizio del suffragio negli Stati Uniti d'America: considerazioni sul recente contenzioso relativo al voto per corrispondenza e anticipato

di Davide Zecca

Abstract: The effects of the health care crisis upon the exercise of the franchise in the United States of America: remarks about litigation concerning mail in and early balloting – After acknowledging the limits of States' discretion in framing election legislation under the US Constitution, the work attempts to trace the origins of absentee balloting and sketches a tentative portrait of its regulation nationwide before the Covid-19 pandemics. The analysis of the amendments adopted to face the consequences of the health emergency and the stances taken by State and federal courts in adjudging the challenges to these changes enables to draw some remarks on the role of judicial review of election legislation, especially with reference to decisions delivered very close to the date when elections are held.

Keywords: Absentee ballot; Mail in ballot; Early voting; Standard of scrutiny; Elections.

4817

*Si potrebbe andare tutti quanti [al seggio elettorale]
"Vengo anch'io. No, tu no"¹*

1. Introduzione

Il voto per le elezioni presidenziali (e congressuali) statunitensi, il cui risultato è stato sancito dall'*Electoral College* il 14 dicembre scorso sulla base dei dati certificati dagli Stati ed è divenuto definitivo dopo che il Congresso ha confermato l'esito il 6 gennaio, nonostante gli straordinari disordini che hanno investito *Capitol Hill* e il Campidoglio, appare come il più partecipato da oltre un secolo a questa parte², caratterizzato da un'affluenza stimata superiore ai due terzi degli aventi diritto (oltre 239 milioni), con una punta dell'80% di votanti nello Stato del Minnesota, storicamente il primatista in termini di affluenza, e un minimo del 55% in Oklahoma. È senz'altro di rilievo il fatto che in ben venti dei cinquanta Stati

¹ Liberamente ispirato al brano di Enzo Jannacci "Vengo anch'io. No, tu no" (1967).

² Era dalle elezioni presidenziali del 1900 che non veniva superato tale tasso di partecipazione, v. *Voter Turnout in Presidential Elections*, in *The American Presidency Project*, UC Santa Barbara, disponibile all'url: www.presidency.ucsb.edu/statistics/data/voter-turnout-in-presidential-elections (ultimo accesso: 19 dicembre 2020).

dell'Unione il numero di elettori che si sono recati alle urne abbia superato la soglia del 70% del corpo elettorale³.

Se, da un lato, il risultato potrebbe sembrare sorprendente con riferimento a una tornata elettorale svoltasi nel pieno della pandemia da Covid-19 che ha colpito particolarmente duro la Federazione⁴, che avrebbe dovuto almeno astrattamente scoraggiare un'affluenza massiccia alle urne, dall'altro il dato sulla partecipazione degli elettori testimonia un'assai significativa crescita del ricorso a forme di espressione del voto diverse dall'ipotesi tradizionale di voto in presenza nel giorno fissato per la consultazione del corpo elettorale. I dati disponibili stimano che su un totale di oltre 158 milioni di voti espressi dagli elettori, quasi due su tre siano stati a vario titolo voti anticipati (*early votes*), categoria che contempla tanto i voti per corrispondenza quanto quelli espressi di persona in una data precedente il giorno delle elezioni. In particolare, su 101 milioni e mezzo di voti anticipati, sono stati espressi di persona quasi 36 milioni di suffragi, mentre oltre 65 milioni e mezzo di cittadini hanno votato per posta prima dell'*Election day*. Dei 57 milioni circa di voti mancanti all'appello, una maggioranza sono stati espressi presso i seggi elettorali il 3 novembre scorso, mentre alla chiusura dei seggi era stimata una quota di oltre 26 milioni e mezzo di voti per posta che erano già stati espressi ma dovevano ancora pervenire agli uffici elettorali (*outstanding mail in ballots*)⁵.

Tali dati statistici non dovrebbero, tuttavia, essere motivo di stupore, poiché negli Stati Uniti d'America esistono già da molto tempo modalità di voto alternative a quella più frequentemente e tradizionalmente adottata in buona parte dei Paesi nel resto del mondo. Il presente contributo prende le mosse da una breve illustrazione dei poteri della Federazione e degli Stati nella materia elettorale (§2), alla quale segue un succinto inquadramento teorico e una sintetica ricostruzione dell'origine storica delle modalità di voto a distanza e anticipato e della sua diffusione nei decenni più recenti un po' in tutti gli Stati della Federazione (§3). Successivamente, viene offerta una panoramica della regolamentazione di tali modalità di espressione del suffragio nelle varie aree del Paese al 2018, alla quale si ritiene doveroso affiancare un resoconto delle modifiche introdotte per la tornata elettorale dello scorso novembre (§4), in corrispondenza della quale vi sono stati significativi incentivi all'adozione di procedure che consentissero di evitare assembramenti presso i seggi elettorali.

A fronte di tale quadro, si è assistito alla crescita di due forti movimenti d'opinione; l'uno che, sulla scorta dell'esperienza vissuta durante la stagione delle

³ 2020 November General Election Turnout Rates, United States Elections Project, disponibile all'url: www.electproject.org/2020g (ultimo accesso: 15 dicembre 2020), ove sono indicati uno per uno i dati sull'affluenza di ciascuno Stato della Federazione.

⁴ Gli Stati Uniti d'America sono lo Stato che ha certificato il maggior numero di casi di infezione e morte da Sars-CoV2 al mondo (oltre 20 milioni di contagi e oltre 350000 morti alla fine dell'anno 2020), v. COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC su worldometers.info, disponibile all'url: www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=homeAdvegas1?#countries (ultimo accesso: 9 gennaio 2020).

⁵ 2020 General Election Early Vote Statistics, United States Elections Project, disponibile all'url: electproject.github.io/Early-Vote-2020G/index.html (ultimo accesso: 9 gennaio 2021).

elezioni primarie in primavera, promuoveva la rimozione di una serie di adempimenti o ostacoli che, a suo dire, gravavano ingiustificatamente sull'esercizio del voto in una situazione come quella presente; l'altro, capitanato dallo staff della campagna elettorale del Presidente Trump, con il non indifferente supporto di una porzione significativa di candidati, eletti e maggiorenti del Partito repubblicano, che asseriva a più riprese come il voto per corrispondenza e le altre forme di *absentee balloting* viziassero la genuinità del voto e fossero potenzialmente foriere di un numero di brogli elettorali tali addirittura da poter ribaltare l'esito dei comizi e, per tale ragione, andassero sottoposti a limitazioni adeguate. Tale dibattito si è presto tradotto in pratica tramite una pluralità di ricorsi promossi dinanzi a giudici statali e federali, che si sono trovati a dover soppesare le ragioni dell'una e dell'altra parte, addivenendo a esiti non sempre convergenti (§5). Limitando l'analisi al ciclo di pronunce precedenti la data dei comizi, pur facendo fugace menzione del contenzioso post-elettorale, si intende dare conto delle opzioni adottate in termini di standard decisori dalle corti degli Stati e del circuito federale, vagliandone sinteticamente l'adeguatezza a rispondere alle istanze in materia elettorale, concludendo non senza dedicare qualche sintetica considerazione sulla posizione e il ruolo giocato in materia in questa stagione dalla Corte Suprema federale (§6).

2. La disciplina delle elezioni nella dinamica del federalismo statunitense

Per poter correttamente descrivere il fenomeno del voto per corrispondenza o a distanza, è opportuno premettere alla ricostruzione diacronica dell'evoluzione di tale modalità di espressione del suffragio un inquadramento della disciplina costituzionale del diritto di voto nell'ordinamento statunitense, dando conto della ripartizione delle competenze fra la Federazione e gli Stati. Si precisa che quanto segue è volto soltanto a perimetrare i poteri degli enti che formano l'Unione in materia elettorale, tralasciando perciò intenzionalmente alcuna menzione delle altre disposizioni costituzionali alle quali i giudici hanno ricondotto la tutela del diritto di voto nella giurisprudenza federale (*i.e.*, I e XIV Emendamento, su cui v. *infra*, §6).

Di sicuro rilievo è il riscontro dell'assenza di alcun riferimento esplicito al diritto di voto nella Costituzione federale del 1787 e nel *bill of rights* del 1791. Fu infatti soltanto a partire dai cd. *Civil War Amendments* che il Congresso ritenne di integrare il testo costituzionale menzionando esplicitamente una pretesa dei cittadini degli Stati Uniti a non essere discriminati dagli Stati della Federazione nel riconoscimento del suffragio per ragioni razziali⁶, scelta di *drafting* che venne ripresa altresì quando decenni dopo fu vietata la previsione di barriere di genere⁷

⁶ XV Emendamento: “*The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude*” (1870). Peraltro, già il XIV Emendamento (1868) menzionava il *right to vote* nell'ambito della determinazione dei criteri per il calcolo della popolazione degli Stati ai fini dell'*apportionment* dei seggi della Camera dei Rappresentanti.

⁷ XIX Emendamento: “*The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex*” (1920).

e poi censitarie⁸. L'unico riferimento all'esercizio del voto da parte della cittadinanza presente originariamente si trova nell'articolo I della Costituzione, dedicato alla disciplina dei poteri del Congresso e al riparto di competenze fra Federazione e Stati membri. In particolare, i Padri Fondatori disposero che tempi, luoghi e modalità di svolgimento delle elezioni per Senatori e Rappresentanti fossero prescritti in ciascuno Stato dalla Legislatura dello stesso, pur conferendo al Congresso il potere di disporre o modificare per legge in qualsiasi momento la disciplina in materia, con l'eccezione dei luoghi in cui fossero scelti i Senatori (cd. *Congress Elections Clause*)⁹. Come è evidente, le scelte dei singoli Stati in ordine alla disciplina del diritto di voto non riguardano dunque solo le elezioni delle assemblee rappresentative statali, ma incidono anche sulla determinazione del corpo elettorale per il Congresso federale, poiché tanto per la Camera dei Rappresentanti quanto per il Senato l'elettorato attivo è costituito da coloro che siano elettori del ramo più numeroso del Congresso statale¹⁰.

Dalla struttura della disposizione si evince come i poteri degli Stati in materia non siano da intendersi quali riservati a essi, bensì agli stessi delegati dal Governo federale, che è titolato a intervenire per disciplinare eventuali lacune normative o derogare quanto disposto da alcuni Stati¹¹. La ragione per la quale i *Founding Fathers* optarono per una tale concentrazione del potere di regolare il processo elettorale in capo alle autorità federali risiedeva nel timore e nella diffidenza che essi nutrivano nei confronti degli Stati della costituenda Federazione. Sarebbe infatti bastato che uno o più di essi rifiutassero di dettare la disciplina relativa alle elezioni federali per depotenziare la Camera dei Rappresentanti e, di conseguenza, mettere a repentaglio il funzionamento e l'esistenza dell'intero ordinamento della Federazione¹².

È sulla base di tale presupposto che il Congresso è così intervenuto in più occasioni uniformando determinati aspetti della disciplina del procedimento elettorale in tutto il Paese, a partire dall'*Apportionment Act of 1842*¹³, che ha imposto che, in tutti gli Stati che eleggessero più di un singolo rappresentante alla Camera,

⁸ XXIV Emendamento: “*The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax*” (1964).

⁹ Art. I, §4, cl.1 US Const.: “*The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of choosing Senators*”.

L'eccezione della seconda parte del periodo ha perso attualità dopo la ratifica del XVII Emendamento che ha introdotto l'elezione popolare diretta anche dei Senatori (1913).

¹⁰ Art. I, §2, cl. 1, US Const. per la Camera dei Rappresentanti e XVII Emendamento (1913) per il Senato.

¹¹ In questi termini si è espressa anche la Corte Suprema nella decisione a stretta maggioranza (5-4) in *U.S. Term Limits v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). Così scrive nell'opinione di maggioranza Justice Stevens: “*the provisions governing elections reveal the Framers' understanding that powers over the election of federal officers had to be delegated to, rather than reserved by, the States*” (514 U.S. 804-805).

¹² R.G. Natelson, *The original scope of the congressional power to regulate elections*, in 13 *U. Pa. J. Const. L.*, 1 (2010-2011).

¹³ Act of June 25, 1842, ch. 47, 5 Stat. 491.

l'elezione avvenisse non più in un collegio plurinominale unico a livello statale (*at-large*), bensì in una pluralità di collegi uninominali nei quali il territorio dello Stato fosse diviso (*single-member districts*). Analogamente è avvenuto lungo tutto l'arco del XX secolo per la determinazione dell'attuale numero di 435 Rappresentanti che siedono alla *House of Representatives*¹⁴, per tutta la legislazione che regola il finanziamento alle campagne elettorali¹⁵, per il celeberrimo *Voting Rights Act of 1965*¹⁶ e per i più recenti interventi in tema di registrazione degli elettori nelle liste elettorali¹⁷.

L'interpretazione dei poteri spettanti agli Stati in materia di regolazione dei processi elettorali è stata a lungo tendenzialmente deferente alla lettura che ne davano le assemblee elettive statali, gelose della propria prerogativa e per nulla disponibili a condividerla con altri soggetti ai quali le costituzioni statali conferissero poteri di *law-making*, tanto da porsi persino in contrasto con le disposizioni contenute in alcuni testi costituzionali degli Stati membri¹⁸. La Corte Suprema sembra di recente aver momentaneamente fornito una soluzione interpretativa a uno dei quesiti che più hanno impegnato il dibattito sul significato della *Congress Elections Clause* nel corso dei decenni, vale a dire come si debba intendere il riferimento alla *Legislature* di ciascuno Stato. In *Arizona State Legislature v. AIRC*¹⁹ il vertice del giudiziario federale ha infatti rigettato l'argomentazione secondo la quale la disposizione in oggetto andrebbe letta nel senso di riconoscere il potere di regolare i processi elettorali alle sole assemblee elettive dei singoli Stati, escludendo da tale compito persino le Convenzioni costituzionali che abbiano redatto le costituzioni statali²⁰; al contrario, la previsione costituzionale sarebbe da leggersi come clausola che autorizza la disciplina di tale materia per mezzo di uno qualsivoglia dei procedimenti ai quali la costituzione dello Stato conferisce efficacia normativa, ivi inclusa l'approvazione popolare per via referendaria di un emendamento costituzionale che sottragga al Congresso statale il compito di provvedere all'aggiornamento decennale del disegno dei collegi elettorali, affidandolo a una commissione indipendente²¹.

¹⁴ *Apportionment Act of 1911*, Act of August 8, 1911, 37 Stat. 13.

¹⁵ *Tillman Act*, Act of January 26, 1907, ch. 420, 34 Stat. 864; *Federal Corrupt Practices Act*, Act of June 25, 1910, ch. 392, 36 Stat. 822; *Federal Elections Campaign Act of 1971*, Pub. L. No. 92-225, 86 Stat. 3; *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*, Pub. L. No. 107-155, 116 Stat. 81.

¹⁶ Act of August 6, 1965, Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437. Invero il *VRA* è piuttosto da considerarsi come atto adottato nell'esercizio di quegli *enforcement powers* riconosciuti al Congresso da parte del XV Emendamento.

¹⁷ *National Voter Registration Act of 1993*, Pub. L. No. 103-31, 107 Stat. 77; *Help America to Vote Act of 2002*, Pub. L. No. 107-252, 116 Stat. 1666.

¹⁸ M.R. Brown, *Structural limitations on the non-legislative regulation of federal elections*, in 7 *Dartmouth L.J.*, 260 (2009).

¹⁹ *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015).

²⁰ In questo senso v. le decisioni risalenti della *High Court* del New Hampshire in *In re Opinion of Justices* (1864) e del *Committee of Elections* della Camera dei Rappresentanti in *Baldwin v. Trowbridge* (1866).

²¹ T.H. Benton, *Congressional and presidential electoral reform after Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, in 62 *Loy. L. Rev.*, 155 (2016); M.T. Morley, *The New Elections Clause*, in 91-92 *Notre Dame L. Rev. Online*, 79 (2016). V. anche G. Romeo, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013/2014 e 2014/2015*, in 5 *Giur.*

3. Natura, origini ed evoluzione dell'*absentee balloting* e dell'*early voting*

Al dato di natura costituzionale sopra illustrato conviene affiancare anche qualche considerazione generale sulla qualificazione delle modalità di espressione del voto nel panorama comparato. Sembra infatti essersi formato, nel corso della seconda metà del Novecento, un certo consenso a livello sopranazionale sulla necessità che un sistema democratico rappresentativo debba necessariamente prevedere lo svolgimento di elezioni periodiche e genuine, a suffragio universale ed eguale, tramite voto segreto o in ogni caso libero, come testimoniato dalle formulazioni concordi di buona parte delle Costituzioni europee postbelliche, oltre che delle Carte dei diritti a livello continentale e dei trattati internazionali per la tutela dei diritti dell'uomo²².

Dinanzi a un tale quadro, la dottrina italiana ha sostenuto che personalità ed eguaglianza su un fronte e segretezza e libertà sull'altro siano assurti a presupposti e garanzie irrinunciabili per l'esercizio del diritto di voto, sì da consentire di isolare un patrimonio comune che contraddistinguerebbe i sistemi democratico-rappresentativi maturi²³. Più specificamente, la personalità del voto sarebbe funzionale alla sua eguaglianza, poiché riconoscendo a ciascun soggetto un unico voto non vi potrebbe essere discriminazione di valore fra l'una e l'altra espressione del suffragio. Analogamente, la segretezza del voto sarebbe strumentale a garantirne la libertà, poiché l'impossibilità di ricondurre una determinata preferenza al singolo elettore inibisce qualsiasi forma di pressione o minaccia finalizzata a influenzare o coartare il voto del cittadino²⁴.

Cost., 2015, 1957-1995, in particolare 1966.

²² Art. 21(3), Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: "*The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures*"; art. 3, I Protocollo addizionale alla Conv. EDU: "*Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo*"; art. 39, c.2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: "*I membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto*"; art. 23, c.1, lett. b), Conv. Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo: "*Ogni cittadino gode dei seguenti diritti e opportunità: ... di votare e di essere eletto in elezioni periodiche e genuine, a suffragio universale e uguale, a voto segreto che garantisca l'espressione della volontà dei votanti*"; art. 25, §1, lett. b), Patto internazionale sui diritti civili e politici: "*Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions ... to vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors*"; art. 24, §3 Arab Charter on Human Rights: "*Every citizen has the right ... to stand for election or choose his representatives in free and impartial elections, in conditions of equality among all citizens that guarantee the free expression of his will*"; art. 25, §2 ASEAN Human Rights Declaration "*Every citizen has the right to vote in periodic and genuine elections, which should be by universal and equal suffrage and by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors, in accordance with national law*".

²³ É. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 2002, n. 46, 12 ss.

²⁴ G. Chiara, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, 2004, 231.

A seconda del grado di tutela accordato a tali profili del diritto di voto, la dottrina ha identificato due categorie generali entro le quali sussumere le varie modalità di espressione del suffragio che si manifestano nell'esperienza comparata: il voto è detto presidiato quando si svolge presso sedi specifiche e adibite appositamente a tale scopo, mentre laddove questi presupposti non si verificano il voto si dice non presidiato²⁵. Tralasciando in questa sede una trattazione dettagliata dei due modelli, sia sufficiente precisare come il voto anticipato (*early vote*), al quale particolare ricorso si è fatto in quest'ultima consultazione elettorale negli Stati Uniti d'America, non è necessariamente non presidiato, anzi è naturalmente voto presidiato laddove si svolga in presenza di pubblici ufficiali o presso luoghi specificamente adibiti allo scopo, mentre il voto per corrispondenza (*mail in ballot*) è per sua natura non presidiato perché avviene a distanza e senza la supervisione di funzionari o soggetti che ne verifichino il corretto svolgimento. Applicando tale distinzione, ne discende che il termine *absentee ballot* andrebbe ricondotto tendenzialmente a tutte quelle forme di voto non presidiato (fra le quali spicca senz'altro il *mail in vote*), che si differenziano dall'*early vote* vero e proprio in quanto non espresse presso seggi elettorali o strutture affini, cosa che invece caratterizza il voto anticipato, che deroga alla data specificamente designata per lo svolgimento dei comizi. Peraltro, non sfuggirà come molto spesso anche il voto per corrispondenza è espresso anticipatamente rispetto all'*Election day*, così configurandosi esso stesso come un particolare tipo di voto anticipato.

Una volta assunta tale distinzione di fondo fra il voto anticipato in generale e il particolare caso del voto per corrispondenza, giova fare riferimento alle più risalenti manifestazioni di tali modalità di espressione del voto, che dimostrano come non si tratti di tendenze di recente emersione ma di pratiche già in uso oltre due secoli fa. Infatti, i primi esempi di legislazione statale che prevedesse ipotesi di voto per corrispondenza vanno ricondotti al tempo della Guerra anglo-americana del 1812, in occasione della quale la Pennsylvania (1813) ammise il voto a distanza per coloro che, servendo sotto le insegne dell'esercito, fossero acquartierati a più di due miglia dalla propria residenza, seguita di lì a poco dal New Jersey (1815). Peraltro, ben presto tali permissive disposizioni furono riviste o eliminandole (N.J., 1820) o prevedendo che si dovesse risiedere nel distretto ove si volesse votare almeno dieci giorni prima della data in cui fossero convocati i comizi elettorali (Penn., 1838)²⁶.

Ancora nell'ambito di scenari bellici fu fatto ricorso al voto per corrispondenza, quando al tempo della Guerra di Secessione, per evitare di dover rinviare le elezioni di metà mandato del 1862 prima e le elezioni presidenziali programmate nel 1864 poi, fu consentito ai cittadini impegnati al fronte di esprimere il proprio suffragio a distanza²⁷. Quanto illustrato da ultimo si applica

²⁵ A. Gratterer, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, 2005, 109 ss.

²⁶ *Absentee Voting: Originally For The Military*, Pence Law Library Guide, American University – Washington College of the Law, disponibile all'url: wcl.american.libguides.com/voting (ultimo accesso: 20 dicembre 2020).

²⁷ J. Pearce Rotondi, *Vote-by-Mail Programs Date Back to the Civil War*, 24 settembre 2020 (aggiornato 2 novembre 2020), disponibile all'url: www.history.com/news/vote-by-mail-

altresì al voto anticipato presidiato, che si diffuse originariamente in ambito militare e convisse nel contesto del conflitto fra gli eserciti dell'Unione e della Confederazione con il voto per corrispondenza, come testimonia per esempio il fatto che il 12% dei voti per l'elezione presidenziale del 1864 in Ohio fossero stati espressi da militari impegnati al fronte presso appositi siti e poi inviati presso i luoghi di residenza degli stessi per il computo delle schede²⁸.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che il caso statunitense fosse un *unicum* nel panorama comparato, poiché anche un'altra ex-colonia britannica come l'Australia, che con gli Stati Uniti d'America condivide una consistente estensione territoriale e una distribuzione demografica molto frammentata, aveva adottato forme di voto per corrispondenza su larga scala in tempo di pace già alla fine del diciannovesimo secolo, addirittura riconoscendo alle donne condizioni più favorevoli per l'esercizio di tale modalità di voto²⁹. In Europa l'adozione di questa procedura elettorale ha avuto più difficoltà ad affermarsi, come testimoniato dalla sua tendenziale limitazione alle forze armate nei pochi ordinamenti dove era stata introdotta prima della II guerra mondiale³⁰.

Fra il termine del ventesimo e l'inizio del ventunesimo secolo, in un certo numero di Stati europei si sono fatte strada ipotesi di voto per corrispondenza in casi specificamente previsti dalla legge (Danimarca, Irlanda, Slovenia, Ungheria) o liberamente su richiesta esplicita degli elettori (Austria, Germania, Lussemburgo, Portogallo, Spagna e Regno Unito, ove si è altresì adottata una modalità di voto per corrispondenza esclusivo per le elezioni dei deputati del Parlamento europeo nel 2004). Isolato appare il caso della Svizzera, ove il voto per corrispondenza è generalizzato ma non esclusivo, cioè tutti gli elettori ricevono il plico elettorale al proprio indirizzo, ma possono recarsi a votare al seggio (peraltro la disciplina del processo elettorale è delegata ampiamente all'autonomia cantonale)³¹.

Diversa è l'ipotesi del voto per corrispondenza dei cittadini residenti all'estero, introdotto per esempio in Italia a seguito della revisione degli artt. 48, 56 e 57 Cost. e dell'approvazione della cd. Legge Tremaglia³². Vi sono infine alcuni ordinamenti nei quali sono state introdotte forme di voto elettronico presidiato e, ipotesi ben più rilevante, anche forme di voto elettronico non presidiato. In questa seconda categoria rientrano una serie di sperimentazioni avvenute in diversi Paesi europei, specie per consultazioni referendarie (es. Svizzera)³³, nonché il caso

[soldiers-war](#) (ultimo accesso: 20 dicembre 2020).

²⁸ L. Heidelbaugh, *Absentee Voting in the Civil War: Ohio Cover*, disponibile all'url: [postalmuseum.si.edu/collections/object-spotlight/absentee-voting-in-the-civil-war-ohio-cover](#) (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

²⁹ *Absent Voters Electoral Act* 1890 (South Australia) e *Constitution Amendment (Adult Suffrage) Act*, noto anche come *Constitution (Female Suffrage) Act 1895*.

³⁰ Danimarca, Islanda e Regno Unito, ove fu però ben presto osteggiato e significativamente limitato.

³¹ A. Gratteri, *cit.*, 160 ss.

³² L. cost. 17 gennaio 2000, n.1; l. cost. 23 gennaio 2001, n.1; l. 27 dicembre 2001, n. 459.

³³ A. Gratteri, *cit.*, 189 ss.

virtuoso dell'Estonia, che ha introdotto il voto elettronico per tutte le consultazioni elettorali a partire dal 2005³⁴.

In ogni caso, ancora dopo il secondo conflitto mondiale il voto a distanza o anticipato era ancora riservato in buona sostanza in tutti gli Stati della Federazione americana ai soli casi tradizionali delle forze armate o di altri soggetti impossibilitati a votare di persona durante l'*Election day*. Fu solo a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso che varie forme di *absentee balloting*, fra le quali anche il voto per corrispondenza non presidiato, si sono progressivamente diffuse a partire dagli Stati più occidentali della Federazione. In principio fu la California a inaugurare il trend, quando nel 1978 rimosse l'obbligo di fornire una ragione fra quelle previste dalla legge per poter esercitare il suffragio per posta. Ad essa si unirono in breve tempo Oregon e Washington, mentre negli anni '80 il Texas aprì la strada al voto anticipato di persona (quindi presidiato).

Negli anni '90 vi fu una vera e propria esplosione della legislazione che autorizzava l'esercizio del diritto di voto in forme agevolate (tramite anticipazione o a distanza). Alaska, Iowa, North Dakota, Vermont e Wyoming introdussero la possibilità di voto a distanza senza obbligo di alcuna giustificazione, mentre in Kansas e Washington fu concesso altresì di chiedere lo status permanente di elettore a distanza. In Florida, Nevada e Tennessee fu introdotto il voto anticipato in presenza, che fu autorizzato in combinazione con il voto a distanza in Arizona, Colorado, Hawaii, Idaho, New Mexico e Oklahoma. Particolare è stato il caso dell'Oregon, che dopo una prima sperimentazione a metà degli anni Novanta è passato a partire dal 1999 al voto esclusivo per corrispondenza.

Nella prima metà degli anni Duemila la tendenza non ha accennato ad arrestarsi, con l'introduzione del voto a distanza non presidiato senza obbligo di giustificazione anche in Maryland, Montana e New Jersey, con la possibilità anche di registrarsi come elettore a distanza in modo permanente in questi ultimi due e in California. Nel frattempo, anche in Illinois, Louisiana e West Virginia fu introdotto il voto anticipato di persona, coniugato infine con l'alternativa di optare per il voto per posta non presidiato anche in Alaska, Florida, Georgia, Iowa, Maine, Nebraska, North Carolina, Ohio, South Dakota, Utah, Vermont, Wisconsin e Wyoming³⁵.

La suddetta rassegna, per quanto sintetica, consente di apprezzare la straordinaria crescita che negli ultimi quattro decenni hanno avuto le modalità di voto non di persona nel giorno designato per le elezioni, tanto che per le elezioni congressuali e presidenziali del 2016 i dati mostravano che il voto anticipato a vario titolo (*early voting* o *mail in ballot* che fosse) ammontava al 41% in totale dei suffragi espressi, con il voto per corrispondenza che da solo sfiorava un quarto delle preferenze (23,7%)³⁶. Tali dati di partenza soccorrono senz'altro la

³⁴ Per un approfondimento sul caso estone v. L.G. Sciannella, *Il Remote Internet Voting in prospettiva comparata. Il caso dell'Estonia*, in 2 *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, 451-476.

³⁵ P. Gronke, E. Galanes-Rosenbaum, P.A. Miller, *Early Voting and Turnout*, in 40 *Political Science & Politics*, 4, 639 (2007).

³⁶ *The Election Administration and Voting Survey*, 2016 Comprehensive Report, disponibile

spiegazione dello straordinario aumento dei voti anticipati in generale sul totale (la percentuale è aumentata di oltre il 50%, sfiorando la soglia dei 2/3 dei voti espressi) e della crescita eccezionale (oltre due volte e mezzo in valore assoluto) dei voti per corrispondenza in un momento storico nel quale gli elettori sono stati incentivati assai più che in passato a usufruire di forme di espressione del suffragio alternative a quella tradizionale del recarsi di persona presso il seggio elettorale nel giorno designato per la celebrazione delle elezioni.

4. Il voto per corrispondenza e a distanza prima e durante la pandemia da *Coronavirus*

Posto il quadro dell'evoluzione diacronica della legislazione in tema di *absentee* ed *early voting* ed evidenziate le tendenze dei decenni più recenti, è opportuno fornire un ritratto del mosaico di discipline statali in vigore negli Stati Uniti d'America alla vigilia dello scoppio della pandemia che si è diffusa nel mondo intero nel corso dell'anno 2020, sì da poter valutare gli interventi dei legislatori statali per farvi fronte efficacemente e garantire un ordinato svolgimento del processo elettorale.

Il voto a distanza o per corrispondenza senza obbligo di fornire una ragione specifica è infatti ammesso in 34 Stati della Federazione, cinque dei quali (Oregon, Washington, Colorado, Utah e Hawaii; gli ultimi due soltanto a partire dal 2019 e 2020 per tutte le elezioni) conducono addirittura elezioni con voto per corrispondenza esclusivo (gli elettori ricevono cioè il plico elettorale direttamente al proprio indirizzo di residenza senza doverlo richiedere espressamente) e uno dei quali prevede invece una serie di ragioni per richiedere di votare a distanza ma specifica che nessuna ragione specifica è necessaria per ottenere tale possibilità (Rhode Island). Ciò implica che sono invece 16 (meno di un terzo del totale) gli Stati che richiedono la presentazione di determinate e specifiche ragioni per richiedere di votare per corrispondenza³⁷. Da un punto di vista geografico, appare evidente che il voto a distanza ha preso molto più piede nella parte occidentale del Paese, mentre è ancora recessivo nell'area centrale della Federazione lungo il bacino del fiume Mississippi-Missouri e in alcuni Stati del New England.

Per quanto concerne gli Stati ove è ordinariamente necessario 'giustificare' la propria richiesta di votare a distanza o per corrispondenza, tutti contemplano fra le ragioni valide l'assenza dal territorio della contea di residenza prevista con anticipo e la presenza di condizioni patologiche o forme di disabilità dell'elettore. In nove dei sedici Stati suddetti la coincidenza del turno di lavoro con tutti gli orari di apertura dei seggi elettorali è una giustificazione ammessa per richiedere l'*absentee voting*, mentre in otto di essi il superamento di una certa soglia di età (65

all'url:

www.eac.gov/sites/default/files/eac_assets/1/6/2016_EAVS_Comprehensive_Report.pdf
(ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

³⁷ *Voting Outside the Polling Place: Absentee, All-Mail and other Voting at Home Options*, National Conference of State Legislatures, disponibile all'url:
www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/absentee-and-early-voting.aspx (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

anni in sei Stati, 60 in Tennessee, generico riferimento ad “*Advanced age*” in West Virginia) viene considerato un motivo legittimo. Fra le motivazioni più diffuse per accedere al voto a distanza vi sono anche, valida in sette Stati ciascuna, l'essere studente che abita al di fuori della contea di residenza, essere impegnato in qualità di scrutatore od osservatore elettorale, ragioni legate al credo religioso e l'essere detenuti ma in possesso dell'elettorato attivo. In sei Stati anche la partecipazione all'*Address Confidentiality Program* (programma che protegge le vittime di violenza domestica e sessuale o di atti persecutori) costituisce ragione valida per richiedere di votare per corrispondenza. Inoltre, in tre Stati (Louisiana, South Carolina e Tennessee) anche chi stia svolgendo funzioni di giurato in un processo è autorizzato a usufruire dell'*absentee balloting*. Sono proprio questi ultimi, insieme a Indiana, Kentucky e West Virginia, gli Stati che offrono la più ampia gamma di ragioni che consentano l'accesso al voto per corrispondenza, mentre fra quelli più avversi al ricorso a tale modalità di espressione del voto vi sono Arkansas, New York, Mississippi, Connecticut, Delaware, Massachusetts e New Hampshire. Vi è infine un gruppo di Stati (Alabama, Missouri, Texas) che si collocano per così dire a metà del guado, permettendo il voto per posta al ricorrere di un numero moderato di requisiti.

Sebbene siano soltanto cinque gli Stati nei quali esiste la possibilità di iscriversi in apposite liste permanenti di elettori a distanza (California, Kansas, Montana, Nevada e New Jersey, oltre al Distretto di Columbia), vi è in altri sei Stati (Alaska, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri e Pennsylvania) la possibilità di ricevere automaticamente per ogni elezione la documentazione per accedere al voto a distanza, la cui corretta e tempestiva restituzione è tuttavia condizione necessaria per poter esercitare l'*absentee balloting*.

Sono variabili i termini previsti dagli Stati per presentare una richiesta di votare a distanza: per il Rhode Island essa deve essere inviata non oltre 21 giorni prima della data dei comizi, mentre è ammessa fino al mero giorno precedente l'elezione in Connecticut, Delaware, Minnesota, Montana, New Hampshire, South Dakota, Vermont e Wyoming; in Mississippi e North Dakota non è invece prescritto alcun termine per la richiesta. Se la restituzione della scheda votata per posta o di persona presso la sede dell'ufficio elettorale della contea è pressoché ovunque ammessa, vi sono ben undici Stati nei quali si può depositare il plico elettorale di persona presso apposite urne (*ballot drop boxes*) che sono poi svuotate e scrutinate al termine dell'*Election day*, mentre particolarmente variegata è la disciplina di chi possa raccogliere ai fini del deposito o dell'invio le schede votate da soggetti non in grado di provvedere da sé alle operazioni necessarie a far giungere la scheda a destinazione.

Una delle questioni più rilevanti, nonché quella che ha attirato particolare attenzione nel ciclo elettorale appena conclusosi, è quella del termine per la restituzione delle schede votate ai fini del computo dei voti validi. Se la regola generale è quella che le schede votate a distanza debbano pervenire agli uffici elettorali competenti entro l'orario di chiusura delle urne in quella giurisdizione nel giorno designato per i comizi, alcuni Stati accettano altresì i voti che

pervengano oltre tale data a patto che il timbro postale ne attesti l'invio entro l'*Election day* (o il giorno precedente). In particolare, in ben 32 Stati non sono conteggiate fra i voti validi le schede ricevute dopo il giorno designato per la consultazione elettorale, mentre negli altri 18 (e nel Distretto di Columbia) l'intervallo di tolleranza varia fra i tre giorni della Virginia e i quattordici di Illinois e Utah, anche se nella maggioranza dei casi non eccede la settimana³⁸.

La fase finale del procedimento di voto a distanza consiste nella verifica della correttezza delle operazioni compiute dall'elettore e nell'esclusione che ci si trovi in un caso di frode elettorale. A questo scopo, in 31 Stati della Federazione viene confrontata la firma che l'elettore appone su un apposito documento inserito nella busta restituita o spedita con la firma del medesimo elettore contenuta in un archivio documentale. Diversamente, sei Stati verificano che la firma sia stata apposta ma non ne verificano la rispondenza con quella dell'elettore. Otto Stati richiedono altresì la firma di un testimone che attesti l'identità del votante, mentre altri tre esigono che sia autenticata da un pubblico ufficiale. Infine, l'Arkansas prevede che sia allegata una fotocopia di un documento d'identità dell'elettore, che è richiesto anche in Alabama insieme all'autenticazione di un notaio o di due testimoni. È di rilievo notare come solo in 18 Stati l'assenza della firma o la sua mancata rispondenza con quella archiviata consentono all'elettore di rimediare e preservare la validità del proprio voto intervenendo tempestivamente su notifica delle autorità statali.

Un'altra differenza fra le varie discipline statali dell'*absentee balloting* riguarda le tempistiche con le quali gli scrutatori designati sono autorizzati a cominciare la verifica della validità dei voti per corrispondenza. Sarebbe infatti desiderabile che tali operazioni avvenissero quanto più possibile anticipatamente rispetto alla chiusura delle urne nel giorno delle elezioni, così da consentire di avviare lo scrutinio della totalità delle schede più celermente. Per questa ragione sono ben 34 gli Stati nei quali tale controllo può essere avviato prima dell'*Election day*. In altri 13 Stati (e il Distretto di Columbia) la verifica può cominciare nel giorno delle elezioni ma prima che si chiudano le urne, mentre in tre ulteriori Stati è proprio la chiusura delle urne a sancire l'avvio di tali operazioni.

Per quanto concerne invece l'opportunità di votare prima del giorno per il quale i comizi siano convocati, 43 Stati (e il Distretto di Columbia) ammettono tale possibilità e il Delaware la offrirà a partire dal 2022. Rimangono cioè soltanto sei Stati (Connecticut, Kentucky, Mississippi, Missouri, New Hampshire e South Carolina) a non prevedere alcuna forma di voto anticipato. La durata della finestra temporale entro la quale è ammesso il voto anticipato varia sensibilmente fra le diverse discipline statali, dai cinquantacinque giorni prima del voto in Alabama (dove, tuttavia, non si tratta propriamente di *early voting* ma di *in-person absentee balloting*) e fra quaranta e cinquanta giorni prima in altri sette Stati (ma in sei di

³⁸ VOPP: Table 11: Receipt and Postmark Deadlines for Absentee Ballots, National Conference of State Legislatures, disponibile all'url: www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/vopp-table-11-receipt-and-postmark-deadlines-for-absentee-ballots.aspx (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

questi si tratta parimenti di *absentee ballots* votati in presenza, con la sola eccezione della Virginia), fino al solo giovedì precedente l'elezione (quindi solo cinque giorni prima dell'apertura dei seggi) in Oklahoma. Mediamente, il periodo di voto anticipato comincia fra tre e quattro settimane prima dell'*Election day* e termina qualche giorno prima dello stesso, per una durata media totale di circa venti giorni (con estremi di cinquantacinque e tre giorni).

È altresì interessante notare come, dei 43 Stati che abbiano approvato una legislazione che prevede delle forme di voto anticipato, ben 17 hanno introdotto ipotesi (almeno parziali) di *in-person absentee voting*. La differenza risiede nel fatto che, mentre che per l'*early voting* è sufficiente presentarsi presso l'ufficio designato negli orari di apertura per poter esercitare il diritto di voto, il caso dell'*in-person absentee voting*, pur ricadendo nella categoria del voto presidiato, così distinguendosi dal voto per corrispondenza, è vincolato a una preventiva richiesta da parte dell'elettore agli appositi uffici elettorali dello Stato, in assenza della quale questa modalità di voto anticipato non è esercitabile. In sintesi, in questa seconda ipotesi l'elettore riceve la scheda che abbia richiesto (*absentee ballot*) e poi può recarsi di persona (*in-person*) presso la sede designata per depositare il proprio voto. Non è indifferente nemmeno la sede scelta per l'esercizio del voto anticipato, anche se in tale ambito la discrezione dei singoli Stati è tale per cui risulta difficile identificare una tendenza unitaria senza far torto alla varietà delle discipline statali³⁹.

Il composito quadro sopra descritto è stato complicato dai numerosi interventi dei legislativi statali volti ad assicurare ai propri cittadini la possibilità di partecipare ai comizi per l'elezione del Congresso e del Presidente (e delle altre cariche federali e statali in palio in ciascuno Stato, contea o municipalità) in programma il 3 novembre 2020 in condizioni di sicurezza sanitaria e orientati a diluire nel tempo l'afflusso ai seggi elettorali e a favorire il voto per corrispondenza.

Fra gli Stati che non consentivano il voto postale a distanza senza giustificazione, sono stati 12 quelli che hanno ampliato la platea dei beneficiari di tale opportunità, alcuni non richiedendo alcuna giustificazione (Delaware e Massachusetts), altri ammettendo al voto per corrispondenza chiunque adduca ragioni di salute, infermità o disabilità (Alabama, Arkansas, New York), altri ancora estendendo la titolarità a tale modalità di voto a chi citi il Covid-19 come giustificazione (Connecticut, Kentucky, New Hampshire), altri infine a chi risulti positivo al virus o sia in quarantena o in categoria a rischio (Mississippi e Missouri). Indiana, Louisiana, Tennessee e Texas sono stati gli unici quattro Stati della Federazione, fra quelli che già non consentissero liberamente il voto a distanza per posta, a non ampliare la categoria dei beneficiari in corrispondenza della pandemia e in vista delle elezioni tenutesi nel novembre scorso⁴⁰.

³⁹ Si rinvia a *State Laws Governing Early Voting*, National Conference of State Legislatures, disponibile all'url: www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/early-voting-in-state-elections.aspx (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

⁴⁰ *Absentee and Mail Voting Policies in Effect for the 2020 Election*, National Conference of State Legislatures, disponibile all'url: www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/absentee-and-mail-voting-policies-in-effect-for-the-2020-election.aspx

Sono state altresì intraprese un certo numero di iniziative proattive da parte di alcuni Stati: in particolare, 12 di essi hanno inviato a tutti i propri cittadini la documentazione per richiedere un *absentee ballot*, quindi anche a coloro che non avessero fatto espressa domanda per usufruire di tale modalità di voto; cinque Stati (e il Distretto di Columbia) hanno inviato le schede elettorali a tutti i propri cittadini per posta, senza che ciò ovviamente li obblighi a votare per corrispondenza, che sommati ai cinque nei quali le elezioni si tengono regolarmente interamente per posta hanno portato a un quinto del totale gli Stati che hanno inviato un *absentee ballot* a ciascun elettore.

Per quanto riguarda la verifica della validità dei voti per corrispondenza e la loro apertura ai fini del conteggio dei voti totali, sono stati soltanto sette gli Stati che la hanno programmata per l'*Election day*, mentre è stato concesso di cominciare le operazioni in un momento precedente negli altri 43 casi, fra i quali spicca il mese abbondante di anticipo di Kentucky e Maryland e i 29 giorni della California, oltre alla possibilità di apertura immediata alla ricezione in ben 12 Stati. Come anticipato, il tema principale dello scontro è stato tuttavia quello del termine ultimo per la ricezione delle schede da parte degli uffici elettorali affinché i voti per corrispondenza possano essere considerati validi ai fini dello scrutinio. Se i termini molto estesi in California e Illinois (rispettivamente 17 e 14 giorni se le schede recavano il timbro di una data non oltre l'*Election day*) non hanno generato particolare conflitto dato che si consideravano, almeno ai fini delle elezioni Presidenziali, tali Stati come non contendibili, lo scontro si è consumato soprattutto con riferimento alle modifiche introdotte in materia nei cd. *swing States*, quali ad esempio Michigan (schede valide se pervenute entro la chiusura delle urne nel giorno in cui sono convocati i comizi), Minnesota (sette giorni dopo l'*Election day* a patto che fosse attestato l'invio entro tale data), North Carolina (nove giorni dopo), Pennsylvania (tre giorni dopo) e Wisconsin (entro le 8 della sera dell'*Election day*)⁴¹.

5. L'intenso contenzioso sul voto a distanza fra Corti statali e giudiziario federale

L'anno 2020, in quanto annata durante la quale erano previste elezioni congressuali e presidenziali, era già potenzialmente foriero di un consistente confronto sul tema delle regole che disciplinano il processo elettorale dinanzi alle corti statali e federali. Se a questo si aggiunge lo straordinario numero di modifiche che sono intervenute da parte degli Stati per fronteggiare gli effetti (e limitare le

[campaigns/absentee-and-mail-voting-policies-in-effect-for-the-2020-election.aspx](https://www.federalcourts.gov/campaigns/absentee-and-mail-voting-policies-in-effect-for-the-2020-election.aspx) (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

⁴¹ Per ragioni di sintesi ci si limita in questa sede a menzionare solo alcune delle modifiche introdotte. Per un quadro dettagliato si rinvia a *Changes to election dates, procedures, and administration in response to the coronavirus (COVID-19) pandemic, 2020*, disponibile all'url: [ballotpedia.org/Changes_to_election_dates,_procedures,_and_administration_in_response_to_the_coronavirus_\(COVID-19\)_pandemic,_2020#Absentee.2Fmail-in_voting_procedure_modifications_for_the_general_election](https://ballotpedia.org/Changes_to_election_dates,_procedures,_and_administration_in_response_to_the_coronavirus_(COVID-19)_pandemic,_2020#Absentee.2Fmail-in_voting_procedure_modifications_for_the_general_election) (ultimo accesso: 10 gennaio 2021).

conseguenze più nefaste) della pandemia da Covid-19, si spiega la ricchissima giurisprudenza in materia dei mesi passati. Ai fini del presente contributo, e per ragioni di sintesi, si concentrerà l'attenzione in particolare sul contenzioso relativo al voto espresso per corrispondenza, da intendersi esteso sia alle controversie relative al termine per la ricezione delle schede sia all'estensione della platea dei beneficiari di tale modalità di manifestazione del suffragio. Per le stesse ragioni, ci si concentrerà sulle pronunce che hanno riguardato le elezioni generali tenutesi a inizio novembre, sebbene si sia consapevoli che vi siano state decisioni su questioni affini già durante la stagione delle elezioni primarie in primavera. In conclusione del paragrafo si opererà altresì una breve cernita di ulteriori pronunce rilevanti in tema di accesso al voto a distanza pronunciate nei mesi passati, senza tuttavia approfondirne i profili in dettaglio.

Come preannunciato a più riprese, una delle questioni che più hanno impegnato i giudici è stata quella relativa alla determinazione del termine entro il quale potessero pervenire le schede votate per corrispondenza al fine di essere considerate valide per lo scrutinio, come testimoniato dalle pronunce relative alle legislazioni di circa un quinto degli Stati della Federazione.

Adottando una prospettiva cronologica relativa alla chiusura dei procedimenti, la prima decisione in materia ha riguardato la Georgia, che i sondaggi davano in bilico fra i due candidati alla Presidenza e dove ha prevalso a sorpresa Joe Biden per meno di 12000 voti (pari allo 0,23% del totale). Nella lite intentata da *The New Georgia Project*, la corte distrettuale federale adita ha optato per una soluzione per così dire salomonica (*rectius*, ispirata a un criterio di equità fra le parti) nell'accogliere solo in parte la richiesta del ricorrente; difatti, il giudice ha sì ritenuto di estendere il termine per la ricezione delle schede votate per corrispondenza rispetto a quello stabilito dalla legge statale (le 7 della sera dell'*Election day*), ma limitando tale estensione a tre soli giorni anziché i cinque richiesti (a patto che le schede fossero timbrate e spedite entro il giorno delle elezioni), sul presupposto che dinanzi a un rischio tanto grande di privazione del suffragio un rimedio su misura fosse appropriato⁴². Peraltro, la pronuncia si caratterizza altresì per il fatto che il giudice adito si esprime a favore delle pretese dell'attore solo con riferimento a questo specifico punto, per il resto lasciando inalterato il quadro normativo relativo al processo elettorale dello Stato. Dopo che il medesimo giudice aveva negato una sospensione del giudizio pronunciato in pendenza dell'impugnazione⁴³, il Segretario di Stato della Georgia ha investito della questione la competente corte d'appello federale, che ha accolto le doglianze e ha concesso la sospensione degli effetti della pronuncia della corte distrettuale, così consentendo alle autorità statali di applicare la regola che rende non più valide le schede ricevute oltre le ore 7 di sera del giorno in cui sono convocati i comizi⁴⁴.

⁴² *The New Georgia Project v. Raffensperger*, U.S. District Court for the Northern District of Georgia, 1:20-CV-01986-ELR, 31 Agosto 2020.

⁴³ *The New Georgia Project v. Raffensperger*, U.S. District Court for the Northern District of Georgia, 1:20-CV-01986-ELR, 16 Settembre 2020.

⁴⁴ *The New Georgia Project v. Raffensperger*, U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, No. 20-13360-D, 2 Ottobre 2020.

Lo Stato del quale forse si è più parlato nei lunghi mesi di campagna elettorale, anche per la preziosa dote di 20 voti nell'*Electoral College*, è la Pennsylvania, ove il neo-Presidente Joe Biden si è imposto in apparente rimonta rispetto ai risultati parziali della notte del voto (come peraltro avvenuto anche in Georgia e altrove), prevalendo infine per oltre 80000 voti, con una margine di oltre un punto percentuale sul Presidente uscente. In questo caso la decisione spettava alla giurisdizione statale nella causa intentata dal Partito Democratico della Pennsylvania che citava in giudizio il Segretario di Stato della Pennsylvania (che, si rammenti, è l'autorità statale responsabile della certificazione delle operazioni di voto) nel luglio 2020 richiedendo una serie di agevolazioni relative all'esercizio del voto postale, che dall'ottobre 2019 è consentito nello Stato senza obbligo di giustificazione alcuna.

La Corte Suprema della Pennsylvania, analogamente a quanto fatto dalla Corte distrettuale federale della Georgia sopra citata, ha ritenuto di accogliere solo in parte le doglianze dei ricorrenti, in particolare aderendo alla proposta dello stesso Segretario di Stato Kathy Boockvar di concedere un'estensione di tre giorni della data (le 8 della sera del giorno dei comizi) per la ricezione delle schede da computare come valide ai fini dello scrutinio (a patto che fossero timbrate entro l'*Election day* o che non vi fossero prove preponderanti che fossero state spedite successivamente) anziché di una settimana come richiesto dagli attori⁴⁵. È interessante notare come in questo caso il giudice tracci un paragone con un indirizzo giurisprudenziale adottato con riferimento a calamità naturali, secondo il quale la decisione di controversie attinenti al processo elettorale deve essere orientato alla finalità di consentire a tutti gli elettori un'effettiva partecipazione al voto. Nella stessa pronuncia, invece, la Corte adita ha rigettato l'istanza che chiedeva di contare, fosse anche separatamente, i cd. '*naked ballots*' (vale a dire quei voti espressi omettendo di inserire la scheda votata entro una busta più piccola a ciò riservata, che viene a sua volta inserita in una busta più grande che contiene l'attestazione d'identità dell'elettore, così compromettendo la segretezza del voto), argomentando che la formulazione della legislazione statale in materia non si presta a fraintendimenti e che l'unica interpretazione ragionevole della lettera della legge è quella che impone di non considerare valide ai fini dello scrutinio tali schede.

Dopo che un'istanza sospensiva della pronuncia di cui sopra era stata prontamente respinta dalla stessa Corte suprema della Pennsylvania, a sole due settimane dall'*Election day* è stata la stessa Corte Suprema federale a rigettare un'ulteriore richiesta di sospensione degli effetti della decisione statale. In questo caso il *Chief Justice* John G. Roberts ha fatto blocco con l'ala *liberal*, ormai orfana di Ruth Bader Ginsburg, mentre il gruppo di ispirazione conservatrice in seno al collegio, ancora privo del supporto di *Justice* Amy Coney Barrett, che ha ricevuto l'*advice and consent* del Senato solo una settimana più tardi, avrebbe accolto l'istanza⁴⁶. Una

⁴⁵ *Pennsylvania Democratic Party v. Boockvar*, Supreme Court of Pennsylvania, Middle District, No. 133 MM 2020, 8 Settembre 2020.

⁴⁶ *Scarnati v. Boockvar e Republican Party of Pennsylvania v. Boockvar*, Supreme Court of the

richiesta di considerazione urgente della richiesta di *certiorari* è stata infine rigettata dalla stessa Corte Suprema meno di una settimana prima delle elezioni, anche se *Justice* Alito, *Justice* Thomas e *Justice* Gorsuch hanno sottolineato l'inopportunità del precedente diniego di sospensione e hanno fatto presente che la direttiva del Segretario di Stato in questione di separare, pur computandole ai fini del voto, le schede arrivate dopo la data prevista espressamente per legge non è preclusa, in vista dell'eventuale decisione della Corte, dinanzi alla quale rimane pendente la richiesta di *certiorari*⁴⁷.

Circostanze differenti hanno caratterizzato il contenzioso nel Nevada, che è stato a lungo in bilico prima dell'affermazione con oltre 30000 voti di vantaggio (margine superiore al 2%) di Biden su Trump. Nel caso di specie, lo Stato aveva effettivamente introdotto una serie di modifiche riguardanti l'*absentee balloting* per via legislativa (Assembly Bill 4 of the 32nd Special Session of the Nevada Legislature)⁴⁸. Oltre a dare indicazione affinché fossero inviate le schede per posta a tutti gli elettori registrati, il testo normativo prevedeva altresì che venissero computati come validi ai fini dello scrutinio tutti i voti che fossero pervenuti entro le 5 del pomeriggio del terzo giorno successivo a quello di convocazione dei comizi, stabilendo una presunzione di invio entro i termini anche in carenza di timbro postale che ne attestasse la data di spedizione. La corte distrettuale federale adita, tuttavia, ha negato il riconoscimento dello *standing to sue* alla campagna elettorale per la rielezione del Presidente uscente, sottolineando altresì come le allegazioni di pregiudizi alla correttezza del procedimento elettorale e alla discriminazione di fatto degli elettori residenti in aree rurali rispetto a quelli che abitano in zone urbane (non a caso il partito repubblicano si è aggiudicato la maggior parte delle contee dello Stato ma è stato sopravanzato per i voti espressi nelle uniche due grandi aree cittadine di Reno e Las Vegas) fossero meramente speculative e non tali da fondare una decisione di accoglimento⁴⁹.

Ancora diversa è stata la dinamica del contenzioso nel Michigan, ove la lite è stata promossa presso una giurisdizione statale al fine di ampliare alcune delle fattispecie della legge elettorale asseritamente troppo restrittive per gli elettori. La *Court of Claims* adita in via d'urgenza ha accolto due delle tre doglianze presentate, argomentando soltanto in punta di diritto statale mediante il riferimento alla disposizione della Costituzione dello Stato, modificata da ultimo nel 2018, in forza della quale viene riconosciuto a ciascuno cittadino del Michigan il diritto ad usufruire dell'*absentee balloting* senza alcuna necessaria giustificazione nei quaranta giorni antecedenti l'elezione⁵⁰. Richiamando la natura *self-executing* del diritto costituzionale al voto e l'obbligo di interpretazione finalizzato a favorire

United States, Nos. 20A53 e 20A54, 19 Ottobre 2020.

⁴⁷ *Republican Party of Pennsylvania v. Boockvar*, Supreme Court of the United States, No. 20-542, 28 Ottobre 2020.

⁴⁸ Act of August 3, 2020, ch. 3, 2020 Nev. Stat. 18, §§ 1-88.

⁴⁹ *Donald J. Trump for President v. Cegavske*, U.S. District Court for the District of Nevada, No. 2:20-CV-1445 JCM (VCF), 18 Settembre 2020.

⁵⁰ Art. 2, § 4, n. 1, lett. g), Constitution of the State of Michigan of 1963.

i diritti degli elettori⁵¹, il giudice adito ha ritenuto che le circostanze eccezionali della pandemia in corso e le conseguenze che essa ha avuto sull'efficienza del sistema postale fondassero il riconoscimento di un rimedio in deroga alla disciplina statale, che prevedeva il conteggio delle sole schede pervenute entro le 8 della sera del giorno di convocazione dei comizi⁵². In particolare, per le sole elezioni generali del novembre 2020, è stato previsto che fossero validamente computate ai fini dello scrutinio le schede timbrate entro il giorno precedente l'*Election day* e pervenute all'ufficio elettorale di contea entro il quattordicesimo giorno successivo, così da non pregiudicarne il dovere di tempestiva certificazione dei risultati. Inoltre, in ragione dell'insufficienza dell'assistenza garantita dall'apposito ufficio per l'*absentee ballot* fra le 5 della sera del venerdì precedente alle elezioni e il giorno dei comizi, il giudice ha concesso agli elettori non autosufficienti di servirsi di un terzo da loro scelto per assisterli nella restituzione della scheda votata. L'obbligo di vidimare tramite apposito francobollo il plico elettorale ai fini della spedizione, invece, non è stato ritenuto un ostacolo all'esercizio del diritto di voto e la corte ha respinto il ricorso sul punto.

La decisione del giudice di prime cure non è però stata confermata in sede di impugnazione, dato che la corte d'appello statale adita ha ribaltato la pronuncia della *Court of Claims*, argomentando separatamente per le due questioni pendenti dinanzi a sé. Per quanto concerne il termine entro il quale le schede debbano essere ricevute per poter essere considerate valide, essa ha ritenuto di non doversi discostare dal precedente *League II*, nel quale solo tre mesi prima lo stesso giudice aveva respinto le censure di incostituzionalità della legislazione vigente in materia, argomentando che la mancata determinazione in ordine alla ricevibilità delle schede anche oltre la data dei comizi nel dettagliato emendamento costituzionale approvato relativo all'*absentee balloting* andava interpretata come una scelta di riservarne la discrezionalità al legislatore⁵³. Inoltre, la chiusura degli uffici competenti a ricevere la scheda votata nel fine settimana precedente l'elezione non pregiudicava la possibilità degli elettori di esprimere il voto per esempio depositando la scheda in uno dei numerosi *ballot boxes* installati nelle varie contee dello Stato⁵⁴.

Il contenzioso si è rivelato particolarmente acceso nello Stato del Wisconsin, che il candidato democratico ha strappato ai repubblicani per soli 20000 voti di differenza (0,7% dei suffragi espressi) e nel quale le corti erano già intervenute significativamente in occasione delle elezioni primarie. Inizialmente, una corte distrettuale federale aveva ammesso, in deroga alla legislazione statale, la proroga del termine per la ricezione delle schede ai fini della validità del conteggio dal giorno delle elezioni a sei giorni dopo, a patto che le schede recassero un timbro

⁵¹ Art. 2, § 4, n. 1, cl. 2, Constitution of the State of Michigan of 1963.

⁵² *Michigan Alliance for Retired Americans v. Benson*, State of Michigan Court of Claims, No. 20-000108-MM, 18 Settembre 2020.

⁵³ *League of Women Voters of Mich v Secretary of State*, Court of Appeals of Michigan, NW2d, No. 353654, 14 Luglio 2020.

⁵⁴ *Michigan Alliance for Retired Americans v. Secretary of State and Attorney General*, Court of Appeals of Michigan, No. 354993, 16 Ottobre 2020.

entro l'*Election day*⁵⁵. Dopo aver temporaneamente sospeso l'efficacia del provvedimento del giudice distrettuale, la corte d'appello competente aveva rigettato l'impugnazione per carenza di interesse ad agire degli appellanti, procedendo ad annullare la sospensione pronunciata in precedenza⁵⁶. L'intervento della Corte suprema statale ha sancito il riconoscimento dello *standing to sue* della legislatura del Wisconsin nella causa⁵⁷, così consentendo alla corte d'appello di decidere sul merito della controversia. Con una pronuncia a maggioranza il giudice ha concesso la sospensione di quanto disposto dalla corte distrettuale⁵⁸, richiamando la pronuncia della Corte Suprema federale del mese di aprile sulla modifica della disciplina elettorale in prossimità delle consultazioni primarie proprio nello Stato del Wisconsin⁵⁹. La vicenda si è conclusa con il rigetto della richiesta di annullamento della sospensione ordinata dalla corte d'appello da parte delle Corte Suprema federale⁶⁰. La decisione palesa profili di interesse non fosse altro che per le tre *concurring opinions* e una *dissenting opinion* che sono state vergate dai *Justices*, delle quali si darà conto nel paragrafo conclusivo.

Anche nell'Indiana una corte distrettuale federale si era espressa favorevolmente sulla richiesta di allungamento del termine per la valida ricezione dei voti per posta, prorogandolo dalle 12 del giorno delle elezioni, come previsto dalla legge dello Stato, a dieci giorni dopo⁶¹. Parimenti, la stessa corte d'appello intervenuta nel caso del Wisconsin ha ribaltato la pronuncia del giudice distrettuale, negando la possibilità di computare validamente le schede pervenute oltre il mezzogiorno dell'*Election day*⁶².

Il caso del Minnesota è stato simile per certi versi a quello della Pennsylvania, nel senso che era stato il Segretario di Stato ad ammettere la necessità di un prolungamento del termine di legge (originariamente fissato al giorno dei comizi) per la valida ricezione delle schede votate per corrispondenza, concordando con i ricorrenti in una causa dinanzi a una corte statale di spostarlo in avanti al settimo giorno successivo (quinto lavorativo), accordo che poi è stato formalizzato dallo stesso giudice dello Stato tramite l'approvazione di un apposito

⁵⁵ *Democratic National Committee v. Bostelmann*, U.S. District Court for the Western District of Wisconsin, 20-cv-249-wmc, 21 settembre 2020.

⁵⁶ *Democratic National Committee, v. Bostelmann & Wisconsin State Legislature & Republican National Committee & Republican Party of Wisconsin*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, Nos. 20-2835 & 20-2844, 29 Settembre 2020.

⁵⁷ *Democratic National Committee, v. Bostelmann & Wisconsin State Legislature & Republican National Committee & Republican Party of Wisconsin*, Supreme Court of Wisconsin, No. 2020AP1634-CQ, 6 Ottobre 2020.

⁵⁸ *DNC v. Bostelmann & Wisconsin State Legislature*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, Nos. 20-2835 & 20-2844, 8 Ottobre 2020.

⁵⁹ *Republican National Committee v. Democratic National Committee*, 140 S. Ct. 1205, 1207 (2020).

⁶⁰ *Democratic National Committee v. Wisconsin State Legislature*, Supreme Court of the United States, No. 20A66, 26 Ottobre 2020.

⁶¹ *Common Cause Indiana v. Connie Lawson*, U.S. District Court for the Southern District of Indiana, Indianapolis Division, No. 1:20-cv-02007-SEB-TAB, 29 Settembre 2020.

⁶² *Common Cause Ind. v. Lawson*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, No. 20-2877, 23 Ottobre 2020.

*consent decree*⁶³. Le modifiche introdotte mediante la stipulazione dell'accordo con i ricorrenti da parte del Segretario di Stato sono state contestate in giudizio dinanzi a una corte distrettuale federale, la quale ha tuttavia rigettato l'istanza per l'assenza di *standing* to sue da parte dei ricorrenti (due potenziali elettori presidenziali selezionati dal partito repubblicano)⁶⁴. A meno di una settimana dalle elezioni, tuttavia, la corte d'appello competente è intervenuta con una decisione a maggioranza in riforma della pronuncia del giudice distrettuale, riconoscendo la legittimazione ad agire dei ricorrenti e ordinando che le schede arrivate dopo il giorno delle elezioni fossero tenute separate dalle altre, anche se contate, così che all'esito della controversia fosse possibile procedere a un'eventuale rettifica del totale⁶⁵. L'argomentazione del giudice poggia sul linguaggio della *Presidential Election Clause*, il cui riferimento alla *Legislature* sarebbe da intendersi come più circoscritto di quello della *Congress Elections Clause* come interpretata dalla Corte Suprema in *Arizona State Legislature v. AISC* (v. *supra*, §2); la disposizione della Costituzione federale osterebbe dunque a una modifica alla legge elettorale statale derivante da un *consent decree* stipulato dal Segretario di Stato anziché un emendamento del testo legislativo da parte della legislatura statale.

Il New Jersey è stato uno degli Stati in cui il legislatore si è attivato per recepire le istanze degli elettori affinché le difficoltà legate alla pandemia e al rallentamento dei servizi postali fossero adeguatamente tenute in considerazione, tanto che prima un *executive order* del Governatore dello Stato (*Executive Order 177*) e poi la stessa assemblea legislativa territoriale hanno ammesso al conteggio anche i voti per corrispondenza timbrati entro il giorno delle elezioni e pervenuti all'ufficio elettorale non oltre il settimo giorno dalla data dei comizi. L'impugnazione di tale modifica del dettato legislativo statale in una corte distrettuale federale non ha avuto successo, poiché il giudice del gravame ha argomentato che l'unico limite alla discrezionalità statale in materia elettorale è costituito dalla legge federale; poiché nel caso di specie le disposizioni della Federazione si limitano a istituire un *Election day*, lo Stato del New Jersey non sta violando la legge (e così, indirettamente, la *Congress Elections Clause* della Costituzione federale) poiché esso non ammette allo scrutinio schede votate dopo il giorno dei comizi, ma semplicemente consente la raccolta di quelle che entro tale data siano state votate fino a una settimana dopo⁶⁶.

Il caso del North Carolina è analogo a quello del Minnesota quanto all'antefatto, vale a dire la stipula di un *consent agreement* nell'ambito di una controversia nella quale era stato citato in giudizio il *board of elections* dello Stato, tale da estendere da tre a nove giorni dopo l'*Election day* il termine per la valida

⁶³ *LaRose v. Simon*, State of Minnesota District Court, County of Ramsey, Second Judicial District Case, Stipulation and Partial Consent Decree, No: 62-CV-20-3149, 3 Agosto 2020.

⁶⁴ *Carson and Lucero v. Simon*, U.S. District Court for Minnesota, No. 20-CV-2030 (NEB/TNL), 11 Ottobre 2020.

⁶⁵ *Carson and Lucero v. Simon*, U.S. Court of Appeals for Eight Circuit, No. 20-3139, 29 Ottobre 2020.

⁶⁶ *Donald J. Trump for President v. Way*, U.S. District Court for the District of New Jersey, No. 3:20-cv-10753-MAS-ZNQ, 6 Ottobre 2020.

ricezione delle schede⁶⁷. Nel frattempo, lo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti e il Presidente pro-tempore del Senato statale avevano chiesto una sospensione dell'efficacia del *consent agreement*, che si era poi tradotta in una sospensione del *consent judgment* da parte di un giudice distrettuale federale⁶⁸. La diversa corte distrettuale federale alla quale era stata trasferita la decisione sull'istanza cautelare ha ritenuto che le indicazioni contenute nel più recente memorandum indirizzato dal *Board of Elections* dello Stato a tutti gli uffici elettorali, che prescriveva (in esecuzione del *consent agreement*) di considerare come valide anche le schede che arrivassero fino al nono giorno successivo alle elezioni anziché al terzo come da legge dello Stato, comportassero una discriminazione illegittima, ma ha rifiutato di invalidarle sulla base della dottrina *Purcell* (v. *infra*, §6)⁶⁹. Parimenti, la corte d'appello investita del giudizio d'impugnazione si è pronunciata favorevolmente all'estensione adottata dal *Board of Elections*, non ravvisando nelle doglianze dei ricorrenti delle ragioni convincenti per paralizzarne l'efficacia⁷⁰. Ulteriori richieste di sospensione degli effetti del *consent judgment* e della pronuncia del giudice d'appello sono state rigettate rispettivamente dalla Corte suprema statale⁷¹ e da quella federale⁷².

Se quella sopra descritta è stata la giurisprudenza più significativa sul termine per la ricezione delle schede elettorali valide ai fini dello scrutinio dei voti, il contenzioso ha riguardato anche altri aspetti del cd. *absentee balloting*, dei quali si ritiene opportuno dare brevemente conto di seguito.

Una delle questioni sulle quali le corti si sono altresì pronunciate con una certa frequenza è quella della disponibilità di sufficienti *ballot drop boxes* per garantire l'effettiva possibilità di esercitare il voto a distanza. È stato per esempio il caso della Pennsylvania, ove la corte distrettuale adita per la dichiarazione dell'incostituzionalità di una serie di linee guida emanate dal Segretario di Stato, fra cui quella della possibilità di collocare più di un *drop box* per contea, si è inizialmente astenuta dal decidere sull'istanza applicando la cd. dottrina *Pullman* (v. *infra*, §6)⁷³. Dopo che la Corte suprema statale si è pronunciata sulla corretta interpretazione di determinate disposizioni della legislazione elettorale⁷⁴, il giudice distrettuale ha rigettato definitivamente il ricorso pendente dinanzi a sé,

⁶⁷ *North Carolina Alliance for Retired Americans v. Circosta*, State of North Carolina, County of Wake, General Court of Justice, Superior Court Division, Stipulation and Consent Judgment, 2 Ottobre.

⁶⁸ *Moore v. Circosta*, U.S. District Court for the Eastern District of North Carolina, No. S:20-CV-507-D, 3 Ottobre 2020.

⁶⁹ *Moore v. Circosta*, U.S. District Court for the Middle District of North Carolina, 1:20CV911, 14 Ottobre 2020; *Wise v. North Carolina State Board of Elections*, U.S. District Court for the Middle District of North Carolina, 1:20CV912, 14 Ottobre 2020.

⁷⁰ *Wise v. Circosta*, U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, No. 20-2104, 20 Ottobre 2020.

⁷¹ *North Carolina Alliance for Retired Americans v. The North Carolina State Board of Elections*, Supreme Court of North Carolina, No. 440P20, 26 Ottobre 2020.

⁷² *Moore v. Circosta*, Supreme Court of the United States, No. 20A72, 29 Ottobre 2020.

⁷³ *Donald J. Trump For President v. Boockvar*, U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania, No. 2:20-cv-966, 23 Agosto 2020.

⁷⁴ *Pennsylvania Democratic Party v. Boockvar*, Pennsylvania Supreme Court, — A.3d —, 2020 WL 5554644, 17 Settembre 2020.

così autorizzando la messa in pratica di una serie di agevolazioni al voto a distanza⁷⁵.

Il contenzioso si è giocato solo con riferimento ai *ballot drop boxes* in Ohio, ove vi sono stati due percorsi in parallelo dinanzi alla giurisdizione federale e a quella statale per contestare, rispettivamente, la legittimità costituzionale e il rispetto della legge statale da parte della direttiva del Segretario di Stato secondo la quale ciascuna contea poteva predisporre un solo punto di raccolta delle schede votate a distanza per tutto il proprio territorio. La prima pronuncia della serie è stata quella della corte statale di primo grado che ha riconosciuto come la scelta di vietare il collocamento di *drop boxes* in altre sedi rispetto all'ufficio elettorale di contea contenuta nella suddetta direttiva fosse arbitraria e irragionevole, poiché la legge statale non proibisce l'installazione di tali collettori in altre sedi⁷⁶. La corte distrettuale federale adita ha sospeso la lite pendente dinanzi a sé in attesa degli sviluppi del contenzioso statale⁷⁷, che ha visto la corte d'appello confermare il giudizio sulla direttiva del Segretario di Stato in sé, censurando al contempo la decisione di ordinare la sospensione dell'efficacia della direttiva, poiché nemmeno esiste un obbligo di offrire *ballot drop boxes* in sedi ulteriori rispetto a quella dell'ufficio elettorale di contea⁷⁸. Dopo che lo stesso Segretario di Stato aveva emanato una nuova direttiva (2020-22, 5 Ottobre 2020) esplicitando come non fosse vietata l'installazione di una pluralità di collettori di voti all'esterno dell'ufficio elettorale di contea, la corte distrettuale federale ha infine accolto l'istanza pendente dinanzi a sé, poiché la nuova direttiva non rimediava a tutte le mancanze della precedente; in forza di tale giudizio, pertanto, veniva consentita l'installazione di *ballot drop boxes* anche in sedi diverse e veniva autorizzata la raccolta delle schede fuori dalle sedi istituzionali da parte dello staff degli uffici elettorali⁷⁹. In un ennesimo ribaltamento del quadro normativo, la corte d'appello federale adita sospendeva la decisione del giudice distrettuale⁸⁰, prima che quest'ultimo la annullasse definitivamente in forza della manifestazione di rinuncia alla lite da parte dei ricorrenti⁸¹.

Nel Texas si è posta la medesima questione che nell'Ohio, con il giudice federale di distretto che ha sanzionato con la sospensione per le stesse ragioni un'analogha decisione che limitava i *ballot drop boxes* a uno solo per contea⁸², ma la

⁷⁵ *Donald J. Trump For President v. Boockvar*, U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania, No. 2:20-cv-966, 10 Ottobre 2020.

⁷⁶ *Ohio Democratic Party v. LaRose*, Franklin County Court of Common Pleas, No. 20cv-5634, 15 Settembre 2020.

⁷⁷ *A. Philip Randolph Institute of Ohio v. LaRose*, U.S. District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, No. 1:20-CV-01908, 25 Settembre 2020.

⁷⁸ *Ohio Democratic Party v. LaRose*, Court of Appeals of Ohio, Tenth Appellate District, No. 20AP-432 e 20AP-439, 2 Ottobre 2020.

⁷⁹ *A. Philip Randolph Institute of Ohio v. LaRose*, U.S. District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, No. 1:20-CV-01908, 8 Ottobre 2020.

⁸⁰ *A. Philip Randolph Inst. of Ohio v. LaRose*, U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 20-4063, 9 Ottobre 2020.

⁸¹ *A. Philip Randolph Institute of Ohio v. LaRose*, U.S. District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, No. 1:20-CV-01908, 22 Ottobre 2020.

⁸² *Texas League of United Latin American Citizens v. Abbott*, U.S. District Court for the Western

competente corte d'appello ha ritenuto di contraddire il giudice inferiore, sottolineando la sussistenza di una serie di alternative sufficienti per gli elettori dello Stato⁸³. Il tema della restituzione e raccolta delle schede votate a distanza è stata altresì oggetto di un'altra controversia nello Stato, in questo caso relativa a punti di raccolta organizzati secondo il meccanismo cd. del *drive-through*, che consente di depositare il plico elettorale presso il luogo designato senza dover scendere dal proprio veicolo. Dopo che la Corte suprema del Texas aveva negato la concessione di un *writ of mandamus* che ordinasse la chiusura dei punti di raccolta di cui sopra alla popolosa contea di Harris⁸⁴, la controversia si è spostata nel circuito federale. La corte distrettuale adita ha rigettato l'istanza dei ricorrenti ravvisando l'assenza di *standing to sue* e argomentando in favore di rigetto anche sul merito⁸⁵, posizione che è stata confermata dal telegrafico diniego di accoglimento della questione da parte della competente corte d'appello, pronunciato il giorno precedente le elezioni⁸⁶. Nove dei dieci punti di raccolta *drive through* dislocati sul territorio della contea sono comunque stati precauzionalmente chiusi durante l'*Election day* per evitare contestazioni sul risultato elettorale.

Un tema ulteriore sul quale le corti sono state chiamate a decidere in questa stagione elettorale è stato quello relativo ai requisiti per l'accesso al voto per corrispondenza. Nello stesso Texas è stata instaurata una lite per contestare la legittimità costituzionale della limitazione ai soli cittadini di età superiore ai 65 anni della possibilità di votare per posta senza giustificazione alcuna. Dopo che la corte federale distrettuale adita aveva accolto l'istanza urgente per disapplicare tale limitazione in ragione della probabile violazione del XXVI Emendamento alla Costituzione federale (che vieta le discriminazioni per l'esercizio del diritto di voto in base all'età)⁸⁷, la corte d'appello competente aveva sospeso gli effetti del provvedimento del giudice inferiore⁸⁸ e la Corte Suprema federale aveva rigettato la richiesta di annullamento di tale sospensione⁸⁹. La corte d'appello aveva poi rigettato la causa principale per assenza di violazione della Costituzione da parte della legge del Texas⁹⁰, mentre anche un analogo contenzioso dinanzi alle

District of Texas, Austin Division, 1:20-CV-1006-RP, 2020, 9 Ottobre 2020.

⁸³ *Texas League of United Latin American Citizens v. Abbott*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 20-50867, 12 Ottobre 2020.

⁸⁴ *In Re Steven Hotze*, Supreme Court of Texas, No. 20-0863, 1 Novembre 2020.

⁸⁵ *Steven Hotze v. Hollins*, U.S. District Court for the Southern District of Texas, No. 4:20-cv-03079, 2 Novembre 2020.

⁸⁶ *Steven Hotze v. Hollins*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 20-20574, 2 Novembre 2020.

⁸⁷ *Texas Democratic Party v. Abbott*, U.S. District Court for the Western District of Texas, San Antonio Division, No. SA-20-CA-438-FB 19 Maggio 2020.

⁸⁸ *Texas Democratic Party v. Abbott*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 20-50407, 4 Giugno 2020.

⁸⁹ *Texas Democratic Party v. Abbott*, Supreme Court of the United States, No. 19A1055, 26 Giugno 2020.

⁹⁰ *Texas Democratic Party v. Abbott*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 20-50407, 10 Settembre 2020.

giurisdizioni dello Stato andava incontro allo stesso destino con la pronuncia della Corte suprema statale⁹¹.

La questione dei requisiti da integrare per poter accedere al voto per posta o a distanza in generale è stato oggetto di contenzioso nell'Alabama, ove già una controversia sul tema era sorta con riferimento alle elezioni primarie per il candidato del partito repubblicano al seggio senatoriale in palio a novembre. In questo caso, i ricorrenti contestavano la legittimità costituzionale delle disposizioni della legge elettorale statale che richiedevano una giustificazione per l'esercizio del voto a distanza, la certificazione notarile o la firma di due testimoni, l'obbligo di allegare una fotocopia di un documento di identità con fotografia e la messa al bando del cd. *curbside voting* (di fatto molto simile al voto tramite *drive through* di cui sopra). Il giudice distrettuale adito dopo una lunga istruttoria si era pronunciato per la illegittimità di dette disposizioni, quando riferite a cittadini che fornissero dichiarazioni per iscritto attestanti il rischio sanitario legato alla pandemia da Covid-19⁹², per violazione del I e del XIV Emendamento, nonché di alcune disposizioni di due rilevanti *statutes* federali, l'*ADA*⁹³ e il *VRA*⁹⁴. L'istanza di sospensione del provvedimento del giudice distrettuale è stata accolta solo in parte dal giudice d'appello, che ha tuttavia confermato gli effetti della pronuncia precedente con riferimento all'autorizzazione al ricorso al *curbside voting*⁹⁵. In ogni caso, la Corte Suprema federale ha accolto la richiesta di sospensione anche di questo residuo effetto della pronuncia del giudice di prime cure, impedendo così di fatto l'utilizzo di questa modalità di restituzione delle schede per l'elezione generale di novembre⁹⁶.

Sul tema dell'accesso al voto per corrispondenza anche l'Arizona, che a sorpresa il candidato democratico ha vinto con uno strettissimo margine di poco più di 10000 voti (0,3% del totale) ha costituito un campo di battaglia. In particolare, oggetto del contendere è stato in primo luogo il termine entro il quale i cittadini dovessero fare richiesta per essere registrati per votare alle elezioni del 3 novembre. Un giudice distrettuale federale aveva accolto un'istanza affinché la data inizialmente prevista, il 5 ottobre, fosse prorogata, ordinando che fossero registrati tutti coloro che facessero richiesta entro il 23 ottobre, così da far fronte alle complicazioni che erano sorte per effetto della pandemia e che potevano aver ostacolato la tempestiva richiesta di parte del potenziale elettorato⁹⁷. Tuttavia, anche in questo caso il giudice d'appello competente ha sospeso l'efficacia del provvedimento di primo grado, asserendo che le modalità alternative di

⁹¹ *Texas v. Hollins*, Supreme Court of Texas, No. 20-0729, 30 Settembre 2020.

⁹² *People First of Alabama v. Merrill*, U.S. District Court for the Northern District of Alabama, No. 2:20-cv-00619-AKK, 30 Settembre 2020.

⁹³ *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. § 12131.

⁹⁴ *Voting Rights Act*, 52 U.S.C. § 10301.

⁹⁵ *People First of Alabama v. Merrill*, U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, No. 20-13695-B, 13 Ottobre 2020.

⁹⁶ *Merrill v. People First of Alabama*, Supreme Court of the United States, No. 20A67, 21 Ottobre 2020.

⁹⁷ *Mi Familia Vota v. Hobbs*, U.S. District Court for the District of Arizona, No. CV-20-01903-PHX-SPL, 5 Ottobre 2020.

registrazione anche a distanza e per via telematica non andavano a gravare in modo illegittimo sull'esercizio del diritto di voto dei cittadini dello Stato⁹⁸; tale sospensione è stata però pronunciata solo con effetti futuri a partire da due giorni dopo, per cui tutti coloro che si fossero registrati nel periodo fra la scadenza del termine originario (5 ottobre) e l'entrata in vigore della sospensione (15 ottobre) sarebbe stati considerati effettivamente elettori per le elezioni del mese di novembre.

L'altro tema dibattuto nello Stato dell'Arizona è stato quello del termine entro il quale gli elettori per posta potessero rimediare a determinati difetti formali del proprio voto inviato per corrispondenza (l'intervento correttivo, entro cinque giorni dall'*Election day*, che rendesse valida ai fini del computo dei voti la scheda, era concesso solo per le firme non corrispondenti e non per quelle del tutto mancanti). Se anche in questa circostanza l'istanza era stata accolta dal giudice distrettuale, a parer del quale la disposizione imponeva ostacoli minimi ma comunque ingiustificati all'esercizio del suffragio⁹⁹, la corte d'appello competente ha concesso la sospensione degli effetti del provvedimento del giudice distrettuale, sottolineando come l'opportunità di rimediare entro il giorno dei comizi fosse una sufficiente garanzia procedurale per gli elettori¹⁰⁰.

L'ultimo caso di cui si ritiene dar conto è quello relativo al Tennessee, ove la questione principale contestata era l'obbligo per i cittadini che si registrassero per la prima volta di votare di persona e la conseguente preclusione all'accesso all'*absentee balloting*. L'approccio favorevole ai ricorrenti della corte distrettuale federale adita (almeno con riferimento a questo specifico profilo, diversamente per altri dei quali qui non si dà conto), che aveva ritenuto che tale requisito fosse un ostacolo che impediva illegittimamente un pieno esercizio del voto ai cittadini elettori¹⁰¹, è stato poi confermato dal giudice d'appello¹⁰², seppur nel frattempo l'ulteriore requisito di includere una fotocopia di un documento di identità con fotografia nel plico restituito all'ufficio elettorale fosse stato aggiunto per questa particolare categoria di elettori.

Sulla base dell'estesa rassegna delle pronunce affrontate (che non esaurisce il novero di quelle in ambito elettorale ma cerca di farne una selezione ragionata e limitata ad alcuni profili dell'accesso al voto a distanza), nell'ultimo paragrafo ci si prefigge di sviluppare alcune considerazioni sulle tendenze che sono emerse nel rapporto fra le corti statali e quelle federali con riferimento al processo elettorale, indagando altresì i criteri e gli standard di scrutinio ai quali più spesso si sono richiamati e hanno applicato i giudici interpellati nei casi summenzionati.

⁹⁸ *Mi Familia Vota v. Hobbs*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, Nos. 20-16932 e 20-17000, 13 Ottobre 2020.

⁹⁹ *Arizona Democratic Party v. Hobbs*, U.S. District Court for the District of Arizona, No. CV-20-01143-PHX-DLR, 10 Settembre 2020.

¹⁰⁰ *Arizona Democratic Party v. Hobbs*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 20-16759, 6 Ottobre 2020.

¹⁰¹ *Memphis A. Philip Randolph Institute v. Hargett*, U.S. District Court for the Middle District of Tennessee, No. 3:20-cv-00374, 9 Settembre 2020.

¹⁰² *Memphis A. Philip Randolph Institute v. Hargett*, Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 20-6141, 19 Ottobre 2020.

6. Il ruolo delle corti in materia di regolazione dei processi elettorali e gli standard applicabili

Come illustrato nel paragrafo precedente, il contenzioso in materia elettorale, che è già ricco in tempi ordinari, ha vissuto un'annata particolarmente intensa, durante la quale si è assistito a pronunce di segno anche opposto fra corti federali e statali di pari grado, tale per cui sembra opportuno interrogarsi su quali siano le tendenze emergenti da questo specifico ciclo elettorale e quali conseguenze di medio-lungo periodo (se alcuna) esse possano determinare con riferimento al ruolo delle corti nelle controversie che attengono all'esercizio dei diritti politici. Si precisa che la scelta di concentrare l'attenzione sulle modalità di voto a distanza o anticipate e sul grado di apertura o chiusura denotato dai vari Stati in questo ambito ha comportato una focalizzazione della trattazione sul contenzioso avvenuto prima che si tenessero i comizi. Ciò non implica che anche le controversie sorte dopo le elezioni e volte in larga parte a opporsi alla certificazione del risultato elettorale in più giurisdizioni non abbiano una propria rilevanza. Tuttavia, in questa sede si è ritenuto di prendere in considerazione soltanto quelle antecedenti, anche per discutere la divaricazione che è emersa fra giudici diversi con riferimento a controversie analoghe, laddove la tendenza che si desume dalle dozzine di cause intentate dopo la proclamazione dei risultati elettorali sembra più uniforme (e, in linea di massima, sfavorevole a ribaltare l'esito del voto in forza della carenza di materiale probatorio che supporti le numerose allegazioni di brogli e irregolarità).

Una prima serie di osservazioni riguarda il ruolo del giudiziario statale, il cui intervento in questo ambito non sorprende in ragione della delega della disciplina dei processi elettorali agli Stati da parte della Federazione (v. *supra*, §2). I due casi più significativi in questo ambito sono quelli già menzionati di Pennsylvania e Michigan (v. *supra*, §5), nei quali i giudici statali hanno dovuto misurare la legittimità delle disposizioni introdotte con riferimento al termine per la valida ricezione delle schede votate a distanza con il testo costituzionale dello Stato, addivenendo a esiti divergenti.

Nel primo, la Corte suprema della Pennsylvania ha riconosciuto che la disposizione impugnata non fosse ambigua e dunque non ci si trovasse in un caso da risolvere sul piano della *statutory interpretation*, bensì la questione sollevata dai ricorrenti era se il limite stabilito per legge fosse incostituzionale non di per sé, ma in quanto applicato nelle particolari circostanze nelle quali l'elezione generale del 2020 si collocava (si tratta cioè non di *facial challenge* alla disposizione, ma di *as-applied challenge*¹⁰³). La *ratio decidendi* dell'opinione di maggioranza poggia su una interpretazione che, prendendo in prestito una qualificazione dal sapore un po' europeo e tendenzialmente aliena al contesto statunitense, si potrebbe definire finalistica o teleologica. Infatti, il riferimento normativo dei giudici è la *Free and Equal Elections Clause* della Costituzione della Pennsylvania, la quale sancisce che nessuna autorità civile o militare debba in alcun momento interferire in modo tale

¹⁰³ Per una trattazione delle differenze fra i due modelli di contestazione della legittimità costituzionale di uno *statute*, v. A. Kreit, *Making Sense of Facial and As-Applied Challenges*, 18 *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 657 (2010).

da impedire il libero esercizio del diritto di voto¹⁰⁴. La corte ha richiamato quanto già statuito oltre due anni prima in un caso relativo al tema del *redistricting*, ove aveva affermato che la disposizione costituzionale in questione andasse interpretata come indicativa dell'intento dei redattori a che tutti gli aspetti del processo elettorale fossero aperti e non limitati ai cittadini nel massimo grado possibile, nonché condotti in modo da garantire il diritto degli elettori all'eguale partecipazione nel processo elettorale per la selezione dei propri rappresentanti¹⁰⁵. Sulla base di tale principio, pur riconoscendo che la Costituzione federale e quella statale conferiscono alla legislatura statale la facoltà di determinare un equo temperamento fra l'interesse di cui sopra e l'obiettivo dell'efficace e tempestiva raccolta delle schede ai fini dello scrutinio dei voti espressi, il giudice ha ritenuto di poter applicare per analogia un precedente di una corte statale inferiore relativo al manifestarsi di calamità naturali impreviste¹⁰⁶. Poiché, come ricordava tale antecedente pronuncia, né la costituzione statale né la disciplina in materia elettorale disponevano alcunché in ordine a tali straordinarie circostanze, nel caso di specie la Corte suprema statale ha rivendicato la propria ampia autorità a porre in essere rimedi significativi laddove ciò fosse richiesto, aderendo alla proposta formulata dal Segretario di Stato che prorogava il termine per la ricezione delle schede timbrate entro l'*Election day* al terzo giorno successivo a quello in cui si celebrano i comizi.

Il secondo caso si differenzia in primo luogo per il particolare grado di dettaglio della disposizione costituzionale statale assunta a parametro della controversia, che non si limita a un'affermazione generale di principio ma elenca con dovizia di particolari i diritti spettanti a ciascun elettore dello Stato. La *Court of Claims* distingue dunque la doglianza *as-applied* alle conseguenze della pandemia da Covid-19, sottolineando la natura non necessaria della misura restrittiva del diritto costituzionalmente protetto¹⁰⁷. La differenza di fattispecie concreta e di fatti allegati rilevata dal giudice esclude quindi l'applicazione del principio già sancito in un caso analogo di tre soli mesi prima sul quale si era pronunciata la corte d'appello statale¹⁰⁸. Se con tale decisione il termine era stato spostato in avanti al quattordicesimo giorno successivo alla celebrazione dei comizi, come già illustrato il giudice d'appello si è discostato dalla statuizione della corte inferiore, ritenendo che si trattasse di *facial challenge* e che il precedente da essa stessa deciso sul tema solo tre mesi prima fosse applicabile¹⁰⁹. Il percorso argomentativo di tale decisione,

¹⁰⁴ Art. I, § 5, Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania: "*Elections shall be free and equal; and no power, civil or military, shall at any time interfere to prevent the free exercise of the right of suffrage*".

¹⁰⁵ *League of Women Voters of Pennsylvania v. Commonwealth of Pennsylvania*, Supreme Court of Pennsylvania, Middle District, 178 A.3d 737, 804, 7 Febbraio 2018.

¹⁰⁶ *In re General Election-1985*, Pennsylvania Commonwealth Court, 531 A.2d at 839 (1987).

¹⁰⁷ *Michigan Alliance for Retired Americans v. Benson*, State of Michigan Court of Claims, No. 20-000108-MM, 18 Settembre 2020.

¹⁰⁸ *League of Women Voters of Mich v Secretary of State*, Court of Appeals of Michigan, NW2d, No. 353654, 14 Luglio 2020.

¹⁰⁹ *Michigan Alliance for Retired Americans v. Secretary of State and Attorney General*, State of Michigan Court of Appeals, No. 354993, 16 Ottobre 2020.

che la Corte d'appello statale ritiene applicabile anche al caso di specie, si basava su un'interpretazione dell'intenzione del legislatore (popolare) storico nell'introdurre l'emendamento alla costituzione statale. Poiché non vi erano specifici riferimenti al fatto che il termine per l'esercizio del voto a distanza ai fini della sua validità fosse stabilito sulla base del momento di invio della scheda e non della sua ricezione, non si poteva ritenere che essa fosse una legittima aspettativa degli elettori che avevano approvato tale revisione costituzionale. Come stabilire tale termine sarebbe dunque una scelta politica e, in quanto tale, riservata alla discrezionalità dell'assemblea elettiva statale, soggetta allo scrutinio giudiziale solo ove di fatto impedisca l'effettivo esercizio del suffragio. Se anche il diritto di votare a distanza è disposizione *self-executing* a norma della costituzione statale, il giudice aveva argomentato che un termine fosse necessario e, pertanto, la questione da risolvere era se la limitazione introdotta gravasse eccessivamente sull'esercizio della prerogativa in questione¹¹⁰, interrogativo al quale la corte aveva ritenuto di rispondere in senso negativo.

Pur trattandosi di un campione statisticamente limitato, poiché relativo a due sole giurisdizioni sulle cinquanta di cui si compone la Federazione, quanto sopra esposto pare dimostrare una tendenza delle corti statali a non rifuggire l'esame della legittimità costituzionale delle disposizioni adottate dalle legislature statali. Esse applicano dunque il parametro costituzionale nel giudizio senza rifugiarsi in una risoluzione della controversia basata su un'interpretazione delle disposizioni degli *statutes* armonizzata al principio invocato dai ricorrenti. Ciò che pare distinguere i due approcci è l'utilizzo che della disposizione costituzionale statale il giudice fa: la Corte suprema della Pennsylvania e la *Court of Claims* del Michigan, pur dinanzi a due testi costituzionali formulati in modo assai diverso (l'uno breve e più solenne, l'altro assai analitico), valorizzano il profilo di garanzia dell'esercizio del diritto di voto del cittadino facendo leva sulla formulazione generale delle disposizioni in parola (e, nel caso del Michigan, la direttiva interpretativa che appare assai favorevole alla posizione degli elettori¹¹¹); la corte d'appello del Michigan, diversamente, dalla disciplina dettagliata della disposizione costituzionale trae la conclusione che ciò che non sia espressamente menzionato sia invece da ritenersi nella disponibilità del processo politico e, valutando le circostanze di fatto come meno invalidanti sul diritto degli elettori di quanto non avesse ritenuto il giudice di primo grado, dà prova di deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore.

La parte numericamente più consistente del contenzioso di cui si è inteso dare conto, però, si è svolta nell'ambito del circuito giudiziario federale. D'altronde, se la regolazione delle procedure elettorali è in linea di principio rimessa agli Stati, come si è detto il Congresso è sempre libero di intervenire derogando ad alcuni aspetti di tale disciplina (v. *supra*, § 2); inoltre, le legislazioni

¹¹⁰ *Wolverine Golf Club v. Secretary of State*, Supreme Court of Michigan, 384 Mich 461, 466; 185 NW2d 392 (1971).

¹¹¹ Art. 2, § 4, n. 1, cl. 2, Constitution of the State of Michigan of 1963: "*This subsection shall be liberally construed in favor of voters' rights in order to effectuate its purposes*".

degli Stati sono vincolate al rispetto delle disposizioni della Costituzione federale e del *bill of rights*, almeno per le parti dello stesso che siano state oggetto di *incorporation*¹¹². È opportuno precisare come, nonostante il riferimento specifico al diritto di voto appaia nel testo costituzionale a partire soltanto dal XV Emendamento, la copiosa giurisprudenza in materia elettorale si sia sviluppata soprattutto per mezzo dell'applicazione del principio di libertà di associazione (politica) di cui al I Emendamento e della *Equal Protection Clause* del XIV Emendamento, che ha funzionato come una clausola che vieta le discriminazioni irragionevoli e garantisce l'eguaglianza di trattamento ai cittadini della Federazione davanti alla legge (in particolare, in questa materia, con riferimento alla cd. 'diluizione del voto' legata alla pratica del *gerrymandering*).

Le corti federali interpellate hanno dimostrato, almeno in parte, di rispettare l'autonomia delle corti statali nell'esercizio del monopolio interpretativo sulle disposizioni di legge degli Stati, attendendo che esse si pronunciassero sul corretto significato da attribuirvi prima di disporre del caso pendente dinanzi a esse. Così hanno agito tanto la Corte d'appello per il settimo circuito federale nella controversia relativa al termine per la valida ricezione delle schede in Wisconsin¹¹³, quanto la Corte distrettuale federale per il distretto occidentale della Pennsylvania riguardo al tema dell'utilizzo dei *drop boxes* per il deposito degli *absentee ballots*¹¹⁴, la quale ha applicato la risalente dottrina della cd. *Pullman abstention*¹¹⁵.

In ogni caso, tale tendenziale deferenza non ha impedito anche alle corti federali adite di intervenire in modo penetrante sulla legislazione statale applicando le summenzionate disposizioni della Costituzione federale. Le pronunce di cui si è dato conto, peraltro, sono influenzate dal tipo di giudizi instaurati dai ricorrenti, che hanno presentato istanze per ottenere delle *preliminary injunctions*, vale a dire provvedimenti cautelari atti a sospendere l'efficacia di disposizioni di legge statali in ragione di un giudizio prognostico sulla fondatezza del ricorso nel merito che viene formulato dal giudice, il quale valuta altresì il rischio di un pregiudizio attuale al quale chi agisce in giudizio sarebbe sottoposto in caso di diniego, il bilanciamento del sacrificio imposto all'altra parte e il soddisfacimento di un interesse pubblico.

Sotto il profilo dello standard di giudizio che le corti federali hanno adottato, è opportuno ricordare che il criterio in base al quale viene verificata la legittimità costituzionale della legislazione elettorale con il I e il XIV Emendamento è il cd.

¹¹² G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 190-191.

¹¹³ *Democratic National Committee, v. Bostelmann & Wisconsin State Legislature & Republican National Committee & Republican Party of Wisconsin*, U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, Nos. 20-2835 & 20-2844, 29 Settembre 2020; *Democratic National Committee, v. Bostelmann & Wisconsin State Legislature & Republican National Committee & Republican Party of Wisconsin*, Supreme Court of Wisconsin, No. 2020AP1634-CQ, 6 Ottobre 2020.

¹¹⁴ *Donald J. Trump For President v. Boockvar*, U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania, No. 2:20-cv-966, 23 Agosto 2020; *Pennsylvania Democratic Party v. Boockvar*, Pennsylvania Supreme Court, — A.3d —, 2020 WL 5554644, 17 Settembre 2020.

¹¹⁵ *Railroad Comm. Texas v. Pullman Company*, 312 U.S. 496 (1941), 499-500.

*Anderson-Burdick test*¹¹⁶. Esso deriva dalla stratificazione di una serie di pronunce della Corte Suprema federale, prevalentemente relative ai requisiti per candidarsi a cariche elettive, il cui esito è stato quello di fornire uno strumento ai giudici per determinare quale grado di severità debba avere lo scrutinio sulle limitazioni legislative al diritto di voto. Inizialmente essa, dopo aver sancito che le restrizioni sull'accesso alla candidatura gravano su due diritti fondamentali¹¹⁷, quello dei singoli ad associarsi per la diffusione delle proprie convinzioni politiche e il diritto degli elettori di esprimere le proprie preferenze politiche all'atto del voto, aveva affermato che lo Stato che introducesse delle limitazioni a tali diritti dovesse dimostrare che tale disciplina fosse necessaria e servisse al soddisfacimento di un interesse cogente¹¹⁸.

Tuttavia, la Corte Suprema ha poi precisato, richiamando una pronuncia precedente, che non tutte le restrizioni imposte dagli Stati sull'eleggibilità dei candidati sono ostacoli costituzionalmente sospetti all'esercizio dei diritti politici in questione, poiché d'altronde una qualche regolazione del processo elettorale deve esistere per garantirne la regolarità e correttezza¹¹⁹. Infatti, gli interessi statali a disciplinare lo svolgimento delle elezioni sono generalmente sufficienti a giustificare restrizioni ragionevoli e non discriminatorie, perciò non vi può essere una cartina di tornasole per distinguere le limitazioni valide da quelle che non lo siano. La soluzione risiede in un'analisi svolta dalla corte adita che valuti la natura e la grandezza della presunta lesione del diritto protetto dal I e dal XIV Emendamento, a cui segua un'identificazione dell'interesse statale addotto per giustificare tale restrizione. La valutazione non si deve arrestare alla determinazione della legittimità e forza persuasiva di tali interessi, ma deve altresì considerare in che termini il perseguimento di essi obblighi a restringere i diritti dell'elettore¹²⁰.

È stato poi nel 1992 che, finalmente, la Corte Suprema federale ha tirato le fila di tale giurisprudenza. Essa lo ha fatto prima riassumendo sinteticamente il combinato disposto delle due pronunce precedenti, secondo il quale, quando uno Stato ostacoli i diritti di iniziativa politica e di voto degli elettori, esso deve dimostrare di perseguire un interesse sufficientemente rilevante per motivare tale restrizione, sì che ogni limitazione gravosa debba essere orientata al conseguimento di un interesse impellente¹²¹. Pochi mesi dopo, finalmente, i *Justices* hanno delineato più chiaramente questo standard, ricordando che, per quanto fondamentali, i diritti politici protetti dal I e XIV Emendamento non sono assoluti; d'altronde, la *Congressional Elections Clause* e la giurisprudenza della stessa Corte

¹¹⁶ E.B. Foley, *Voting rules and constitutional law*, 81(6) *Geo. Wash. L. Rev.*, 1836 (2013), 1847 ss.

¹¹⁷ Sull'incostanza del riferimento alla fundamentalità del diritto di voto da parte delle corti, in particolare la Corte Suprema, v. J.A. Douglas, *Is the right to vote really fundamental?*, 18(1) *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, 143 (2008).

¹¹⁸ *Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party*, 440 U.S. 173 (1979), 184.

¹¹⁹ *Storer v. Brown*, 415 U.S. 724 (1974), 730.

¹²⁰ *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780 (1983), 788-790.

¹²¹ *Norman v. Reed*, 502 U.S. 279 (1992), 288-289.

hanno riconosciuto il potere degli Stati di regolare lo svolgimento delle elezioni e qualsiasi disciplina inevitabilmente impone una qualche forma di onere in capo agli elettori. Sottoporre qualsiasi forma di regolazione delle elezioni a uno scrutinio penetrante (*strict scrutiny*) che indagli se sia una restrizione strutturata su misura (*narrowly tailored*) per il perseguimento di un interesse statale cogente (*compelling interest*) circoscriverebbe sensibilmente l'azione degli Stati che vogliano assicurare un'efficiente ed equo svolgimento delle operazioni elettorali. Il criterio di giudizio da applicare sarebbe dunque quello del ricorso a uno standard flessibile: tanto più la disciplina statale impone un sacrificio del diritto di voto dell'elettore, tanto più lo scrutinio sulla sua legittimità dovrà essere penetrante. Perciò, si ricorrerà allo *strict scrutiny* solo dinanzi limitazioni particolarmente gravose, mentre a giustificare l'imposizione di limitazioni ragionevoli e non discriminatorie sarebbero sufficienti importanti interessi dello Stato a regolare il processo elettorale (*rationality basis test*)¹²².

La rilevanza dell'*Anderson-Burdick* test nel contenzioso elettorale si può desumere anche dal suo utilizzo nella maggioranza dei casi dinanzi al giudiziario federale di cui si è dato conto nel paragrafo precedente (Georgia, Wisconsin, Pennsylvania, Ohio, Texas, Alabama, Arizona, Tennessee) e dal fatto che a fare ricorso a esso siano state tanto le corti distrettuali quanto quelle d'appello. Assunto tale dato, tuttavia, non si può non chiedersi perché dinanzi a un criterio ritenuto pacificamente applicabile dai giudici del circuito federale, le pronunce su discipline legislative statali simili se non analoghe denotino una pluralità di orientamenti ed esiti, dei quali si è dato conto in precedenza. Una risposta potrebbe desumersi dalla decisione della Corte Suprema federale nel caso del 2008 relativo alla legge dell'Indiana sull'obbligo degli elettori che votassero di persona di presentare un documento di identità rientrante in una data categoria presso il seggio¹²³. Il solo fatto che la Corte, in questa decisione, si sia di fatto distribuita su tre orientamenti interpretativi diversi fa sospettare che tale standard non sia in realtà così facile e agevole da applicare per le corti federali, nonostante l'opinione della Corte, redatta da *Justice Stevens*, cercasse di perimetrarne l'utilizzo alle ipotesi in cui la restrizione non fosse detestabile (*"invidious"*)¹²⁴, ossia non rilevante per la qualificazione dell'elettore¹²⁵. Questa interpretazione del test di bilanciamento, tuttavia, sembra assumere una veste particolarmente deferente nei confronti degli Stati: d'altronde, se essi non devono presentare prove che suffraghino gli interessi che dichiarano di perseguire, lo scrutinio delle corti non può che arrestarsi a uno stadio anteriore¹²⁶.

L'altro principio che non poche delle pronunce del ciclo elettorale preso in considerazione hanno applicato con una certa costanza è il cd. *Purcell principle*, che

¹²² *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992), 432-434.

¹²³ *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181 (2008).

¹²⁴ *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

¹²⁵ *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181 (2008), Opinion of Justice Stevens, p. 6 (Slip Op.).

¹²⁶ S.H. Lee, *Judicial Review of Absentee Voting Laws: How Courts Should Balance State Interests against the Fundamental Right to Vote Going Forward*, 105 Iowa L. Rev., 799 (2020), 811 ss.

prende il nome da una sintetica decisione della Corte Suprema federale di quindici anni fa¹²⁷. Nel revocare un ordine di sospensione dell'applicazione di una disposizione legislativa dell'Arizona che richiedeva l'esibizione di un documento d'identità al seggio concesso da una corte d'appello federale, in impugnazione del diniego della corte distrettuale, soltanto un mese prima delle elezioni di *Mid-term* del 2006, in una decisione *per curiam* i *Justices* ponevano l'accento su come pronunce giurisdizionali in tema di elezioni, specialmente quando confliggenti, siano suscettibili di ingenerare confusione negli elettori e disincentivarne la partecipazione alla consultazione, tanto più quando la data dei comizi sia vicina. Per questa ragione, in mancanza di una ragione convincente addotta dalla corte d'appello, la Corte Suprema dispose l'annullamento di tale sospensione. La Corte aveva nuovamente applicato tale criterio più tardi, confermando la decisione del giudice dell'impugnazione, anche in un caso in cui la pronuncia di una corte d'appello aveva disposto l'applicazione per un'elezione imminente di una disposizione legislativa che precedentemente la corte distrettuale aveva dichiarato incostituzionale e di cui aveva disposto il divieto d'utilizzo¹²⁸. Il principio *Purcell*, a differenza del test *Anderson-Burdick*, non è stato utilizzato da quasi nessuna corte distrettuale nei casi presi in considerazione (salvo quello del North Carolina), mentre vi hanno fatto ricorso le corti d'appello in ben quattro casi diversi (Georgia, Wisconsin, Ohio e Arizona) per ribaltare il verdetto del giudice di grado inferiore, che aveva concesso condizioni più favorevoli di esercizio del voto rispetto a quelle previste dalla legislazione statale.

In un tale quadro, il ruolo della Corte Suprema federale è apparso più defilato e limitato all'accoglimento (nei soli casi dell'Alabama e del South Carolina¹²⁹) o al diniego di istanze di sospensione delle pronunce dei giudici federali inferiori o delle corti supreme statali. Invero, la Corte si è espressa più diffusamente durante la stagione delle elezioni primarie, in particolare quando ha sanzionato come improvvida e in violazione del *Purcell principle* la decisione di una corte distrettuale federale del Wisconsin di ordinare unilateralmente (vale a dire andando oltre le richieste di parte) che non solo dovessero essere computati come validi i voti per corrispondenza timbrati entro l'*Election day* e ricevuti non oltre sei giorni dopo, bensì che potessero essere validamente contati anche quelli recanti un timbro di una data successiva a quella della convocazione dei comizi¹³⁰. Tuttavia, la decisione di intervenire con una pronuncia che imponesse di inviare le schede entro il giorno successivo, obbligando quindi alcuni elettori che, per i ritardi dovuti alla pandemia appena scoppiata, non avessero ancora ricevuto la scheda a un onere impossibile

¹²⁷ *Gonzalez v. Purcell*, 549 U.S. 1 (2006). Per un bilancio dopo dieci anni dalla decisione, v. R. L. Hasen, *Reining in the purcell principle*, 43(2) *Fla. St. U. L. Rev.*, 427 (2016).

¹²⁸ *Veasey v. Perry*, 135 S.Ct. 9, 190 (2014).

¹²⁹ *Andino v. Middleton*, 592 U.S. No. 20A55 (2020). La controversia nasceva in occasione delle elezioni primarie nello Stato e si era poi manifestata nuovamente in occasione della modifica del quadro legislativo, che prevedeva il requisito della testimonianza per certificare l'identità dell'elettore che votasse a distanza, che la corte distrettuale federale aveva dichiarato incostituzionale, prima che appunto la Corte Suprema federale concedesse la sospensione degli effetti del provvedimento.

¹³⁰ *Republican National Committee v. Democratic National Committee*, 140 S. Ct. 1205 (2020).

da onorare, è stata assai criticata in un'opinione dissenziente dell'ex giudice Ginsburg, alla quale si erano uniti gli altri giudici di ispirazione progressista nel sottolineare come la decisione stessa della Corte fosse in violazione del principio che asseriva di garantire.

Il caso in cui i *Justices* più si sono esposti è stato probabilmente quello con il quale hanno confermato la sospensione della decisione della corte distrettuale federale che prorogava il termine per la restituzione delle schede votate a distanza nel Wisconsin¹³¹. Se le brevi *concurring opinions* del *Chief Justice* e di *Justice Gorsuch* sono soprattutto volte a sottolineare come non fosse compito del giudice distrettuale sostituire la propria valutazione a quella politica del legislatore statale, *Justice Kavanaugh* scrive separatamente per sottolineare come la decisione del giudice distrettuale violasse il *Purcell principle*, si sostituisse impropriamente al legislatore statale, usurpandone un potere costituzionalmente sancito, e infine sovrastimasse la rilevanza dei termini per la restituzione delle schede ai fini dell'applicazione del test *Anderson-Burdick*. Diversamente, l'opinione dissenziente di *Justice Kagan*, alla quale si sono uniti *Justice Breyer* e *Justice Sotomayor*, critica aspramente il riferimento a *Purcell*, sottolineando come invece l'intervento della corte distrettuale fosse tempestivo, e mostrando come i fatti raccolti in istruttoria dallo stesso giudice di primo grado giustificassero la valutazione che la restrittiva disciplina legislativa dello Stato sul voto per posta ponesse ostacoli gravosi all'esercizio del suffragio in questa particolare consultazione elettorale.

Quanto pare emergere dal quadro tracciato è un giudiziario federale che si muove a macchia di leopardo e ancora non riesce a trovare con continuità degli *workable standards* condivisi che consentano una maggiore stabilità del quadro normativo con riferimento alla disciplina elettorale, anche se senz'altro l'(auspicata) eccezionalità delle elezioni in periodo Covid-19 ha influenzato gli orientamenti dei quali si è ritenuto dare conto. Spicca, per certi versi, la posizione tutto sommato poco visibile della Corte Suprema, la quale, pur intervenendo anche attivamente in un numero limitato di casi prima delle elezioni, si è poi ben guardata dal sindacare i risultati dello scrutinio nei singoli Stati, forse memore degli effetti che la decisione di vent'anni or sono sul riconteggio delle schede in Florida aveva avuto sulla percezione dell'indipendenza della Corte nell'opinione pubblica¹³². Prova ne è lo stringato rigetto dell'ultimo, disperato tentativo del candidato sconfitto, il Presidente Trump, di bloccare la certificazione dell'esito dell'elezione in diversi Stati e così impedire al Collegio elettorale di proclamare Joe Biden vincitore¹³³.

Davide Zecca
Dip.to di Studi giuridici
Università comm.le L. Bocconi

¹³¹ *Republican National Committee v. Democratic National Committee*, 140 S. Ct. 1205, 1207 (2020).

¹³² *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2000).

¹³³ *Texas v. Pennsylvania*, 592 U.S. 155 (2020).

Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica

di Mauro Volpi

Abstract: The independent government of judiciary: a complex and dynamic situation - The monographic section focuses on the structural and functional characteristics of judiciary's governing bodies. An important role is played by the Councils of Justice, among which those of south-western Europe are particularly significant. Their independence and powers are today criticized in "illiberal democracies". Even in the legal systems in which there aren't Councils of Justice (for ex. the Anglo-Saxon systems, the Nordic ones and Germany), some independent authorities have been established, that affect the judicial system and the appointment, promotion and disciplinary responsibility of judges. All this is determining a new and highly dynamic situation.

Keywords: judiciary; self-governing bodies; Councils of justice; independent authorities.

4851

1. Le ragioni della diffusione degli organi di governo della magistratura e la pluralità delle esperienze.

La sezione monografica ha per oggetto l'analisi dell'insieme degli organi e delle istituzioni che in vari ordinamenti, in larga prevalenza democratici, ma in alcuni caratterizzati da assetti semi-democratici e dal verificarsi di involuzioni autoritarie, esercitano funzioni di natura decisionale o consultiva sulle questioni attinenti alla carriera dei magistrati e/o alla organizzazione, al funzionamento e al finanziamento degli uffici giudiziari. Viene quindi condivisa una «*broad definition of judicial self-governance*» che ha il vantaggio di prendere in considerazione non solo i tradizionali Consigli di giustizia, ma anche altri organismi, come *Court Service*, *Court Administration*, *Judicial Appointment Body*¹.

La diffusione di organismi specifici di governo della magistratura è un fenomeno di grande ampiezza e in notevole espansione, che ha attirato in tempi recenti una maggiore attenzione da parte della dottrina². Soprattutto a partire dagli anni novanta del secolo scorso si è verificata, in conseguenza della crisi

¹ V. in tal senso D. Kosar', *Beyond Judicial Council: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in *German Law Journal*, Special issue – *Judicial Self-Government in Europe*, vol. 19, no.07, 2018, 1586-1587.

² V. in particolare i contributi, relativi all'autogoverno della magistratura in dodici Paesi europei, nell'ambito delle due Corti europee e anche di tipo trasversale, pubblicati nel numero del *German Law Journal* citato nella nota precedente.

degli Stati comunisti europei e dei processi di democratizzazione a livello globale, una grande diffusione dei Consigli di giustizia che sono stati istituiti in circa i due terzi dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, ma si sono affermati anche in un contesto peculiare e contraddittorio come quello dell'America latina. Ma l'istituzione di organi e autorità amministrative indipendenti, che esercitano competenze relative all'organizzazione giudiziaria e alla carriera dei giudici si è verificata anche in contesti che non prevedevano veri e propri Consigli di giustizia, come quelli di origine anglosassone, in Germania e negli Stati del Nord Europa.

Alla base del fenomeno vi sono ragioni di principio e di natura politico-istituzionale. Viene in primo luogo in considerazione la necessità di salvaguardare il principio della indipendenza e dell'autonomia del potere giudiziario e dei singoli magistrati nei confronti dei poteri politici che, in assenza di organi e di procedure in materia di organizzazione giudiziaria e di carriera dei suoi componenti, correrebbe il rischio di essere una proclamazione astratta e non corrispondente alla realtà. Di qui l'affermarsi di organi, definiti nel linguaggio corrente di "autogoverno" oppure di "governo autonomo" della magistratura³ o ancora di "garanzia costituzionale", chiamati, al di là della qualificazione, ad assicurare l'effettività dei principi di indipendenza e di autonomia del corpo giudiziario e quindi la tutela dei diritti, esercitando competenze tradizionalmente spettanti al potere esecutivo e al Ministro della giustizia o quantomeno condizionandone l'esercizio. La conferma viene dal fatto che il riconoscimento di organi di tale natura ha caratterizzato la grande maggioranza degli Stati fuoriusciti da un'esperienza autoritaria in Europa e in America latina. La finalità di principio segnalata si è fatta valere, come si è già accennato, anche negli ordinamenti democratici che non hanno Consigli di giustizia, nei quali si sono affermati organismi, composti anche da giudici, in funzione propositiva e consultiva nei confronti delle autorità politiche che normalmente provvedono alla carriera dei magistrati e all'amministrazione degli uffici giudiziari.

Quanto alle ragioni politico-istituzionali, lo sviluppo negli ultimi decenni di organi di governo autonomo della magistratura è stato incentivato dall'evoluzione dei rapporti tra potere politico e potere giudiziario all'interno degli Stati democratici. Restano certo differenze rilevanti quanto al modello di magistratura adottato, che nei Paesi di *common law* è «professionale», in quanto fondato su giudici provenienti dalle professioni legali e da una investitura di tipo politico, in quelli di *civil law* è «burocratico», poiché costituito da magistrati che

³ La duplice qualificazione è stata utilizzata con particolare riferimento al Consiglio Superiore della Magistratura italiano, facendo valere per la prima la prevalenza della componente togata eletta da tutti i magistrati, per la seconda la presenza di membri esterni come il Presidente della Repubblica e i componenti laici eletti dal Parlamento. La definizione del Consiglio quale organo di autogoverno della magistratura, anche se ancora diffusa, non è stata accolta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 142 del 1973 che l'ha definito «come organo a composizione parzialmente rappresentativa», ma con membri esterni la cui funzione è quella «di evitare che l'ordine giudiziario abbia a porsi come corpo separato».

sono pubblici funzionari reclutati mediante concorso⁴. Ma al di là delle distinzioni si è manifestata la tendenza del potere giudiziario ad estendere i confini del suo intervento anche nei confronti del potere legislativo e di quello esecutivo, dando vita al fenomeno della «giudiziarizzazione della politica»⁵. Tale fenomeno è stato tanto più accentuato quanto più la politica è apparsa debole e in crisi o si è rivelata meno reattiva alle domande sociali e non in grado di far valere la propria responsabilità nei confronti dei cittadini⁶. Si è quindi potuto affermare che la magistratura ha assunto «un ruolo incisivo nella *governance* di molti paesi democratici»⁷, sempre che tale espressione venga distinta da quella di “Governo” in senso stretto quale organo di vertice del potere esecutivo, ma ricomprenda tutti i soggetti, pubblici e privati, che esercitano un’influenza su questioni di rilevanza pubblica e sociale. È innegabile, infatti, che la magistratura, pur non partecipando alla determinazione dell’indirizzo politico in materia di giustizia, di cui restano titolari il potere legislativo e quello esecutivo, acquisti una politicità in senso lato che le consente di avere un’incidenza sulla politica giudiziaria di un Paese.

Tale evoluzione del rapporto tra poteri è derivata da varie cause: l’affermarsi di Costituzioni rigide che ridefiniscono il principio della soggezione dei giudici alla legge, liquidando l’antica qualificazione montesqueiana dei giudici quale «bocca della legge», e trasformandoli in soggetti che contribuiscono tramite l’esercizio della funzione giurisdizionale e l’interpretazione conforme e parzialmente creativa all’attuazione della Costituzione⁸; l’istituzione delle Corti sovranazionali, che nel caso della UE tende a configurare i giudici nazionali come giudici europei; la crescita professionale e culturale di una categoria più consapevole della importanza del suo ruolo, il che talvolta degenera nella ricerca del consenso mediatico e sociale.

In linea generale si può affermare che l’affermarsi di organi di governo autonomo della magistratura è stata più precoce nei Paesi nei quali la politica è stata più invasiva e ha tentato per lungo tempo di condizionare l’esercizio della funzione giurisdizionale (come in molti Stati dell’Europa continentale), mentre se ne è avvertita in tempi più recenti la necessità negli ordinamenti nei quali la politica ha manifestato una notevole dose di *self-restraint* anche nei confronti di

⁴ V. C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 41-44.

⁵ Cfr. C.N. Tate, T. Wallinder (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

⁶ V. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie La politique à l’âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, 231 ss.

⁷ Cfr. L. Violante, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, 10. Per un’analisi del ruolo crescente della magistratura nel contesto del costituzionalismo contemporaneo nazionale e sovranazionale v. i saggi contenuti in E. Hirsch Ballin, G. van der Schyff, M. Stremler (Eds.), *Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, in *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019.

⁸ V. più ampie considerazioni di A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (cur.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 31 ss.

giudici nominati da autorità politiche (quelli anglosassoni, in Germania e negli Stati nordici). In ogni caso in tutti gli ordinamenti si è manifestata, specie negli ultimi decenni, la tendenza alla istituzione di organismi di tutela titolari di competenze variabili e dei quali fanno parte i magistrati. La situazione che emerge dai contributi che seguono risulta fortemente dinamica e assoggettata a cambiamenti costituzionali, legislativi o convenzionali: l'evoluzione prevalente è quella della moltiplicazione di organismi indipendenti e titolari di funzioni significative sulla carriera dei giudici e sull'organizzazione giudiziaria, anche se in alcuni ordinamenti si verifica una reazione del potere politico che tende a controllare o ad esautorare gli organi di governo autonomo della magistratura.

2. I Consigli di giustizia: le Reti in Europa e America latina e la prefigurazione di un modello consiliare.

La struttura di gran lunga prevalente in Europa, ma anche in America latina, è rappresentata dai "Consigli di giustizia", termine che, al di là della diversa denominazione concretamente adottata, è quello più comunemente utilizzato a livello sovranazionale⁹. Tale prevalenza non è casuale. Innanzitutto i primi esempi storici di organi consiliari, anche se composti esclusivamente da giudici delle Corti supreme e titolari di funzioni di tipo consultivo, si sono verificati in vari Paesi europei (Francia, Italia, Romania, Portogallo, Spagna) tra la fine dell'800 e gli inizi del '900. In secondo luogo i primi Consigli superiori della magistratura quali organi indipendenti e titolari di competenze decisionali sono stati previsti nel secondo dopoguerra nella Costituzione francese del 1946 e in quella italiana del 1948. Ciò induce a far parlare talvolta di un modello italo-francese di Consiglio. In realtà dopo il 1958 (anno dell'attuazione del CSM in Italia con la legge n. 195 e dell'entrata in vigore della vigente Costituzione francese che ha tra l'altro ridimensionato il ruolo del Consiglio) va preso atto che è stato soprattutto il CSM italiano ad assumere progressivamente «un grado di legittimità e di autorevolezza tale da essere considerato come uno standard di qualità della giustizia»¹⁰. Il riferimento all'esperienza italiana operato da vari ordinamenti europei ha fatto parlare di un «modello sud-europeo» di Consiglio, istituito nei Paesi dell'Europa meridionale, ma anche in Francia e in Belgio, caratterizzato da Consigli titolari delle competenze relative alla carriera dei magistrati, distinto da un «modello nord-europeo», proprio degli Stati nordici, costituito da organi che si occupano di amministrazione della giustizia e di gestione organizzativa e finanziaria delle Corti¹¹. La valenza della distinzione è discutibile. Intanto perché nei Paesi del Nord Europa, come si vedrà dopo, non si

⁹ Cfr. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in questa *Rivista*, 2009, 948.

¹⁰ Cfr. D. Piana, A. Vauchez, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, il Mulino, 2012, 277.

¹¹ Cfr. W. Woermans, *Councils for the Judiciary in Europe. Trends and Models*, in F. Fernández Segado (Ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, 2134 ss.

può parlare dell'esistenza di Consigli di giustizia, ma di autorità amministrative indipendenti, qualificabili piuttosto come *Court Administration*. In secondo luogo il modello sud-europeo di Consiglio si è diffuso ed è stato preso come riferimento anche in vari ordinamenti dell'Europa centro-orientale.

La necessità di coordinare le diverse esperienze e di farle valere nei confronti delle istituzioni internazionali e sovranazionali ha prodotto nel 2004 la nascita dell'*European Network of Councils for the Judiciary* (ENCJ) o *Réseau européen des Conseils de la Justice* (RECJ), Rete della quale fanno parte sia Consigli di giustizia sia istituzioni, come *Court Service* e *Court Administration*, comunque indipendenti dal potere esecutivo e da quello legislativo¹². Nel 2007 l'ENCJ è diventata una associazione internazionale dotata di personalità giuridica e dal 2009 si è dotata di un segretariato permanente con sede a Bruxelles. Attualmente la Rete è accreditata presso l'Unione Europea e ne fanno parte venti Stati membri della UE¹³ e ventidue istituzioni consiliari¹⁴; inoltre partecipano ai suoi lavori con lo statuto di «osservatori» i Consigli giudiziari di Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord e Scozia.

Dai documenti della Rete e di altri organismi operanti nell'ambito del Consiglio d'Europa emerge la preferenza per alcune caratteristiche essenziali dei Consigli di giustizia: la legittimazione costituzionale, la composizione mista con un'adequata presenza di una componente togata rappresentativa delle diverse componenti della magistratura e di una componente di solito designata dal Parlamento e in possesso di requisiti tecnici, la titolarità di competenze sulla carriera dei magistrati e sulla responsabilità disciplinare, ma anche relative al funzionamento degli uffici giudiziari, l'esercizio di funzioni consultive e normative¹⁵.

Naturalmente quelle segnalate sono linee di tendenza che non annullano le differenze importanti che esistono tra le diverse esperienze, di cui ci occuperemo più avanti. Intanto va rilevato che una differenziazione rilevante e trasversale riguarda l'equilibrio di genere nella composizione dei Consigli operanti nell'Unione europea¹⁶. Si tratta di una questione importante in considerazione del fatto che all'interno della magistratura giudicante degli Stati membri la componente femminile è andata progressivamente aumentando fino a rappresentare mediamente il 51% dei giudici. Ebbene, la media delle donne facenti parte dei Consigli è del 33% con l'individuazione di solo sette Paesi nei quali la presenza femminile supera il 40%, tra i quali spiccano la Danimarca (dove è del 72%) e la Finlandia (dove è del 50%). In ben sette casi la percentuale è

¹² Sulla formazione e sulle caratteristiche della Rete v. A. Canepa, *La progressiva "retificazione" dell'Unione europea: il caso del settore giustizia*, in questa *Rivista*, 2006, 1033 ss.

¹³ Belgio, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna.

¹⁴ Per la Grecia e l'Italia sono membri della Rete, oltre ai Consigli superiori della magistratura ordinaria, anche i Consigli della magistratura amministrativa.

¹⁵ V. M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in questa *Rivista*, 2010, 1769-1771.

¹⁶ V. il contributo di Andrea Catani pubblicato in questo fascicolo.

inferiore al 25% (e tra questi rientrano il CSM e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa italiani). Inoltre sono pochi gli ordinamenti che hanno dato vita ad una normativa a tutela della parità di genere all'interno dei Consigli, come si è verificato, con diversa ampiezza, in Belgio, Danimarca, Francia, Spagna.

La seconda esperienza più significativa a livello internazionale di formazione di una Rete dei Consigli di giustizia è rappresentata dalla *Cumbre Judicial Iberoamericana*, che riunisce i Presidenti delle Corti supreme e i vertici dei Consigli di giustizia. La rete è nata nel 2004 dalla fusione di due organismi separati che in precedenza rappresentavano i Presidenti delle Corti supreme e i Consigli di giustizia e ad essa aderiscono venti Paesi latinoamericani e i Consigli di Spagna, Portogallo e Andorra. Il funzionamento della *Cumbre* è di particolare importanza nella prospettiva del coordinamento e dell'avvicinamento di esperienze che nel contesto latinoamericano sono presenti in quasi tutti i Paesi anche se con notevoli differenziazioni¹⁷. In effetti la giustizia in America latina ha oscillato tra due poli rappresentati l'uno dal predominio delle Corti supreme, ancora determinante nella composizione di molti Consigli di giustizia, l'altro dall'ingerenza della politica, che si riflette nella formazione di Consigli a composizione mista, con esiti differenziati quanto al loro livello di indipendenza e quasi sempre lontani dal garantire la rappresentatività dell'intera magistratura. Nell'intento di coordinare e di rendere più omogenee le diverse esperienze, la *Cumbre* ha approvato importanti documenti sullo statuto dei giudici, sui diritti degli utenti della giustizia, sul codice deontologico e ha dato vita alla Rete iberoamericana di informazione e documentazione giudiziaria e a quella delle Scuole giudiziarie.

3. I Consigli di giustizia negli Stati dell'Europa meridionale e in Francia.

La comparazione tra i Consigli di Francia, Grecia, Italia, Spagna e Portogallo¹⁸ è utile per il loro rilievo e al fine di rilevarne gli elementi di convergenza ma anche le significative differenze.

Alcuni sono ritenuti organi costituzionali. In particolare in Spagna è la legge organica n. 2 del 1979 sul Tribunale costituzionale a ricomprendere tra gli organi costituzionali che possono sollevare conflitti tra i poteri anche il *Consejo general del poder judicial*, mentre in Grecia e in Portogallo la tesi della natura costituzionale è sostenuta a livello dottrinale. In Italia la maggioranza della dottrina definisce il CSM come un organo di rilievo o di garanzia costituzionale, in quanto la sua stessa collocazione nell'art. 104 Cost. indica come la sua finalità precipua sia la salvaguardia della indipendenza e della autonomia del potere

¹⁷ Non esistono Consigli di giustizia in Cile, Nicaragua, Uruguay e Venezuela, dove il preesistente *Consejo de la Judicatura* è stato soppresso nella Costituzione del 1999. Sull'esperienza latinoamericana v. il contributo di Jacopo Paffarini pubblicato in questo fascicolo.

¹⁸ Sui quali v. nell'ordine i contributi di Laura Montanari, Giulia Aravantinou Leonidi, Giampaolo Ferri, Paola Costantini e Miriam Iacometti pubblicati in questo fascicolo.

giudiziario. Del tutto peculiare è la natura del *Conseil* in Francia, il quale è previsto dalla Costituzione, ma, ai sensi dell'art. 64 Cost., svolge una funzione ausiliaria in quanto assiste il Presidente della Repubblica che è «garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria».

La composizione dei Consigli è mista, con l'eccezione del tutto singolare rappresentata dalla Grecia, dove il Consiglio superiore della magistratura per la giustizia civile e penale, previsto dall'art. 90 Cost, insieme a quelli per la giustizia amministrativa e per la magistratura contabile, è composto solo da giudici e procuratori della Corte suprema che, a parte il Presidente e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, sono estratti a sorte, durano in carica per un anno (anche se il mandato è rinnovabile) e non esercitano il mandato a tempo pieno ma continuano ad esercitare la funzione giudiziaria.

In Italia e in Spagna vi è una prevalenza della componente togata, ma con una netta distinzione quanto alla sua derivazione. In Italia i togati, che costituiscono i due terzi della componente elettiva, sono eletti «da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie» (art. 104, c. 4, Cost.). In Spagna i dodici membri togati dopo la legge organica n. 6/1985, che ha modificato la l. o. n. 1/1980, sono eletti dalle *Cortes* a maggioranza qualificata, anche se dal 2001 su un numero triplo di candidature presentate dalle associazioni dei giudici o da un numero minimo di giudici indipendenti. Ciò ha determinato una forte politicizzazione e un funzionamento spartitorio del Consiglio, che si riflette nelle decisioni che è chiamato ad assumere, e anche la proroga della sua durata quinquennale derivante dalla difficoltà di trovare accordi tra i partiti anche in conseguenza del cambiamento di ruoli tra maggioranza e opposizione.

In Portogallo la composizione è tendenzialmente paritaria tra i nove laici, e gli otto togati, che sono il Presidente del Tribunale Supremo il quale presiede l'organo e sette giudici eletti dai propri pari con sistema proporzionale. Nei fatti la prevalenza di una componente o dell'altra dipende dalle due nomine attribuite al Capo dello Stato, che dal 1997 sono libere non essendo egli più tenuto come in precedenza a designare almeno un giudice.

Infine in Francia il CSM è caratterizzato dall'esistenza dal 1993 di due diverse «formazioni», una competente per i giudici, l'altra per i pubblici ministeri, le quali dopo la riforma costituzionale del 2008 vedono al proprio interno una prevalenza dei componenti non magistrati che sono otto, mentre i togati sono sette, di cui il Presidente membro di diritto (nelle due formazioni rispettivamente il Primo Presidente e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione) e sei magistrati elettivi (rispettivamente cinque giudici e un pubblico ministero e cinque pubblici ministeri e un giudice). Infine anche nella seduta plenaria del Consiglio, prima affermata nei fatti, poi istituzionalizzata dalla riforma del 2008, gli otto «laici» prevalgono sui tre giudici e i tre pubblici ministeri provenienti dalle due formazioni, ai quali va aggiunta la presidenza attribuita al Presidente della Corte di cassazione. La parità è garantita solo quando le due formazioni agiscono come consigli di disciplina in quanto in tal

caso ciascuna delle due comprende il giudice o il pubblico ministero appartenente all'altra formazione.

Quanto alla componente laica, questa è inesistente in Grecia. Negli altri ordinamenti è designata dal Parlamento (interamente in Italia e in Spagna, sette su nove in Portogallo) oppure da autorità monocratiche (due sono nominati dal Presidente della Repubblica in Portogallo e in Francia, dove altri quattro sono designati due ciascuno dal Presidente dell'Assemblea nazionale e dal Presidente del Senato). Solo in Italia e in Spagna i membri laici devono essere giuristi di elevata professionalità, mentre ciò non è richiesto in Portogallo, dove tuttavia la prassi vede l'elezione di persone qualificate e estranee alla sfera politica, e in Francia, dove degli otto laici, a parte un consigliere di Stato e un avvocato, altri sei nominati dalle autorità monocratiche sono «personalità qualificate» non appartenenti al Parlamento, all'ordine giudiziario e a quello amministrativo.

La presidenza dell'organo è affidata al Presidente della Corte Suprema in Grecia, Portogallo, Spagna e in Francia per la formazione competente per i giudici (mentre in quella competente per i pubblici ministeri spetta al Procuratore generale). Solo in Italia alla testa del CSM è collocato il Presidente della Repubblica, ma si tratta di una peculiarità felice, in quanto, come dimostrato dalla prassi largamente prevalente, è volta a garantire al contempo l'indipendenza della magistratura e l'equilibrio tra i poteri dello Stato. Ben diversa era la situazione in Francia e in Portogallo, dove in passato (rispettivamente fino alle revisioni costituzionali del 2008 e del 1982) la carica spettava al Presidente della Repubblica, poi escluso anche quale membro di diritto. Tuttavia in Francia rimane l'anomalia dell'attribuzione della funzione di garanzia della indipendenza della magistratura a un Presidente eletto dal popolo, che è organo di vertice del potere esecutivo e titolare dell'indirizzo politico, anomalia che si è proposto di eliminare, insieme all'affermazione esplicita della indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere, da parte di una Commissione di inchiesta istituita dall'Assemblea nazionale, che ha depositato la sua relazione il 2 settembre 2020.

I Consigli di quattro dei cinque ordinamenti esercitano funzioni attinenti alle nomine, alla carriera dei magistrati, alla responsabilità disciplinare, di tipo propositivo e consultivo. Anche qui l'eccezione è rappresentata dalla Grecia, dove l'esercizio della competenza disciplinare nei confronti dei magistrati delle Corti supreme è attribuito al Consiglio superiore disciplinare che è composto dal Presidente del Consiglio di Stato che lo presiede, da altri sei membri delle Corti supreme e da due professori ordinari di Giurisprudenza; invece il potere disciplinare nei confronti degli altri magistrati è esercitato da Consigli formati da magistrati ordinari designati per sorteggio. Negli altri quattro ordinamenti vi sono comunque differenze significative. Il Consiglio in teoria più "forte" sembra essere quello spagnolo, che è titolare di competenze importanti, quali la designazione di due membri del Tribunale costituzionale, la funzione ispettiva sugli uffici giudiziari e la direzione della *Escuela Judicial*. Anche il Consiglio portoghese svolge funzioni significative, comprendenti il servizio di ispezione sul

funzionamento dei tribunali di primo grado, rafforzate nel 2013 con l'attribuzione del potere di stabilire gli indirizzi per il funzionamento dei tribunali e di monitorare i risultati conseguiti. Notevoli sono le competenze attribuite al CSM italiano, direttamente dalla Costituzione o dalla legge istitutiva. L'unica ad essere venuta meno è quella relativa alla formazione dei magistrati trasferita alla Scuola superiore della magistratura, prevista nel d.lgs. 26 del 2006 e concretamente operante dal 2012, rispetto alla quale il Consiglio mantiene due competenze: la nomina di sette componenti (sei magistrati e un professore) sui dodici membri del Comitato direttivo (gli altri cinque sono nominati dal Ministro della giustizia), la fissazione delle linee programmatiche annuali. Le competenze del *Conseil* francese sono più limitate. Più significative sono quelle della formazione competente per i giudici, che propone le nomine dei magistrati più importanti, esprime un parere vincolante (*avis conforme*) per le altre e svolge il ruolo di consiglio di disciplina. Invece la formazione per i magistrati del *parquet* si limita a formulare un parere non vincolante (*avis simple*) sulle nomine e sulle sanzioni disciplinari di competenza del Ministro della giustizia. Limitate sono anche le funzioni attribuite alla riunione plenaria che riguardano la deontologia dei magistrati e le questioni relative al funzionamento della giustizia su richiesta del Ministro.

Non c'è da stupirsi se i Consigli summenzionati siano tutti oggetto di proposte di riforma, alcuni delle quali indicate nei contributi specifici che li riguardano. In particolare per quello greco sono state avanzate proposte come la durata quadriennale dei componenti, la loro elezione dai magistrati e la riduzione del carico di lavoro giudiziario, volte a renderlo più rappresentativo ed efficiente. Il problema che viene ampiamente lamentato nei confronti del Consiglio spagnolo è l'eccessiva politicizzazione derivante dalla elezione parlamentare dei componenti togati. Per il CSM italiano le questioni principali sono quelle del "correntismo", consistente nella degenerazione sindacal-corporativa delle associazioni della magistratura, e del manifestarsi di tendenze corporative e carrieristiche trasversali e volte a perseguire interessi particolari e personali anche mediante il contatto diretto con uomini politici o con gruppi di affari esterni alla magistratura. Ciò ha ispirato proposte di riforma volte o a cambiare radicalmente il modello costituzionale¹⁹ o a modificare la Costituzione invariata il sistema di elezione della componente togata, l'organizzazione interna del Consiglio e le regole per l'esercizio delle sue competenze²⁰. Di grande vivacità è il dibattito sulla riforma del CSM in Francia, che si è manifestato di recente attraverso diversi progetti di revisione costituzionale incentrati principalmente sul ruolo del Consiglio quale organo che sia chiamato a garantire l'indipendenza

¹⁹ V. in particolare il disegno di legge costituzionale del 7 aprile 2011 A.C. 4275 di modifica del titolo IV della parte II della Costituzione, presentato dal Presidente del Consiglio Berlusconi e dal Ministro della giustizia Alfano.

²⁰ V. il recente disegno di legge ordinaria del 28 settembre 2020 A.C. 2681 di riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura, presentato dal Ministro della giustizia Bonafede e dai Ministri Gualtieri, Guerini e Manfredi.

della magistratura e sull'equiparazione delle competenze relative ai magistrati *du siège* e *du parquet*²¹.

4. L'involuzione dei Consigli di giustizia nelle democrazie illiberali.

L'importanza dell'esistenza di Consigli di giustizia che godano di adeguate condizioni di autonomia dalla politica è confermata a contrario da quanto è avvenuto nelle «democrazie illiberali»²² costitutesi nel cuore d'Europa (Ungheria e Polonia), tra le quali può essere annoverata con tratti più marcatamente autoritari anche la Turchia dopo le misure repressive seguite al fallito colpo di stato del 15 luglio 2016 e l'approvazione definitiva della riforma costituzionale di tipo ultrapresidenziale con il referendum del 16 aprile 2017. Un elemento essenziale che accomuna le tendenze illiberali dei tre ordinamenti è rappresentato dalla compressione della garanzia dei diritti, alla quale sono funzionali il controllo sulla composizione della Corte costituzionale, e la riduzione della indipendenza della magistratura, anche mediante il ridimensionamento del ruolo dei Consigli di giustizia²³. Quest'ultimo aspetto è tanto più significativo in considerazione della loro introduzione nelle rispettive Costituzioni in tempi non recenti: nel 1961 in Turchia il Consiglio superiore dei giudici (diventato nel 1982 il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori), nel 1989 in Polonia il Consiglio nazionale della magistratura e nello stesso anno in Ungheria il Consiglio giudiziario nazionale.

L'involuzione delle tre strutture consiliari ha seguito vie diverse ma convergenti. In Ungheria è stata prescelta una via indiretta. Infatti la Costituzione del 2012 ha mantenuto un generico riferimento agli «organi dell'autogoverno del potere giudiziario» (art. 25. c. 5) e non è stata intaccata la composizione del Consiglio, che in base a una legge organica del 2011 è interamente formato da giudici, di cui quattordici elettivi e il Presidente della *Kuria*, supremo organo giudiziario, quale membro di diritto che ne ha la presidenza. Tuttavia nel contempo la nuova Costituzione ha istituito un organo monocratico, il Presidente dell'Ufficio nazionale della magistratura, che è un giudice eletto per nove anni dal Parlamento a maggioranza dei due terzi dei

²¹ Una proposta molto radicale è quella di abolire il Ministro della giustizia e di affidare la garanzia della sua indipendenza ad un Consiglio superiore della giustizia, composto da magistrati eletti da loro pari e in maggioranza da laici eletti dal Parlamento a maggioranza qualificata, tra i quali sarebbe scelto il Presidente, e titolare dei poteri di nomina di tutti i magistrati, di formulazione e gestione del bilancio della giustizia, di definizione della politica di formazione e disciplinare, cfr. D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, 180-183.

²² Sono stati definiti come tali gli ordinamenti nei quali, «malgrado si tengano le elezioni, non sono rispettate le garanzie di libertà e legalità delle istituzioni e della società»; cfr. S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?*, (1999), trad. it., Bologna, il Mulino, 2002, 139. Il termine è stato poi ampiamente utilizzato e propagandato come elemento caratterizzante dell'ordinamento ungherese dal Primo ministro Orbán.

²³ V. i contributi per l'Ungheria di Simone Penasa, per la Polonia di Mauro Mazza, per la Turchia di Giacomo Delledonne, pubblicati in questo fascicolo.

componenti su proposta del Presidente della Repubblica, al quale è attribuita la responsabilità dell'amministrazione centrale dei tribunali (art. 25, cc. 5 e 6, Cost.). In pratica nel procedimento complesso di nomina dei Presidenti dei tribunali il ruolo del Consiglio è stato ridotto alla formulazione di raccomandazioni non vincolanti, e, anche nell'ipotesi in cui possa esercitare un potere di veto se il candidato scelto dal Presidente dell'ufficio nazionale non ha ottenuto la maggioranza dei voti dei giudici componenti dell'ufficio, a questi è consentito di non effettuare la nomina e di procedere alla designazione di un Presidente *ad interim* che resta in carica per un anno senza limiti alla sua conferma. In pratica il ruolo del Consiglio nazionale della magistratura risulta svuotato di fatto, riducendosi a una funzione consultiva e di controllo nei confronti dell'organo monocratico, ulteriormente indebolita dal mancato esonero dei consiglieri dallo svolgimento di funzioni giudiziarie e dal fatto che il Consiglio dipende per la propria struttura amministrativa e finanziaria dal Presidente dell'ufficio nazionale.

In Polonia e in Turchia si è seguita una via più diretta, volta a modificare la composizione dell'organo consiliare e a imporre la derivazione dei suoi membri dal potere politico. In particolare in Polonia dal 2015, anno della conquista del potere da parte di Diritto e Giustizia, partito nazional-populista, sono state approvate varie leggi di controriforma dell'ordinamento giudiziario, che hanno politicizzato la composizione della Corte costituzionale, stravolto la Corte suprema con il pensionamento retroattivo dei suoi membri e con la sottoposizione dei giudici che la compongono a un procedimento disciplinare affidato ad autorità politiche e ad un procuratore straordinario designato dal Presidente della Repubblica, fino a provocare l'avvio nel 2017 della procedura di infrazione dell'art. 7 del TUE da parte della Commissione europea. Quanto al Consiglio nazionale della magistratura, tutti i ventuno componenti elettivi sono ormai designati dal Parlamento (compresi i quindici togati prima eletti dalle componenti della magistratura) e, oltre al Ministro della giustizia, ne fanno parte tre personalità (tra le quali il Presidente della Corte suprema e della Corte suprema amministrativa) nominate liberamente dal Presidente della Repubblica.

In Turchia, oltre alle misure repressive che dopo il fallito colpo di Stato hanno estromesso dalla magistratura circa la metà dei giudici e dei pubblici ministeri, la riforma costituzionale del 2017 ha stabilito che il Consiglio dei giudici e dei procuratori sia costituito da tredici membri di cui sei (tra i quali il Ministro della giustizia, che lo presiede, e il sottosegretario alla giustizia) sono nominati dal Presidente della Repubblica eletto dal popolo e capo dell'esecutivo e sette sono eletti dal Parlamento a maggioranza qualificata e quindi designati tutti o in larga parte dal partito al potere.

L'involuzione dell'organo consiliare in Polonia e in Turchia ha determinato due significative delibere dell'ENCJ, la cui Assemblea generale l'8 dicembre 2016 ha sospeso il Consiglio turco dal suo statuto di osservatore e il 1° giugno 2018 ha stigmatizzato la controriforma del Consiglio polacco e nel settembre dello stesso anni ha sospeso la Polonia dalla sua qualità di Stato

membro. In entrambi i casi la motivazione ha preso atto che i due Consigli non soddisfano più le condizioni di indipendenza dal potere esecutivo e da quello legislativo imposte dallo statuto della Rete.

5. Il ruolo di autorità politiche e di organi autonomi per la nomina dei giudici negli Stati anglosassoni.

Tra i quattro ordinamenti anglosassoni presi in considerazione (Inghilterra e Galles, Scozia, Canada, India)²⁴ vi sono, pur nel quadro dell'ancoraggio al sistema di *common law* di origine britannica, anche alcune differenze. Tra queste meritano di essere segnalate la natura mista del diritto scozzese, che risente parzialmente dell'influenza della sua matrice romanistica, il carattere federale dello Stato in Canada e in India, che dà vita a corti e tribunali di diverso livello territoriale, il ruolo determinante svolto in questi due ordinamenti dalla Corte suprema non solo come organo giudiziario di vertice, ma anche come giudice costituzionale (anche se si può riscontrare un'evoluzione in tale direzione della Corte suprema inglese istituita in seguito al *Constitutional Reform Act* del 2005).

Molto significative sono le convergenze relative all'assetto della magistratura e al sistema delle nomine. In primo luogo la magistratura è dotata di una grande autorevolezza che deriva dalla sua appartenenza ad una corporazione caratterizzata da un forte spirito di appartenenza ed è strettamente collegata al mondo dell'avvocatura nel quadro di un sistema professionale fondato sulla circolazione tra gli appartenenti alle professioni legali. In secondo luogo, anche laddove non viene proclamata apertamente l'esistenza di un potere giudiziario, l'indipendenza e l'autonomia dei giudici sono salvaguardate dal principio della inamovibilità, che, fin dall'*Act of Settlement* del 1701, ne consente il mantenimento in carica «*during Good behaviour*», e rende estremamente improbabili i casi di rimozione dalla carica prima della scadenza del mandato. In terzo luogo le nomine dei giudici sono compiute formalmente dalla più alta carica dello Stato (la Regina per i giudici di più alto livello in Inghilterra e Galles e in Scozia, il Governatore generale in Canada, il Presidente in India), ma nella sostanza derivano dal potere esecutivo. Tuttavia ciò non comporta una subordinazione né un condizionamento dei giudici, sia per la loro già rilevata autorevolezza personale, sia per il *self-restraint* della politica che non si ingerisce nell'attività giudiziaria e rispetta le decisioni giurisdizionali. Infine altro aspetto comune è l'inesistenza di veri e propri Consigli di giustizia. Tuttavia non mancano istituzioni indipendenti composte interamente da giudici. Tali sono il *Judges' Council of England and Wales*, istituito nel 1988 e il *Judicial Council for Scotland*, istituito nel 2007, i quali, oltre a dare linee guida per l'attività dei giudici e a promuovere i loro interessi professionali, esprimono pareri all'organo di vertice del potere giudiziario. In Canada va segnalata la costituzione nel 1971 del *Canadian Judicial Council*, presieduto dal *Chief Justice* e composto interamente

²⁴ V. i relativi contributi Andrea Marchetti – Rolando Tarchi, Alessandro Torre, Eleonora Ceccherini, Maria Sarah Bussi, pubblicati in questa fascicolo.

da magistrati, che esercita una funzione disciplinare nei confronti dei giudici federali, mentre nei confronti dei giudici provinciali esistono *Judicial Councils* territoriali, e dagli anni novanta ha adottato programmi e nel 2008 anche linee guida per la formazione dei giudici.

Tuttavia negli ultimi decenni si è verificato un parziale ridimensionamento del potere sostanziale esercitato dalle autorità politiche lungo due direttrici. La prima è consistita nella valorizzazione del ruolo dell'organo di vertice del potere giudiziario (il *Chief Justice* in Inghilterra e Galles, il *Lord President* in Scozia che in quanto *Justice General* presiede la *High Court of Justiciary*, il Presidente della Corte suprema in Canada e in India), con parziale riduzione di quello del Ministro della giustizia, funzione svolta in Inghilterra e Galles dal *Lord Chancellor*, e di una personalità come in Scozia il *Lord Advocate*, incaricata di partecipare sia al potere giudiziario (nella veste di *Public Prosecutor*) sia a quello esecutivo in funzione consultiva.

La seconda direttrice è rappresentata dalla costituzione di appositi organismi incaricati di concorrere alla nomina dei giudici. Si tratta di commissioni che hanno una composizione mista (giudici, rappresentanti delle professioni forensi, laici di nomina politica) che svolgono una funzione propositiva nei confronti dei titolari del potere di nomina attraverso un procedimento complesso e in Inghilterra e Galles con modalità diversificate. In ordine di tempo si costituiscono in Canada nel 1988 i *Judicial Advisory Committees*, operanti in ogni Provincia, che redigono una graduatoria dei candidati relativa alla rispettiva competenza territoriale, poi trasmessa al Ministro della giustizia che formula la proposta al *Cabinet* poi sottoposta al Governatore generale. Segue poi in Scozia nel 2002 la formazione del *Judicial Appointment Board*, poi modificato dal *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*, che svolge una funzione istruttoria e propone i nomi dei candidati alle cariche all'Esecutivo e al *Lord President*, poi sottoposta alla Corona per i componenti delle Alte Corti. Infine in Inghilterra e Galles viene istituita nel 2006 la *Judicial Appointemnt Commission*, successivamente riformata dallo *Statutory Instrument 2012/2192*, che solo per i giudici inferiori opera come plenum, mentre la selezione e la formulazione delle proposte al *Lord Chancellor* relative alle cariche superiori di vario livello è affidata a quattro diversi *panel*, ciascuno composto da cinque membri.

Solo in India non si rinviene l'esistenza di un organismo analogo. Tuttavia non è mancato il tentativo di dare vita con un emendamento costituzionale del 2014 ad una *National Judicial Appointment Commission*, composta da quattro membri di diritto (il *Chief Justice* chiamato a presiederla, i due giudici più anziani della Corte suprema e il Ministro della giustizia) e due personalità designate da un comitato misto, e incaricata di svolgere una funzione propositiva dei giudici di livello più elevato e in materia di trasferimenti. Ma nel 2016 la Corte suprema ne ha sancito l'illegittimità costituzionale in quanto non garantiva la presenza maggioritaria dei magistrati. Occorre tuttavia considerare il ruolo importante, attribuito alla procedura di consultazione da parte del

Presidente e dei componenti della Corte suprema per la nomina dei giudici di grado superiore, e dello stesso *Chief Justice*, del Governatore dello Stato e dei Presidenti delle Alte Corti statali per la nomina dei componenti di queste ultime. In conseguenza a tre diverse sentenze della Corte suprema, tra il 1982 e il 1998, è stata affermata nella procedura di consultazione l'esistenza di un sistema collegiale e la prevalenza del parere dei magistrati, e in particolare di quello del *Chief Justice*, sull'*advice* formulato dal Governo.

Un discorso parzialmente diverso va fatto per le caratteristiche del sistema giudiziario e le nomine dei giudici negli Stati Uniti d'America, che richiederebbe un'analisi e un approfondimento più ampi di quanto sia possibile in questa sede²⁵. Aspetti comuni con gli altri ordinamenti anglosassoni sono rappresentati dal forte spirito di appartenenza e di identità corporativa della magistratura e dalla sua provenienza dalle professioni legali (e in particolare dall'avvocatura) e dalle Università più prestigiose. Le nomine sono di natura più apertamente politica di quella che caratterizza gli altri ordinamenti anglosassoni. I procuratori federali sono nominati dal Presidente con il consenso del Senato, mentre quelli statali, di distretto e di contea sono eletti dai cittadini sulla base di un programma di amministrazione della giustizia penale che è oggetto dell'approvazione popolare. Ciò, insieme alla forte discrezionalità che hanno nell'esercizio dell'azione penale, li connota quali attori collegati alla politica e al mondo delle *lobbies*. La carica è a tempo determinato e una parte di loro diventano successivamente giudici o entrano direttamente in politica. I giudici federali, che sono un numero ridotto (seicentocinquantesette), vengono nominati dal Presidente, all'interno di liste predisposte dall'*Attorney General*. Si tratta di una nomina politica e partitica, come dimostra il fatto che la grandissima maggioranza dei nominati appartengono al partito del Presidente. Tuttavia su di essa hanno una certa influenza i pareri di giuristi autorevoli e dell'*American Bar Association*. Inoltre il richiesto consenso del Senato non è sempre scontato, anche per la prassi della *senatorial courtesy*, che dà particolare rilevanza al parere dei senatori dello Stato nel cui distretto il giudice presterà servizio. In sostanza anche i giudici federali costituiscono una corporazione fortemente legata a interessi professionali ed economici e a orientamenti politici. Tuttavia grazie alla loro autorevolezza personale e professionale godono di una relativa autonomia, che è rafforzata dal principio della inamovibilità, che non vale per i procuratori e per i giudici statali i quali hanno un incarico a tempo determinato e sono esposti alla non conferma nella carica.

Più variegata è la nomina dei giudici statali, per la quale esistono tre diverse procedure. Nella maggioranza degli Stati è prevista l'elezione popolare che politicizza fortemente la scelta. In circa un quinto degli Stati i giudici sono nominati dal Governatore o eletti dal Parlamento. Infine in circa un terzo degli Stati la procedura è complessa ed è stata applicata per la prima volta dal Missouri nel 1937 (per questo si parla di *Missouri Plan*). In una prima fase una

²⁵ V. utilmente V.S. Rizzo, *Magistratura e potere politico negli Stati Uniti*, in *Sistema politico e magistratura*, in *Dem. Dir.*, 2011, 3/4, 333 ss.

commissione di esperti nominati dal Governatore, ma di fatto scelti dalle associazioni degli avvocati, designa i candidati alla carica; successivamente il Governatore effettua la nomina; infine questa è sottoposta alla votazione popolare, il cui esito è di regola scontato in quanto non vi sono candidature alternative.

In definitiva negli Stati Uniti vi è una politicizzazione dei magistrati che non si riscontra negli ordinamenti anglosassoni presi in considerazione. Ma paradossalmente proprio la loro natura di attori politici, specie se titolari di cariche importanti, contribuisce ad aumentarne l'autorevolezza personale e l'autonomia professionale. A ciò si deve aggiungere che l'ipotesi della rimozione dalla carica sia dei magistrati federali, conseguente alla procedura di *impeachment*, sia di quelli statali, per i quali in alcuni Stati è previsto l'istituto del *recall* che ne comporta la revoca su iniziativa popolare, è stata utilizzata in rarissimi casi. Infine non va mai dimenticato il ruolo centrale nel funzionamento del sistema giudiziario svolto dalla Corte suprema sia in quanto giudice di ultima istanza, sia come difensore e interprete della Costituzione, rafforzato dalla durata in carica a vita dei suoi membri.

6. La pluralità di organi e commissioni su amministrazione della giustizia e status dei magistrati: Germania e Paesi nordici.

La Germania e i Paesi nordici presentano alcune caratteristiche comuni e vari elementi di differenziazione. Infatti tali ordinamenti condividono l'attribuzione al Governo e in particolare al Ministro della giustizia delle competenze fondamentali in materia di funzionamento del sistema giudiziario e di nomina dei magistrati. D'altro lato l'indipendenza dei giudici, derivante dal principio della separazione dei poteri, e il principio di inamovibilità sono sanciti a livello costituzionale. Nessuno degli ordinamenti in questione prevede l'esistenza di un Consiglio di giustizia incaricato di garantire l'indipendenza del potere giudiziario. Tuttavia nel tempo sono stati costituiti una pluralità di organismi di diversa natura e composizione che intervengono su vari aspetti dell'organizzazione giudiziaria e della vita professionale dei magistrati.

In Germania una differenza fondamentale rispetto agli Stati nordici deriva dalla natura federale dello Stato, nel quale la giustizia costituisce una competenza concorrente tra *Bund* e *Laender*. Ciò determina la formazione di commissioni per la nomina dei giudici e di organi interni alla magistratura a livello sia federale sia statale²⁶. La nomina dei giudici delle Corti supreme federali spetta al Ministro federale competente insieme ad una Commissione composta dai ministri dei *Laender* e da un pari numero di membri eletti dal *Bundestag*, che nella prassi sono di regola parlamentari e mai giudici. I giudici statali sono nominati dai Ministri della giustizia dei rispettivi *Laender*, ma questo può essere assistito da Commissioni per la selezione dei giudici, che attualmente esistono in

²⁶ V. il contributo di Elisa Bertolini pubblicato in questo fascicolo.

nove *Laender* su sedici e sono composte di solito anche da giudici designati dai loro colleghi e poi eletti dai rispettivi Parlamenti statali. Le Commissioni si pronunciano sulle proposte formulate dal Ministro, il quale è libero di decidere in materia anche in modo difforme. Tuttavia il ruolo determinante delle autorità ministeriali sia nella nomina dei giudici sia nella gestione amministrativa e finanziaria dei tribunali non pregiudica l'indipendenza dei giudici. Ciò è dovuto sia a previsioni costituzionali, come l'art. 97 GG per il quale i giudici sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge e l'art. 98 GG che richiede per i giudici una disciplina speciale che li differenzi dagli altri funzionari pubblici, sia al *self-restraint* svolto dalla politica che non si ingerisce nell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁷.

Vi sono poi presso i tribunali due organi, presieduti dal Presidente dell'ufficio e composti interamente da giudici a questo appartenenti, il primo dei quali (*Präsidien*) decide sull'organizzazione dell'ufficio e sulla ripartizione degli affari giudiziari tra i magistrati, mentre il secondo (*Präsidialräte*) esercita una funzione consultiva, di intensità variabile nei *Laender*, su promozioni e trasferimenti dei giudici. Infine è previsto un Tribunale federale per gli affari disciplinari (e analoghi organi nei *Laender*), composto dal Presidente della Corte federale di giustizia che lo presiede e da altri quattro magistrati, che, oltre ad esercitare la competenza in materia disciplinare, tutela i giudici nei confronti di atti di controllo gerarchico o che possano attentare alla loro indipendenza.

Un importante aspetto che accomuna gli Stati nordici (Danimarca, Finlandia Islanda, Norvegia, Svezia) è rappresentato dalla creazione, in tempi diversi (antesignana è stata la Svezia nel 1975, ultima la Finlandia nel 2019) e con varie denominazioni, di un'autorità indipendente dal potere esecutivo, qualificabile come *Court Administration*, la quale ha il compito di provvedere alla amministrazione e alla gestione finanziaria delle Corti, ma spesso si occupa anche della formazione dei magistrati ed esercita competenze propositive nei confronti del Governo o del Parlamento²⁸. La composizione è mista con prevalenza di membri togati (ma non in Svezia). La designazione dei componenti è molto varia: si va dall'ipotesi rappresentata dalla nomina per intero o in larga parte da parte di autorità non politiche (Danimarca, Svezia, Islanda) a quella in cui la competenza è affidata al Governo (per tutti i membri in Finlandia, per sette su nove in Norvegia, dove i due membri laici sono designati dal Parlamento).

Nel tempo sono state istituite altre autorità indipendenti che si occupano della nomina dei giudici e delle sanzioni disciplinari. I *Judicial Appointment Council*, o simili, sono previsti in tutti gli ordinamenti, ad eccezione di quello islandese; hanno una composizione mista con membri nominati per lo più dal Governo; esercitano una funzione propositiva nei confronti del Ministro della

²⁷ Un atteggiamento prudente è tenuto dalla politica anche nei confronti dei pubblici ministeri, i quali in quanto funzionari subordinati a Ministri federali e statali, non godono delle garanzie di indipendenza dei giudici. V. in particolare D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (cur.), *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, 251 ss.

²⁸ V. il contributo di Francesco Duranti pubblicato in questo fascicolo.

giustizia o del Governo, che sono le autorità decisionali, anche se di solito queste accettano la proposta avanzata. Vi sono poi organismi che adottano le sanzioni disciplinari, con l'eccezione della Finlandia, dove la competenza in materia spetta ai Presidenti dei tribunali, al Ministro della giustizia e all'*Ombudsman* parlamentare. I componenti sono per lo più giuristi provenienti da autorità non politiche (Danimarca e Islanda) o dal Governo (Norvegia e Svezia).

7. Conclusione.

Il governo autonomo della magistratura è in parte già in atto o costituisce in vari ordinamenti un orientamento da perseguire. La conferma viene dall'esistenza di Consigli di giustizia e, dove questi non vi sono, dalla costituzione di organi o di autorità amministrative, caratterizzati dalla presenza di magistrati, titolari di competenze consultive, ma talora anche decisionali, che comunque rappresentano un limite nei confronti dei poteri politici e incidono sul funzionamento degli uffici giudiziari e sulla vita professionale dei giudici. L'importanza in ordinamenti democratici dell'esistenza di organi di governo autonomo è avvalorata *a contrario* dalla involuzione in atto nelle democrazie illiberali, che tra le misure riduttive delle libertà e delle garanzie includono il ridimensionamento del ruolo dell'organo di governo autonomo o il rigido controllo sulla sua composizione da parte del Governo e della maggioranza parlamentare.

L'analisi comparativa permette di riscontrare tra le esperienze prese in esame aspetti comuni, ma anche significative differenze relative alla natura giuridica, al fondamento normativo, alla composizione, alle competenze, infine all'incidenza che l'attività di tali organi può avere sull'attuazione del principio di indipendenza e di autonomia della magistratura e sui rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato. Ciò richiede una rinnovata e costante attenzione da parte della dottrina alla quale può utilmente contribuire la riflessione avviata in questo numero della rivista grazie ai contributi qui pubblicati.

Mauro Volpi
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli studi di Perugia
mau.vo48@gmail.com

Il Consiglio Superiore della Magistratura italiano tra diritto e prassi

di Giampietro Ferri

Abstract: **The Italian Superior Council of the Judiciary between the law and its effective implementation** - The essay analyses the Italian Superior Council of the Judiciary. Firstly, it examines its composition and functions. Then, it analyses the legal nature of the Council. Finally, it considers the political associations within the same judiciary (the so-called «currents»), which may pose a threat to its independence.

Keywords: Italian Superior Council of the Judiciary, ordinary magistrates, independence, autonomy, Constitution.

1. La composizione.

Nell'architettura costituzionale dello Stato italiano, caratterizzata da un complesso sistema di pesi e contrappesi, costituisce elemento fondamentale di equilibrio la magistratura, che si colloca in una posizione di autonomia e indipendenza dagli altri poteri dello Stato.

Il Consiglio Superiore della Magistratura è l'organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria, ossia dei «magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»¹.

Il C.S.M. è attualmente composto di 27 membri, di cui 3 di diritto e 24 elettivi.

I membri di diritto sono il Presidente della Repubblica, il Primo Presidente

* Il presente studio si colloca nell'ambito della ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del progetto di eccellenza «Diritto, Tecnologie e Cambiamenti (IUSTeC)» del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

¹ Art. 102, comma 1, Cost.

Per quanto riguarda le magistrature speciali, che esercitano la funzione giurisdizionale nell'ambito di specifiche materie, non sono previsti in Costituzione organi di garanzia. Tuttavia, disponendo che la «legge assicura l'indipendenza delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse», l'art. 108 Cost. contiene un vincolo implicito per il legislatore, il quale deve istituire organi che tutelino detta indipendenza (così Corte cost., sent. n. 266/1988 e n. 16/2011). Sono stati istituiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (l. n. 186/1982), il Consiglio di presidenza della Corte dei conti (l. n. 117/1988), il Consiglio della magistratura militare (l. n. 561/1988) e il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria (d.lgs. n. 545/1992). Cfr. A. D'Aloia, *L'autogoverno delle magistrature «non ordinarie» nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1995.

della Corte di cassazione e il Procuratore generale della stessa Corte².

Il Presidente della Repubblica svolge il ruolo di presidente del C.S.M. La presidenza gli è stata affidata per due motivi: rafforzare l'autonomia e l'indipendenza del Consiglio e, quindi, mediamente, della magistratura e assicurare il collegamento della magistratura con il sistema generale dei poteri dello Stato³. Non si tratta di una presidenza meramente onorifica. È, al contrario, una presidenza effettiva: non nel senso che il Presidente partecipi alla vita quotidiana del Consiglio e ne presieda le riunioni (la sua presenza è, anzi, un evento eccezionale), ma nel senso che il Presidente, il quale delega di solito alcuni dei suoi poteri al Vicepresidente, è costantemente informato sui lavori dell'organo ed è coinvolto nelle decisioni più importanti. Il Presidente della Repubblica può interpretare il ruolo di Presidente del C.S.M. in due modi: a) può agire prevalentemente come Presidente del C.S.M., assumendo la difesa degli interessi istituzionali del Consiglio stesso (così facendo, il Presidente tutela, rafforzandola con il proprio prestigio, l'indipendenza del C.S.M. e, indirettamente, quella dell'ordine giudiziario); b) può operare soprattutto in qualità di Capo dello Stato, esercitando in particolare un'azione di moderazione e di freno dall'esterno nei confronti del C.S.M., a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario e degli interessi costituzionali generali (agendo in questo modo il Presidente accentua la sua separatezza dal C.S.M. nella tutela dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura). Essendo sorti nella prassi costituzionale (in particolare, durante la presidenza Cossiga) dei contrasti tra il Presidente e il collegio sulla formazione dell'ordine del giorno delle sedute consiliari, ci si è chiesti in dottrina quale sia la volontà prevalente. Secondo alcuni, sarebbe predominante la volontà del Presidente, posto che egli presiederebbe il Consiglio in qualità di Capo dello Stato, a garanzia della legalità costituzionale. Secondo altri, invece, dovrebbe prevalere la volontà del Consiglio, che è presieduto da un organo giuridicamente distinto dal Presidente della Repubblica, il Presidente del C.S.M., facente corpo con il collegio, all'interno del quale vige la regola della maggioranza. È stata prospettata anche una tesi "intermedia", secondo cui la formazione dell'ordine del giorno spetterebbe all'assemblea, mentre il Presidente svolgerebbe una funzione di controllo che potrebbe comportare l'esercizio del potere di veto, ma soltanto in casi eccezionali per difendere l'indipendenza dei magistrati⁴.

Il Primo Presidente e il Procuratore generale della Corte di cassazione sono le figure apicali della magistratura ordinaria (giudicante e requirente), che all'epoca della Costituente, sulla base dell'ordinamento giudiziario «Grandi» del

² Art. 104, commi 2 e 3.

³ Il Presidente della Repubblica è titolare di poteri di diversa natura (di controllo, di stimolo e impulso, ecc.) verso tutti i tradizionali poteri statali (art. 87 Cost.). Nell'interpretazione della complessa figura del Presidente, la dottrina ha messo per lo più l'accento sulla funzione di garanzia. Di qui la diffusa affermazione che il Presidente è il garante della Costituzione.

⁴ Per approfondimenti e indicazioni sulla letteratura si rinvia a G. Ferri, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente. La determinazione dell'ordine del giorno delle sedute consiliari nella prassi costituzionale della presidenza Cossiga*, Padova, 1995.

1941, era organizzata “a piramide”. Sono figure che ricoprono un ruolo importante all'interno del C.S.M. Infatti, fanno parte, insieme al Vicepresidente del C.S.M., che lo presiede, del Comitato di presidenza⁵: un organo non previsto dalla Costituzione ma disciplinato dalla legge istitutiva del C.S.M. (art. 2 l. n. 195/1958). Il Comitato di presidenza — dal quale «dipende funzionalmente» la segreteria del C.S.M. — promuove l'attività del Consiglio, provvede alla gestione dei fondi per il suo funzionamento e propone al Presidente la nomina delle commissioni interne, che sono rinnovate di regola ogni anno (ciascuna commissione svolge una funzione istruttoria, presentando al *plenum* del Consiglio delle proposte⁶).

Per quanto riguarda i membri elettivi, la Costituzione non dà indicazioni numeriche. Prevede che essi siano scelti, per i due terzi, dai magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie e, per un terzo, dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale⁷. Tale ripartizione dovrebbe soddisfare due esigenze: garantire l'indipendenza dell'ordine giudiziario «da ogni altro potere» ed evitare una chiusura corporativa della magistratura, che nuocerebbe all'amministrazione della giustizia. I componenti scelti dal Parlamento in seduta comune, che sono eletti a maggioranza dei tre quinti dell'assemblea (dalla terza votazione bastano i tre quinti dei votanti⁸), dovrebbero ostacolare la formazione di una “casta chiusa”, contrastando favoritismi e “giochi di scambio” all'interno della magistratura.

È compito del legislatore ordinario stabilire il numero dei componenti elettivi del Consiglio, che, come si è detto, è di 24, di cui 16 magistrati (c.d. “togati”) e 8 esterni alla magistratura (c.d. “laici”)⁹.

In base all'art. 104, comma 4, Cost., i membri “togati” sono eletti «da tutti i magistrati tra gli appartenenti alle varie categorie». Questa disposizione pone tre problemi interpretativi. Primo: che cosa si intende per «varie categorie»? Secondo: qual è il criterio di ripartizione dei seggi tra le varie categorie? Terzo: il diritto di voto spetta a tutti i magistrati per ogni categoria da eleggere o è riservato agli appartenenti alla stessa categoria dei candidati? In relazione al primo, la Corte costituzionale ha affermato che «lo stabilire quali e quante siano le categorie dei magistrati destinate a riflettersi sulla composizione» del C.S.M. è di competenza del legislatore ordinario, il quale deve però assicurare che i

⁵ Cfr., di recente, G. Canzio, *Il comitato di presidenza e l'assemblea plenaria*, in *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura* (l. 24 marzo 1958 n. 195), in *Foro it.*, 2019, 1, V, 44 ss.

⁶ Relative a circolari, risoluzioni, pareri e risposte a quesiti su materie di propria competenza. Nei soli casi previsti dalla legge e dal regolamento le commissioni possono deliberare in via definitiva su temi di propria competenza (art. 52 reg. int. C.S.M.).

⁷ Art. 104, comma 4.

⁸ Art. 22 l. n. 195/1958.

⁹ V. l'art. 1 della l. n. 44/2002. Inizialmente i consiglieri elettivi erano 21. La l. n. 695/1975 aveva portato il numero a 30: un innalzamento giustificato sia dall'aumento del lavoro del Consiglio, sia dall'esigenza di allargare la rappresentanza.

magistrati di cassazione, investiti delle corrispondenti funzioni, non rimangano esclusi dall'organo¹⁰. I magistrati di cassazione esercitano, infatti, funzioni specificamente attribuite dalla Costituzione (art. 111, commi 7 e 8). La l. n. 195/1958 e le leggi modificative di essa hanno sempre considerato tre categorie: magistrati di tribunale, magistrati di appello e magistrati di cassazione. La l. n. 44/2002 ha dato per la prima volta rilievo, ai fini della distribuzione dei seggi, alla distinzione tra magistrati giudicanti e requirenti, riservando 10 seggi alla categoria dei magistrati che esercitano le funzioni di giudice presso gli uffici di merito e 4 ai magistrati che esercitano le funzioni di pubblico ministero presso gli uffici di merito (i rimanenti 2 seggi spettano ai magistrati che esercitano le funzioni di legittimità presso la Corte di cassazione e la Procura generale presso di essa). In relazione al secondo interrogativo, le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono: a) rappresentanza paritaria, ossia eguale numero di membri per ciascuna categoria; b) rappresentanza proporzionale, ossia in proporzione al numero dei magistrati appartenenti a ciascuna categoria; c) rappresentanza aperta a tutte le categorie, ma senza vincoli di risultato: sarebbero gli elettori, con il loro voto, a decidere di volta in volta quanti magistrati di cassazione, di appello e di tribunale ricopriranno il seggio. Il legislatore del 1958, che mirava a preservare l'assetto "piramidale" della magistratura — non compatibile con la Costituzione repubblicana, che configura il potere giudiziario come potere "diffuso" (esercitato da ogni singolo giudice in posizione di indipendenza dagli altri), ma funzionale al mantenimento del sistema di potere formatosi nella stagione del centrismo, basato su un'"alleanza" tra l'"alta magistratura" e il partito di governo più rappresentativo (la Democrazia cristiana) —, aveva inizialmente favorito i magistrati di cassazione, stabilendo che ad essi, ancorché rappresentassero una esigua minoranza (meno del 10% dei magistrati), fossero assegnati 6 seggi su 14. La Corte costituzionale ha respinto la tesi della illegittimità costituzionale dei meccanismi di ripartizione dei seggi fra le categorie che non rispettino la proporzionalità, ammettendo che vi possa essere una sovrarappresentazione dei magistrati di cassazione, giustificata dalla maggiore esperienza e dal prestigio¹¹. La stessa Corte ha respinto la tesi secondo cui i candidati di ciascuna categoria dovrebbero essere votati da tutti i magistrati, ammettendo la possibilità di separare l'elettorato sulla base delle categorie di appartenenza¹². In base alla normativa vigente, è garantita — come si è visto — una riserva minima di posti per i magistrati di cassazione e non vi è più una divisione dell'elettorato per categorie: l'intero ordine giudiziario concorre all'elezione dei magistrati appartenenti alle varie categorie.

In definitiva, il C.S.M. è un organo a composizione mista, essendo in esso presenti membri di diritto e membri elettivi, e, tra questi ultimi, membri "togati" e membri "laici". Il fatto che la grande maggioranza dei componenti sia eletta

¹⁰ Corte cost., sent. n. 87/1982.

¹¹ Corte cost., sent. n. 168/1963.

¹² Corte cost., sent. n. 168/1963.

conferisce all'organo un carattere "democratico", potendo al suo interno trovare espressione la pluralità degli orientamenti ideali dei magistrati e delle forze politiche rappresentate in Parlamento. Il livello di democraticità può però variare significativamente a seconda delle scelte del legislatore ordinario, sia per quanto concerne la composizione, sia per quanto riguarda il sistema elettorale, che sono stati cambiati più volte nel corso del tempo¹³. Il fatto che la componente "togata" sia largamente prevalente assicura la tutela dell'indipendenza della magistratura dall'esterno. La presenza della componente "laica" dovrebbe rappresentare un elemento di garanzia del corretto funzionamento del Consiglio, ostacolando il corporativismo, che è sempre presente nella magistratura, ed eventuali azioni discriminatorie da parte dei gruppi maggioritari dei magistrati contro le minoranze. Nella prassi, tuttavia, i "laici" — eletti sulla base di accordi tra i partiti, che comportano una ripartizione dei posti tenendo conto del peso elettorale di ciascuno — hanno interpretato il mandato istituzionale non sempre in sintonia con lo spirito della Costituzione, costituendo alleanze «di governo» con gruppi di "togati"¹⁴ o comunque assumendo un atteggiamento "di parte"¹⁵, oppure rinunciando a partecipare attivamente al dibattito all'interno del Consiglio¹⁶. Il recente scandalo del C.S.M.¹⁷ sembra però dimostrare che, quando i membri "togati" agiscono come un "gruppo chiuso", precostituendo sulla base di accordi tra le diverse componenti dell'associazionismo giudiziario le decisioni del Consiglio, l'inferiorità numerica dei "laici" si rivela un sostanziale impedimento all'esercizio della funzione loro assegnata dalla Costituzione.

2. Le funzioni.

La Costituzione assegna al C.S.M. le funzioni necessarie a garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che in passato erano attribuite al Ministro della giustizia.

L'art. 105 dispone che competono al C.S.M., secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti e le promozioni (che sono provvedimenti amministrativi) nonché i provvedimenti

¹³ Cfr. G. Ferri, *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova, 2005.

¹⁴ V. Zagrebelsky, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quad. cost.*, 1983, 128.

¹⁵ C.F. Grosso, *Fuori dal Csm i legulei di parte*, in *La Stampa*, 20 luglio 2010. F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2020, 110, rileva correttamente che «non sempre le designazioni dei componenti laici si sono indirizzate su personalità che hanno saputo dimostrare effettiva indipendenza rispetto alle logiche di schieramento con le quali sono stati individuati».

¹⁶ S. Senese, *Il Consiglio superiore della magistratura: difficoltà dell'autogoverno o difficoltà della democrazia?*, in *Quest. giust.*, 1983, 538 s.

¹⁷ A. Massari, *Magistratopoli. Tutto quello che non vi hanno mai raccontato sul Csm e sul caso Palamara*, Roma, 2020.

disciplinari (aventi natura giurisdizionale)¹⁸. L'art. 106, comma 3, attribuisce al C.S.M. la designazione all'ufficio di consigliere della Corte di cassazione per meriti insigni di professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori¹⁹. L'art. 107, comma 1, prevede che il C.S.M. possa dispensare o sospendere dal servizio o destinare ad altre sedi e funzioni i magistrati²⁰.

La legge ordinaria prevede competenze aggiuntive, stabilendo che il C.S.M. delibera «su ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati»²¹ e può fare proposte al Ministro della giustizia sulla modifica delle circoscrizioni giudiziarie e su tutte le materie riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Dà, inoltre, pareri al Ministro sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie²². Il C.S.M. ha interpretato estensivamente quest'ultima previsione, fornendo pareri non soltanto su richiesta proveniente dal Ministro, ma anche di propria iniziativa. Inoltre, esprimendosi su progetti di legge riguardanti materie non strettamente attinenti all'ordinamento giudiziario e all'amministrazione della giustizia²³. Il

¹⁸ La Costituzione gli conferisce soltanto la facoltà di promuovere l'azione disciplinare (art. 107, comma 2).

¹⁹ L'attuazione legislativa della norma costituzionale è avvenuta con ritardo: v. la l. n. 303/1998.

²⁰ Sulla dispensa dal servizio e sul rapporto fra art. 105 e art. 107 Cost., cfr. G. Ferrari, *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 9.

²¹ Art. 10, comma 1, punto 1, l. n. 195/1958.

²² Art. 10, comma 2, punto 1, l. n. 195/1958.

²³ Il C.S.M. si è più volte pronunciato in senso critico sui progetti di legge esaminati, esprimendo talvolta obiezioni di legittimità costituzionale. Ciò ha fatto sì che il C.S.M., anche per la forte risonanza mediatica delle sue prese di posizione, sia apparso come un "contropotere", suscitando reazioni critiche nel mondo politico.

Posizioni critiche nei confronti del C.S.M. sono state assunte anche da una parte della dottrina, che ha lamentato una violazione della legge, sostenendo che l'art. 10 della l. n. 195/1958 esige che sia il Ministro a richiedere il parere (cfr. N. Zanon, *I pareri del Consiglio Superiore della Magistratura tra leale collaborazione e divisione dei poteri*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di S. Bartole, A. Pace e R. Romboli, Napoli, 2010, 91 ss.; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 69 ss.). Le limitate finalità di questo lavoro non consentono di affrontare *funditus* la questione. Tuttavia, va rilevato che a livello costituzionale non si dà un divieto, per il C.S.M., di esprimersi su temi che riguardano la giustizia, intesa in senso lato. L'espansione della giurisdizione ha comportato una crescita della statura politico-istituzionale del C.S.M., il quale, anche per fronteggiare i fenomeni emergenziali, si è posto come "interlocutore" degli organi politici, venendo pienamente legittimato in tale veste e sentendosi così "autorizzato" a esprimersi su vari aspetti riguardanti il funzionamento della giustizia. È un dato di fatto che pareri espressi *motu proprio* dal C.S.M. non hanno dato luogo per un certo periodo a contestazioni, suscitando invece critiche "di metodo", oltre che di merito, quando hanno rappresentato un ostacolo all'approvazione di leggi politicamente assai sensibili. Quanto al rilievo che al C.S.M. non competerebbe giudicare della legittimità costituzionale dei testi legislativi, basti osservare che la formulazione di un parere giuridico su un testo di legge non può trascurare la segnalazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale, fermo restando che

C.S.M. «delibera su ogni altra materia ad esso attribuita dalla legge»²⁴. La l. n. 111/2007 ha attribuito al C.S.M. competenza in merito alla valutazione periodica della professionalità dei magistrati²⁵.

Nella prassi costituzionale il C.S.M. ha esercitato, oltre alle funzioni c.d. «tipiche» previste dalla Costituzione e dalla legge, funzioni c.d. «atipiche», prive di un esplicito fondamento costituzionale e legislativo²⁶. Tra queste si segnalano le esternazioni a difesa dei magistrati oggetto di attacchi provenienti da altri poteri dello Stato (c.d. pratiche a tutela)²⁷ e le inchieste²⁸.

Di fronte all'espansione delle funzioni dell'organo e alla progressiva crescita del suo peso politico-istituzionale, le reazioni della dottrina sono state discordanti. Una parte si è espressa criticamente, sostenendo che il C.S.M. potrebbe esercitare soltanto le funzioni tipiche, mentre un'altra parte si è mostrata sostanzialmente favorevole, sostenendo che il C.S.M. può svolgere funzioni atipiche, in quanto dotate di una implicita copertura costituzionale.

Al di là delle diverse impostazioni teoriche, occorre comunque considerare la realtà. Sebbene in materia di ordinamento giudiziario vi sia una riserva di legge²⁹, è un dato di fatto incontestabile che non tutti gli spazi sono stati coperti dalla legge, registrandosi numerosi vuoti normativi addebitabili all'inerzia del Parlamento. Di qui l'alternativa: lasciare il vuoto e adottare i singoli provvedimenti di competenza del Consiglio senza criteri di orientamento della discrezionalità dell'organo oppure colmare il vuoto con una disciplina normativa di carattere generale, che consenta di indirizzare coerentemente l'attività

l'accertamento di eventuali vizi dell'atto legislativo è di esclusiva competenza della Corte costituzionale.

²⁴ Art. 10, comma 3, l. n. 195/1958.

²⁵ Tra i contributi più recenti sul tema si segnala P. Serrao D'Aquino, *Le valutazioni di idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Le valutazioni di professionalità*, in *Dir. pubbl. eur.* – *Rass. Online*, 2020, n. 1.

²⁶ F. Bonifacio, G. Giacobbe, sub *art. 104*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1986, 75 ss.

²⁷ Sul potere di esternazione nella prassi cfr. G. Ferri, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, cit., 1 ss. e 83 ss. e Id., *Magistratura e potere politico*, cit., 346 ss. Di recente S. Panizza, *Le pratiche a tutela*, in *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195)*, cit., 73 ss.

L'art. 21-bis del regolamento interno del C.S.M. dispone che «Gli interventi del Consiglio a tutela di magistrati o della magistratura hanno come presupposto l'esistenza di comportamenti lesivi del prestigio e dell'indipendente esercizio della giurisdizione tali da determinare un turbamento al regolare svolgimento o alla credibilità della funzione giudiziaria».

²⁸ Approfondimenti in V. Onida, *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria*, in *Quest. giust.*, 1986, 39 ss.

²⁹ V. la *Relazione* della «Commissione presidenziale per lo studio dei problemi relativi alla normativa e alle funzioni del Consiglio superiore della magistratura» (c.d. Commissione Paladin), in *Atti Senato*, X Leg., *D.d.l. e Rel., Doc. I*, n. 9, 25 ss.

consiliare. L'esercizio dell'attività normativa (o paranormativa)³⁰, più che una libera scelta, ha quindi rappresentato una necessità per il C.S.M., anche per rimediare a una legislazione disorganica e ambigua. Se complesso e problematico è il fenomeno degli atti normativi chiamati «risoluzioni», «circolari» e «direttive», più semplice è il discorso per il regolamento interno del Consiglio, che disciplina l'organizzazione e il funzionamento dell'organo. Infatti, la previsione di detto regolamento — che costituisce un atto di normazione secondaria — è contenuta nella legge³¹. Il C.S.M. ha approvato un regolamento interno che è stato modificato più volte³².

Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità alle deliberazioni del C.S.M., con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro della giustizia, ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro della giustizia, e sono impugnabili davanti al giudice amministrativo³³. Contro i provvedimenti disciplinari — che sono di competenza della Sezione disciplinare istituita all'interno del C.S.M.³⁴ — è, invece, ammesso ricorso alla Corte di cassazione³⁵.

I poteri del Ministro della giustizia sono di carattere residuale: «ferme le competenze» del C.S.M., ad esso competono «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» (art. 110 Cost.).

3. La natura giuridica.

³⁰ Cfr., tra gli altri, F. Sorrentino, *I poteri normativi del Csm*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 36 ss. Di recente F. Dal Canto, *I poteri normativi del Csm*, in *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195)*, cit., 68 ss.

³¹ Artt. 7, comma 7, 7-bis, comma 2, e 20 della l. n. 195/1958.

³² Alla riforma del regolamento approvata nel 2016 hanno fatto seguito alcuni aggiornamenti. I più recenti riguardano la partecipazione in via eccezionale da remoto ai lavori del Consiglio (in relazione all'emergenza sanitaria Covid-19) e l'aumento dei membri supplenti della Sezione disciplinare (è stato portato a 6 il numero dei «togati» con funzioni giudicanti di merito e a 4 il numero dei «laici» al fine di scongiurare l'ipotesi di una paralisi dell'organo conseguente all'incompatibilità dei suoi membri).

³³ La delibera del Consiglio ha carattere non meramente preparatorio, ma definitivo. Il successivo decreto ha il carattere di mera integrazione di efficacia di essa.

³⁴ La Sezione disciplinare è formata da 6 componenti effettivi: 4 «togati» (1 magistrato di Cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità, 2 magistrati che esercitano le funzioni di giudice presso gli uffici di merito e 1 magistrato che svolge le funzioni di pubblico ministero presso gli uffici di merito) e 2 «laici», tutti eletti dal *plenum* del Consiglio, ad eccezione del Vicepresidente del C.S.M., che ne è membro di diritto e che la presiede (art. 4 della l. n. 195/1958).

La Corte costituzionale ha affermato che, «se nessun precetto costituzionale vieta l'articolazione del Consiglio superiore in sezioni, nel determinare la struttura di queste si deve rispettare l'autonomia del Consiglio, al quale va demandata la scelta dei componenti, ed occorre necessariamente tener conto delle linee fondamentali secondo le quali, in conformità dell'art. 104 Cost., risulta strutturato il consesso» (sent. n. 12/1971).

³⁵ Cfr. M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitiello, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 535 ss.

Sulla natura giuridica del C.S.M., che si collega al tema della posizione costituzionale dell'organo³⁶, gli studiosi si sono confrontati sin dal periodo precedente l'istituzione dell'organo.

La dottrina più risalente si era posta questo problema: il C.S.M. è un organo costituzionale o di rilievo costituzionale?³⁷. È certo che si tratta di organo di rilievo costituzionale, essendo disciplinato dalla Costituzione. È dubbio, invece, che possa qualificarsi come organo costituzionale, posto che, tutelando l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che sono principi fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, svolge una funzione di grande rilevanza nel sistema costituzionale, ma non esercita in forma autoritativa un indirizzo politico in senso proprio (che è riservato agli organi democraticamente legittimati: Parlamento e Governo) e, quale organo di garanzia, non incide sull'indirizzo politico allo stesso livello della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica.

Si è successivamente discusso se il C.S.M. sia un organo amministrativo o un organo politico. Il C.S.M. può qualificarsi come organo amministrativo perché le funzioni ad esso attribuite dalla Costituzione sono di carattere amministrativo (eccezion fatta per quella disciplinare)³⁸. Circa la qualificazione come organo politico, la dottrina è divisa³⁹.

Tuttavia, sembra corretto affermare che il C.S.M. è un organo politico. La politicità del Consiglio, da intendersi in senso lato, è insita nella disciplina costituzionale della sua composizione e delle sue funzioni.

Il fatto che un terzo dei membri elettivi sia scelto dal Parlamento, e sia dunque espressione delle varie sensibilità politiche presenti nel Paese, sta a significare che il ruolo del Consiglio non può essere soltanto amministrativo. La presenza di due terzi dei membri eletti dal corpo giudiziario fra i propri componenti, espressione degli indirizzi ideali presenti al suo interno, assume un valore politico. L'attribuzione della presidenza dell'organo al Presidente della Repubblica, con un Vicepresidente di estrazione politica, al quale è affidata la conduzione quotidiana dei lavori⁴⁰, dovrebbe indurre anch'essa a ritenere che sia riduttiva la qualificazione del C.S.M. come organo amministrativo.

³⁶ V. Onida, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., 17 ss.

³⁷ R. Moretti (a cura di), *Indicazioni bibliografiche per ulteriori approfondimenti*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1964, 549 ss.

³⁸ V., per tutti, A. Pizzorusso, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 475 s.

³⁹ Indicazioni sulla letteratura in G. Ferri, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, cit. e Id., *Magistratura e potere politico*, cit.

⁴⁰ Art. 104, comma 5, Cost.: «Il Consiglio elegge un vice-presidente fra i componenti designati dal Parlamento». La ragione di questa previsione va ricercata nel fatto che il Presidente non può partecipare abitualmente alle riunioni dell'organo (v. *supra*, § 1). Occorre, quindi, che la conduzione dei lavori sia affidata ad un altro soggetto. Il Vicepresidente esercita, oltre alle attribuzioni previste dalla legge, quelle che gli sono delegate dal Presidente e sostituisce il Presidente in caso di assenza o impedimento (art. 19 l. n.

Per quanto riguarda le funzioni, vanno evidenziati tre aspetti. Primo: la tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della Magistratura, che rappresenta la ragion d'essere del C.S.M. (art. 104, comma 1, Cost.), ha in sé un connotato di politicità, incidendo sugli equilibri costituzionali. Secondo: attraverso le assegnazioni e le promozioni dei magistrati (art. 105 Cost.) il C.S.M. può svolgere un indirizzo di politica giudiziaria. Si pensi, ad esempio, a proposito delle assegnazioni, alla possibilità di privilegiare — com'è avvenuto — la giustizia penale rispetto a quella civile e, nell'ambito di quella penale, gli uffici giudiziari che si occupano in misura maggiore di alcuni reati. Si pensi, inoltre, a proposito delle promozioni, alla possibilità di premiare — com'è accaduto — i magistrati che si sono distinti nell'attività di contrasto ad alcuni fenomeni criminali (è un premio alla professionalità, che tuttavia influisce sull'indirizzo politico in materia giudiziaria). Terzo: la funzionalità dell'amministrazione della giustizia, che deve essere garantita dal Consiglio, rappresenta — secondo la Corte costituzionale — un valore costituzionale (anche se non previsto espressamente in Costituzione)⁴¹. Essa è riconducibile alla più ampia funzione di governo dell'ordine giudiziario spettante al Consiglio, la quale trascende i compiti specifici di amministrazione ed esprime una competenza generale dell'organo sull'apparato giudiziario⁴².

Elementi di politicità si possono ricavare anche dalla l. n. 195/1958. In particolare, dal già citato art. 10 che, conferendo al Consiglio la facoltà di avanzare proposte ed esprimere pareri, prefigura per esso un ruolo di “interlocutore politico” sui temi della giustizia⁴³. Inoltre, dall'art. 31, che attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di sciogliere anticipatamente il C.S.M. «qualora ne sia impossibile il funzionamento»⁴⁴. Il potere di scioglimento viene, infatti, attribuito dalla Costituzione al Presidente della Repubblica nei confronti dell'organo della rappresentanza politica a livello nazionale (art. 88), nonché nei confronti degli organi rappresentativi a livello regionale, che esprimono una “politicità partecipata” (art. 126). Il decreto presidenziale di scioglimento — che deve ritenersi un atto politico, non impugnabile davanti al giudice amministrativo, ma soltanto davanti alla Corte

195/1958). Tuttavia, il Vicepresidente non è un mero vicario del Presidente. È una figura “ibrida”: “uomo del Presidente” e “uomo del Consiglio”. Il suo rapporto con il Presidente è di carattere dialettico, dovendo il Presidente operare una sintesi tra le posizioni del Presidente e del Consiglio, di cui è espressione, avendone ottenuto la “fiducia”. Vedasi E. Castorina, *Note ricostruttive sul Vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Dir. soc.*, 1988, n. 4, 567 ss. Per la letteratura più recente, cfr. S. Troilo, *Le regole della coabitazione: Presidente, Vicepresidente e Comitato di presidenza nella “forma di governo” del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2.

⁴¹ P. Barile, *Il Csm e la Costituzione*, in Id., *Libertà, giustizia, costituzione*, Padova, 1993, 136, il quale parla di «politicità intrinseca» del Consiglio.

⁴² V. Onida, *I poteri di inchiesta*, cit., 44 s. V. anche G. Ferrari, *Consiglio superiore della Magistratura*, cit., 33 e 39.

⁴³ V. *supra*, § 2.

⁴⁴ P. Barile, *Il Csm e la Costituzione*, cit., 136.

costituzionale, qualora dia luogo a un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato — viene emanato dopo avere acquisito i pareri — che sono obbligatori, ma non vincolanti — del Comitato di presidenza del C.S.M. e dei Presidenti delle Camere. È un punto che potrebbe apparire curioso perché, se, da un lato, il parere del Comitato può essere importante per verificare la sussistenza di una situazione che rende effettivamente impossibile il funzionamento del collegio, dall'altro lato, si fatica a comprendere come i Presidenti delle Camere, che sono del tutto estranei alla vita del Consiglio, possano fornire elementi utili alla decisione del Capo dello Stato. Tuttavia, l'anomalia rappresentata dal coinvolgimento degli organi della rappresentanza politica potrebbe essere rivelatrice proprio del fatto che il legislatore ha percepito il carattere “politico” del Consiglio.

La “politicalità” del C.S.M., che è propria dell'organo come configurato dalla Costituzione e dalle leggi attuative, nella prassi risulta accentuata dall'esercizio di funzioni atipiche⁴⁵.

La qualificazione, da parte della dottrina, del C.S.M. come «organo di garanzia costituzionale»⁴⁶ appare corretta in quanto, come si è detto, esso opera al fine primario di assicurare l'attuazione dei valori di autonomia e indipendenza della magistratura⁴⁷.

4. I problemi attuali: le correnti e i pericoli per l'indipendenza interna della magistratura.

Nel dibattito attuale sul C.S.M., alimentato dallo scandalo scoppiato nel 2019 (c.d. caso Palamara), tanto grave da comportare le dimissioni di 6 membri elettivi “togati” e di un membro di diritto (il Procuratore generale della Corte di cassazione), l'aspetto più discusso è quello delle correnti, che sono ritenute da molti le principali responsabili del malfunzionamento e della degenerazione del Consiglio, il quale, concepito dal Costituente per tutelare l'indipendenza dei magistrati, sembra rappresentare una minaccia per detta indipendenza.

Invero, le correnti, ossia le associazioni politico-culturali dei magistrati, sorte negli anni Sessanta del secolo scorso nell'ambito dell'Associazione nazionale magistrati, hanno svolto per alcuni anni una funzione positiva, contribuendo alla crescita culturale dei magistrati e al rinnovamento della legislazione. La spinta delle correnti ha concorso al superamento dell'assetto “piramidale” della magistratura esistente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, dopo un lungo percorso che si è concluso con le leggi che hanno abolito la carriera selettiva⁴⁸. Le correnti hanno anche dato un contributo

⁴⁵ V. *supra*, § 2.

⁴⁶ F. Bonifacio, G. Giacobbe, sub *art. 104*, cit., 118.

⁴⁷ Art. 104, comma 1, Cost.

⁴⁸ L. n. 570/1966 («Disposizioni sulla nomina a magistrato di Corte di appello») e l. n. 831/1973 («Modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di Cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori»). Sulla lenta trasformazione dell'assetto della magistratura e sul tentativo di ripristinare la “piramide” giudiziaria con la l.

rilevante alla crescita del ruolo del C.S.M., che ha progressivamente esteso la sfera del proprio intervento e ha acquisito una dimensione politica sempre più marcata⁴⁹. Ciò, specialmente in conseguenza dell'espansione della funzione giurisdizionale, riscontrabile anche in altri Stati democratici.

È seguita però una fase di involuzione: a poco a poco si sono scolorite le identità politico-ideali dei gruppi formati in seno all'Associazione dei magistrati e le correnti si sono trasformate in centri di potere⁵⁰. Alla vecchia gerarchia, che si fondava su un sistema di selezione per l'accesso alle funzioni "superiori" gestito dal nucleo dirigente della Corte di cassazione e che favoriva un conformismo di tendenza conservatrice, è così subentrata una diversa gerarchia, basata su un sistema di selezione per gli incarichi direttivi (Presidente di Tribunale, Procuratore della Repubblica, ecc.) e semi-direttivi (presidente di sezione del Tribunale, Procuratore aggiunto, ecc.) gestito dal C.S.M. che lascia spazio a magistrati con orientamenti politico-culturali differenti, ma che riproduce gli inconvenienti collegati all'esistenza di una carriera⁵¹.

Per ribaltare questa situazione — che costituisce una sostanziale violazione della Costituzione, perché l'art. 107, comma 3, è stato concepito non solo per evitare poteri gerarchici interni, ma per eliminare in radice le occasioni di perdita di indipendenza che comporta l'affidarsi a qualcuno (chiunque esso sia) per la propria carriera — si è proposto di designare i titolari degli uffici direttivi «attraverso la elezione» per un periodo di tempo limitato «da parte dei loro pari»⁵² o di utilizzare un meccanismo di rotazione⁵³. Si è anche proposto di "democratizzare" le procure della Repubblica (che, per le loro funzioni istituzionali, il cui esercizio può avere un impatto relevantissimo sulla vita delle persone e sulla società, costituiscono "centri di potere"), al fine di

n. 150/2005, cfr. G. Ferri, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in Id., *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Torino, 2018, 14 ss.

⁴⁹ In senso critico, mettendo in evidenza il distacco dal "modello costituzionale", G. Boggetti, *Il Presidente e la presidenza di organi collegiali*, in M. Luciani e M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 247 ss.

⁵⁰ Cfr., tra gli altri, M. Volpi, *Il Consiglio Superiore della Magistratura tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, III, Torino, 2016, 2624 ss.

Il «deteriorarsi della funzione dei gruppi associativi» era stato avvertito già nella prima metà degli anni Ottanta: con l'affievolirsi delle «motivazioni ideologiche sottostanti» alla «formazione dei gruppi dell'Associazione nazionale magistrati», la «ragione di affiliazione alle correnti» è «sempre più quella della ricerca di protezione, non solo quando il magistrato chieda qualche cosa di eccessivo e non dovuto, ma addirittura quando chieda soltanto il lecito e il dovuto» (V. Zagrebelsky, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, cit., 129).

⁵¹ A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 49.

⁵² M. Dogliani, *Note a margine della relazione del Csm sullo stato della giustizia*, in *Quest. giust.*, 1990, 571.

Ho espresso perplessità in G. Ferri, *Autonomia e indipendenza*, cit., 66, nota 191.

⁵³ In tal senso, di recente, A. Mirenda, *Contro le correnti c'è solo la rotazione*, in *Il Fatto Quotidiano*, 4 giugno 2019.

“sdrammatizzare” il momento della scelta dei capi e contenere le spinte carrieristiche⁵⁴.

L'attenzione degli studiosi e delle forze politiche sembra però appuntarsi sul sistema di elezione dei membri “togati” del C.S.M.⁵⁵. La l. n. 44/2002, abolendo il voto di lista, ha tolto visibilità sul piano elettorale alle correnti, ma non ha cambiato la situazione⁵⁶. Infatti, se a presentarsi agli elettori non sono più le correnti, ma i magistrati, che si candidano a titolo individuale, in realtà, votando per un candidato, l'elettore sceglie implicitamente la corrente alla quale il candidato appartiene. L'ampiezza dei tre collegi elettorali (uno per i magistrati di legittimità, uno per i giudici di merito e uno per i magistrati requirenti che esercitano le funzioni presso gli uffici di merito), che comprendono l'intero territorio italiano, impedisce che i candidati possano essere eletti senza il sostegno di gruppi organizzati. Sebbene siano formalmente escluse dalla competizione elettorale, sono dunque le correnti a svolgere il ruolo di protagonista al momento delle elezioni del C.S.M., che si tengono ogni quattro anni⁵⁷, proponendo i candidati e scegliendo in definitiva i consiglieri.

⁵⁴ Cfr., tra gli interventi sulla stampa a commento del recente scandalo che ha investito il C.S.M., L. Pepino, *Magistrati fuori dal sottogoverno*, in *il manifesto*, 6 giugno 2019 e *Csm, il vero male italiano delle clientele*, *ivi*, 17 giugno 2020.

È opportuno segnalare che il C.S.M., con delibera del 16 dicembre 2020, ha modificato la circolare sull'organizzazione degli uffici di procura adottata con delibera del 16 novembre 2017. In senso favorevole, sottolineando che la nuova circolare dovrebbe favorire maggiore trasparenza nella gestione e garantire «pari dignità» ai magistrati dell'ufficio, P. Morosini, *La giustizia è in crisi, troviamo il farmaco*, in *Il Fatto Quotidiano*, 29 dicembre 2020.

⁵⁵ Cfr., tra i più recenti interventi dei costituzionalisti sul tema, R. Romboli, *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Quest. giust.* online, 25 maggio 2020; M. Luciani, *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, *ivi*, 23 luglio 2020; E. Grosso, *Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM*, *ivi*, 30 luglio 2020. V. anche B. Bernabei, P. Filippi (a cura di), *Migliorare il Csm nella cornice costituzionale*, Milano, 2020.

Tra le proposte di legge depositate nella corrente legislatura, vedasi quella d'iniziativa dei deputati Ceccanti e M. Di Maio recante «Introduzione del sistema maggioritario per l'elezione del Consiglio superiore della magistratura nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali», presentato il 23 marzo 2018 (*A.C.*, XVIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 226) e quella con il medesimo titolo presentata dalla deputata Dadone il 12 luglio 2019 (*A.C.*, XVIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1977). A tali proposte ha fatto seguito il disegno di legge governativo — di cui in questa sede si può fare soltanto un breve cenno — recante «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e di ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura», presentato il 28 settembre 2020 (*A.C.*, XVIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2681). Si tratta di un testo assai complesso, che interviene su una molteplicità di aspetti, contemplando anche una riforma del sistema elettorale in senso maggioritario, con collegi uninominali. Cfr., criticamente, N. Rossi, *Rimpicciolire il CSM? Osservazioni critiche sul progetto di riforma del CSM*, in *Quest. giust.* online, 4 settembre 2020.

⁵⁶ Sulla l. n. 44/2002 v., per tutti, G. Ferri, *Magistratura e potere politico*, cit., 151 ss.

⁵⁷ La componente elettiva è rinnovata integralmente e i consiglieri non sono rieleggibili immediatamente (art. 104, comma 6). In caso di decadenza di uno o più membri “togati” dalla

Tuttavia, non vi è modifica al sistema elettorale che possa dare la certezza che il potere delle correnti sarà ridotto. Di qui la proposta di sostituire l'elezione con il sorteggio⁵⁸, per introdurre il quale sarebbe necessaria una legge di revisione costituzionale, posto che la Costituzione parla di componenti «eletti».

In conclusione, può osservarsi che, se il C.S.M. è riuscito, per un verso, a garantire l'indipendenza della magistratura dall'esterno, realizzandosi così, sotto questo aspetto, il disegno costituzionale, per altro verso, ha operato in modo tale da mettere a rischio l'indipendenza interna. Se è perciò comprensibile la ricerca di soluzioni istituzionali, ordinamentali ed elettorali per meglio tutelare l'indipendenza interna dei magistrati, non si può tuttavia trascurare la circostanza che l'indipendenza del magistrato riposa prima di tutto sulla coscienza individuale. Forme di degrado e di malcostume presenti nel corpo giudiziario e portate alla luce dallo scandalo non possono essere esclusivamente ricondotte alla dimensione istituzionale del malfunzionamento di un organo dello Stato o all'ordinamento giudiziario, ma esprimono un declino etico. È tale declino che spiega, almeno in parte, la crisi delle correnti, l'abolizione delle quali, invocata da alcuni, è però assai dubbio che possa rappresentare la soluzione dei problemi attuali del Consiglio, mentre ci sarebbe bisogno di una loro rigenerazione (perché soggetti collettivi “sani” sono un fattore di garanzia). Poiché, sebbene l'attenzione degli osservatori si sia recentemente focalizzata sulla componente “togata” del C.S.M., non sono mancate critiche nel corso del tempo anche nei confronti dei consiglieri “laici”, non avendo essi sempre operato a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia, non si sbaglierebbe a dire che per contrastare il “mercato delle nomine” servirebbe, più di ogni altra cosa, un cambiamento dei comportamenti individuali che elevi il “tono” della rappresentanza⁵⁹.

Giampietro Ferri
Dip.to di Sc. giur.
Università di Verona
giampietro.ferri@univr.it

carica, subentrano i non eletti più votati. Se questi mancano, sono necessarie le elezioni parziali, alle quali si deve sempre ricorrere per sostituire i “laici”.

⁵⁸ Tra i più recenti disegni di legge che prevedono la sostituzione del metodo elettivo con il metodo del sorteggio si può segnalare quello del sen. Nencini, comunicato alla presidenza del Senato il 16 luglio 2020 (*A.S.*, XVIII Leg., *D.d.l. e Rel., Doc.* n. 1884). Tra le posizioni favorevoli al sorteggio espresse in dottrina, cfr. G. Scarselli, *La riforma del CSM*, in *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Napoli, 2016, 199 s.

Sul tema del sorteggio per le cariche pubbliche, in generale, vedi N. Urbinati, L. Vandelli, *La democrazia del sorteggio*, Torino, 2020.

⁵⁹ Sottolinea giustamente l'importanza di un cambiamento etico M. Volpi, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC* n. 2/2020, 371.

Il Consiglio superiore della magistratura in Francia tra proposte di modifica e resistenze conservatrici

di Laura Montanari

Abstract: The High Council of the Judiciary in France between proposals for change and conservative resistances - The article focuses on the French Council for the Judiciary. After a reconstruction of the historical evolution, the author analyses the current organisation of the body, considering its composition and its functions. The final part of the article is devoted to analysing the prospects for the future, paying special attention to the position of the public prosecutors and to the results of the recent parliamentary investigation into the independence of the Judiciary.

Keywords: Council of the Judiciary; Independence of the Judicial Power; Judges; Public prosecutors; Constitution.

1. Premessa: cenni all'evoluzione storica.

In una riflessione in chiave comparata sui Consigli di giustizia¹, l'analisi del caso francese risulta di particolare interesse per l'evoluzione che ha avuto questa esperienza².

Già nel 1883 in Francia viene istituito il *Conseil Supérieur de la Magistrature*, formato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione e chiamato a svolgere esclusivamente la funzione disciplinare. Il passaggio più rilevante, però, si ha nel secondo dopoguerra, quando questa figura è prevista a livello costituzionale, anticipando una soluzione che oggi viene sollecitata anche nei documenti internazionali³.

La scelta fatta nel 1946 è particolarmente innovativa, sia per quanto riguarda la composizione che le funzioni dell'organo. L'art. 83 della Costituzione prevede che il Consiglio sia composto da 14 membri, due di diritto – il Presidente della Repubblica e il Ministro della giustizia – e dodici designati, di cui sei eletti dall'Assemblea nazionale, quattro dai magistrati appartenenti alle varie categorie

¹ Si è scelta questa formula, utilizzata nei documenti internazionali, per indicare gli organi variamente denominati che, pur in modo diverso, intervengono a livello nazionale nelle decisioni relative allo status e/o alla responsabilità dei magistrati. Cfr. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in questa *Rivista*, 2009, 948 ss.

² Per la ricostruzione dell'evoluzione storica si rinvia a L. Montanari, *Il governo della magistratura in Francia*, Padova, CEDAM, 1998.

³ Cfr., ad esempio, Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2010)12, *On judges: independence, efficiency and responsibilities*, 17.11.2010.

e due nominati dal Capo dello Stato. E' evidente la prevalenza della componente di estrazione politica, eventualmente bilanciabile dalla scelta presidenziale. Quanto al ruolo svolto, l'art. 84 alinea 2 afferma che «Le Conseil supérieur de la magistrature assure, conformément à la loi, la discipline de ces magistrats, leur indépendance et l'administration des tribunaux judiciaires». Il Consiglio, dunque, è chiamato ad intervenire nelle procedure di nomina, proponendo i candidati al Presidente della Repubblica, mantiene la competenza in ambito disciplinare e deve provvedere "all'amministrazione degli organi giudiziari".

Al di là dell'attuazione delle previsioni appena richiamate, che richiedeva l'intervento del legislatore, quello che emerge è la volontà di limitare i poteri dell'Esecutivo nei confronti della magistratura di *siège*, rafforzando quelli del Parlamento, coerentemente con la forma di governo della IV Repubblica.

Com'è noto, questa esperienza ha breve durata e nella nuova Costituzione adottata nel 1958 il ruolo del Consiglio superiore della magistratura viene significativamente ridimensionato, nel contesto di una revisione dei rapporti tra i poteri dello Stato che sposta l'asse verso l'Esecutivo, nel binomio Primo ministro/Presidente della Repubblica.

Può essere interessante richiamare l'art. 64 (alinea 1 e 2) – che apre il Titolo VIII dedicato all'autorità giudiziaria e che non è mai stato modificato – da cui emergono le coordinate del nuovo modello: «Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature»⁴.

Se dunque nella IV Repubblica il garante dell'indipendenza della magistratura era il CSM, ora lo stesso diventa un organo "ausiliario" del Presidente della Repubblica.

La centralità dell'Esecutivo trova conferma nella nuova conformazione dell'organo: il Presidente e il Ministro della giustizia sono membri di diritto ed al primo spetta la nomina degli altri nove componenti (sei magistrati, un consigliere di Stato e due personalità esterne alla magistratura). Come si è visto, anche la Costituzione del 1946 assegnava la presidenza del CSM al Capo dello Stato, ma ora questo è eletto direttamente dal popolo ed è titolare dell'indirizzo politico. Sul piano delle funzioni, il ruolo del CSM viene significativamente ridotto: rimane il potere disciplinare, mentre rispetto alle nomine è chiamato a svolgere un compito meramente consultivo; non vi sono più le competenze amministrative legate al servizio della giustizia.

Va precisato, tra l'altro, che anche in questa fase, in continuità con la Costituzione del 1946, il riferimento è esclusivamente ai giudici, non ai membri del *parquet*, anche se l'ordinanza 58-1270, sullo statuto della magistratura, afferma espressamente il principio dell'unità della magistratura, riferendosi ad un unico «corps judiciaire» formato dai «magistrats du siège et du parquet» (art. 1).

⁴ Sul ruolo del Presidente della Repubblica v., per tutti, T.-S. Renoux, *Le Président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*, in *Justices*, 1996, 97 ss.

Il sistema appena descritto rimarrà invariato per oltre trent'anni, sino al 1993⁵, quando vi è una significativa revisione della disciplina costituzionale, che ha creato il quadro oggi in vigore, solo limitatamente modificato dalla riforma del 2008⁶.

2. Le riforme del 1993 e del 2008 e la nuova configurazione del CSM.

La riforma del 1993 interviene in un contesto di forte crisi dei rapporti tra “giustizia e politica”, analogo a quello presente in Italia negli stessi anni. “Mani pulite” (“*mains propres*”) sta mettendo in discussione la classe politica e la magistratura risulta particolarmente esposta. Da qui l'esigenza di rafforzarne le garanzie di indipendenza; il Presidente Mitterrand sintetizza così gli obiettivi della revisione costituzionale: «d'assurer un meilleur équilibre des pouvoirs, d'améliorer les garanties d'indépendance des magistrats et de renforcer les droits des citoyens».

In questa prospettiva si procede ad una profonda modifica della disciplina del Consiglio superiore della magistratura. La novità più importante è l'estensione dei poteri dell'organo anche nei confronti dei pubblici ministeri. Tale scelta conduce ad adottare una soluzione peculiare, per tenere conto della particolare posizione della magistratura requirente in Francia, dove non vi è l'obbligatorietà dell'azione penale e Ministro della giustizia gode di ampi poteri, nonostante le limitazioni intervenute negli anni più recenti⁷.

Vengono così create due diverse formazioni del Consiglio, a seconda che la sua azione si rivolga nei confronti dei giudici o dei pubblici ministeri. Tale struttura “a geometria variabile” diverrà una caratteristica del sistema francese, che – nonostante le proposte avanzate al riguardo – ad oggi non è stata superata.

Nel 2008 la disciplina del CSM è stata ulteriormente modificata nell'ambito della riforma costituzionale voluta dal Presidente Sarkozy per “modernizzare” le istituzioni della Repubblica. L'intervento di revisione si struttura su tre assi: rafforzare i poteri del Parlamento, “inquadrare” quelli del Presidente, assicurare maggiori garanzie ai diritti dei cittadini. Le modifiche della disciplina del CSM sono limitate: l'aspetto più rilevante è il venir meno della presenza del Capo dello Stato, con l'attribuzione della presidenza delle due formazioni ai vertici degli organi giudiziari⁸.

⁵ Cfr. *Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII.*

⁶ Cfr. *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.*

⁷ Com'è noto, attualmente l'art. 30 del c.p.p. stabilisce che «Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles. [...]».

⁸ V. sulla riforma M. Calamo Specchia (cur.), *La Costituzione francese*, Torino, Giappichelli, 2009, 2 voll. e M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso (cur.), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, Giappichelli, 2010.

Nei paragrafi che seguono, si procederà all'analisi della composizione e delle funzioni spettanti al Consiglio, ricostruendo sinteticamente l'evoluzione che vi è stata rispetto alla disciplina originaria.

2.1. La composizione dell'organo.

Con la riforma del 1993 si modifica in modo significativo la composizione dell'organo. Rimangono i due membri di diritto, cui si aggiungono sei magistrati, un consigliere di Stato e tre personalità non appartenenti né al Parlamento né all'ordine giudiziario, designate rispettivamente dal Presidente della Repubblica, dal presidente dell'Assemblea nazionale e dal presidente del Senato. Il CSM opera in due diverse formazioni a seconda che la sua attività si rivolga ai giudici o ai membri della procura. La differenziazione riguarda la componente togata: quando opera nei confronti dei magistrati di *siège* sono presenti cinque giudici e un membro della procura, quando invece si rivolge ai membri del *parquet*, vi sono cinque pubblici ministeri ed un giudice.

Rispetto alla soluzione adottata nel 1958 è evidente il rafforzamento della presenza dei magistrati, che costituiscono la metà dei membri dell'organo in ciascuna formazione. Con la legge organica 94-100 si reintroduce l'elezione per la componente togata, stabilendo un'articolazione che privilegia la rappresentanza dei magistrati di vertice⁹.

La nuova conformazione dell'organo, unitamente al rafforzamento delle funzioni di cui si dirà, favorisce l'emergere di una rinnovata consapevolezza del suo ruolo nella garanzia dell'indipendenza della magistratura. L'aspetto più significativo a questo riguardo è costituito dalla creazione in via di prassi della c.d. "*réunion plénière*", che vede la collaborazione delle due formazioni, innanzitutto per la predisposizione del rapporto annuale, ma anche per assicurare scelte omogenee sulle questioni che coinvolgono tutti i magistrati.

Nonostante alcuni tentativi di riforma, la disciplina rimane invariata sino all'inizio del nuovo secolo, quando la magistratura vive un nuovo momento di crisi, che attiene soprattutto al rapporto con la società civile. Una delle vicende più significative in questo contesto è il cosiddetto *affaire Outreau*, conclusosi nel 2005: un drammatico caso di violenza sui minori che conduce a numerose condanne, quasi tutte però successivamente annullate. Ciò ha determinato una

⁹ In particolare si prevede che partecipino al collegio per ciascuna formazione un magistrato fuori gerarchia della Corte di cassazione (rispettivamente di *siège* o di *parquet* a seconda della formazione), un presidente o un procuratore generale di Corte d'appello, un presidente di Tribunale di prima istanza o un procuratore della Repubblica, nonché tre altri magistrati giudicanti e requirenti di corti e tribunali (rispettivamente due giudici e un pubblico ministero per la formazione competente per il *siège* e due pubblici ministeri e un giudice per quella competente per il *parquet*). La legge del 1994 introduce un sistema elettorale maggioritario (con formula *plurality*), differenziato per le diverse categorie di magistrati. Con la legge organica 2001-539 si interviene nuovamente sul punto introducendo un sistema proporzionale per l'elezione dei magistrati di base. Per un'analisi generale della disciplina v. T.S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2019.

diffusa sfiducia nei confronti della magistratura, tanto da spingere il Parlamento ad istituire una Commissione d'inchiesta¹⁰.

In questo clima si arriva alla revisione costituzionale del 2008, che tocca anche alcuni aspetti della disciplina del CSM. La novità più importante è il venir meno dei membri di diritto. Si tratta di una scelta che rafforza il principio di separazione dei poteri, superando l'anomala presenza di due soggetti politici al vertice dell'organo chiamato a garantire l'indipendenza della magistratura¹¹. La presidenza, nonostante i dubbi avanzati durante i lavori preparatori, viene affidata rispettivamente al Primo presidente e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Al di là dei problemi relativi al carico di lavoro, quello che veniva contestato era l'ulteriore rafforzamento della presenza dei gradi più alti della magistratura. Sono, però, gli altri interventi sulla composizione dell'organo che testimoniano il clima di sfiducia cui si è fatto cenno. È il Presidente Sarkozy ad affermare che «les magistrats ne seront plus majoritaires»¹², mentre il Ministro della giustizia durante i lavori parlamentari ribadisce che «il n'est pas sain que les magistrats donnent l'impression de s'autogérer»¹³. Si decide così di aumentare ad otto i membri non appartenenti all'ordine giudiziario, rispettivamente un avvocato, un consigliere di Stato e sei personalità qualificate (non appartenenti né al Parlamento, né all'ordine giudiziario, né all'ordine amministrativo), scelte in numero di due ciascuno rispettivamente dal Presidente della Repubblica, dal presidente del Senato e da quello dell'Assemblea nazionale, mentre rimane invariato il numero dei magistrati, sei per ciascuna formazione, oltre al presidente. I membri laici – considerando tra questi anche il consigliere di Stato – partecipano ad entrambe le formazioni, mentre i membri togati variano a seconda dei destinatari dei provvedimenti, potendo essere a seconda del caso cinque giudici e un pubblico ministero oppure cinque pubblici ministeri e un giudice. Solo quando il CSM si pronuncia come collegio di disciplina la composizione è paritaria, in quanto partecipa anche il giudice o il pubblico ministero appartenente all'altra formazione.

La riforma costituzionale affronta anche la questione della formazione plenaria, oggetto di forti critiche nel rapporto del *Comité Ballardur*, secondo cui «en dépit de la lettre des textes, aussi bien constitutionnels qu'organiques, le Conseil a instauré en son sein une prétendue "réunion plénière" dont l'existence même alimente le reproche de corporatisme trop souvent adressé à

¹⁰ La Commissione d'inchiesta, presidente André Vallini e relatore Philippe Houillon, ha il compito di «rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement» (il rapporto finale n. 3125, depositato il 6-6-2006, è consultabile all'indirizzo www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp).

¹¹ Si prevede comunque che il Ministro della giustizia possa partecipare alle riunioni dell'organo, salvo che nell'esercizio della funzione disciplinare.

¹² Le affermazioni richiamate sono contenute nella lettera del 18-7-2007, che accompagnava il decreto di nomina del *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions*, presieduto da Edouard Ballardur (*Comité Ballardur*).

¹³ Così nell'intervento alla seduta dell'Assemblea nazionale del 29-5-2008.

l'institution»¹⁴. Nonostante ciò, durante i lavori parlamentari si decide di introdurla in Costituzione per «manifestar l'unité du corps de la magistrature»¹⁵, anche se – come vedremo – le sue funzioni vengono espressamente circoscritte. Non solo, anche la composizione è modificata, con la conseguenza che, nonostante il nome, non è più plenaria: ne fanno parte infatti tutti e otto i membri laici, mentre i magistrati sono solo sei, tre giudici e tre membri del *parquet*. Ancora una volta, dunque, la componente togata è minoritaria¹⁶.

Infine, va ricordato che nella scelta dei membri laici di nomina politica viene introdotto un controllo dell'organo rappresentativo, grazie all'applicazione dell'art. 13 della Costituzione che prevede il parere obbligatorio delle Commissioni parlamentari competenti¹⁷.

2.2. Le funzioni.

Come si è visto, le attività del Consiglio superiore riguardano, da un lato, lo *status* dei magistrati e, dall'altro, la responsabilità disciplinare. La riforma del 1993 opera modifiche significative in questo ambito, innanzitutto estendendo la competenza anche nei confronti dei membri del *parquet*. I poteri tuttavia sono differenti. Quanto alle procedure di nomina, per i magistrati di *siège*, rispetto alla disciplina originaria – che prevedeva la proposta del CSM per i giudici della Corte di cassazione, i presidenti di Corte d'appello, e un parere per tutti gli altri – si estende la proposta anche ai presidenti dei Tribunali di grande istanza e per le altre nomine si richiede il parere conforme. Rispetto ai membri del *parquet*, invece, il Consiglio è chiamato ad esprimere un parere semplice sulle proposte del Ministro della giustizia, salvo nei casi in cui la decisione è assunta in Consiglio dei Ministri. Quanto alla funzione disciplinare, rispetto ai giudici il CSM decide come consiglio di disciplina, mentre per i pubblici ministeri si limita ad esprimere un parere sulle sanzioni disciplinari che li riguardano.

Come già ricordato, la riforma del 1993 è l'occasione per una rivalutazione del ruolo del Consiglio come garante dell'indipendenza della magistratura. Un indice di questa rinnovata consapevolezza si può cogliere nella scelta, adottata in via di prassi, di operare anche in composizione plenaria (la “*réunion plénière*”). È questa che prepara il “rapport d'activité”, dove si trovano interessanti indicazioni sul funzionamento dell'organo, ed esprime pareri e proposte su diverse questioni

¹⁴ Il rapporto del *Comité Ballardur* è reperibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2007/10/30/0252>.

¹⁵ Cfr. il rapporto presentato da Warsmann il 15-5-2008, a nome della *Commission des lois constitutionnel, de la législation et de l'administration générale de la République*, in *JO, Documents parlementaires, Assemblée nationale*, 2008, n. 892, 451-452.

¹⁶ Per i dettagli v. l'art. 1 della legge organica 2010-830.

¹⁷ L'art. 13 prevede per le nomine disposte dal Presidente della Repubblica il parere espresso dalla Commissione permanente competente di ciascuna assemblea, precisando che la nomina non è possibile nel caso in cui la somma dei voti negativi espressi in ciascuna Commissione rappresenti almeno i tre quinti del totale dei suffragi. L'art. 65 stabilisce che per le nomine operate dei presidenti delle due Camere debba essere richiesto il parere della Commissione permanente dell'assemblea interessata.

che riguardano la magistratura (dalle riforme costituzionali ai problemi della giustizia). L'assenza di specifiche previsioni al riguardo richiama i dibattiti italiani sui cosiddetti "poteri impliciti" esercitati dal CSM¹⁸. Il Consiglio francese ricollega i suoi interventi alla funzione di assistenza al Presidente della Repubblica. Nel rapporto del 1995 si precisa, infatti, che tale compito implica il «*pouvoir constitutionnel de donner au Président son avis sur toutes les questions concernant l'indépendance de la magistrature*»¹⁹. Come già ricordato, tuttavia, questa prassi non è esente da critiche, che in parte troveranno riscontro nella disciplina introdotta nel 2008.

Negli anni successivi il confronto, tuttavia, riguarda soprattutto le competenze nei confronti dei membri del *parquet*. Nel 1999 un tentativo di riforma costituzionale, che prevedeva tra l'altro la creazione di un organo unico, si interrompe nella fase finale per venire meno dell'accordo tra i partiti²⁰.

La riforma del 2008 sotto il profilo delle funzioni dell'organo ha un impatto limitato. La disciplina delle nomine dei magistrati di *siège* rimane invariata, mentre per i membri del *parquet* la novità è costituita dal fatto che tutte le nomine sono soggette al parere del CSM. Il suo intervento è dunque ampliato, ma si tratta sempre di una funzione consultiva, che non vincola la decisione del Ministro della giustizia. Per quanto riguarda la funzione disciplinare non vi sono modifiche rispetto alle attribuzioni del CSM. Le novità toccano, invece, l'accesso, con la previsione che anche coloro (*justiciables*) che sono parte di un procedimento giurisdizionale, a certe condizioni, dispongono del potere di promuovere l'azione disciplinare (*pouvoir de saisine*)²¹. Come si è detto, dopo l'*affaire Outreau* la questione della responsabilità dei magistrati era stata al centro del dibattito pubblico. Nel 2006 c'era stato un primo intervento sul piano della legislazione organica, in parte ritenuto incostituzionale, da cui la necessità di una base nella Costituzione²².

Infine, un cenno va fatto al ruolo della nuova formazione plenaria (*formation plénière*). Al riconoscimento in Costituzione corrisponde il tentativo di circoscriverne i poteri, con la previsione che la stessa si riunisce per rispondere

¹⁸ Per alcune riflessioni v. F. Biondi, N. Zanon, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino, Zanichelli, 2019.

¹⁹ Cfr. Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel (1995)*, Paris, Journal officiel, 1996, 36.

²⁰ Per una sintetica analisi del progetto di riforma approvato dalle Camere v. L. Montanari, *La riforma del CSM in Francia*, in questa *Rivista*, 1999, 397 ss.

²¹ L'art. 65 Cost. si limita a prevedere che «Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique». E' quindi la legge organica n. 2010-830 ad introdurre la disciplina di dettaglio prevedendo che tutti coloro che ritengono che, nel corso di una procedura giurisdizionale che li riguarda, il comportamento adottato da un magistrato di *siège* (o di *parquet*) nell'esercizio delle proprie funzioni sia suscettibile di ricevere una qualificazione disciplinare, possono rivolgersi al Consiglio superiore della magistratura; si rinvia per una ricostruzione dettagliata a T.S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, cit.

²² Cfr. la decisione 2007-551, dell'1-3-2007, con nota di O. Le Bot, in *Rev. fr. dr. const.*, 2007, 557, nonché la *Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*.

alle richieste di parere formulate dal Presidente della Repubblica, oppure per affrontare questioni relative alla deontologia o al funzionamento della giustizia che le siano sottoposte dal Ministro della giustizia.

3. Le questioni aperte, tra resistenze e nuove prospettive di riforma.

Nei precedenti paragrafi, si è cercato di ricostruire sinteticamente il percorso che ha condotto all'attuale configurazione del Consiglio superiore della magistratura francese, collocando le riforme nel contesto che ne ha "sollecitato" l'adozione. Quello che sembra emergere, sia dalle revisioni costituzionali approvate, sia dai progetti che non si sono perfezionati, è l'assenza di una riflessione condivisa sul ruolo istituzionale dell'organo, mentre gli interventi analizzati appaiono finalizzati a rispondere – soprattutto da un punto di vista simbolico – a peculiari situazioni di criticità²³.

Non si vuole negare, ovviamente, l'importanza delle trasformazioni introdotte rispetto al modello originario, che hanno condotto – in particolare con la riforma del 1993 e la prassi avviata dal CSM medesimo – ad una rivalutazione del compito istituzionale di garante dell'indipendenza della magistratura, avvicinandolo agli altri Consigli di giustizia che operano in Europa. A conferma dell'"auto-percezione" di questa evoluzione, si può citare la frase di apertura della parte dedicata alle funzioni nel Rapporto d'attività del 2019, secondo cui «La garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire, mission essentielle confiée au Conseil supérieur de la magistrature par l'article 64 de la Constitution, dans sa dimension d'assistance au Président de la République, est au cœur de ses diverses attributions»²⁴.

Tuttavia, sono rimaste aperte alcune questioni molto importanti. Innanzitutto, quella della composizione, che – dopo la revisione costituzionale del 2008 – vede i magistrati in posizione minoritaria, nonostante le raccomandazioni che si possono cogliere nei documenti europei a questo riguardo. La seconda, probabilmente ancora più difficile da affrontare, è quella relativa alle competenze rispetto ai membri del *parquet*. Quest'ultima si collega ad un dibattito più ampio che interessa in generale la posizione della magistratura requirente, i suoi rapporti con l'Esecutivo e il suo ruolo nel processo penale. Anche in questo caso le sollecitazioni che provengono dal livello europeo sono particolarmente significative. Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, a partire dalla decisione *Medvedev* del 2008, ha messo in luce l'insufficienza delle garanzie di indipendenza assicurate al *parquet*. In particolare, ha contestato la possibilità di considerarlo autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 5

²³ Si v. per una ricostruzione critica dell'evoluzione della disciplina dell'organo A. Vauchez, *The Strange Non-Death of Statism: Tracing the Ever Protracted Rise of Judicial Self-Government in France*, in *German Law Journal*, 2018, vol. 19, No. 07, 1613 ss.

²⁴ Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel (2019)*, Paris, La documentation Française, 2020, spec. p. 41.

della Convenzione in quanto «il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié»²⁵.

Nel 2013 è stato presentato un progetto di revisione della disciplina costituzionale del CSM, che sembra esprimere un approccio di ampio respiro²⁶. Per un primo aspetto, sul piano dell'inquadramento generale, si propone infatti di modificare il secondo comma dell'art. 64 stabilendo che, invece di limitarsi ad assistere il Presidente della Repubblica nella sua funzione di garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, «Le Conseil supérieur de la magistrature concourt, par ses avis et ses décisions, à garantir cette indépendance», con il riconoscimento espresso a livello costituzionale del ruolo del Consiglio. Quanto alla disciplina specifica dell'organo, si torna a proporre la prevalenza dei magistrati rispetto ai membri laici, mentre sul piano delle funzioni si rafforzano quelle nei confronti del *parquet* prevedendo il parere conforme sulle nomine e il potere di decisione in materia disciplinare. Anche il ruolo della formazione plenaria viene ampliato, con la possibilità di attivarsi autonomamente per «des questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la déontologie des magistrats». Durante i lavori parlamentari il testo viene modificato dal Senato e la versione finale, approvata dall'Assemblea nazionale in seconda lettura il 26 aprile 2016, ha un contenuto molto più limitato. L'art. 64 è integrato dalla previsione secondo cui «Le Conseil supérieur de la magistrature concourt à garantir cette indépendance», mentre rispetto all'art. 65 rimangono solo le modifiche relative agli interventi sui magistrati requirenti²⁷. Nonostante l'accordo fra le due Camere, anche in questo caso la procedura non si perfeziona per la mancanza, come nel 1999, di un'intesa politica.

Negli anni successivi, l'attenzione si concentra prevalentemente sulla disciplina del *parquet*, anche per il clamore suscitato da alcuni importanti casi "politici", come l'*affaire Fillon* emerso in occasione delle elezioni presidenziali del 2017²⁸. Proprio queste vicende hanno concorso a creare un clima di forte

²⁵ Cfr. Corte di Strasburgo, sent. 10-7-2008, *Medvedev e al. c. Francia*, ric. n. 3394/03, spec. p.to 61; la portata della decisione è stata in parte ridimensionata dall'intervento della Grande camera, sent. 29-3-2010, ric. n. 3394/03, ma poi sostanzialmente ripresa nel caso *Moulin v. Francia*, sent. 23-11-2010, ric. n. 37104/06. Le sentenze sono reperibili nel sito della Corte all'indirizzo internet www.echr.coe.int, per un commento v. M. Neglia, *La sentenza Moulin della Corte europea dei diritti dell'uomo e la discussa posizione del pubblico ministero nel sistema francese*, in *DPCE online*, 1/2012 e A. Baraggia, *Il pubblico ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014.

Una ricostruzione generale delle problematiche relative alla posizione del *parquet* si può vedere N. Droin, *La révision constitutionnelle maudite ou l'impossible réforme du statut du parquet*, in *La Semaine du droit – Edition générale*, n. 42, 12-10-2020, 1827 ss.

²⁶ Cfr. *Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature*, registrato alla presidenza dell'Assemblea nazionale il 14-3-2013, n. 815.

²⁷ Cfr. il testo approvato dall'Assemblea nazionale il 26-4-2016, n. 720; Particolarmente interessante per ricostruire il confronto parlamentare è il rapporto di J.-P. Michel per la *Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale* del Senato, n. 674 presentato il 19-5-2013.

²⁸ L'*affaire Fillon* ha condotto il Presidente della Repubblica a chiedere un parere alla formazione plenaria del CSM per verificare se il *Parquet national financier* (PNF) – istituito con la legge n. 2013-1117, 6-12-2013, per la lotta contro le frodi fiscali e la grande

incertezza nell'opinione pubblica, che ha condotto all'istituzione da parte dell'Assemblea nazionale, il 7 gennaio 2020, di una Commissione di inchiesta parlamentare “*sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire*”, che ha presentato il proprio rapporto finale il 2 settembre 2020²⁹. La speranza è che possa essere l'occasione per un intervento significativo a livello costituzionale, anche se la gravità di problemi connessi all'emergenza sanitaria e, soprattutto, l'avvicinarsi delle elezioni presidenziali del 2022 suscitano molti dubbi a questo riguardo.

3.1. La difficile riforma dello statuto del *parquet*.

Può essere opportuno, pur senza alcuna pretesa di esaustività, soffermarsi sul tema della posizione del *parquet*, che ha costituito negli ultimi anni l'oggetto di un ampio confronto sul piano sia politico che dottrinale, senza tradursi però in una revisione della Costituzione. Le sentenze della Corte di Strasburgo, richiamate nel paragrafo precedente, si inserivano nella discussione in atto sulla riforma del processo penale, cui avrebbe dovuto corrispondere un rafforzamento del ruolo del pubblico ministero e, conseguentemente, delle garanzie di indipendenza. Non sono mancati alcuni importanti interventi a livello legislativo, come la modifica nel 2013 dell'art. 30 c.p.p. con l'eliminazione delle istruzioni individuali del Ministro della giustizia o la soppressione nel 2016 della nomina dei procuratori generali in Consiglio dei ministri, estendendo così i poteri consultivi del CSM³⁰.

Tuttavia, il tentativo di riforma costituzionale per rafforzare i poteri del CSM in questo ambito si interrompe nel 2016. Il Consiglio esprime il suo rammarico per l'abbandono di un progetto le cui «[...] modalités confirmaient pourtant une pratique déjà en vigueur et faisaient l'objet d'un large consensus». In particolare «La réforme constitutionnelle aurait, à cet égard, parachevé, dans l'intérêt des justiciables, l'évolution du statut du ministère public, garant des

delinquenza economica e finanziaria - «a pu exercer son activité en toute sérénité, sans pression, dans le cadre d'un dialogue normal et habituel avec le parquet général»: il parere è stato presentato il 15 settembre 2020 (v. il testo sul sito del Consiglio). Sull'istituzione del PNF, v. T.S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, cit., 1251 ss.

²⁹ La proposta era stata formulata, ai sensi dell'art. 141, c. 2 del Regolamento dell'Assemblea nazionale dal gruppo “*La France Insoumise*”. Le attività della Commissione e il rapporto finale si possono trovare all'indirizzo [http://www2.assemblee-nationale.fr/15/autres-commissions/commissions-d-enquete/commission-d-enquete-sur-les-obstacles-a-l-independance-du-pouvoir-judiciaire/\(block\)/ComptesRendusCommission](http://www2.assemblee-nationale.fr/15/autres-commissions/commissions-d-enquete/commission-d-enquete-sur-les-obstacles-a-l-independance-du-pouvoir-judiciaire/(block)/ComptesRendusCommission). V. anche T.S. Renoux, *Commissione d'enquête parlementaire «sur l'indépendance du pouvoir judiciaire». À la bonne heure?*, in *La Semaine du droit – Edition générale*, 28-9-2020, n. 40, 1678 ss.

³⁰ Cfr. la *Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique* e la *Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*.

libertés individuelles et composante de l'Autorité judiciaire, comme le rappelle avec constance le Conseil constitutionnel»³¹.

L'ambigua posizione del *parquet*, in effetti, trova sostegno anche nella giurisprudenza costituzionale, che riafferma l'unità della magistratura e la riconducibilità del *parquet* all'autorità giudiziaria, nonostante i legami con l'Esecutivo. Nella sentenza 2017-680 QPC, in una procedura promossa dall'*Union syndicale des magistrats*, viene affrontata la questione della costituzionalità della previsione dell'art. 5 dell'ordinanza del 22 dicembre del 1958, relativa allo statuto della magistratura, dove si stabilisce che i pubblici ministeri sono posti «sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice»³². I parametri di riferimento sono l'art. 64 Cost., sull'indipendenza dell'autorità giudiziaria, e il principio di separazione dei poteri riconducibile all'art. 16 della Dichiarazione del 1789. Il Consiglio costituzionale ricostruisce la disciplina del pubblico ministero e i poteri del Governo cui spetta, sulla base dell'art. 20 Cost., di determinare e condurre la politica nazionale, nel cui ambito si colloca la politica penale di cui all'art. 30 c.p.p. Alla luce di tale analisi, conclude che «Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs»³³.

Dopo l'elezione alla Presidenza della Repubblica di Emmanuel Macron – che nella campagna elettorale aveva indicato la giustizia tra le priorità del quinquennato – il Governo avvia il 9 ottobre 2017 i “grandi cantieri della giustizia”, per affrontare i problemi dell'informatizzazione, per riformare e semplificare le procedure civile e penale, per rivedere la carta giudiziaria e per riflettere sul senso della pena e sulla sua efficacia³⁴.

La questione dell'indipendenza del *parquet* viene ripresa nel progetto di legge costituzionale “Pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace” presentato nel maggio 2018, all'interno del quale viene ipotizzata anche la modifica dell'art. 65 della Costituzione in relazione alle funzioni del CSM, riproponendo il parere conforme sulle nomine e il ruolo di consiglio di disciplina³⁵. Nonostante venga ribadito che «les politiques publiques de la justice,

³¹ Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel (2016)*, Paris, La documentation Française, 2017, spec. p. 20

³² Può essere opportuno richiamare il testo completo dell'art. 5 dello statuto della magistratura che mette in evidenza la particolare posizione dei membri del *parquet*: «Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre».

³³ Cfr. Conseil constitutionnel, sent. 2017-680 QPC, 8-12-2017, par. 14; v. il commento di J. Roux, in *AJDA*, N° 9/2018, 510 ss. Le decisioni sono pubblicate sul sito del Consiglio all'indirizzo internet <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

³⁴ Cfr. la presentazione <https://www.gouvernement.fr/argumentaire/lancement-des-grands-chantiers-de-la-justice>

³⁵ Cfr. la presentazione del progetto <https://www.gouvernement.fr/action/projet-de-loi-constitutionnelle-pour-une-democratie-plus-representative-responsible-et>.

dont la politique pénale, relèvent du Gouvernement», la procedura si interrompe nuovamente. La riflessione si riapre l'anno successivo, nell'ambito del progetto di legge costituzionale “Pour un renouveau de la vie démocratique”, dove viene formulata negli stessi termini la revisione dell'art. 65³⁶.

Si può ben comprendere, in questo contesto, il commento formulato dal CSM, nel Rapporto di attività del 2019, dove «[...] déplore le fait que la réforme constitutionnelle, pourtant attendue depuis de nombreuses années, demeure au stade de projet»³⁷.

Colpisce il susseguirsi di progetti di riforma costituzionale di contenuto sostanzialmente analogo senza che si giunga all'approvazione finale. Si conferma la difficoltà, che caratterizza la complessa evoluzione della disciplina del Giudiziario in Francia, di assumere – attraverso un intervento a livello costituzionale – una decisione di carattere complessivo, che inserisca la modifica dei poteri del CSM nei confronti del *parquet* nel quadro di una definizione chiara della posizione dell'organo – ma ancor prima del Giudiziario stesso – nei rapporti tra i poteri, superando l'ambiguità di un corpo della magistratura unico, ma in parte soggetto all'influenza dell'Esecutivo³⁸.

3.2. L'inchiesta parlamentare “*sur l'indépendance du pouvoir judiciaire*”: l'occasione per una riflessione complessiva?

Come si è visto, risale al 2013 l'ultimo tentativo di modificare l'art. 64 della Costituzione, affermando il ruolo del CSM come garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, con la conseguente revisione della composizione e delle funzioni. Per vero, ci sono stati alcuni interventi sulla legislazione organica che hanno permesso di definire con maggiore precisione le modalità di azione, sia in materia disciplinare – soprattutto dopo il riconoscimento dell'accesso dei singoli – sia per le decisioni sulla carriera dei magistrati³⁹. Nel dibattito pubblico, però, questi aspetti non emergono e sono soprattutto le singole vicende giudiziarie ad “attirare” l'attenzione, mettendo al centro del dibattito l'ambigua posizione del *parquet*⁴⁰.

³⁶ Si veda il progetto di legge costituzionale registrato presso la presidenza dell'Assemblea nazionale il 29 agosto 2019, n. 2203.

³⁷ Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel (2019)*, cit., spec. 45.

³⁸ La differente posizione della magistratura giudicante, per la quale le attribuzioni del CSM sono garanzia di indipendenza, e di quella requirente, soggetta invece all'influenza dell'Esecutivo è segnalata da ultimo dalla Corte di Strasburgo nella decisione *Thiam c. France*, 18-10-2018, ric. 80018/12.

³⁹ Cfr. in particolare la *Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution* e la *Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*. I testi aggiornati dello statuto della magistratura e della legge organica sul Consiglio superiore della magistratura si possono trovare in T.S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, cit., 1655 ss.

⁴⁰ Nathalie Droin ricorda come «le ministère public est fréquemment l'objet de procès en légitimité: certain l'accusent de ne pas engager d'action là où il faudrait en engager, et ce, en raison de ses liens avec l'exécutif; d'autre, au contraire, lui reprochant de multiplier les

In questo contesto si inserisce da ultimo l'istituzione – su richiesta del gruppo parlamentare “*La France Insoumise*” – di una Commissione di inchiesta “*sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire*”. «À la bonne heure?» si domandava nel titolo di un breve commento Thierry S. Renoux⁴¹.

Nel Rapporto finale, depositato il 2 settembre 2020, vengono formulate 41 proposte, raccolte in tre ambiti principali⁴². Nella premessa al documento, il presidente della Commissione, Ugo Bernalicis, riconosce che «L'état actuel de la Justice inspire beaucoup de choses mais assez peu la confiance»; da qui l'esigenza un ampio confronto, sia con gli attori istituzionali che con la società civile. Viene segnalata altresì l'eccezionalità del lavoro fatto «car c'est la première fois que l'institution judiciaire dans son entièreté et son rôle constitutionnel est l'objet d'une commission d'enquête parlementaire»⁴³.

Le sollecitazioni che emergono sono molte; le due proposte che aprono la prima parte dedicata a “Sortir de l'ambiguïté pour garantir une justice républicaine indépendante”, meritano di essere richiamate testualmente. La prima è l'inserimento in Costituzione dell'affermazione che «La Justice est rendue au nom du peuple. Le pouvoir de rendre la Justice est confié à des juges impartiaux, inamovibles, qui ne sont soumis qu'à la loi. Ce pouvoir judiciaire constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir», cui si collega la seconda sulla modifica dell'art. 64 per eliminare l'attribuzione al Presidente della Repubblica del compito di garante dell'indipendenza del potere giudiziario per riconoscerlo invece al Consiglio⁴⁴. Il riferimento espresso al potere giudiziario, alla sua indipendenza e alle caratteristiche che devono connotare i giudici sicuramente costituirebbe un passaggio importante, anche per i rapporti con l'opinione pubblica, tuttavia se concentriamo l'attenzione sulle problematiche evidenziate nei paragrafi precedenti si possono segnalare alcune problematicità.

Rispetto alla posizione del *parquet*, se da un lato si propone di parificare le competenze del CSM a quelle relative ai magistrati *siège*, ipotizzando anche di attribuire al Consiglio la competenza di nominare tutti i magistrati ordinari (proposta n. 11), dall'altro viene confermato il legame tra pubblica accusa e Ministro della giustizia. Il relatore fa espressamente riferimento ad un «modèle du parquet à la française, c'est-à-dire d'un ministère public exercé par des magistrats appliquant la politique pénale conduite par le garde des Sceaux au nom du Gouvernement», con la conseguenza di non mettere in discussione il

enquêtes dès lors que c'est l'opposition qui est concernée, toujours au nom de ce même liens»: *La révision constitutionnelle maudite ou l'impossible réforme du statut du parquet*, cit., spec. 1828.

⁴¹ Cfr. T.S. Renoux, *Commission d'enquête parlementaire «sur l'indépendance du pouvoir judiciaire», À la bonne heure?*, cit.

⁴² Rapporto della Commissione di inchiesta *sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire*, presidente Ugo Bernalicis e relatore Didier Paris, 2-9-2020, n. 3296; v. i riferimenti *supra*, nota 29.

⁴³ *Ivi*, p. 7 e 8.

⁴⁴ *Ivi*, p. 17.

principio gerarchico che lo regge⁴⁵. L'obiettivo diviene quello di precisare il quadro in cui l'autorità gerarchica viene esercitata, affrontando tutta una serie di questioni tecniche come ad esempio i rapporti presentati periodicamente al Ministro della giustizia.

Quanto al CSM, si propone certamente un rafforzamento del suo ruolo, a partire dal riconoscimento espresso del compito di garante dell'indipendenza della magistratura, ma nello stesso tempo alcune delle ipotesi formulate non possono non suscitare perplessità. Il riferimento è alle indicazioni relative alla composizione, rispetto alla quale viene mantenuta l'idea di una significativa presenza di membri laici, di estrazione molto differenziata, finalizzata al coinvolgimento della società civile. Vengono richiamate le discussioni sul rapporto tra potere e responsabilità, ma si può dubitare - anche alla luce delle indicazioni europee - che le ipotesi formulate costituiscano la soluzione più opportuna. Se la riforma costituzionale del 2008, in un clima di sfiducia verso la magistratura, aveva disposto l'aumento dei membri laici, il Rapporto della Commissione di inchiesta sembra muoversi nella stessa linea, forse in maniera ancora più forte. Non si può non cogliere anche in questo caso una contraddizione tra l'affermazione del ruolo di garanzia del CSM e la presenza minoritaria dei magistrati al suo interno.

Non è possibile fare più di questi brevi cenni al documento della Commissione, che affronta molti altri aspetti di rilievo, come ad esempio la questione del budget. Quello che si può mettere in evidenza, in conclusione, è la conferma, da un lato, della necessità di un intervento di riforma costituzionale di cui si discute da oltre vent'anni, ma nello stesso tempo, dall'altro, della difficoltà di superare quella sorta di sfiducia di fondo nei confronti del corpo giudiziario, che si traduce nella limitazione della sua partecipazione nell'organo di "(auto)governo".

Laura Montanari
Dip.to di Scienze giuridiche
Università degli Studi di Udine
laura.montanari@uniud.it

⁴⁵ *Ivi*, p. 99.

Il *Consejo General del Poder Judicial* spagnolo: un organo di effettiva garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario?

di Miryam Iacometti

Abstract: The Spanish Consejo General del Poder Judicial - The essay aims at highlighting the structure and powers of *Consejo General del Poder Judicial*, created by the Spanish Constitution for the purpose of guaranteeing the independence of the Judiciary from the other branches of Government. The author analyzes the many reforms of this body and the problems related to its constitutional task.

Keywords: Spanish Council of Judiciary, Judicial Independence, Independence Guarantees, Judiciary.

1. L'istituzione del *Consejo General*.

4897

Una delle novità della Costituzione spagnola del 1978 è certo stata l'istituzione del *Consejo General del Poder Judicial*, che, ad imitazione degli organi noti agli ordinamenti francese del 1946 e italiano del 1948¹, si proponeva di sottrarre giudici e magistrati² all'influenza dell'Esecutivo, garantendone l'indipendenza.

L'art. 122, comma 2, della Costituzione definisce il *Consejo General*³ «organo di governo» del potere giudiziario⁴, attribuendo alla legge organica il compito di disciplinare lo «statuto e il regime delle incompatibilità dei suoi

¹ Il costituente spagnolo ha imitato più il Consiglio superiore della Magistratura italiano che non l'omologo francese, secondo G. Rosado Iglesias, *La constitucionalización del gobierno judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes*, in *Rev. de Derecho Político*, 101, 2018, 355.

² *Jueces, magistrados e magistrados del Tribunal Supremo*, costituiscono, in ordine di crescente rilievo, le categorie dei componenti della magistratura. Il *Consejo* non si occupa dei Pubblici Ministeri per i quali è previsto un *Consejo Fiscal*, incaricato di assistere il Procuratore generale dello Stato.

³ Secondo L. Mosquera, *La posición del poder judicial en la Constitución española del 1978*, in E. García de Enterría, A. Predieri (cur.), *La Constitución española del 1978*, Milano, 1982, 685, la denominazione di “generale” è migliore rispetto a quella di “superiore”, adottata in Italia e in Francia perché è priva di «connotazioni gerarchiche» ed evoca «l'unità della giurisdizione» e la «competenza su tutto il potere giudiziario».

⁴ Il giudiziario è il solo ad essere definito potere dalla Costituzione. Così R.L. Blanco Valdés, *I giudici: “bocca della legge” o potere dello Stato. Una riflessione intorno alla posizione costituzionale del potere giudiziario in Spagna*, in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 152.

componenti e le sue funzioni, in particolare in materia di nomine, promozioni, ispezione e regime disciplinare».

Quanto alla composizione dell'organo, l'art. 122, comma 3, della Costituzione dispone che dei venti membri nominati dal Re per cinque anni, otto siano eletti per la metà da ognuna delle Camere⁵ con la maggioranza dei 3/5, tra avvocati e giuristi di riconosciuta competenza con più di quindici anni di esercizio professionale. Gli altri dodici membri sono scelti tra i giudici e magistrati di tutte le categorie nei termini stabiliti dalla legge organica, senza però che la disposizione costituzionale individui chi proceda a tale elezione, né le maggioranze a ciò necessarie. Il Presidente dell'organo, che si aggiunge ai venti membri, è scelto da questi e diviene, ad un tempo, il Presidente della massima corte del Regno, il Tribunale supremo.

La necessità di istituire il Tribunale costituzionale, del quale l'art. 159.1 Cost. dispone che due membri siano proposti dal *Consejo*, ha spinto ad approvare la disciplina di quest'ultimo con una legge organica *ad hoc*, la n. 1 del 10 gennaio 1980, assai prima che fosse approvata la legge organica n. 6 del 1° luglio 1985 del *Poder Judicial*.

2. Le continue riforme delle modalità di elezione del Consejo.

Sin dall'inizio della non eclatante storia di un organo costituzionale⁶ tra i più monitorati dai *mass media*⁷ la cui insoddisfacente attività⁸ ha fatto persino propendere alcuni per la sua soppressione⁹, l'esegesi dell'art. 122 Cost. che dispone che dodici membri siano scelti tra (ma non da) i giudici e i magistrati, è stata terreno di scontro politico. Le modalità di nomina della componente togata sono state modificate quattro volte tra il 1980 ed il 2013, quasi ad ogni cambiamento del "colore politico" dell'Esecutivo¹⁰, con continue riforme della

⁵ Secondo L. Mosquera, *La posición del poder*, cit. 684 s., il necessario consenso tra i partiti motivò una disciplina costituzionale del *Consejo* «suscettibile...di interpretazioni diverse», ma anche «più coerente» di quella prevista nel sistema italiano, consentendo che il Senato, organo di rappresentanza territoriale e non il solo Congresso o, come in Italia, il Parlamento in seduta comune, eleggesse parte dell'organo.

⁶ E. Álvarez Conde, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, Madrid, 2016, 738, ricordano che la legge organica n. 2 del 1979 lo inserisce tra gli organi costituzionali legittimati al conflitto di attribuzione.

⁷ Forse per il loro interesse ai contrasti tra i membri, secondo D. Íñiguez Hernández, *Las funciones ad extra del CGPJ*, in L. Aguiar de Luque (dir.), *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid, 2012, 117 s.

⁸ Secondo L. Aguiar de Luque, *El gobierno judicial en el derecho comparado: entre la dirección política y la gestión administrativa*, in L. Aguiar de Luque (dir.), *El gobierno del poder judicial*, cit., 14 ss. l'organo non rappresenta l'insieme dei membri della magistratura.

⁹ Così J. Tajadura Tejada, *La reforma del Consejo General del Poder Judicial*, in *Diariovasco.com* del 6.2.2012. R.L. Blanco Valdés, *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Madrid, 2018, 172, vorrebbe ripartire i poteri del *Consejo* tra Tribunale supremo e Ministero della Giustizia. Nel 2015 anche il partito *Ciudadanos* ne propose la soppressione.

¹⁰ Sul *Consejo*, come «uno dei maggiori oggetti di desiderio» di quasi tutti gli Esecutivi, J.-L. Gómez Colomer, *Sobre el nombramiento del Presidente e de los Vocales del Consejo General del*

struttura e delle competenze dell'organo che non sono però riuscite a ridurne né la natura profondamente politicizzata, né la scarsa efficacia nel garantire l'indipendenza della magistratura¹¹.

La legge organica n. 1 del 1980, approvata quando era al governo la compagine di centro-destra dell'*Unión de Centro Democrático*, affidava ai giudici e ai magistrati l'elezione di dodici componenti del *Consejo*, prevedendo che fossero scelti tre membri del Tribunale supremo, sei magistrati e tre giudici, in un'unica circoscrizione nazionale, in base ad un sistema elettorale maggioritario. I candidati dovevano essere sostenuti da almeno il 10% degli elettori o da una associazione professionale: un sistema che privilegiava le magistrature superiori e il settore più conservatore del giudiziario¹². Per compensare la ridotta presenza delle minoranze, le *Cortes* nominarono tra i giuristi di riconosciuta competenza giudici di diverso orientamento ideologico rispetto a quelli già eletti, così sovrarappresentando la componente togata e istituendo un organo che ha tentato sempre più di estendere le sue competenze.

La legge organica n. 6 del 1985 sul *Poder Judicial*, approvata grazie al *Partido Socialista Obrero Español*, allora al governo, affidò alle Camere la selezione dei componenti sia togati che laici dell'organo, ritenendosi che la indipendenza della magistratura potesse essere meglio protetta dall'intervento delle *Cortes*, espressione della sovranità popolare¹³. La scelta dei membri del *Consejo*, affidata per la metà ad ogni Camera, con la maggioranza qualificata dei 3/5, avrebbe consentito, secondo i promotori della riforma, di eleggere sia magistrati che

Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 2019, 212.

¹¹ La cattiva percezione, da parte dei cittadini, dell'indipendenza della magistratura non pare dovuta alla mancanza di questo essenziale attributo nei suoi membri, ma alla valutazione negativa sul *Consejo* e all'eccessiva ingerenza dei poteri politici nell'amministrazione della giustizia. Si cfr. D. Íñiguez Hernández, *La contrarreforma del Consejo General del Poder Judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, 336 s.; R. Serra Cristóbal, *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, 300. In tema, P. Lucas Murillo de la Cueva, R. Bustos Gisbert, J.F. López Aguilar, *Encuesta sobre la independencia judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016, 15 ss.

¹² G. Rosado Iglesias, *La constitucionalización*, cit., 356.

¹³ J.F. López Aguilar, *La riforma della giustizia in Spagna*, in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale*, cit., 139 s., divenuto nel 2004 Ministro della Giustizia nel governo socialista di J.L. Rodríguez Zapatero, ribadisce il necessario controllo delle *Cortes* nei confronti del *Consejo*. Sulla ideologia dei due maggiori partiti, il *Popular* che preferisce affidare ai giudici (in notevole parte conservatori) la scelta dei consiglieri togati, il *Socialista* che, invece, temendone il corporativismo, vuole affidarla al Legislativo, L. Aguiar de Luque, *Las recientes reformas en materia de Poder Judicial en su dimensión orgánica*, in M. Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, 2009, 53. Anche di recente, il *Partido Popular* e *Ciudadanos* hanno riproposto l'attribuzione ai giudici della elezione della componente togata del *Consejo* che trova d'accordo anche gran parte dei magistrati e della dottrina (in tema, ad esempio, A. Ruiz Robledo, *Volvamos a Montesquieu*, in *El País*, 3.10.2020; F. Sosa Wagner, *Una fullería, un pasteo y un atropello*, in *El Mundo*, 14.10.2020). Sull'ondivaga posizione del *Partido Popular* che, nonostante la preferenza per il ricordato sistema di elezione, pare non aver adeguato la sua attività parlamentare a tale orientamento teorico, D. Ortega, *CGPJ: entre todos lo mataron*, in *El Mundo*, 9.12.2020.

giuristi di riconosciuta competenza con l'accordo delle principali forze politiche, non attribuendone la scelta alla sola maggioranza ed allontanando lo spettro di una elezione da parte di giudici non ancora pienamente adusi all'ordinamento democratico.

Un tale sistema non ricevette però né il plauso del *Consejo*, che vedeva pregiudicata la possibilità che la magistratura scegliesse una parte rilevante dei membri dell'organo, né del *Partido Popular*, la compagine di centro-destra all'opposizione, e fu perciò impugnato, di fronte al Tribunale costituzionale, dal *Consejo* con tre diversi conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato nei confronti delle Camere (che si riteneva avessero usurpato poteri dell'organo) e, da parte di esponenti del partito di opposizione, con un ricorso di incostituzionalità. Le sentenze che risolsero i conflitti e il ricorso, rispettivamente, le nn. 45 e 108 del 1986, ben definirono la natura dell'organo. Rigettando i conflitti e considerando inammissibile la difesa da parte del *Consejo* delle prerogative dei membri della magistratura, il Tribunale affermò che la Costituzione lo voleva organo di governo, ma non di autogoverno del potere giudiziario. Non rilevando alcuna illegittimità nella non partecipazione dei magistrati alla elezione dell'organo, che non riteneva neppure deducibile dai lavori preparatori della Costituzione, il Tribunale pose però in guardia le Camere. Era possibile addivenire ad una “cattura” dell'organo, che avrebbe dovuto essere autonomo da ogni altro potere, da parte delle forze politiche, un rischio scongiurabile con un diverso sistema di selezione, ma che di per sé non consentiva di dichiarare illegittime previsioni interpretabili come conformi alla Costituzione. Il Tribunale costituzionale sottolineava che il costituente, attraverso i membri togati, aveva inteso «assicurare la presenza...delle principali attitudini e correnti di pensiero dei giudici in quanto tali», ma, ad un tempo, «equilibrare tale presenza con quella di altri giuristi» che, a parere delle Camere, riflettessero «nel mondo del diritto le correnti di pensiero esistenti nella società»¹⁴. Le parole d'ordine nella composizione del *Consejo* non erano, dunque, rappresentanza, in esso, dei partiti presenti nelle *Cortes* da cui derivava la loro scelta, ma necessario pluralismo di orientamenti nei magistrati e nei giuristi chiamati a comporlo.

Una nuova modifica del sistema di scelta della componente togata del *Consejo* si realizzò con la legge organica n. 2 del 2001, presentata dal *Partido Popular* allora al governo, ma sorta in base al “Patto per la giustizia”, concordato nel maggio 2001 tra tutte le forze politiche. La legge affidava sempre alle Camere la selezione dei togati che dovevano sceglierli in liste composte dal triplo dei soggetti da nominare (trentasei) presentati o dalle associazioni giudiziarie (che dovevano proporli in proporzione al novero dei loro iscritti) o da giudici e magistrati non aderenti ad alcuna associazione ma che rappresentassero almeno il 2% dei magistrati in servizio attivo. La proporzionalità tra il numero degli

¹⁴ R.L. Blanco Valdés, *I giudici: “bocca della legge”*, cit., 165 ss.; M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in questa *Rivista*, II, 2009, 963.

associati o dei non associati avrebbe deciso della composizione della parte togata dell'organo.

Anche questo sistema non fu però definitivo. La legge organica n. 4 del 2013, introducendo nella n. 6 del 1985 un Libro VIII (artt. 558-642), dedicato al *Consejo*, rappresenta la versione vigente delle modalità di selezione dei suoi componenti, approvata dal solo *Partido Popular*¹⁵. Tale disciplina sottrae alle associazioni giudiziarie¹⁶ il potere di presentare direttamente candidature, potendo queste solo avallarle. Anche singoli giudici e magistrati possono proporsi per l'elezione, purché siano sostenuti da una associazione o da almeno venticinque colleghi in servizio¹⁷. Quanto alla distribuzione nel *Consejo* delle diverse categorie di giudici e magistrati, si dispone che le Camere debbano considerare il numero degli appartenenti alla carriera giudiziale e dei giudici e magistrati non iscritti o iscritti alle associazioni¹⁸. Si prevede, inoltre, che, nel designare i membri togati, vada rispettata la proporzione di tre magistrati del Tribunale supremo, di tre magistrati con più di venticinque anni di servizio e di sei giudici o magistrati scelti indipendentemente dalla loro anzianità in carica, così sovra-rappresentando i magistrati del Tribunale supremo.

Pur dopo l'entrata in vigore delle norme che ampliano la possibilità che singoli magistrati avallino le candidature, non si è però sottratta alle Camere l'elezione a maggioranza dei 3/5. Specchio della difficoltà di procedere al rinnovo dell'organo, talora reso impossibile dal mancato accordo tra i partiti nel conseguire tale maggioranza, è stata la previsione, introdotta nel 2013, secondo la quale nel caso in cui solo in una Camera si ottenga tale risultato, il *Consejo* possa considerarsi rinnovato e non in proroga, permanendo in carica i precedenti membri, eletti dalla Camera che non abbia potuto procedere all'elezione. Qualora questa riesca poi a provvedervi, i nuovi membri rimarranno in carica solo per il periodo che manca al successivo rinnovo e non per cinque anni¹⁹.

Non sono stati, inoltre, innovati i preesistenti effetti delle modalità di scelta del *Consejo*. Almeno a far tempo dalla disciplina del 1985, la composizione di questo è stata informata alla negativa pratica di distribuzione dei suoi seggi tra i partiti, per quote legate alla loro presenza all'interno delle Camere, una prassi definita dalla dottrina spagnola con la parola italiana "lottizzazione"²⁰, così

¹⁵ I Socialisti si opposero alla riforma del 2013, presentando al Tribunale costituzionale un ricorso di incostituzionalità, risolto con la sent. n. 191 del 2016 che non rilevò in essa illegittimità.

¹⁶ Secondo G. Rosado Iglesias, *La constitucionalización*, cit., 363 s. e 368 circa la metà dei quasi 5200 giudici spagnoli non è iscritta ad alcuna associazione.

¹⁷ Secondo G. Rosado Iglesias, *La constitucionalización*, cit., 367 si trattava di una apprezzabile riduzione dei sostenitori dei candidati rispetto al numero precedente, che corrispondeva a circa cento componenti della magistratura.

¹⁸ La previsione pare però raccomandare, piuttosto che imporre tali modalità di scelta.

¹⁹ Una norma non diversa da quella, illegittima, introdotta nel 2010 per i giudici costituzionali. Solo quando in entrambe le Camere non si ottenga la maggioranza dei 3/5 il Consiglio non si considererà rinnovato.

²⁰ Così R.L. Blanco Valdés, *Luz tras las tinieblas*, cit., 168. Il metodo di scelta, valutato negativamente anche dal Gruppo di Stati contro la corruzione del Consiglio d'Europa la cui relazione del 2019 invita alla sua modifica, è in «controtendenza» rispetto a quanto avviene

stigmatizzando un modo di procedere che ha causato quella dipendenza dell'organo dai partiti dalla quale il Tribunale costituzionale aveva posto in guardia nel 1986, favorendo anche un ulteriore effetto negativo: l'aperta contrapposizione tra i membri del *Consejo*. Questo risente a tal punto della derivazione partitica, che la forza politica che ne ha eletto la maggioranza dei membri, fa ostruzione al suo rinnovo quando si trova all'opposizione, anche per poter mantenere intatta la possibilità di nominare ai posti più elevati della magistratura soggetti che ritiene conformi ai propri orientamenti. La disciplina non ha infine ovviato alla predominanza nel Consiglio di esponenti delle due maggiori associazioni dei giudici²¹ né alla ridotta rappresentanza nell'organo di magistrati non associati, non garantendo nella componente togata la proporzionalità tra le varie categorie di giudici e magistrati.

3. Le innovazioni introdotte dalle leggi organiche n. 4 del 2013 e n. 4 del 2018.

Le novità più rilevanti della riforma del 2013 riguardavano l'organizzazione interna dell'organo, che l'*Exposición de motivos* della legge organica giustificava con la necessità di dotare il *Consejo* di una «struttura più efficiente». Le competenze del collegio nella sua composizione plenaria (*Pleno*) venivano ridotte «in omaggio alla agilità e all'efficienza», affidando al *Pleno* solo «quelle questioni che presuppongano un livello importante di valutazione», quali le nomine discrezionali, l'approvazione dei regolamenti, la deliberazione del bilancio, la formazione degli organi interni. Le delibere degli organi collegiali del *Consejo*, sempre motivate, dovevano essere assunte con votazioni di tipo nominale, in genere con la maggioranza semplice dei membri presenti, per consentire di superare la conflittualità interna spesso registratasi. A chi presiedesse l'organo collegiale, o al Vicepresidente, era attribuito il *voto de calidad*, cioè il voto dirimente nei casi di parità²².

Le attribuzioni del *Pleno* erano ridotte in favore dell'unico organo i cui membri potevano svolgere a tempo pieno le funzioni di componenti del *Consejo* (per gli altri era invece prevista la continuità dell'attività giudiziale o professionale²³). Tale organo era la *Comisión Permanente*, composta da cinque

in tali ordinamenti. In tema, A. Ruiz Robledo, *CGPJ: la historia interminable*, in *El Español*, 8.8.2020; M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa*, cit., 962.

²¹ Secondo G. Rosado Iglesias, *La constitucionalización*, cit., 368, nell'attuale *Consejo* hanno loro esponenti la *Asociación Profesional de la Magistratura* e *Jueces para la Democracia*, l'una di orientamento conservatore, l'altra progressista. Le associazioni *Francisco de Vitoria* e *Foro Judicial Independiente*, aventi un numero minore di iscritti, non hanno seggi. I giudici non associati hanno solo tre rappresentanti.

²² Dovevano essere eletti con la maggioranza dei 3/5 il Presidente e con quella assoluta il Vicepresidente.

²³ L'*Exposición de motivos*, che introduceva la legge, motivava la *dedicación exclusiva* della sola *Comisión Permanente*, con l'esigenza di una stretta relazione tra i consiglieri che continuavano a svolgere la loro usuale attività giurisdizionale (o professionale) e la magistratura la cui indipendenza dovevano garantire. Anche ragioni economiche e la possibilità che i membri

membri (più il Presidente del *Consejo*), poi aumentati a sette dalla legge organica n. 7 del 2015²⁴. Tutti i membri del *Pleno*, a turni di un anno, avrebbero dovuto far parte della *Comisión*²⁵, con esclusione dei componenti della Commissione disciplinare, i cui sette membri dovevano rimanere gli stessi per cinque anni, continuando ad esercitare anche le funzioni giudiziarie o professionali.

La legge organica del 2013 sopprimeva la *Comisión de Calificación*, incaricata dell'istruttoria prodromica alle nomine discrezionali affidate al *Pleno* (tra le quali quelle dei Presidenti delle *Salas* del Tribunale supremo, dei magistrati di quest'ultimo, dei Presidenti dei Tribunali Superiori di giustizia delle Comunità autonome, del Presidente dell'*Audiencia Nacional*). Di tale attività si doveva occupare la *Comisión Permanente*, le cui decisioni non potevano essere impugnate di fronte al *Pleno*, ma (come quelle di quest'ultimo) solo di fronte alla giurisdizione amministrativa²⁶.

La legge organica del 2013 istituiva organi monocratici, nominati dal *Pleno*: il Vicepresidente del Tribunale supremo e il *Promotor de la Acción Disciplinaria*. Il Vicepresidente, un magistrato del Tribunale supremo, era nominato a maggioranza assoluta, a proposta del Presidente ed era destinato a sostituirlo in caso di assenza o di infermità.

Il *Promotor*²⁷, scelto al di fuori del Consiglio tra i componenti della magistratura, in carica per la stessa durata del *Pleno* che lo eleggeva era, secondo l'*Exposición de motivos*, non un organo del *Consejo*, ma un soggetto subordinato al primo, potendo la *Comisión Permanente*, d'ufficio o a istanza di parte, ordinargli di dar inizio o di proseguire un procedimento disciplinare e giudicare dei ricorsi contro le decisioni di non iniziare l'azione disciplinare o di archivarla.

laici del *Consejo* non interrompessero la loro attività motivava le nuove previsioni. Il *part time*, però, non consentiva di dedicare alla funzione di membro dell'organo un tempo adeguato, potendo creare pericolose incompatibilità e contrastando con le direttive del Comitato consultivo dei Giudici europei, consulente del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, favorevoli ad un'attività a tempo pieno dei componenti. Su tale disciplina, considerata più un «regolamento di conti» tra il Governo e il *Consejo*, che avrebbe aumentato i problemi dell'organo, creando membri di differente rilievo, M. Gerpe Landín e M.Á. Cabellos Espiérrez, *La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo*, in *Rev. española de derecho constitucional*, 103, 2015, 15 ss. In tema, D. Íñiguez Hernández, *La contrarreforma*, cit., 333 ss.

²⁴ Sul necessario potenziamento della *Comisión Permanente*, considerando troppo numeroso il *Pleno*, L. Aguiar de Luque, *Las recientes reformas*, cit., 51 s.

²⁵ Ciò però non si realizzò sempre, né riguardò tutti i componenti della *Comisión*, divenuta il vero *Consejo*. Così, R.M. Fernández Riveira, *Nuevos enfoques de la independencia judicial, Dos puntas de iceberg en la reforma de la ley orgánica del Poder Judicial: la Comisión Permanente del CGPJ y el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 2016, 377 ss.

²⁶ La legge organica n. 6 del 1985 rende impugnabili le deliberazioni di *Pleno* e *Comisión Permanente* di fronte ad una sezione del Tribunale supremo, composta dal Presidente della *Sala* del Contenzioso-amministrativo e dai Presidenti di sezione di questa *Sala*, così affidando il controllo di tali atti ad un organo subordinato al *Consejo*.

²⁷ Questo, eletto dal *Pleno* con la maggioranza assoluta, in prima votazione o, in seconda votazione, con il maggior numero di voti, è scelto per cinque anni, tra magistrati del Tribunale supremo o tra magistrati con più di 25 anni di servizio.

L'istituzione del *Promotor* mirava a separare le funzioni di iniziativa dell'azione disciplinare, di istruzione e di proposta delle sanzioni dalla loro irrogazione. Queste funzioni, tranne l'ultima, erano attribuite al *Promotor* in modo da garantire la continuità in compiti in precedenza affidati, caso per caso, a diversi soggetti. Irrogava le sanzioni la *Comisión Disciplinaria*, composta da quattro magistrati e tre giuristi, incaricata di valutare solo le infrazioni disciplinari gravi e molto gravi. Nel caso in cui la sanzione fosse la più afflittiva di tutte, la cessazione dal servizio, la competenza era attribuita al *Pleno*, che decideva anche i ricorsi contro le sanzioni disciplinari irrogate dalla *Comisión*.

Completavano l'assetto organizzativo del *Consejo*, la *Comisión De Asuntos Económicos*²⁸ e la *Comisión De Igualdad*²⁹.

Un tale riparto di poteri, che garantiva alla *Comisión Permanente*, composta da pochi membri, molte funzioni affidate al *Consejo*, vietando la *dedicación exclusiva* degli altri componenti, è stata modificata dalla legge organica n. 4 del 2018, approvata grazie al governo del *Partido Socialista*.

La nuova disciplina ha restituito a tutti i consiglieri lo *status* di membri a tempo pieno, con conseguente incompatibilità di attività private o di funzioni pubbliche. Al *Pleno*, che continua ad essere selezionato dalle Camere, devono appartenere, secondo il principio della parità, uomini e donne. Il collegio ha ora la facoltà non solo di avocare a sé, per motivi eccezionali, poteri attribuiti ad altri organi e quindi anche alla *Comisión Permanente* (organo dotato di importanti poteri propri e di preparazione e di esecuzione delle decisioni del *Pleno*), ma di decidere dei ricorsi contro gli atti di tale *Comisión* e della *Disciplinaria*, irrogando le sanzioni in caso di mancanze disciplinari molto gravi. Gli compete, inoltre, designare un massimo di due consiglieri per ognuna delle Comunità autonome, allo scopo di mantenere relazioni con queste ultime³⁰. Anche le modalità deliberative sono state innovate, ritornandosi in genere alla più garantistica maggioranza assoluta e, per le nomine, a quella dei 3/5³¹.

4. Le competenze del Consejo.

²⁸ Composta da tre membri, nominata per un anno, si occupa degli aspetti economici e elabora la bozza di bilancio su delega della *Comisión Permanente*.

²⁹ Composta da tre membri, con presenza equilibrata di uomini e donne e nominata per un anno, dà pareri al *Pleno* sulle misure per realizzare il principio di uguaglianza tra i sessi nelle funzioni del *Consejo*, elabora relazioni sull'impatto di genere dei regolamenti, propone misure per meglio garantire l'uguaglianza nella carriera giudiziaria e valutare la risposta giudiziale in tema di violenza domestica e di genere.

³⁰ Alcuni Statuti affidano alle Comunità autonome competenze relative ai mezzi e ai servizi utili all'amministrazione della giustizia. Questi enti non possono, però, disporre di poteri riguardanti la magistratura o creare organi decentrati rispetto al *Consejo*, come è stato sancito, per lo Statuto catalano, dalla sent. n. 31 del 2010 del Tribunale costituzionale.

³¹ Sui profili positivi della più recente disciplina e sulle sue perduranti criticità, M.Á. Cabellos Espiérrez, *La reforma inacabada; el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reforma*, in *Rev. esp. de derecho constitucional*, 118, 2020, 13 ss.

Oltre all'assetto organizzativo, anche le competenze del *Consejo* sono state più volte modificate. Inizialmente estese, sono state ridotte, per poi essere prima accresciute e poi di nuovo limitate dalla legge organica del 2013. Sono enumerate in gran parte dalla legge organica n. 6 del 1985 sul *Poder Judicial*, come modificata dalle leggi organiche n. 4 del 2013 e nn. 4 e 5 del 2018. Molti poteri, specie in tema di nomina e di carriera dei giudici, sono esercitati dalla *Comisión Permanente* cui non compete più, come avveniva prima della legge organica n. 4 del 2018, quanto non attribuito all'intero collegio o agli altri organi, essendo ora il *Pleno* titolare dei poteri non affidati ad altri organi e delle più rilevanti funzioni del *Consejo*³².

Tra queste si annoverano: le proposte di nomina di natura discrezionale dei più elevati componenti della magistratura (spesso oggetto di critica)³³ e di due magistrati del Tribunale costituzionale, le nomine del Vicepresidente del Tribunale supremo (nonché del Segretario e Vicesegretario generale del Consiglio), del *Promotor* dell'azione disciplinare e dei membri delle Commissioni; il parere obbligatorio, ma non vincolante al Governo sulla nomina del Procuratore generale dello Stato; le nomine che implicino discrezionalità o valutazione di meriti; la deliberazione del bilancio interno e del rendiconto; l'approvazione della Memoria annuale sullo stato della giustizia e sulle sue necessità di mezzi e di personale³⁴; il potere di emanare il regolamento interno e gli altri regolamenti riguardanti aspetti dello *status* magistratuale.

Il *Pleno* ha funzioni consultive in caso di iniziative legislative di modifica della legge organica sul potere giudiziario, di determinazione e mutamento delle circoscrizioni giudiziali, di definizione e modifica della pianta organica del corpo giudiziale e del personale dipendente e del loro regime giuridico, di legislazione processuale, penale e penitenziaria, di norme che riguardino la costituzione, organizzazione, funzionamento e direzione dei tribunali. La funzione consultiva,

³² In tema, L. M. Díez Picazo, *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, in L. Aguiar de Luque (dir.), *El gobierno*, cit., 71 ss.

³³ Pare che in molti casi il *Pleno* abbia nominato, senza motivazione, ma solo per lealtà politica, soggetti non considerati adeguati alle elevate posizioni assegnate. Il Tribunale supremo, dal 2006, è però intervenuto a riguardo, sottoponendo a stringente controllo tale funzione e il *Pleno* ha approvato il regolamento n. 1 del 2010 che dovrebbe assicurare trasparenza, pubblicità e valutazione di capacità e meriti dei soggetti da nominare. Le riforme della legge organica del 1985, realizzatesi nel 2018, hanno inoltre previsto regole più precise in materia. In tema, L. Aguiar de Luque, *Las recientes reformas*, cit., 62 ss.

³⁴ Questa *Memoria* è lunga e articolata (pari a ben 451 pagine quella del 2019, approvata il 28.7.2020). Le leggi organiche nn. 4 e 5 del 2018 hanno aggiunto al suo contenuto le attività dei membri del *Consejo* e le spese dettagliate da questi sostenute, l'impatto di genere nella magistratura, l'uso delle lingue co-ufficiali nell'amministrazione della giustizia, i dati statistici riguardanti la violenza di genere. Il Presidente del *Consejo* può essere convocato solo per rispondere alle domande delle Camere a riguardo e una volta l'anno per fornire aggiornate informazioni alla Commissione Giustizia del Congresso, mentre i membri, se incaricati di particolari funzioni, possono essere eccezionalmente auditi, per dare ragguagli sullo stato della giustizia, di fronte alla stessa Commissione, a richiesta di almeno due gruppi parlamentari, con l'autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera.

che ha talora destato molte critiche³⁵, deve inoltre essere esercitata su qualunque altro oggetto sul quale il governo, le *Cortes* o le assemblee legislative delle Comunità autonome la ritengano opportuna.

Significativa è la funzione regolamentare che è definita di stretta esecuzione della legge organica e che riguarda la carriera dei giudici e, tra gli altri oggetti, gli organi direttivi e organizzativi di *Juzgados* e *Tribunales*, la pubblicità delle attività dei giudici e delle loro sentenze, gli orari delle udienze pubbliche, la specializzazione degli organi giurisdizionali, l'attività in tema di cooperazione interna e internazionale. L'art. 560 della legge organica, cercando di ridurre gli oggetti di un potere regolamentare non previsto direttamente dalla Costituzione, conclude l'enumerazione dei medesimi, disponendo che il *Consejo* disciplinerà le «condizioni accessorie per l'esercizio dei diritti e dei doveri che individuano lo statuto di Giudici e Magistrati, così come il regime giuridico delle associazioni dei giudici, senza che tale sviluppo regolamentare possa determinare innovazione o alterazione alcuna della disciplina legislativa», con l'ulteriore limite che tale potere non possa «interessare o regolare direttamente o indirettamente i diritti e doveri delle persone estranee al potere giudiziario»³⁶.

Competono al *Consejo* la selezione per l'accesso al corpo dei giudici con concorso, la disciplina della struttura e il funzionamento della *Escuela Judicial*, (cui spetta la loro formazione), le promozioni da *juez* a *magistrado*, le autorizzazioni e, in generale, la carriera dei componenti la magistratura e l'irrogazione delle sanzioni disciplinari più gravi³⁷. Tra le competenze indicate dall'art. 560 della legge organica compaiono, inoltre, l'esercizio dell'«alta ispezione» dei Tribunali e la «supervisione e il coordinamento dell'attività ispettiva ordinaria» che è affidata ai Presidenti e agli organi direttivi (le *Salas de Gobierno*) dei Tribunali, potendo questi irrogare le sanzioni disciplinari meno afflittive.

Il *Consejo* esercita, infine, ai sensi dell'art. 562 della legge organica, attività internazionali, distinte in relazioni istituzionali, cooperazione giudiziaria internazionale e allo sviluppo della giustizia, un'attività ampliata a tal punto e

³⁵Il *Consejo* ha talora presentato, denominandoli *Estudios* (anche se sono qualificati nel suo sito www.poderjudicial.es come *Informes*), analisi non richieste su disegni di legge non legati alla sua competenza, agendo in funzione fortemente oppositiva degli indirizzi della maggioranza governativa. Su tali *Estudios*, del 2005, sulla legge sul matrimonio omosessuale o, del 2006, sulla riforma dello Statuto catalano, che evidenziano forti tensioni tra i membri, D. Íñiguez Hernández, *Las funciones ad extra*, cit., 102 ss.; L. Aguiar de Luque, *Las recientes reformas*, cit., 65 ss.

³⁶ Sull'ampio potere normativo, tradottosi in 19 diversi regolamenti: da quello interno (1/1986) a quelli riguardanti la *Escuela Judicial* (2/1995), le nomine discrezionali (1/2010), le associazioni giudiziali (1/2011), la *Carrera Judicial* sino al più recente, su aspetti del regime retributivo dei giudici (2/2018), G. Rosado Iglesias, *Independencia del Poder Judicial en España y Consejo General del Poder Judicial*, in questa *Rivista*, IV, 2010, 1655 s.

³⁷ Criticità si sono rilevate quanto a tale funzione, anche se gli artt. 414-427 della legge organica, sulla responsabilità disciplinare, tipizzano le infrazioni disciplinari, distinte in lievi, gravi e molto gravi, informano la loro irrogazione al principio di proporzionalità ed individuano gli organi e la procedura relativa. In tema, G. Rosado Iglesias, *Independencia del Poder*, cit., 1658 ss.

con costi così elevati che si è tentato di limitarla, stabilendosi che si dovrà realizzare in «coordinamento con il Ministero degli Affari Esteri e in accordo con le direttive in materia di politica estera fissate da questo».

5. Qualche considerazione conclusiva.

Come si è già ricordato, le più recenti previsioni non hanno avviato al maggior problema che affligge il *Consejo*: la sua derivazione partitica. Basti pensare, a riguardo, che, a causa dell'impossibilità di trovare un accordo tra i principali partiti, l'organo che avrebbe dovuto terminare il suo mandato quinquennale il 4 dicembre 2018 è ancora in carica³⁸. Ciò ha spinto la coalizione politica ora al governo, formata dal *Partido Socialista* e da *Unidas Podemos*, a presentare due proposte di iniziativa parlamentare di legge organica. La prima, dell'ottobre 2020, si proponeva di ridurre ad assoluta la maggioranza necessaria all'elezione parlamentare della componente togata del *Consejo*, ove non si fosse raggiunta, in prima deliberazione, la maggioranza dei 3/5. La proposta intendeva, inoltre, sottrarre all'organo, ove questo fosse in proroga, il potere di proporre la nomina dei più elevati componenti della magistratura³⁹. Tale iniziativa legislativa, profondamente criticata da parte delle opposizioni, dai magistrati e dalle loro associazioni e monitorata anche dalla Commissione europea, non ha però sino ad ora progredito nel suo *iter*. Le forze parlamentari sostenitrici del governo hanno infatti presentato, nel dicembre 2020, una seconda proposta di legge organica⁴⁰ (la cui approvazione dovrebbe realizzarsi con procedura d'urgenza) con la quale si vorrebbe meramente ridurre, nel modo indicato dalla precedente proposta legislativa, il potere di proporre le nomine da parte dell'organo in proroga.

³⁸ Il rinnovo del *Consejo* (ancora composto da 10 membri scelti dal *Partido Popular*, 7 dal *Socialista* e gli altri 3, uno per ciascuno, da *Convergència Democràtica de Catalunya*, *Partido Nacionalista Vasco* e *Izquierda Unida*), sembrava potersi realizzare nel 2018, ma le negoziazioni che dovevano condurre alla nomina come Presidente di M. Marchena, allora Presidente della *Sala de lo Penal* del Tribunale supremo che doveva occuparsi del processo contro gli indipendentisti catalani, naufragarono con la rinuncia dell'alto magistrato, a causa della rivelazione di un messaggio WhatsApp con il quale il portavoce del *Partido Popular* al Senato divulgava ai colleghi l'esito di tali pattuizioni, rallegrandosi della nomina a capo del *Consejo* di un uomo, a suo parere, favorevole al partito. Nuove, difficili negoziazioni per il rinnovo dell'organo, svoltesi nell'estate 2020, si sono poi interrotte e non si sono ancora positivamente concluse.

³⁹ In particolare, si intende sottrarre al *Consejo* in proroga, il potere di proporre la nomina del Presidente e del Vicepresidente del Tribunale supremo, dei Presidenti delle *Salas* e dei magistrati di questo stesso Tribunale, dei Presidenti delle *Audiencias*, dei *Tribunales Superiores de Justicia*, dell'*Audiencia Nacional*, dei membri del Tribunale costituzionale e del *Promotor de la Acción Disciplinaria*.

⁴⁰ Va sottolineato che le iniziative parlamentari di riforma in materia giudiziaria, diversamente dai *proyectos* presentati dal governo, non sono soggette all'obbligatoria valutazione da parte del *Consejo* e che l'Ufficio di Presidenza del Congresso dei Deputati ha di recente rifiutato di chiedere all'organo di governo dei giudici un parere sull'iniziativa legislativa di modifica dei suoi poteri, nonostante il fatto che quest'ultimo (sostenuto nella sua richiesta dal Gruppo parlamentare del *Partido Popular* al Congresso) abbia chiesto di poter esercitare, a riguardo, la sua funzione consultiva.

Non si può negare che, negli ultimi anni, il *Consejo*, come organo di governo dei giudici, non abbia avuto vita facile, essendosi trovato, a fianco del potere giudiziario, ad affrontare molte emergenze, tra le quali, in primo luogo, la questione dell'indipendenza catalana e il conseguente processo agli irriducibili indipendentisti e, da ultimo, la necessità di modernizzare e di digitalizzare l'esercizio della funzione giurisdizionale a fronte della gravissima crisi sanitaria in atto. Per potergli consentire di realizzare le sue funzioni è però necessario che il *Consejo* cessi di essere considerato come «una torta da spartire tra i partiti» o come «un burattino rotto nelle mani del Parlamento»⁴¹ che, non riuscendo ad adempiere alla elezione dei membri dell'organo, tenta di ridurne progressivamente i poteri, così rendendo, però, sempre più evanescente la possibilità che questo sia anche solo percepito come un effettivo garante dell'indipendenza dei giudici.

Miryam Iacometti
Università degli Studi di Milano
Dip.to di Giurisprudenza
miryam.iacometti@unimi.it

⁴¹ Per tali significative espressioni, J.H. Martínez de Velasco (ex-magistrato del Tribunale supremo), *Por una renovación del CGPJ fiel a la Constitución*, in *El Mundo*, 22.12.2020.

Il modello portoghese di autogoverno della magistratura: evoluzione nella stabilità

di Paola Costantini

Abstract: The Portuguese model of the judicial self-government: evolution in stability

– The urgency to guarantee judiciary independence – with the beginning of the Third Republic and the consolidation of the liberal-democratic structure – expressed itself in the redefinition of the characteristics of the judicial self-government. This article analyses the Superior Council of the Judiciary from both functional and structural point of view. While the first of the two mentioned aspects reveals that the Portuguese judicial self-government is on the same wavelength as the Western judiciary self-governing bodies, the path that conducted to the definition of the current composition of the Council appears rather troubled. Several constitutional reforms come in succession, with the aim of reaching a balance able to prevent the influence on the judiciary by external powers and to ensure democratic legitimacy.

Keywords: Portuguese Superior Council of the Judiciary; Constitution; Judicial self-government; Constitutional reforms; Judiciary independence

4909

1. Introduzione.

Con lo smantellamento del regime autocratico e corporativo – quale era quello delineato dalla Costituzione portoghese del 1933 – indotto dagli eventi rivoluzionari del 1974 e l'avvento della III Repubblica, si introducono in Portogallo i tratti propri dell'assetto politico e istituzionale di tipo democratico-pluralista, cristallizzati nella nuova Costituzione della Repubblica portoghese (CRP), soprattutto nel 1989, quando il testo costituzionale originario, entrato in vigore nel 1976, si spoglia definitivamente della forte connotazione socialista iniziale¹.

Sin dalle origini del costituzionalismo portoghese, il tema dell'amministrazione e dell'organizzazione della giustizia anima il dibattito pubblico e, in special modo dopo gli eventi del 1974, la tematica è colta quale asse portante del nuovo ordine costituzionale, essendo molto spesso percepita

¹ Nella vastissima letteratura in argomento cfr. almeno E.P. Ferreira, *A Constituição económica de 1976: «Que reste-t-il de nos amours?»*, in J. Miranda, *Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Vol. 1, Coimbra, 1996, 383 ss.; J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2007; e in lingua italiana R. Orrù, *Il Portogallo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto Costituzionale comparato*, t. I, II ed., Bari, 2014, 225 ss.

dall'opinione pubblica come l'«área menos desenvolvida da democracia portuguesa»².

In tale rinnovato contesto, l'indipendenza – tanto interna quanto esterna – del giudiziario assurge a principale ragione dell'introduzione nell'architettura costituzionale di un *Conselho Superior*, che possa fungere da baluardo per i giudici nell'esercizio delle loro funzioni rispetto a qualsiasi forma di interferenza o influenza proveniente dalla sfera sia pubblica (in ossequio al principio della separazione dei poteri³, e inclusiva anche di altri giudici o corti) che privata.

In linea di continuità con la Costituzione repubblicana del 1911⁴, i *tribunais* – cui è attribuito il compito di «administrar a justiça em nome do povo»⁵ – vengono annoverati dalla Costituzione del 1976 tra gli «órgãos de soberania» unitamente al Presidente della Repubblica, all'Assemblea della Repubblica e al Governo, atteso che tutti questi organi «se ligam, necessária e primariamente, à soberania como poder próprio e originário do Estado»⁶.

La stessa CRP (artt. 211-219) ha cura di individuare gli organi giurisdizionali riconducibili sia alla giustizia ordinaria che a quella amministrativa e fiscale, delineando al contempo una netta separazione tra l'ufficio dei «juízes judicial» e quello di «ministerio público» (quest'ultimo dotato

² Così S. Santos, *Novas reformas, velhos debates: análise das políticas de justiça e dos seus impactos no sistema judicial*, in *Configurações* [Online], 13/2014, 1 ss. (consultabile all'indirizzo internet: <http://journals.openedition.org/configuracoes/2364>). In materia, cfr. anche D.P. De Carvalho, *A justiça como pilar do estado de direito*, in M. de Lurdes Rodrigues e P. Adão e Silva (Eds.), *Políticas Públicas em Portugal*, Lisboa, 2012, 195 ss.; A.C. Pinheiro, C.C. Cabral, *O Sistema Judicial e seu Impacte sobre as Empresas Portuguesas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 1-39.

³ Sulla specifica declinazione del principio della «divisão de poderes» nella cornice della Costituzione del 1976 incentrata su «múltiplos... mecanismos de interdependência e de articulação introrgânica» cfr., per tutti, J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. III, *Estrutura Constitucional do Estado*, V ed., Coimbra, 2004, 386 ss.

⁴ Il cui art. 6 recitava: «São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmónicos entre si».

⁵ Art. 202.1CRP.

⁶ Così J. Miranda, *Tribunais, Juízes e Constituição*, in *Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*, II, 2, 2009, 199. Per vero, la qualificazione dei tribunali come organi di sovranità suscita non pochi problemi di teoria costituzionale: come rilevato in dottrina, infatti, la sovranità e il potere politico appartengono al popolo che, diversamente da quanto avviene in rapporto agli altri *órgãos da soberania*, non ha una «relação orgânica direta» con i «titulares do poder jurisdicional». I magistrati, infatti, non sono eletti o nominati da un organo che fondi la propria legittimità esclusivamente sul suffragio. È sulla scorta di tali considerazioni che il dettato costituzionale prescriverebbe che i tribunali devono agire in rappresentanza e per la realizzazione degli interessi di tutta la comunità e non di interessi particolari. Sul punto, tra i molti, cfr. R. Medeiros, M.J. Fernandes, *Artigo 202*, in J. Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. III, II ed., Lisboa, 2020, 17; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, VII ed., Coimbra, 2018, 619 ss. In chiave critica, una parte della dottrina avverte la necessità di ampliare la legittimità democratica del sistema giudiziario: cfr., in particolare, P. Rangel, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Porto, 2001.

di un proprio statuto e – a seguito della revisione costituzionale del 1989 – garantito nella sua autonomia)⁷.

Nella sua sistematica, il testo costituzionale del '76 non manca poi di accogliere un sistema di competenze e garanzie quanto alle «vicissitudes de carreira dos juizes» fortemente improntato ai principi della separazione dei poteri e dell'autonomia organica e funzionale dei magistrati *dos tribunais judiciais* «em relação às outras magistraturas e, em particular, à magistratura do Ministério Público»⁸. All'uopo, il dettato della CRP introduce distinti organi collegiali di «autogoverno» per i diversi «rami» del sistema giudiziario: il *Conselho Superior da Magistratura* – per quanto concerne i *juizes dos tribunais judiciais* (artt. 217-218 CRP) – e il *Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (CSTAF) – per i giudici dei tribunali amministrativi e fiscali⁹, cui si aggiunge il *Conselho Superior do Ministerio Público*, già istituito nel 1945 (art. 220.2 CRP).

Nelle pagine che seguono viene posto sotto la lente d'analisi l'organo di autogoverno della magistratura giudicante, riservando speciale attenzione al percorso evolutivo che ha interessato il *Conselho Superior da Magistratura* tanto sotto il profilo funzionale quanto – e soprattutto – sotto quello strutturale.

2. Il Conselho Superior da Magistratura portoghese.

Il principio di indipendenza del potere giudiziario – consacrato all'art. 203 CRP e inteso quale sinonimo di «vinculação exclusiva à lei»¹⁰ – risulta inestricabilmente connesso con la previsione nell'ordinamento costituzionale

⁷ Per un inquadramento della questione, tra gli altri, cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, cit. spec. 657 ss.; e i diversi saggi di Á.L. Lúcio, A. Cluny, A.R. Da Costa, E.M. Costa, G. Da Fonseca, J.L.P. Dos Reis, *O Sistema Judiciário Português*, in *Revista do Ministério Público*, 80, 4, 1999, 44 ss.; N. Garoupa, *O Governo da Justiça*, Lisboa, 2011.

⁸ In questi termini M.P. Ribeiro De Faria, *Artigo 215*, in J. Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., 148. I giudici dei «tribunais judiciais» formano, infatti, un «corpo único»; tale idea si coniuga perfettamente con la dimensione unitaria dell'esercizio della funzione giudicante esercitata dai tribunali: all'interno dello Stato, non è ammissibile alcuna forma di frazionamento del potere giudiziario. È dal principio di «unidade judiciária» che discende la citata autonomia organica e funzionale della magistratura giudicante. Si veda M.P. Ribeiro De Faria, *Artigo 215*, cit., 148 ss.

⁹ La composizione del CSTAF – organo istituito legislativamente nel 1984 (in forza del *Decreto-Lei* n. 129/84, che approva l'*Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*) e successivamente accolto nel dettato della CRP per effetto della revisione del 1989 – non è oggetto di disciplina costituzionale, rimanendo nella disponibilità del legislatore ordinario e «repousa em critérios de distribuição dos seus membros análoga» a quella del *Conselho Superior da Magistratura*: presieduto dal Presidente del *Supremo Tribunal Administrativo*, è integrato da due membri nominati dal Presidente della Repubblica e da quattro membri eletti dall'Assemblea della Repubblica a maggioranza dei due terzi dei presenti, in conformità al principio di «representação proporcional». La vigente disciplina del CSTAF in attuazione del disposto costituzionale è recata dalla *Lei* n. 13/2002: in argomento, per tutti, cfr. J. Miranda, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Lisboa, 2020, 182 ss.

¹⁰ Così J. Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, 2013, 1200; adde, tra gli altri, J. Chumbinho, *A Constituição e a independência dos tribunais*, Lisboa, 2009, 152 ss.

lusitano di un *Conselho Superior da Magistratura* (CSM), posto al vertice della *magistratura judicial*.

Sebbene possa vantare origini piuttosto risalenti nel tempo¹¹, il CSM portoghese della III Repubblica non si profila come «mero continuador do anterior Conselho Superior Judiciário», bensì si connota quale «órgão novo» in ragione della sua «inserção como órgão constitucional, pelas suas competências, pela sua composição, pelo estatuto dos seus membros, pela semelhança com órgãos surgidos noutros países europeus após a Segunda Guerra Mundial e após 1989»¹². Difatti, con la Costituzione del 1976 vengono attribuite all'«órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial»¹³ funzioni e competenze nuove, che lo rendono a tutti gli effetti organo costituzionale preposto alla garanzia dell'«autonomia dos juizes e dos tribunais Judiciais»¹⁴, nel contesto di una «restruturação do Estado» innervata da una marcata tensione al rafforzamento delle garanzie dei cittadini all'accesso a organi giudiziari indipendenti e imparziali¹⁵.

¹¹ Già molto prima del 1976, è dato rinvenire nell'ordinamento portoghese organi di gestione e disciplina della magistratura; difatti risalgono al 1892 l'istituzione del *Conselho Superior de Disciplina* e al 1901 l'introduzione sia del *Conselho Superior Judiciário* («instância consultiva junto do Ministro da Justiça»: J. Miranda, *Tribunais, Juizes e Constituição*, cit., 199-217) sia del *Supremo Conselho da Magistratura do Ministério Público*. A partire dal 1912 – in un assetto ordinamentale caratterizzato dalla presenza al suo vertice della prima Costituzione repubblicana del Portogallo (1911) – le funzioni di «gestão e disciplina» vengono concentrate nel *Conselho Superior da Magistratura Judicial*, che risulta dunque titolare, a partire dal 1921, sia delle competenze relative ai giudici sia di quelle inerenti ai pubblici ministeri. Il *Decreto-Lei* n. 11751 del 23 giugno 1926 interviene a precisare la composizione del *Conselho Superior Judiciário* (CSJ): sì da includere il Presidente del *Supremo Tribunal de Justiça*, due membri nominati dal ministro della giustizia e due membri eletti dalla magistratura giudicante; integrano poi l'organo due membri in rappresentanza del *Ministério Público*. Il sistema “misto” di composizione del CSJ cede il passo, nel 1932, a un sistema di nomina governativa dei suoi membri, che ne mina fortemente l'indipendenza: l'effetto ultimo della dipendenza del giudiziario dall'esecutivo è, pertanto, quello di rafforzare l'inclinazione all'autoritarismo della macchina statale, in armonia con l'intima impronta del regime politico all'epoca vigente (su tale profilo, tra gli altri, cfr. F. Ferreira, J. Figueiredo, *O poder judicial e a sua independência*, Lisboa, 1974, 97 ss.). Il CSJ così strutturato, risulta dotato di «atribuições [...] meramente informativas e consultivas do Ministério da Justiça, encontrando-se toda a sua actividade subordinada directa ou indirectamente ao poder tutelar do executivo»: in questi termini, O. Afonso, *Notas sobre o Conselho Superior de Magistratura*, in *Revista do Ministério Público*, 62, 2, 1995, 145.

¹² Cfr. J. Miranda, *Artigo 217*, in R. Miranda, R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, vol. III, II ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

¹³ Art. 153, *Lei* n. 62/2013 (*Lei da Organização do Sistema Judiciário*).

¹⁴ Anche la giurisprudenza costituzionale portoghese ha confermato che «A existência do Conselho, tendo presente o leque das funções que lhe cabem, expressa determinada intencionalidade: a de subtrair aos restantes órgãos de soberania aquele conjunto de funções (pense-se, entre outras, no poder disciplinar sobre os juizes) cujo exercício poderia comportar o risco de, por forma mais clara ou mais subliminar, influenciar as decisões dos tribunais» (*Acórdão* n. 279/98 del *Tribunal Constitucional*).

¹⁵ Tutt'ora non sopito rimane il dibattito dottrinale circa l'opportunità dell'utilizzo del termine di “autogoverno” in riferimento al CSM, a causa dell'assenza del carattere politico dalle funzioni da esso svolte: la questione dell'autogoverno della magistratura sarebbe «abusivamente derivada da fórmula selfgovernment inglesa e ainda mais abusivamente

Se dal punto di vista funzionale il CSM portoghese si pone sulla stessa lunghezza d'onda degli organi di autogoverno della magistratura di matrice occidentale, più travagliato si rivela essere il percorso che ha portato il *Conselho* alla definizione della sua composizione attuale.

2.1. Natura e funzioni del Conselho Superior da Magistratura.

Organo «de Administração Pública» – sebbene indipendente e non soggetto al controllo da parte dell'*Assembleia da República*¹⁶ –, il CSM è dotato dal 2008¹⁷ di autonomia amministrativa e finanziaria e dispone di un proprio bilancio, compreso negli «Encargos Gerais do Estado (Orçamento do Estado)». La sua indipendenza dal punto di vista finanziario conosce un ulteriore rafforzamento nel 2017 quando, nel rendere effettivo un provvedimento presente già nella *Lei* n. 36/2007, assume anche la responsabilità dell'esecuzione del bilancio della Magistratura di primo grado, precedentemente di competenza della *Direção-Geral da Administração da Justiça*. Il bilancio – approvato dal CSM e presentato al Governo per l'elaborazione della proposta di legge d'«Orçamento do Estado», da sottoporre all'approvazione dell'*Assembleia da República* – è destinato sia a sostenere le spese per i membri del CSM, i *magistrados judiciais* in servizio presso i tribunali di primo grado, i magistrati in servizio come ausiliari ai *tribunais da Relação* sia a far fronte ai restanti esborsi necessari allo svolgimento delle funzioni dell'organo¹⁸.

Sul fondamentale versante delle funzioni del *Conselho Superior da Magistratura* costituzionalmente sancite, vengono anzitutto in rilievo le competenze «a nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juizes dos tribunais judiciais» e «o exercício da ação disciplinar, nos termos da lei» (art. 217 CRP). In riferimento alla prima delle due attribuzioni appena richiamate, la legge ordinaria attribuisce al *Conselho* un ampio ruolo nella gestione dell'intero apparato giudiziario, mentre per quanto attiene all'*ação disciplinar*, spetta al

assimilada à Selbstverwaltung alemã» e i Consigli superiori verrebbero equiparati «de forma errónea, ao governo próprio dos entes territoriais autónomos. Adequa-se mal a um poder desprovido de um poder autónomo de auto-organização e de qualquer poder organizatório geral». E non sembrerebbero rispondere alle caratteristiche proprie del CSM neanche le definizioni di organo di *autorregulação* – trattandosi di un organo di amministrazione attiva – o di *autoadministração*, a motivo della composizione dell'organo, la cui maggioranza dei membri non è eletta dai giudici stessi. In questa linea ricostruttiva, appare più opportuno parlare di una «reserva de administração autónoma da justiça», parallela all'autoamministrazione della Presidenza della Repubblica e che consenta di qualificare il *Conselho* come organo o entità amministrativa indipendente: in proposito v. J.J. Gomes Canotilho, *A questão do autogoverno da magistratura como questão politicamente incorrecta*, in AA.VV., *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, 251; J. Miranda, *Artigo 217*, in R. Miranda, R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, cit., 175 ss.

¹⁶ Nell'elencare le competenze di controllo in capo all'Assemblea della Repubblica, infatti, l'art. 162 CRP non fa riferimento alcuno agli atti e alle attività condotte dal CSM.

¹⁷ Con l'entrata in vigore della *Lei* n. 36/2007.

¹⁸ Cfr. in specie artt. 2 e 3 della *Lei* n. 36/2007 (che «Aprova o regime de organização e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura»).

Conselho Superior da Magistratura avviare procedimenti disciplinari¹⁹ a carico dei giudici²⁰, cui viene riconosciuto il diritto di impugnare le decisioni adottate dal CSM dinanzi al *Supremo Tribunal de Justiça*²¹.

L'articolato costituzionale rimette interamente al legislatore la definizione dei requisiti e delle modalità di reclutamento dei giudici dei tribunali di prima istanza²², mentre la nomina dei *juízes* da ammettere ai concorsi per l'accesso alle giurisdizioni superiori – ivi incluso il *Supremo Tribunal de Justiça* – è rimessa al *Conselho Superior da Magistratura* in base a valutazioni sui giudici stessi. Il *Conselho* conduce, infatti, ispezioni regolari presso il tribunale di primo grado avvalendosi dei *Serviços de Inspeções* e prendendo a riferimento i parametri di giudizio indicati nel *Regulamento dos Serviços de Inspeções do Conselho Superior da Magistratura*²³, il quale precisa come «a inspeção dos magistrados judiciais incide sobre a sua capacidade humana para o exercício da função, a sua adaptação ao serviço e a sua preparação técnica», provvedendo poi ad enumerare i parametri di giudizio, in relazione all'idoneità allo svolgimento della professione e al grado di preparazione tecnica dimostrata²⁴. Al termine di ogni ispezione, i giudici che dovessero ottenere una valutazione negativa vengono sospesi dal servizio e si procede all'avvio di un'inchiesta per valutarne l'idoneità alla professione. Le funzioni di ispezione e di valutazione dei magistrati in servizio dei tribunali di prima istanza hanno, inoltre, il fine di individuare i giudici in possesso di requisiti tali da poter essere ammessi al concorso per l'accesso ai *tribunais da Relação*, di seconda *instância*. I criteri di valutazione adottati per l'accesso ai tribunali superiori sono storicamente due, ossia il *critério da antiguidade* (o dell'anzianità di

¹⁹ La «responsabilidade disciplinar dos juízes» è disciplinata dall'*Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Lei n. 21/85 così come da ultimo modificata dalla Lei n. 2/2020, art. 81 ss.; in particolare, l'art. 82 definisce «infrazione disciplinare» «os atos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos princípios e deveres consagrados no presente Estatuto e os demais atos por si praticados que, pela sua natureza e repercussão, se mostrem incompatíveis com os requisitos de independência, imparcialidade e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções».

²⁰ Di cui agli artt. 110, 111, 114 e 116 *Estatuto dos Magistrados Judiciais*.

²¹ Cfr. art. 169 *Estatuto dos Magistrados Judiciais*.

²² In attuazione della previsione costituzionale è intervenuta, da ultimo, la Lei n. 2/2008, che *Regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários*. L'accesso alla «formação inicial de magistrados» – formazione per la quale è competente il *Centro de Estudos Judiciários* – è subordinato al superamento di un concorso pubblico, cui può prendere parte il «cidadão português ou cidadão dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal» che sia titolare «do grau de licenciado em Direito ou equivalente legal» ovvero «do grau de mestre ou doutor ou equivalente legal, ou possuir experiência profissional na área forense ou em outras áreas conexas, relevante para o exercício das funções de magistrado, e de duração efectiva não inferior a cinco anos» (artt. 5 e 6 Lei n. 2/2008).

²³ Art. 12 *Regulamento dos Serviços de Inspeção do Conselho Superior da Magistratura - Deliberação (extrato)* n. 1777/2016.

²⁴ Art. 12 del *Regulamento*.

servizio) e il *critério do mérito*, intendendosi per tale un merito di natura scientifica: «fundamental è que o juiz julgue bem e julgue com justiça»²⁵.

Il CSM svolge, inoltre, funzioni consultive e propositive nei confronti del Governo e del Parlamento su questioni riguardanti l'amministrazione della giustizia e l'ordinamento giudiziario.

La più recente riforma che ha interessato il sistema giudiziario portoghese, introdotta dalla *Lei* n. 63/2013 ed entrata in vigore il 1° settembre 2014, ha ulteriormente consolidato e rafforzato le attribuzioni in capo al *Conselho*. Detta riforma sembrerebbe portare il CSM a raggiungere «um patamar novo, superior e seguramente mais consentâneo com a sua natureza constitucional, num estado de direito democrático que se pretende moderno»²⁶: se all'interno del previgente quadro normativo, il *Conselho Superior da Magistratura* era competente a valutare i giudici e i tribunali, con l'entrata in vigore della *Lei* n. 63/2013 l'organo in parola risulta ora investito di attribuzioni inedite che lo posizionano in un punto nevralgico del sistema della giustizia dal momento che assume un ruolo attivo nella definizione – effettuata in coordinamento con il *Procurador-General da República* e il Governo – di «objetivos estratégicos» triennali e annuali, per «o desempenho dos tribunais judiciais de primeira instância», accompagnando tale attività con quella di monitoraggio periodico dei risultati raggiunti. È inoltre competente a ratificare le proposte avanzate dal Presidente del tribunale distrettuale relative «aos objetivos processuais da comarca e dos tribunais de competência territorial alargada» e a stabilire i «valores de referência processual», così come a nominare il giudice presidente del tribunale e a valutare la sua «comissão de serviço»; organi, questi ultimi, cui viene attribuito un ruolo centrale nella nuova organizzazione dei tribunali di prima istanza²⁷.

3. Composizione e struttura del CSM portoghese: evoluzione della cornice costituzionale.

Il dettato della CRP relativo alla composizione del *Conselho Superior da Magistratura* è stato a più riprese oggetto di intervento da parte del legislatore di revisione costituzionale, evidenziando in tal modo l'assenza di stabilità nella materia, sebbene essa costituisca uno dei *topoi* delle Leggi fondamentali liberal-democratiche.

Avviato in sede di Assemblea costituente, il dibattito circa la composizione che l'organo avrebbe dovuto avere è rimasto sempre acceso²⁸. La divergenza delle posizioni sul tema trova una prima composizione nella versione originaria della Costituzione, il cui art. 223 sancisce la natura “mista” dell'organo,

²⁵ Sul punto cfr. *amplius* M.P. Ribeiro De Faria, *Artigo 215*, in J. Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., 151 ss.

²⁶ Nelle parole di P. Silva, *A reforma da organização judiciária: o Conselho Superior da Magistratura, as inspeções judiciais e os juizes presidentes de comarca*, in *Julgar*, 27, 2015, 145.

²⁷ Centrale in proposito è il disposto dell'art. 94 *Lei* n. 63/2013.

²⁸ L'argomento è risultato di particolare interesse per il dibattito politico, mentre ha avuto scarso riscontro dalla prospettiva scientifica.

rimettendo al legislatore ordinario – sul quale grava l'unico vincolo di garantire la presenza di membri eletti dai giudici – l'adozione della disciplina di “dettaglio” relativa alle modalità di nomina o elezione dei membri. In attuazione della prescrizione costituzionale in parola, il *Decreto-Lei* n. 926/76 prevede la presenza di membri «por inerência», quali il Presidente del Supremo Tribunale di giustizia e i presidenti dei tribunali di *Relações*, e di membri eletti dai *juízes desembargadores* e dai *juízes de direito*. Siffatta soluzione è in parte corretta dalla *Lei* n. 85/77 che, nel prendere a riferimento i modelli francese e italiano²⁹, pone al vertice del CSM il Presidente della Repubblica³⁰ e ne integra la composizione con il *Provedor de Justiça*, quattro membri eletti dall'*Assembleia da República* e tredici giudici, di cui sette eletti da *Supremo Tribunal de Justiça* e dai *Tribunais das Relações*³¹.

La revisione costituzionale del 1982, sebbene rivolta prevalentemente all'organizzazione del potere politico, non manca di intervenire sulla composizione del *Conselho Superior da Magistratura*, dal quale si estromettono i membri di diritto quali il *Presidente da República* e il *Provedor de Justiça*. L'ampio dibattito parlamentare si appunta nello specifico su due questioni: da un lato, la presidenza dell'organo di autogoverno della magistratura; dall'altro, la consacrazione in Costituzione della composizione del CSM – percepita come necessaria in ragione della «natureza» e «importância» del *Conselho* –, sottraendo *de iure* la materia al libero arbitrio del legislatore. L'*Assembleia*, a conclusione di un ampio dibattito³², opta per l'assegnazione al Presidente del *Supremo Tribunal de Justiça* della presidenza del CSM³³, che risulta, dunque, composto da membri

²⁹ Sulla vicenda francese, cfr. per tutti, L. Montanari, *Il governo della magistratura in Francia*, Padova, 1998. Sulla vicenda italiana, cfr., *ex plurimis*, A. Pizzorusso, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in Id., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 519 ss.; G. Azzariti, *Presidenza della Repubblica e presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992, 307 ss.; da ultimo F. Dal Canto, *Il Consiglio Superiore della Magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Giur. Cost.*, 30 gennaio 2020 (disponibile in internet al seguente indirizzo www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICELiber.html).

³⁰ Cfr. artt. 2 e 3 della *Lei* n. 36/2007.

³¹ Il testo dell'art. 140 dell'*Estatuto dos Magistrados Judiciais*, così come elaborato nella *Lei* n. 85/77, precisa: «1. O Conselho Superior da Magistratura é constituído por membros natos e membros eleitos. 2. São membros natos: a) O Presidente da República; b) O presidente do Supremo Tribunal de Justiça; c) Os presidentes dos tribunais de relação; d) O Provedor de Justiça. 3. São membros eleitos: a) Quatro personalidades designadas pela Assembleia da República; b) Dois juízes do Supremo Tribunal de Justiça; c) Seis juízes de direito; d) Quatro funcionários de justiça».

³² V. *Diário da Assembleia da República*, II legislatura, II sessão legislativa, II série, suplemento ao n. 49, 1020(18) ss.

³³ In una prospettiva che si potrebbe dire riduzionista, la *ratio* di tale decisione viene formalmente ricondotta a motivazioni di «ordem fundamentalmente programática»: il *Presidente da República* – sebbene, come sottolineato da una parte dei deputati, fosse stato considerato come «o primeiro magistrado da Nação» e per tale motivo legittimato a presiedere il CSM –, non prendeva di fatto parte alle riunioni dell'organo in questione; si trattava, dunque, di una presidenza «teórica», la quale «não se traduzindo em nenhuma realidade concreta» (in proposito v. intervento del deputato Nunes de Almeida, in *Diário da Assembleia da República*, II legislatura, II sessão legislativa, II série, suplemento ao n. 49, 1020(19) ss.).

designati da due «órgãos de soberania», vale a dire il *Presidente da República* e l'*Assembleia da República*: più nel dettaglio, al primo spetta la designazione di due membri (uno dei quali deve necessariamente essere un giudice, così come sancito dal testo costituzionale), mentre alla seconda quella di sette componenti. I restanti membri del CSM sono costituiti da sette giudici «eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional»³⁴. La nuova configurazione del CSM dà vita, in tal modo, ad una *dupla maioria*: da un lato la maggioranza dei membri scelti da organi di sovranità (nove su diciassette); dall'altro la maggioranza dei *juízes*, anch'essi in numero di nove (sette eletti dai giudici stessi, uno designato dal Presidente della Repubblica, cui si aggiunge il Presidente del *Supremo Tribunal de Justiça*)³⁵.

La riforma della composizione del *Conselho Superior da Magistratura* introdotta nel 1982 si colloca a pieno titolo nel solco delle riforme miranti a implementare l'indipendenza del giudiziario, sottraendo ulteriormente i giudici al controllo e all'influenza dell'esecutivo³⁶. Nella medesima direzione va anche la successiva revisione costituzionale del 1997 cui si deve la novellazione del tuttora vigente art. 218, foriero di una soluzione in grado di coniugare e bilanciare tra loro i principi cardine del sistema: «legitimidade e participação, racionalidade e pluralismo, equilíbrio e limitação recíproca»³⁷.

3.1. L'art. 218 CRP e i nuovi equilibri.

La revisione costituzionale del 1997 cristallizza nel dettato dell'art. 218 CRP la composizione mista del *Conselho Superior da Magistratura*, la cui presidenza spetta al Presidente del *Supremo Tribunal de Justiça*, confermando in tal senso la scelta del legislatore di revisione del 1982. Integrano ora il CSM due membri designati dal Presidente della Repubblica, sette membri eletti dal Parlamento, sette eletti dai giudici stessi, in armonia con il principio di rappresentanza proporzionale.

La riforma in parola muove dalla necessità di contemperare esigenze diverse, attraverso la previsione di meccanismi che consentano, per un verso, di escludere qualsiasi possibilità di deriva in senso corporativo dell'organo di autogoverno della magistratura e, per altro verso, di assicurare a quest'ultimo impermeabilità alle interferenze provenienti dalla sfera del potere politico. Ne emerge una soluzione che vuole mantenere un legame tra i giudici e il «povo» detentore della sovranità, mediante il coinvolgimento degli organi politici legittimati dal suffragio universale (vale a dire Presidente della Repubblica e Parlamento) nella composizione del CSM³⁸, senza trascurare l'attenzione per il

³⁴ Art. 171 CRP nel testo risultante dalla revisione costituzionale del 1982.

³⁵ V., in tal senso, J. Miranda, *Artigo 218*, in J. Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., 180.

³⁶ Tra i molti, cfr. in argomento C. Fraga, *Sobre a Independência dos Juízes e dos Magistrados*, Lisboa, 2003, 58 s.

³⁷ Così, icasticamente, J. Miranda, *Tribunais, Juízes e Constituição*, cit., 209.

³⁸ È opportuno ricordare, infatti, che il CSM è organo costituzionale non annoverabile tra gli «órgãos de soberania» (vale a dire tra gli «órgãos primários e necessários do Estado definidores

principio della «democracia participativa»³⁹ attraverso la partecipazione dei giudici alla propria gestione.

La revisione costituzionale in parola è foriera, inoltre, di un equilibrio inedito tra la componente togata e quella laica all'interno dell'organo: a partire dal 1997, infatti, viene eliminato dal dettato costituzionale l'obbligo per il Presidente della Repubblica di nominare – tra i due componenti da esso designati – almeno un giudice: la designazione dei *vogais* da parte del *Presidente da República* è ora il risultato «da sua escolha livre». Ne deriva, dunque, che il Presidente della Repubblica, sebbene estromesso dal *Conselho*, assurga ad “ago della bilancia”, in grado di determinare la maggioranza di *juizes* ovvero di componenti non togati, a seconda dei membri da lui *designados*.

Quanto ai *vogais* di derivazione parlamentare, i sette componenti del CSM vengono eletti dall'*Assembleia da República* con una maggioranza elevata, pari ad almeno i due terzi dei deputati presenti⁴⁰. Il dettato costituzionale omette di fornire indicazioni circa le qualificazioni necessarie ai fini dell'elezione a componente del CSM⁴¹; tuttavia, la prassi mette in luce la predilezione per il profilo tecnico-competenziale nella scelta dei membri del *Conselho*, che risultano, tra l'altro, nella maggioranza dei casi, estranei alla sfera politica.

La componente “togata” viene eletta dai giudici «por sufrágio secreto e universal», sulla base del principio della rappresentazione proporzionale⁴²; ogni lista deve comprendere un giudice del *Supremo Tribunal de Justiça*, due giudici *das Relações* e quattro giudici «de direito», al fine di assicurare la rappresentanza alle diverse correnti e concezioni giuridiche diffuse all'interno dell'ordine giudiziario.

Nulla viene detto in Costituzione circa la durata del mandato dei componenti del *Conselho*: questa è fissata con legge e risulta “ancorata” alla durata del mandato dell'«*órgão de soberania*» di cui i vari membri del CSM sono espressione. Ne consegue che il Presidente del CSM, coincidente con la figura del Presidente del *Supremo Tribunal de Justiça*, rimane in carica per cinque anni⁴³; mentre i membri di derivazione parlamentare e presidenziale rimangono

da forma política em concreto e da própria subsistência do Estado»: J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. III, *Estrutura Constitucional do Estado*, V ed., Coimbra, 2004, 387). Da qui, come autorevolmente osservato, scopo sotteso alla riforma è quello di attenuare «a ausência de legitimação democrática dos juizes, enquanto titulares de órgãos de soberania (...), envolvendo dois órgãos de soberania democraticamente eleitos na composição do órgão superior de gestão da magistratura judicial»: v. J.J. Gomes Canotilho, V. Moreira, *Artigo 218*, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, 2006, 596 ss.

³⁹ Cfr. artt. 2 e 9.c CRP.

⁴⁰ Art. 218 CRP e art. 154 della *Lei da Organização do Sistema Judiciário*.

⁴¹ A differenza di quanto disposto in merito alla composizione del *Tribunal Constitucional*, per il quale «seis de entre os juizes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas». Cfr. art. 222 CRP.

⁴² Cfr. art. 1 del *Regulamento do Processo Eleitoral do Conselho Superior da Magistratura - Deliberação* n. 1894/2003.

⁴³ Art. 61.1, *Lei* n. 62/2003, che esclude la possibilità di rinnovo dell'incarico «não sendo admitida a reeleição».

rispettivamente in carica per quattro e cinque anni. Infine, la *Lei* n. 143/99 fissa a tre anni la durata del mandato della componente togata eletta dai giudici⁴⁴.

La componente non togata del CSM partecipa delle medesime garanzie cui godono i giudici in servizio⁴⁵. Per quanto attiene all'incompatibilità con altre cariche – prevista per i *juízes em exercício* –, la revisione costituzionale del 1989 ha soppresso l'applicazione delle stesse ai membri del *Conselho*, suscitando problemi relativi alla candidabilità degli avvocati a membri del CSM⁴⁶.

3.2. Struttura e organizzazione interna.

L'attenzione riservata dal legislatore di revisione costituzionale al profilo strutturale e organizzativo del *Conselho* – nell'intento di addivenire ad una soluzione che sia in grado di garantire equilibrio tra le diverse componenti del CSM – sembrerebbe riflettersi anche sull'organizzazione dell'apparato interno dell'organo di autogoverno della magistratura portoghese, volto ad assicurarne efficienza e funzionalità.

Il *Conselho Superior da Magistratura* è dotato, infatti, di una struttura interna piuttosto articolata e impostata ai sensi di un *corpus* alquanto sostanzioso di norme riconducibili a una pluralità di atti normativi: la *Lei* n. 37/2007, di approvazione del «regime de organização e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura», il «Regulamento interno do Conselho Superior da Magistratura»⁴⁷ e la *Lei* da *Organização do Sistema Judiciário*. Ne deriva la presenza di organismi molteplici e funzionalmente differenziati: *Órgãos colegiais Deliberativos* e *de Coordenação*, *Órgãos de Direcção* e *Serviços*, ciascuno con funzioni e composizione proprie⁴⁸.

Tra gli organi deliberativi e di coordinamento trovano collocazione il *Plénario* e il *Conselho permanente*; al primo – che si riunisce con cadenza mensile, fermo restando la possibilità per il Presidente di convocare riunioni straordinarie – compete l'esercizio delle azioni inerenti alla disciplina e alla valutazione dei magistrati, unitamente alla gestione e all'organizzazione dei tribunali e dei processi⁴⁹. Al *Conselho permanente* – articolato in «Secções Disciplinar», «de Acompanhamento e Ligação às Comarcas» e di «Assuntos Gerais» – si considerano «tacitamente delegadas» tutte le competenze non espressamente attribuite al *Plenário*, alle corti superiori e ai magistrati giudicanti⁵⁰.

Completano il quadro degli *Órgãos Deliberativos* e *de Coordenação* il «Conselho Administrativo», la «Secção de Acompanhamento e Ligação aos

⁴⁴ Art. 147.1, *Lei* n. 143/99, che impone altresì il limite per cui il mandato è «renovável por igual período, por uma só vez».

⁴⁵ Dette garanzie concernono l'inamovibilità e l'irresponsabilità per le decisioni assunte nello svolgimento delle proprie funzioni, salvo i casi previsti dalla legge. Cfr. art. 216 CRP.

⁴⁶ In argomento cfr. in particolare S.F. Maltez, *Advogados Vogais do Conselho Superior da Magistratura*, Coimbra, 2001.

⁴⁷ *Deliberação (extrato)* n. 1722/2016.

⁴⁸ *Ivi*.

⁴⁹ Cfr. art. 151 *Estatuto dos Magistrdos Judiciais*.

⁵⁰ Cfr. artt. 152-152-C *Estatuto dos Magistrdos Judiciais*.

Tribunais Judiciais» e la «Secção de Acompanhamento e Ligação de Formação e do Recrutamento»⁵¹. In particolare, il *Conselho Administrativo* – composto da Presidente, Vice-Presidente e Segretario del CSM, da tre membri del *Conselho Superior da Magistratura* eletti annualmente dal *Plénario* e dal direttore dei servizi amministrativi e finanziari⁵² – è l'«órgão deliberativo em matéria de gestão financeira e patrimonial»⁵³, competente ad emettere pareri sui piani di attività annuali e sul «projecto de orçamento anual» e le sue modifiche, sottoponendolo poi all'approvazione del *Plénario* del CSM. Nell'ampio raggio d'azione del *Conselho Administrativo* rientrano, poi, la supervisione dell'«organização da contabilidade», l'approvazione della contabilità *de gerência* (che viene poi trasmessa alla Corte dei conti) e la facoltà di pronunciarsi su qualsiasi questione inerente alla gestione finanziaria⁵⁴.

Il *Conselho Superior da Magistratura* si avvale inoltre di una *Secretaria*, quale unità organica di supporto tecnico-amministrativo necessaria alla «preparação e execução das actividades e deliberações do Conselho Superior da Magistratura»⁵⁵.

Gli *Órgãos de Direcção* sono individuati nelle figure del Presidente, Vice-Presidente e *Juiz-Secretário*. Il Presidente rappresenta il *Conselho Superior da Magistratura* ed esercita le funzioni delegategli dal *Plénario* dello stesso; dirige e coordina i servizi di ispezione; esercita poteri amministrativi e finanziari⁵⁶. Si collocano, inoltre, nell'alveo delle responsabilità del Presidente del CSM, l'autorizzazione – sentito il *Conselho Administrativo* – all'indizione dei concorsi per il reclutamento del personale, così come l'assunzione delle decisioni relative alla proroga, al rinnovo ovvero alla rescissione dei contratti del personale, unitamente allo svolgimento delle altre funzioni attribuitegli dalla legge⁵⁷. Per quanto attiene al *Juiz-Secretário*, questo è eletto dal *Plénario* tra i «juizes de direito» e svolge funzioni di direzione dei servizi di segreteria sottoponendo al Presidente e al Vice-Presidente le questioni che richiedono la convocazione del Conselho; egli coordina, inoltre, l'elaborazione della proposta di bilancio del

⁵¹ Cfr. artt. 12 e 13 *Lei* n. 36/2007.

⁵² Cfr. art. 11 *Lei* n. 36/2007.

⁵³ Cfr. art. 10 *Lei* n. 36/2007.

⁵⁴ Cfr. art. 11 *Lei* n. 36/2007 e art. 11 *Regulamento interno do Conselho Superior da Magistratura*.

⁵⁵ Per quanto attiene all'organizzazione interna della *Secretaria* do CSM, questa è articolata in: *Direção de Serviços de Quadros e Movimentos Judiciais*, preposta all'esecuzione delle azioni inerenti alla collocazione, al dislocamento, all'aggiornamento costante dei registri «dos juizes dos tribunais judiciais» e all'elaborazione degli stipendi della «Magistratura Judicial de 1ª Instância». La *Direção de Serviços Administrativos e Financeiros*, che svolge funzioni di carattere amministrativo e finanziario, gestisce il trattamento finanziario del personale del CSM. Alla *Divisão de Documentação e Informação Jurídica* è assegnata la gestione del sistema informatico e delle banche dati, nonché della biblioteca e dell'archivio del CSM. Il *Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros* fornisce supporto ai membri del CSM e si occupa della realizzazione di studi ed elaborazione di pareri relativi al funzionamento dei tribunali. Cfr. art. 10 *Lei* n. 36/2007.

⁵⁶ Cfr. art. 153 *Estatuto dos Magistrados Judiciais*.

⁵⁷ Cfr. art. 8 *Lei* n. 36/2007 e art. 153 *Estatuto dos Magistrados Judiciais*.

CSM e ha la facoltà di richiedere ai tribunali o qualsiasi ente – pubblico o privato – tutte le informazioni necessarie «ao funcionamento dos serviços»⁵⁸.

4. Brevi considerazioni conclusive.

L'indipendenza del giudiziario – intimamente connessa al principio della separazione dei poteri – si estrinseca nel Portogallo post-rivoluzionario nella creazione, o più esattamente, nella ridefinizione della natura dell'organo di autogoverno del potere giudiziario.

Le novità e le trasformazioni di carattere politico e istituzionale che investono il Paese a partire dal 1974 trovano nell'individuazione di un'istituzione indipendente esplicante funzioni legate alla nomina, promozione e alla disciplina dei giudici il più efficace baluardo a tutela dell'indipendenza del giudiziario, nelle varie dimensioni che essa assume⁵⁹.

Il percorso evolutivo che ha portato il *Conselho Superior da Magistratura* portoghese ad assumere l'attuale configurazione lascia emergere la volontà del Costituente e del legislatore di muovere, con convinzione, nella direzione di assicurare al potere giudiziario un'efficace ed effettiva indipendenza, perfezionata e ampliata grazie agli interventi di revisione costituzionale e normativi richiamati nelle pagine che precedono. Appare, per altro, opportuno segnalare la trasversalità – sotto il profilo politico – della vicenda evolutiva del CSM: il percorso di riforma che ha interessato il *Conselho* ha infatti coinvolto maggioranze parlamentari sia di centro-sinistra che di centro-destra, facendo emergere una convergenza delle diverse anime politiche verso l'intento di garantire il funzionamento dell'organo nella sua indipendenza.

In netta contrapposizione con la parentesi autoritaria vissuta – e mosso dalla necessità di una urgente riforma strutturale dell'organizzazione giudiziaria che rappresentasse una netta rottura con l'«arquitetura judicial» precedente al '74 – il legislatore portoghese sembra avere ben chiare le “soluzioni” da evitare: un *Conselho* legato alla nomina diretta o indiretta da parte del Presidente della Repubblica o del Governo avrebbe minato il principio di separazione dei poteri e l'indipendenza dei giudici; allo stesso tempo, la composizione con membri di esclusiva derivazione parlamentare presentava un elevato rischio di *partidarização*. Del pari, neanche l'opzione di un organo composto da soli membri eletti dai giudici stessi risultava esente da rischi, legati in special modo alla

⁵⁸ Cfr. art. 9 *Lei* n. 36/2007, art. 17 *Regulamento interno do Conselho Superior da Magistratura*, art. 155 *Estatuto dos Magistrdos Judiciais*.

⁵⁹ *Coletiva* – nella misura in cui si intende l'indipendenza dei tribunali da ogni altro potere e nella propria organizzazione – e *individual*, riferita al singolo giudice, che deve poter svolgere la propria funzione senza ingerenze esterne. Ma anche *externa* e *interna*: nella sua dimensione esterna, l'indipendenza implica che i tribunali siano sollevati da ogni forma di responsabilità politica nei riguardi degli altri poteri statali; l'*indipendência interna* inerisce all'indipendenza dei giudizi all'interno del “sistema” nel quale sono calati, implica che l'unica forma di controllo sulle decisioni assunte dal giudice sia il ricorso giurisdizionale e richiede l'aderenza dei processi a criteri oggettivi prestabiliti; in proposito cfr. R. Mereidos, M.J. Fernandes, *Artigo 203*, in J. Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., 33 ss.

possibile corporativizzazione del *Conselho*, con conseguenze negative sull'indipendenza stessa dei giudici.

Di qui la definizione di un modello risultato nel complesso valido, segnato da un percorso evolutivo che – in contro tendenza rispetto ad altri ordinamenti europei – si è mostrato impermeabile a controversie di natura politica o costituzionale, come testimonia anche la scarsa attenzione che la giurisprudenza costituzionale ha rivolto al *Conselho Superior da Magistratura*⁶⁰. Il modello tratteggiato dal legislatore portoghese vede – accanto ai membri togati – la presenza di una maggioranza di componenti eletti da «*órgão de soberania diretamente eleitos*», ossia l'*Assembleia da República* e il *Presidente da República*, contribuendo in tal modo ad accentuare la legittimazione democratica dell'organo posto al vertice della magistratura portoghese⁶¹. Una siffatta soluzione favorisce il «diálogo» e la «convergência entre as várias legitimidades que compõem o CSM» e non solo contribuisce ad allontanare «o risco de derivas corporativas», ma anche e soprattutto sembra aver acquietato in maniera non fugace la questione della caratterizzazione strutturale dell'organo di autogoverno della magistratura nella misura in cui detto modello cui si è pervenuti per riforme successive, come è stato efficacemente osservato, autorizza a «*pensar na estabilidade, dada a garantia da experiência acrescida e a consequente eficácia no desempenho das suas atribuições*»⁶².

Paola Costantini

Facoltà di Scienze politiche
Università degli Studi di Teramo
pcostantini2@unite.it

⁶⁰ Le pronunce del *Tribunal Constitucional* hanno interessato il *Conselho Superior da Magistratura* in maniera per lo più marginale in *obiter dicta*. In tal senso, si vedano, tra gli altri, gli *Acórdãos* nn. 457/93, 59/95, 382/2007, 57/2011, 560/2011, 25/2012, 403/2015.

⁶¹ J.J. Gomes Canotilho, V. Moreira, *Artigo 218*, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, 2010, 596.

⁶² Così A. Henriques Gaspar, intervento alla conferenza “*O Conselho Superior da Magistratura e o Conselho Nacional de Justiça: as experiências comparadas de Portugal e Brasil na organização das magistraturas*”, 2018, consultabile in internet al seguente indirizzo www.stj.pt/?p=4900.

Peculiarità del sistema giudiziario greco nella tradizione dell'Europa meridionale: il peso del contesto costituzionale, politico ed economico sugli organi di autogoverno della magistratura.

di Giulia Aravantinou Leonidi

Abstract: The Greek jurisdiction is often neglected when it comes to studies on judicial administration; still, it is a very instructive one when it comes to highlighting the interplay between normative values, relations between the political and the judicial élite and related judicial governments arrangements.

This paper will retrace the lines of development of these three interconnected dimensions taking into account the legal framework, the composition, the functions and the role of the Greek judicial councils. The starting point is the incorporation in the then new democratic Constitution of 1975 of provisions relating to a body of judicial governance in which judges are represented. Going beyond a static picture, the paper aims at stressing the dynamic framework characterizing the Greek jurisdiction and how judicial governance reforms and debates underwent different phases in which the problematic relationship of the judicial élite with the components of a strong bipolar political system entered into play. Secondly, the paper aims at demonstrating how this in turn influenced the discourse on the normative groundings of possible reforms in judicial governance, and the differences and similarities in this respect with other Southern European countries. A specific focus will be in the end devoted to how the last ten years' political crisis, including the impact on the party system, and economic crisis affected the debate on judicial governance reforms and how they interact with existing normative and institutional traditions.

Keyword: Judicial councils; self-government; Greece

1. Introduzione.

Lo studio dell'amministrazione della giustizia in Grecia ha radici antiche ed ha da sempre richiamato l'attenzione dei giuristi. Attingendo a fonti antiche, principalmente storiche e poetiche, il dibattito accademico si è inizialmente sviluppato a partire dal significato contestuale di *themis*, *dike*, *nomos*, dove *nomos* (la legge) assurge a fondamento della democrazia¹. Sebbene la Grecia possa vantare un glorioso passato dal punto di vista dell'elaborazione dottrinarie relativa ai temi della giustizia, l'organizzazione e gli organi di autogoverno della

¹P. Brownlee, *The administration of justice in ancient Athens and in Plato's Laws-Some comparisons* in *Politics*, XII (1), Maggio 1977, pp. 116-120.

magistratura greca contemporanea sono stati spesso trascurati dagli studi di diritto comparato sull'argomento, perdendo forse l'occasione di trarre alcune preziose indicazioni offerte da questo ordinamento circa l'interazione tra i valori normativi, il rapporto tra l'élite politica e quella giudiziaria ed, infine, sull'autogoverno della magistratura. Questo contributo si propone di presentare lo sviluppo di queste tre dimensioni strettamente collegate tra loro. Il punto di partenza dell'analisi è la Costituzione democratica del 1975 e, in particolare, le disposizioni relative agli organi di autogoverno della magistratura che, nella prospettiva comparata, consentono alla Grecia di distinguersi per la peculiare architettura istituzionale accolta. Nel tentativo di superare una percezione statica, ci si propone di sottolineare gli elementi di dinamicità che hanno caratterizzato l'evoluzione della magistratura greca, evidenziando come sulle riforme della *governance* giudiziaria abbia inciso il problematico, e mai risolto, rapporto dell'élite giudiziaria con un sistema politico bipolare in crisi. Attenzione particolare sarà dedicata alla crisi economica e politica che ha colpito il Paese nell'ultimo decennio e a come questa abbia profondamente influenzato il dibattito sulle riforme della *governance* giudiziaria e le interazioni con le tradizioni normative e istituzionali esistenti.

2. La Costituzione del 1975 e il potere giudiziario.

L'evoluzione costituzionale delle istituzioni greche riflette il tortuoso percorso seguito dal Paese come Stato moderno.

L'ordinamento greco è organizzato secondo il principio della separazione dei poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario). La sezione V della Costituzione si occupa dei principi e delle regole che si riferiscono al potere giudiziario². All'autorità giudiziaria è riconosciuta l'indipendenza personale e funzionale. Sulla base di quanto previsto dalla Costituzione alla magistratura è riconosciuta l'autorità di valutare non solo la legittimità dell'azione degli organi dello Stato, ma anche la costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Il controllo di costituzionalità in Grecia è di tipo diffuso e incidentale. Secondo la

² La sezione V della Parte terza della Costituzione del 1975 contiene le disposizioni relative al potere giudiziario (artt.87-92) e dunque all'organizzazione e competenze dei tribunali (artt.93-100A). Sull'organizzazione della giustizia in Grecia si vedano (in greco): κ. Mavrias, *Συνταγματικό δίκαιο*, Σάκκουλας Αντ. Ν., 2005; v. bakopoulos, *Περι Των Αναθεωρησεων Διαταξεων Του Συνταγματος Αναφορικώς προς το Συμβούλιόν της Επικρατείας και την Οργάνωσιν της Διοικητικής Δικαιοσύνης*. Library of AUEB. F. Vegleris, *La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce*, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, p. 437-477. f. vegleris, *Χαρακτηριστικά του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας, Τόμος τμητικός του ΣτΕ, I*, Αντ. Σάκκουλας, 1979, p.13-43 (17). i. ierapetritis, *Το Σύνταγμα και ο δικαστής: Μια αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 343/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο»*, in Νομικό Βήμα 4, 2005 pp.443e ss. i. ierapetritis, *Ισορροπία εξουσιών και δικαστικός παρεμβατισμός: Συγκριτικές σκέψεις στη λειτουργία του Ελληνικού Συμβουλίου Επικρατείας και του Ανωτάτου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των ΗΠ*, in Τμητικός Τόμος για τα 75 χρόνια του Συμβουλίου Επικρατείας, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004. I. kasimatis, *Μελέτες. IV, Ειδικά θέματα δικαστικής εξουσίας 1973-1999*, Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή, 2000 τόμος IV/7. e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-EL-it.do.

tradizione costituzionale greca tutti gli organi giudiziari (anche i tribunali di primo grado) sono investiti dell'autorità di operare il controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Tale tradizione è stata percepita da sempre come un baluardo del costituzionalismo e dello Stato di diritto, nonché una garanzia istituzionale della democrazia.

La Costituzione del 1975 prevede la giurisdizione civile, penale e amministrativa. La Corte suprema della giustizia civile e penale è la Corte di cassazione, mentre la Corte suprema della giustizia amministrativa è il Consiglio di Stato³.

In Grecia il potere giudiziario è, pertanto, sulla base delle disposizioni costituzionali istituzionalmente separato e indipendente. Una vasta e consolidata letteratura ritiene il principio di indipendenza della magistratura quale l'elemento imprescindibile dei sistemi giuridici. È il più importante pilastro di una società democratica, poiché la separazione della magistratura dai poteri legislativo ed esecutivo, garantisce lo Stato di diritto e la protezione degli individui e dei loro diritti. In Grecia, sebbene la Costituzione stabilisca chiaramente l'indipendenza della magistratura all'art. 87 par. 1, secondo il quale "la giustizia sarà amministrata da tribunali composti da giudici regolari che godranno di indipendenza funzionale e personale", i tribunali hanno sempre mostrato un certo interesse per le apprensioni del potere politico, inaugurando in alcuni momenti della vita del Paese delle fasi di preoccupante coinvolgimento dei giudici nella politica. Le riforme del sistema giudiziario ed in particolare i tentativi di rafforzamento degli organi di autogoverno della magistratura, in anni anche recenti, devono, pertanto, essere ricondotti nell'ambito dell'acclarata necessità di ridefinire la separazione dei poteri all'interno dell'ordinamento, onde prevenire il verificarsi di tali pericolose commistioni.

L'indipendenza funzionale, richiamata in Costituzione, si riferisce alla prevenzione da qualsiasi interferenza del potere esecutivo o legislativo nell'attività della magistratura e si esprime attraverso l'obbligo dei giudici di controllare la legittimità degli atti amministrativi e la costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge⁴. In secondo luogo, l'indipendenza personale della magistratura, anch'essa richiamata in Costituzione, prescrive che il giudice sia libero da ogni influenza proveniente dal ramo esecutivo. Sotto questo aspetto, rileva il principio dell'autogoverno della magistratura e la limitazione del Ministero della Giustizia al solo coordinamento delle questioni organizzative e infrastrutturali, nonché il necessario supporto finanziario e amministrativo. Le principali garanzie di indipendenza giudiziaria sono costituzionalmente stabilite e comprendono garanzie rispetto alla nomina e alla rimozione dei giudici. Ciò significa che un giudice non può essere rimosso dal suo incarico per ragioni

³ Sebbene il controllo di legittimità costituzionale sia formalmente diffuso, il Consiglio di Stato ha tradizionalmente svolto il ruolo di una corte quasi-costituzionale, intendendo con tale espressione sottolineare l'esercizio virtualmente accentrato del sindacato di costituzionalità.

⁴ K. Mavrias, *Συνταγματικό δίκαιο*, Sakkoulas., 2005 (trad. it: *Manuale di diritto costituzionale*), pp.746 e ss.

diverse da quelle previste dalla Costituzione e secondo le garanzie procedurali ivi stabilite. Ai sensi dell'articolo 88 comma 4 della Costituzione, i funzionari giudiziari possono essere rimossi dalla carica solo in virtù di una sentenza pienamente motivata, a seguito di una condanna penale o di una grave violazione disciplinare o malattia o invalidità o incompetenza professionale, confermata come previsto dalla legge

Un'ulteriore garanzia di indipendenza della magistratura nei confronti dell'esecutivo è rappresentata dalle previsioni dell'articolo 89 della Costituzione secondo il quale ai funzionari giudiziari è vietata la partecipazione alle attività dell'esecutivo, ed è vietata anche l'attribuzione di qualsivoglia incarico di carattere amministrativo. I giudici sono altresì esclusi dallo svolgimento di qualsiasi incarico retribuito o dall'esercizio di qualsivoglia professione. In deroga alle disposizioni di legge possono essere eletti giudici i membri dell'Accademia o i professori universitari e possono partecipare a commissioni di natura disciplinare, di revisione o giudiziaria e a commissioni dedicate alla redazione degli atti normativi.

La carriera dei giudici costituisce l'ambito in cui gli organi di autogoverno della magistratura rivestono il ruolo più importante. L'articolo 90 della Costituzione prevede che le promozioni, i trasferimenti, i distaccamenti e i trasferimenti siano decisi dal Consiglio superiore della magistratura. Il ministro della Giustizia o il membro della magistratura interessato, se non concordano con una decisione del Consiglio superiore della magistratura, hanno diritto di presentare ricorso alla rispettiva Corte suprema, il cui giudizio è definitivo e vincolante. Coerentemente con il principio di autogoverno della magistratura, l'articolo 91 della Costituzione affida la valutazione della responsabilità disciplinare dei giudici agli organi giudiziari. L'azione disciplinare può essere avviata dal Ministro della giustizia e da alcuni funzionari giudiziari di alto rango per comportamenti illeciti, contrari agli obblighi e ai doveri dei giudici, compreso il ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti e la violazione dell'obbligo alla riservatezza.

L'autorità in materia disciplinare è esercitata dal Consiglio supremo disciplinare che è composto dal presidente di una delle tre Corti supreme, quattro vicepresidenti o membri delle stesse corti e due professori universitari della facoltà di giurisprudenza. Le cause disciplinari a carico di tutti gli altri giudici sono trattate, in primo e secondo grado, da Consigli composti da giudici ordinari estratti a sorte.

3. I Consigli superiori della magistratura in Grecia: un modello peculiare nel contesto dell'Europa meridionale?

Sebbene ampiamente considerati come elementi utili a garantire sia l'indipendenza che la responsabilità dei magistrati, i consigli giudiziari sono stati oggetto di scarse indagini da parte degli studiosi, soprattutto in Grecia.

All'interno dei Consigli giudiziari esistenti in Europa, viene spesso fatta una distinzione tra il modello dell'Europa meridionale, in cui l'organo è costituzionalmente garantito e svolge funzioni primarie nel salvaguardare l'indipendenza giudiziaria e il modello nordeuropeo, in cui i Consigli hanno poteri di vasta portata in ambito amministrativo e di gestione dei tribunali e, oltre a ciò, svolgono un ruolo importante nella definizione e nel controllo del bilancio dei tribunali. Gli elementi tratti da entrambi i modelli hanno plasmato il modello europeo di consiglio giudiziario come stabilito nei rapporti prodotti dalla Rete europea dei Consigli giudiziari (ENCJ).

L'affermazione dei Consigli giudiziari è profondamente radicata nell'ordinamento giuridico in cui operano. È, quindi, profondamente legata ad uno specifico contesto storico, culturale e sociale, pur condividendo sfide comuni e principi generali con gli altri Consigli giudiziari⁵. Come è stato sottolineato dalla dottrina, la creazione dei Consigli giudiziari nell'Europa meridionale aveva lo scopo di garantire l'indipendenza giudiziaria dopo la fine delle esperienze di governo autoritario. A questo scopo, la riforma giudiziaria è diventata un obiettivo fondamentale dei riformatori nel tentativo di consolidare la democrazia e di agevolare la transizione. Così la maggior parte dei Paesi appartenenti a quest'area geografica hanno sancito nelle loro Costituzioni disposizioni specifiche per l'istituzione dei consigli giudiziari. In questo contesto la Grecia si afferma per la peculiare previsione espressa in Costituzione di una pluralità di consigli giudiziari corrispondenti al numero delle supreme magistrature dello Stato. Questi riflettono pienamente la tradizione giuridica del Paese e il modello di organizzazione del potere giudiziario ivi accolto.

4. Il caso greco.

In Grecia i consigli giudiziari sono a tutti gli effetti organi costituzionali. La Costituzione del 1975 indica solo l'istituzione e le funzioni principali di tali organi di autogoverno, senza elencarne la precisa composizione o le ulteriori

⁵ Per una panoramica sulla storia della Grecia contemporanea si rinvia a: r. Clogg, *Storia della Grecia moderna*, Bompiani, 1998. k. Arseni, *Nelle carceri dei colonnelli*, Editori Riuniti, 1970, m. Cervi, *Dove va la Grecia? Dal colpo di stato al referendum*, Mursia, 1968, a. De jaco, *Colonnelli e resistenza in Grecia*, Editori Riuniti, 1970, c. Papoutsis, *Il grande sì. Il caso Kostas Georgakis*, Erga, 2000, b. Mathiopoulos, *Il colpo dei colonnelli. Il 21 aprile ad Atene*, Mondadori, 1968, A. Papandreou, *Il capitalismo paternalistico*, isedi, 1972, a. Solaro, g. Vadis, (a cura di), *I processi di Atene*, Editori Riuniti, 1973, a. Solaro, *Storia del Partito comunista greco*, N. Teti, 1973, r. Clogg, *Parties and Elections in Greece. The Search for Legitimacy*, C. Hurst & Co., 1987, g. Sapelli, *L'Europa del sud dopo il 1945*, Rubettino, 1996, j. S. Koliopoulos, t. M. Veremis, *Modern Greece. A History since 1821*, Wiley-Blackwell, 2010. K. Featherstone, d.k. katsoudas, *Political Change in Greece. Before and after the Colonels*, St. Martin's Press, 1987. m. Blinkhorn, thanos m. Veremis, (a cura di), *Modern Greece: Nationalism & Nationality*, sage-Eliaep, 1990. N. Svoronos, *Storia della Grecia moderna*, Editori Riuniti, 1973. C. Tsoucalas, *The Greek Tragedy*, Penguin, 1969.

funzioni, queste ultime sono affidate alla determinazione della legge. Mentre in altri Paesi dell'Europa meridionale l'autogoverno della magistratura è amministrato da un solo organo in Italia, in Francia e in Spagna), in Grecia l'autogoverno è amministrato da tre consigli giudiziari plasmati secondo le linee dell'organizzazione del potere giudiziario. Vediamone nel dettaglio le caratteristiche principali.

4.1 Il Consiglio superiore della magistratura per la giustizia civile e penale.

Il Consiglio superiore della magistratura per la giustizia civile e penale (Ανώτατο Δικαστικό Συμβούλιο Πολιτικής και Ποινικής Δικαιοσύνης) è stato istituito per la prima volta ai sensi della legge 3437/1909, con le stesse competenze dell'odierno Consiglio giudiziario. Il fondamento costituzionale dell'organo si rinviene all'articolo 90, comma 1: "Le promozioni, i conferimenti di incarichi, i trasferimenti, i distaccamenti e i trasferimenti ad altro ramo dei magistrati saranno effettuati con decreto presidenziale, emanato previa decisione del Consiglio superiore della magistratura". Lo status del Consiglio è regolato dal Codice dell'organizzazione dei tribunali e dello status dei funzionari giudiziari (legge 1756/1988) ⁶. Il Consiglio è composto da giudici e pubblici ministeri della rispettiva Corte Suprema che vengono estratti a sorte dal Plenum della Corte Suprema. Il Consiglio è composto da due sotto consigli, rispettivamente con undici e quindici membri. I membri della rispettiva Corte suprema e i procuratori aggiunti sono promossi dal Consiglio giudiziario supremo, composto da 15 membri. Altri funzionari giudiziari sono promossi da un consiglio ristretto composto da 11 membri (legge 1756/1988, articolo 78). La durata del mandato è fissata in un anno ed è rinnovabile. I membri del Consiglio non rivestono un incarico a tempo pieno. Ai sensi della Costituzione greca (articolo 90, comma 1), "Questo consiglio è composto dal Presidente della rispettiva Corte suprema e dai membri della stessa corte scelti a sorte tra coloro che vi hanno prestato servizio per almeno due anni, come previsto dalla legge. Al Consiglio superiore della magistratura per la giustizia civile e penale partecipano il Procuratore della Corte suprema civile e penale, nonché due sostituti procuratori della Corte suprema civile e penale, estratti a sorte tra coloro che hanno prestato servizio per almeno due anni presso la Procura della Repubblica della Corte suprema civile e penale, come previsto dalla legge. Al Consiglio supremo della magistratura partecipano anche, senza diritto di voto, due magistrati della branca interessata dai cambiamenti di stato di servizio, che devono essere almeno del grado di giudice d'appello o equivalente, e sono scelti

⁶ Il Codice, *Κώδικας οργανισμού δικαστηρίων και κατάσταση δικαστικών λειτουργών*, è stato redatto dalla Commissione speciale per la redazione degli atti normativi, Ειδική Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή, e approvato il 16/09/1988. È entrato in vigore il 24/02/1988. Il testo completo in lingua greca è rinvenibile al seguente indirizzo: www.ministryofjustice.gr/wp-content/uploads/2019/10/Κώδικας-Οργανισμού-Δικαστηρίων.pdf

secondo il metodo del sorteggio, come previsto dalla legge". Inoltre, in base al comma 2 del medesimo articolo "Nel caso di sentenze riguardanti promozioni alle cariche di consiglieri di Stato, giudici della Suprema Corte Civile e Penale, sostituti procuratori della Suprema Corte Civile e Penale, consiglieri della Corte dei Conti, presidenti delle corti d'appello e procuratori d'appello, oltre che per quanto riguarda la selezione dei membri delle commissioni generali dei tribunali amministrativi e della Corte dei Conti, il consiglio di cui al comma 1 è integrato da membri aggiuntivi, come previsto dalla legge. Per il resto, anche in questo caso si applicano le disposizioni del comma 1". Il presidente della Corte suprema presiede entrambi i rami del Consiglio superiore della magistratura. Ai sensi della Costituzione greca (articolo 90, comma 1), il Consiglio superiore della magistratura adotta decisioni su "promozioni, assegnazioni di incarichi, trasferimenti, distaccamenti e trasferimenti ad un altro ramo di magistrati che saranno effettuati con decreto presidenziale".

Ai sensi della legge 1756/1988, i giudici della Corte suprema e i sostituti procuratori vengono estratti a sorte per ricoprire la carica di ispettori giudiziari per un anno. È previsto anche una commissione di ispezione distinta, i cui membri vengono estratti a sorte e servono per un anno. Ai sensi della Costituzione (articolo 90, par. 3), se il Ministro della giustizia non è d'accordo con la decisione di un consiglio giudiziario supremo, può deferire la questione al *plenum* della rispettiva corte suprema, come specificato dalla legge. Anche il magistrato interessato dalla sentenza ha diritto di presentare ricorso, alle condizioni previste dalla legge. Al *plenum* della Suprema Corte civile e penale partecipano con diritto di voto anche i membri della Procura della Repubblica della Suprema Corte civile e penale.

4.2. Il Consiglio superiore della magistratura per la giustizia amministrativa.

Il Consiglio superiore della magistratura per la giustizia amministrativa *Ανώτατο Δικαστικό Συμβούλιο Διοικητικής Δικαιοσύνης* (Anotato Dikastiko Symvoulío Dioikitikís Dikaíosinís) è istituito ai sensi degli articoli 88 e 90 della Costituzione. Il suo status è regolato dalla legge 1756/1988 (articoli 67, 68). Normalmente è composto da 11 membri (articolo 90 comma 1 della Costituzione). In caso di promozioni ai ranghi dei membri della Corte suprema amministrativa (Consiglieri di Stato) e dei Presidenti delle corti d'appello, nonché della selezione dei membri della Commissione generale dei tribunali amministrativi, il Consiglio si compone di 15 membri (articolo 90 paragrafo 2 della Costituzione). La durata del mandato è di un anno e c'è la possibilità di rinnovo dello stesso. Tutti i membri del Consiglio sono giudici. Essi appartengono al Consiglio di Stato (vice presidenti o consiglieri di Stato) e sono estratti a sorte tra coloro che vi hanno prestato servizio per almeno due anni. Al Consiglio partecipano, inoltre, senza diritto di voto, due magistrati della sezione interessata dal cambiamento di stato di servizio, che devono avere almeno il

grado di giudice d'appello o equivalente, e sono estratti a sorte. Al Consiglio partecipa anche il Commissario Generale dei tribunali amministrativi sulle questioni relative ai magistrati dei tribunali amministrativi ordinari e della Commissione Generale (art. 90 comma 1 Cost.). Il Consiglio è presieduto dal Presidente del Consiglio di Stato. Le principali competenze del Consiglio riguardano le decisioni in merito a su promozioni, assegnazioni di incarichi, nomine dei giudici ordinari, trasferimenti, distaccamenti di tutti i magistrati del Consiglio di Stato, della Commissione generale e dei tribunali amministrativi ordinari. In base a quanto disposto dalla Costituzione ad ogni decisione del Consiglio deve obbligatoriamente far seguito un decreto presidenziale (articolo 90 paragrafo 1 della Cost.) che disponga l'attuazione della decisione. La promozione al grado di Presidente o di Vicepresidente del Consiglio di Stato avviene con decreto presidenziale adottato su proposta del Consiglio dei Ministri. I candidati alla carica di Presidente o Vicepresidente sono selezionati tra i membri del Consiglio di Stato. La promozione al grado di Commissario Generale dei tribunali amministrativi viene effettuata con analogo decreto, mediante selezione tra i membri della Commissione Generale e dei Presidenti delle corti di appello (art. 90 comma 5 Cost.). Le decisioni o gli atti di attuazione delle disposizioni di cui all' articolo 90 non sono impugnabili dinanzi al Consiglio di Stato (articolo 90 comma 6, Cost.).

4.3 Il Consiglio superiore della magistratura della Corte dei Conti.

Infine, vi è il Consiglio superiore della magistratura della Corte dei Conti (Ανώτατο Δικαστικό Συμβούλιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου). L'istituzione del Consiglio superiore della magistratura della Corte dei Conti è stabilita anch'essa dalla Costituzione (art.90) e dalle leggi 1756/1988, 2172/1993, 2993/2002 e 4055/2012. Il Consiglio si compone di 9 membri estratti a sorte. Membri ordinari del Consiglio sono il Presidente e il Vicepresidente della Corte dei Conti e il Commissario Generale dello Stato.

5. Crisi, potere giudiziario e inefficienza del sistema: Quale ruolo per i consigli giudiziari?

La crisi economico-finanziaria ha profondamente influenzato il ruolo dei giudici quali custodi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali. Un esempio dell'attivismo giudiziario post-crisi è offerto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che in questi anni si è distinto per le sue decisioni in merito alla costituzionalità delle misure legislative adottate per adempiere agli obblighi assunti dal Parlamento greco sulla base dei *memorandum* d'intesa. Rilevanti sono stati gli sforzi profusi per mantenere un adeguato equilibrio tra *self-restraint* delle corti e tutela dei diritti fondamentali, nel pieno rispetto della separazione dei poteri stabilita dalla Costituzione del 1975 e nel tentativo di addivenire ad un

compromesso, non sempre facilmente raggiungibile, con gli attori politici rilevanti.

Per comprendere appieno l'azione della magistratura greca questa deve essere inquadrata in un contesto più ampio e messa specificamente in relazione con alcuni tratti caratterizzanti la vita istituzionale greca da quando è stata completata la transizione democratica al termine dell'esperienza autoritaria⁷.

La crisi ha contribuito nel fare emergere alcuni tratti negativi della gestione della giustizia greca e del grado di efficienza del sistema giudiziario. A questi temi, ed in particolare all'efficienza giudiziaria, sono stati dedicati alcuni studi recenti basati sull'incrocio dei rilievi offerti dalla letteratura consolidata con i dati raccolti dal Servizio nazionale di statistica e dalla banca dati giuridica che raccoglie tutti i casi decisi dalla magistratura greca. Gli studi hanno evidenziato la rilevanza del numero di casi licenziati o in attesa di essere dibattuti, della durata della risoluzione delle controversie e della complessità del sistema giudiziario, quali criteri principali per misurare l'efficienza dell'azione giudiziaria. Diverse volte la Corte europea dei diritti dell'uomo ha richiamato l'attenzione sugli irragionevoli ritardi dei tribunali greci nel concludere i processi, e sull'assenza di un'autorità nazionale alla quale le parti lese possano presentare ricorso. Sulla base di ricerche empiriche alcuni studiosi hanno collegato l'inefficienza della magistratura a fattori pecuniari, ritenuti sempre più rilevanti dopo lo scoppio della crisi. Va detto che una parte significativa della letteratura evidenzia i fattori non pecuniari cruciali nell'influenzare le prestazioni e l'efficienza giudiziaria. Se si deve cercare la strada migliore per le riforme allora l'aumento delle risorse materiali, anche se auspicabile, date le condizioni economiche critiche in cui è entrato il Paese dopo il 2010, potrebbe non essere l'unica soluzione. L'adozione di modifiche procedurali ben congeniate e la riorganizzazione del sistema giudiziario possono comportare, in combinazione con l'aumento di risorse materiali e tecnologiche, un cambiamento significativo nel funzionamento del sistema giudiziario greco.

Un contributo importante all'efficienza dei tribunali proviene anche dai Consigli superiori della magistratura chiamati a stabilire standard di efficienza per incoraggiare la risoluzione dei casi e monitorarne i progressi. La consolidata tradizione dei Consigli giudiziari può svolgere un ruolo chiave nell'innescare un funzionamento più efficiente e virtuoso dei tribunali in Grecia. A tal fine è necessario affrontare le attuali inadeguatezze strutturali dei consigli giudiziari. In Grecia i consigli superiori della magistratura presentano diverse carenze. Ciò

⁷ Sulla transizione alla democrazia v. N. P. Diamandouros, *Transition to, and Consolidation of, Democratic Politics in Greece, 1974–1983: A Tentative Assessment*, *West European Politics*, Vol. 7, no. 2 (1984), pp. 50–71. Sul rapporto tra potere giudiziario e potere politico nella transizione si veda ex multis N. C. Alivizatos, P. N. Diamandouros, *Politics and the Judiciary in the Greek Transition to Democracy*, in A. James McAdams, ed., *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (Notre Dame and London: University of Notre Dame Press, 1997), pp. 27–60. Sulle ragioni del fallimento del Sistema politico e sui suoi mali endemici cfr. T.S. Pappas, *Why Greece Failed*, April 2013, *Journal of Democracy* Volume 24, Number 2.

è dovuto principalmente al fatto che i giudici chiamati a ricoprire un incarico presso i consigli superiori continuano ad esercitare la professione di magistrati e non dispongono, pertanto, del tempo necessario per dedicarsi pienamente alle attività e al carico di responsabilità che la loro partecipazione al consiglio superiore comporta. Ma il limite non è rinvenibile esclusivamente nell'assenza di tempo sufficiente. A volte capita che i giudici designati attraverso il metodo del sorteggio non desiderino ricoprire la posizione per la quale sono stati scelti, al punto da non impegnarsi adeguatamente in seguito. Inoltre, il termine del mandato fissato dalla Costituzione ad un anno, se da un lato è posto a garanzia ulteriore dell'indipendenza della magistratura, dall'altro non favorisce in alcun modo la continuità dell'attività dei consigli superiori.

Gli elementi appena evidenziati sono stati nel tempo trascurati, impedendo interventi migliorativi, anche in ragione dell'assenza di meccanismi dedicati al monitoraggio del funzionamento dei consigli superiori della magistratura. Da tempo in Grecia è in corso un dibattito a livello accademico e politico sulla necessità di intraprendere una seria riforma della magistratura e dei suoi organi di autogoverno, tuttavia, nessun tentativo ha avuto sinora successo.

Se riorganizzati, i consigli della magistratura potrebbero migliorare l'efficienza complessiva della magistratura attraverso una maggiore responsabilizzazione dei giudici e un migliore monitoraggio della corruzione, solo alcune delle malattie croniche che colpiscono il Paese da decenni. Col tempo, sono state avanzate diverse proposte, come stabilire un mandato quadriennale per i membri e istituire un procedimento di elezione dei membri dei consigli al fine di certificare le qualifiche dei giudici e il loro impegno all'interno dei consigli. Un'altra proposta riguarda la diminuzione del carico di lavoro per i giudici che prestano servizio nel consiglio affinché si concentrino sui compiti che la loro posizione nel consiglio comporta. Se questi miglioramenti saranno accolti in futuro, i consigli della magistratura saranno dotati di giudici ben qualificati che avranno i mezzi e la motivazione necessaria per dedicare tempo e impegno all'esercizio delle loro funzioni.

6. I tentativi di riforma istituzionale e lo scontro tra potere politico e magistratura.

Da quando il Paese è tornato alla democrazia dopo la fine della dittatura dei colonnelli negli anni '70, la riforma della magistratura è sempre stata al centro del dibattito politico in Grecia. Gli aspetti più controversi dell'agenda di riforma giudiziaria si concentrano sulla *governance* della magistratura. Le proposte di riforma avanzate in passato dividevano diverse preoccupazioni: rafforzamento dell'amministrazione della giustizia, razionalizzazione dei meccanismi di revisione costituzionale, rafforzamento dei meccanismi di responsabilità e controllo esterno, ampliamento dell'accesso alla giustizia e democratizzazione delle istituzioni giudiziarie.

La necessità di una riforma giudiziaria in Grecia è stata avvertita come bidimensionale. Da un lato essa riguarda la struttura interna e l'efficienza amministrativa della magistratura ed è quindi inserita in un più ampio processo di modernizzazione dello Stato. Dall'altro, riguarda il ruolo della magistratura nel quadro istituzionale stabilito dalla Costituzione e il mantenimento dell'equilibrio tra i poteri dello Stato.

La recente crisi economica ha profondamente influenzato il dibattito sulla revisione costituzionale, riaccendendo anche la discussione sull'introduzione di cambiamenti significativi all'organizzazione del potere giudiziario. Tuttavia, mentre la riforma dell'amministrazione dello Stato ha mietuto ampi consensi, la gerarchia giudiziaria ha resistito ferocemente a qualsiasi invasione della sua indipendenza, osteggiando i tentativi di riforma. Questo atteggiamento, tuttavia, non è rimasto costante nel tempo dando seguito a periodiche promesse di riforme amministrative e organizzative, che hanno finito per avere gravi ripercussioni sull'intero sistema, indebolendo ulteriormente l'efficienza dell'azione della magistratura e compromettendo l'accesso alla giustizia.

In seguito alla crisi economica la Costituzione greca ha mostrato di possedere un'elevata capacità di adattarsi ai mutamenti, mentre a soccombere è stato il sistema politico, affetto da lungo tempo dai mali endemici del clientelismo e del populismo⁸.

L'elasticità della Costituzione greca non è valsa, tuttavia, ad allontanare le ipotesi di una sua ampia revisione che investisse anche la parte riguardante il potere giudiziario. I nodi attorno ai quali si è incentrato il dibattito politico e accademico hanno riguardato l'istituzione di una Corte costituzionale⁹,

⁸ Sull'impatto della crisi economica sull'ordinamento greco sia consentito il rinvio a G. Aravantinou Leonidi, *L'impatto della crisi economica sul sistema costituzionale della Repubblica di Grecia*, in *El Impacto De La Crisis Económica en Las Instituciones de La Ue y Los Estados Miembros*, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte, E. Guillén López et J.-F. Sánchez Barrilao (ss. dir.), Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 335-377.

⁹ Contrario all'ipotesi dell'istituzione di una Corte costituzionale K. Mavrias, *Εισήγηση κατά την ημερίδα της 27ης Φεβρουαρίου 2013*. L'Autore ritiene che gli sforzi del legislatore dovrebbero rivolgersi piuttosto nella direzione di conferire ulteriori competenze alla già esistente Corte Suprema Speciale. Sull'organizzazione della giustizia in Grecia si vedano: K. Mavrias, *Συνταγματικό δίκαιο*, Sakkoulas, 2005 (trad. it: *Manuale di diritto costituzionale*); N. Bakopoulou, *Περι Των Αναθεωρητέων Διατάξεων Του Συνταγματος Αναφορικώς προς το Συμβούλιον της Επικρατείας και την Οργάνωσιν της Διοικητικής Δικαιοσύνης* (trad. it: *A proposito delle disposizioni costituzionali relative alla revisione con riferimento al Consiglio di Stato e all'organizzazione della giustizia amministrativa*) Library of Aueb; F. Vegleris, *La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce*, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, pp. 437-477. F. Vegleris, *Χαρακτηριστικά του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας*, (trad. it: *Caratteri del Consiglio di Stato greco*) Tomo celebrativo del Consiglio di Stato, I, Sakkoulas, 1979, pp. 13-43 (17). G. Ierapetritis, *Το Σύνταγμα και ο δικαστής: Μια αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 343/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο*, (trad. it: *La Costituzione e le Corti: un rapporto dialettico perpetuo. Pensieri in occasione delle decisioni 3242/2004 e 343/2004 del Consiglio di Stato sul "principale azionista"*), in *Nomiko Vima* 4, 2005 pp. 443 ss. G. Ierapetritis, *Ισορροπία εξουσιών και δικαστικός παρεμβατισμός: Συγκριτικές σκέψεις στη λειτουργία του Ελληνικού Συμβουλίου Επικρατείας και του Ανωτάτου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των ΗΠ*, (trad. it: *Equilibrio di poteri e attivismo giudiziario: pensieri comparativi sul funzionamento del Consiglio di Stato greco e la Corte suprema federale degli Stati Uniti*) in *Τιμητικός Τόμος για τα 75 χρόνια του Συμβουλίου Επικρατείας*, Sakkoulas, Atene-Salonicco, 2004; G. Kassimatis, *Μελέτες. IV*,

l'introduzione dell'elezione diretta per il Presidente della Repubblica, il rafforzamento del ruolo del Parlamento, il potenziamento degli istituti di democrazia diretta ed infine la costituzionalizzazione del sistema elettorale. Quest'ultima proposta ha rappresentato un forte elemento di rottura rispetto alle intenzioni dei costituenti greci i quali hanno ritenuto più opportuna la scelta di affidare al legislatore ordinario la determinazione del sistema elettorale.

Dal 2013 diverse proposte di revisione della Costituzione greca, la maggior parte delle quali sostanzialmente convergenti, sono state presentate sia dalla maggioranza che dall'opposizione.

Nel 2016, pochi giorni dopo il voto parlamentare sulla nuova legge elettorale, il 25 luglio, il primo ministro greco ha annunciato le sue proposte di revisione della Costituzione greca.¹⁰

Facendo continuo riferimento a quella che ha definito "la nuova transizione", il Primo Ministro Alexis Tsipras, ha presentato la proposta di riforma costituzionale firmata dalla coalizione SYRIZA-ANEL strutturata in cinque "assi": ordinamento, rafforzamento della democrazia diretta, rafforzamento dello stato di diritto, relazioni religiose, diritti sociali. Il terzo asse della proposta mirava a rafforzare lo Stato di diritto attraverso l'istituzione di una Corte costituzionale composta esclusivamente da giudici autorizzati a pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge su proposta del Presidente della Repubblica o di 120 deputati. Questa ipotesi è stata fortemente osteggiata da gran parte dei costituzionalisti greci, convinti della necessità di rimanere ancorati alla tradizione del controllo diffuso di legittimità costituzionale. Le proposte del Governo Tsipras relativamente al potere giudiziario hanno incrinato ulteriormente il già logoro rapporto tra potere politico e magistratura. Quest'ultima, in diverse occasioni, attraverso i propri canali ufficiali non ha mancato di richiamare il governo a limitarsi al ruolo affidatogli dalla Costituzione, senza invadere gli ambiti pertinenti agli altri poteri dello Stato¹¹.

Ειδικά θέματα δικαστικής εξουσίας 1973-1999, (trad. it.: *Studi. Temi speciali del potere giudiziario 1973-1999*), Sakkoulas, Atene-Kommotini, 2000 τόμος IV/7. e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-ELit.do; V. A. Manitakis, *Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce*, R.I.D.C., 1988/1, pp. 39 ss.

¹⁰ Sulla revisione costituzionale: X. Contiades, *Η συνταγματική αναθεώρηση*, (trad. it.: *La revisione costituzionale*) in «*Εθνος*» 14/6/2016; P. Lazaratos, *Συνταγματική αναθεώρηση και Δημοψήφισμα*, in «*Capital.gr*», 8/6/2016; G. Katrougalos, *Γιατί νέο Σύνταγμα; Και πώς*, in «*Καθημερινή*», 19/6/2016; I. Drossos, *Το έδαφος και ο λόγος για τις συνταγματικές αλλαγές*, in «*Αυγή*», 26/6/2016; P. Foundedaki, *Αναθεώρηση με λιτή διατύπωση*, *Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου στο Τμήμα Πολιτικής Επιστήμης και Ιστορίας*, «*Καθημερινή*», 27/6/2016 X. Contiades, *Εξορθολογισμός της διαδικασίας*, in www.kathimerini.gr/870289/article/epikairothta/politikh/e3or8ologismos-ths-diadikias; Sui limiti alla revisione costituzionale v. G. X. Sotiirelis, *Ελαστικά και απαρέγκλιτα όρια του άρθρου 110Σ*, www.kathimerini.gr/870291/article/epikairothta/politikh/elastika-kai-aparegklita-oria-toy-ar8roy-110s; G. Metaxas, *Ιερότητες και αναγκαιότητες*, (trad.: *Sacralità e necessità*) www.kathimerini.gr/870290/article/epikairothta/politikh/ierothtes-kaianagkaiothtes. In particolare sulla proposta di revisione avanzata dal governo Tsipras cfr. D. Antoniou, *Η πρόταση Τσίπρα για τη συνταγματική αναθεώρηση*, (trad.it.: *La proposta Tsipras per la revisione costituzionale*), www.kathimerini.gr/868777/article/epikairothta/politikh/h-protash-tsipra-gia-th-syntagmatikh-anaθeωrhsh, 25/7/2016.

¹¹ Le preoccupazioni per il rispetto dello Stato di diritto in Grecia non sono una novità.

Lo scontro tra il governo Tsipras e la magistratura —che ha segnato gli anni 2015-2019— è stato uno degli elementi che hanno pregiudicato un risultato che era apparso sin da subito poco realizzabile¹². Il raggiungimento di un consenso generale sulla proposta di riforma costituzionale, infatti, era parso sin da subito poco probabile. L'atmosfera avvelenata della politica greca, esacerbata dalla grave crisi economica e dalle difficoltà espresse dall'élite politica nel gestirla, ha reso impossibile trattative o collaborazioni tra le forze politiche. La ricerca spasmodica della stabilità sistemica attraverso ausili tecnici, il cambiamento del sistema elettorale, o la modifica della costituzione, nascondono rischi insidiosi ai quali il sistema politico greco, caratterizzato da una mancanza di omogeneità, non sembra, per il momento, in grado di esporsi senza incorrere in gravi conseguenze. I tentativi messi in campo negli ultimi decenni per emendare la Costituzione sono stati intrapresi in assenza di un consenso condiviso. Il processo è sempre stato patrocinato da un'élite politica dominante pervasa da opportunismo estemporaneo, che nel tentativo di annientare l'opposizione perde di vista le reali esigenze del Paese, ancora immobilizzato dalla morsa della crisi economica e poco interessato alle manomissioni della Carta costituzionale mascherate dal rafforzamento della partecipazione popolare attraverso un approfondimento degli strumenti di democrazia diretta.

Dopo un decennio di turbolenze, nel 2019 il quadro politico è mutato improvvisamente con la formazione del governo guidato dal partito conservatore di Nea Dimokratia, che era risultato vincente alle elezioni riportando una maggioranza significativa. Il governo, attualmente in carica, ha promesso di ristabilire un dialogo con la magistratura che fa intravedere la possibilità di una stagione di riforme del potere giudiziario che coinvolga anche gli organi di autogoverno.

7. Conclusioni.

I principali problemi che affliggono il sistema giudiziario non possono essere risolti semplicemente attraverso finanziamenti e risorse aggiuntivi. Alcune soluzioni relativamente semplici potrebbero apportare miglioramenti significativi alla magistratura senza necessariamente intervenire sulle disposizioni costituzionali. La maggior parte di questi interventi non comporta oneri di spesa ingenti e promette di arrecare notevoli miglioramenti in termini di efficienza e

Panagiotis Pikrammenos, ex presidente del Consiglio di Stato, il più alto tribunale amministrativo della Grecia, ed ex Primo Ministro provvisorio, già nel 2016 aveva espresso le sue preoccupazioni a riguardo, avvertendo i funzionari dell'Unione europea del progressivo smantellamento dello sto di diritto in Grecia. I timori per un rafforzamento della cultura di ingerenza politica nell'indipendenza della magistratura sono ancora presenti nel Paese, sebbene la nuova amministrazione abbia indirizzato i suoi sforzi verso una distensione dei rapporti con la magistratura. Sebbene la libertà della magistratura dal ramo politico del governo non sia l'unica caratteristica essenziale dello Stato di diritto, è vitale che i tribunali godano dell'indipendenza dagli attori politici al fine di soddisfare l'equità e l'imparzialità nelle loro decisioni e per garantire uguaglianza sociale e giuridica.

¹² Sul governo Tsipras, sia consentito il rinvio a G. Aravantinou Leonidi, M. Lorencka, *Syriza in Power (2015-2019). A Review of Selected Aspects*, in *Political Preferences 2019*, n.24 pp. 5-29.

efficacia dei tribunali. La Grecia dovrebbe lavorare per ridurre la durata dei processi e aumentare la coerenza dei verdeti. Una migliore formazione sia per gli avvocati che per i giudici contribuirebbe a migliorare la qualità e ridurre la corruzione. La tecnologia dell'informazione dovrebbe essere implementata di pari passo con la previsione di incentivi per la promozione della trasparenza dei procedimenti. Un sistema giudiziario poco efficiente pregiudica la ripresa della nazione già prostrata da un decennio di crisi economica a cui ora si aggiungono i danni in termini di costo sociale e economico dovuti al diffondersi della pandemia da covid-19.

Ovviamente, come è stato notato, i consigli giudiziari fungono da arena di contestazione per vari gruppi interessati alle prestazioni giudiziarie, e non garantiscono da soli i risultati sostanziali di indipendenza ed efficienza dell'azione giudiziaria.

I consigli superiori della magistratura sono degli strumenti preziosi al fine di garantire l'indipendenza del potere giudiziario e promuovere l'efficienza dell'azione giudiziaria, poiché sono responsabili, in quanto organi di autogoverno, delle carriere dei magistrati e delle azioni disciplinari promosse a loro carico. L'attualità politico-costituzionale della Grecia in questi anni non ha favorito il raggiungimento di un'intesa basata su un ampio consenso che facesse della riforma del potere giudiziario una priorità pressante, perdendo l'occasione di valorizzare il ruolo dei consigli superiori delle magistrature.

È auspicabile che il dialogo tra le forze politiche riprenda al più presto con toni più pacati, tali da favorire la proposta di una riforma giudiziaria che preveda i miglioramenti che il Paese da tempo attende.

Giulia Aravantinou Leonidi
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli di Roma-Sapienza
giulia.aravantinouleonidi@gmail.com

L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale"

di Simone Penasa

Abstract: The administration of the Judiciary in Hungary: A "bicephalous" institutional system with a "democratic-illiberal" derivation – In recent years the link between the organisation of judiciary and the rule of law has become a core-issue at both national and European level. The evolution of the constitutional and legislative system of administration of justice in Hungary is a paradigmatic example of this trend. The latter will be analysed in the light of assessing the evolving role attributed and played by the National Council of Justice. A special focus on the confrontation between the Council and the President of National Judicial Office will be provided, within a system which is classified as hybrid and "bicephalous" which is the expression of a "illiberal democratic" constitutional order.

Keywords: Hungary; Judicial Council; rule of law; independence; judges.

4937

1. Amministrazione della giustizia e rule of law: il "posto" del Consiglio Giudiziario Nazionale nel sistema ungherese.

Le riforme in materia di organizzazione giudiziaria introdotte a livello statale sono venute a rappresentare negli ultimi anni una delle più significative cartine di tornasole del rispetto dei principi fondanti del costituzionalismo contemporaneo, finendo – come noto – con il coinvolgere anche le istituzioni europee, le quali hanno ricondotto, sulla decisiva spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il rispetto dell'indipendenza dei giudici nell'alveo della rule of law europea evocata dall'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea¹. Dal punto di vista descrittivo, quindi, l'analisi dei sistemi statali di amministrazione della giustizia esprime una funzione di identificazione della formula politica di un determinato ordinamento statale. Allo stesso tempo, dal punto di vista giuridico-istituzionale, intervenire sulla natura e sulle specifiche caratteristiche di un

¹ In tema la dottrina è ormai vasta, si veda da ultimo L. Montanari, *La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali*, in *DPCE on line*, 1, 2020, 957-966; A. Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27, 1, 105-119; E. Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello Stato di diritto. La Corte di Giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE Online*, 3, 2019, 2197-2207.

sistema giudiziario può contribuire in modo determinante a favorire – e financo a consentire – un vero e proprio mutamento dell’assetto costituzionale complessivo, come il “caso” della Polonia dimostra in modo paradigmatico².

L’ordinamento che qui si analizzerà rispetto alla evoluzione del modello di amministrazione della giustizia – quello ungherese – sembra rientrare appieno nella dinamica appena descritta, ponendosi anzi quale “matrice” originaria per una serie successiva di riforme dell’organizzazione giudiziaria e dello status dei giudici che ha coinvolto anche altri Paesi dell’Europa centrale e orientale³. È stato sottolineato come la ridefinizione del sistema giudiziario e degli organi ai quali sono attribuite competenze e funzioni che riguardano lo status dei giudici e l’organizzazione della giustizia abbia rappresentato il nucleo originario ed essenziale della transizione verso una forma di democrazia illiberale avvenuta con l’entrata in vigore della nuova Costituzione ungherese del 2012⁴. Su tali premesse, l’analisi del sistema di amministrazione della giustizia che si è imposto a partire dal 2012 nell’ordinamento ungherese si rivela particolarmente rilevante almeno su due livelli di indagine: la riconducibilità del medesimo ai modelli di amministrazione della giustizia che si sono consolidati nel contesto europeo; e la sua compatibilità rispetto agli obiettivi tipicamente riconducibili alla organizzazione della giustizia, i quali corrispondono alla garanzia dell’indipendenza dei giudici dal punto di vista organizzativo e funzionale e dell’efficienza dell’ordinamento giudiziario⁵.

Tali aspetti, così come la valutazione complessiva del modello ungherese, verranno analizzati muovendo dalla verifica preliminare della presenza di un consiglio giudiziario e della natura, funzioni e poteri attribuiti a quest’ultimo,

² Da ultimo, N. Canzian, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 465-476; M. Ferrara, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell’indipendenza dei magistrati polacchi e della “Rule of Law”*. Nota a sent. CGUE grande sez. 5 novembre 2019 (causa C-192/18 Commissione vs Repubblica di Polonia), in *DPCE online*, 1, 2020, 899-906; S. Gianello, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2020, 489-498; J. Sawicki, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2019, 11-30.

³ Su tale dinamica, ad es. A. von Bogdandy, P. Sonnevend, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart, 2015; D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in *German Law Journal*, 19, 7, 2018, 2018-2019. Per una analisi sistematica dell’evoluzione del potere giudiziario in tale area, da ultimo A. Di Gregorio (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell’Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, CEDAM, 2019, in particolare 352-362.

⁴ Sulla riforma costituzionale ungherese, cfr. almeno G. F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Giappichelli, 2012; M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2012, 171-184; G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017, 151-154.

⁵ D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, cit., 1600. Sulle finalità in particolare della istituzione di forme consiliari di amministrazione di giustizia e per una ricostruzione della modellistica in materia, M. Volpi, *I consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2009, 948 ss.

nella consapevolezza che la mera istituzione di organi di auto-governo non rappresenta *ex se* una garanzia assoluta di indipendenza dei giudici o di efficienza della amministrazione della giustizia⁶.

2. Evoluzione storica del “modello” ungherese: da emblema dell'autogoverno a sistema ibrido.

L'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento ungherese in materia appare di particolare interesse e merita di essere brevemente descritta, prima di giungere all'analisi del modello di amministrazione della giustizia attualmente in vigore. Infatti, in dottrina viene sottolineato come l'Ungheria abbia rappresentato, all'interno dei Paesi suscettibili nel modello comunista che hanno compiuto una transizione verso regimi democratici, il primo esempio di sistema giudiziario fondato sulla istituzione di un organo di effettivo autogoverno⁷. L'articolo 50 della Costituzione del 1989 ha infatti previsto l'istituzione del Consiglio giudiziario nazionale⁸. Tale riforma ha consentito al sistema ungherese di passare da un modello di amministrazione di giustizia di tipo ministeriale a uno compiutamente consiliare⁹. Infatti, con la transizione ad un sistema democratico la titolarità delle competenze che tipicamente hanno ad oggetto lo status dei giudici (reclutamento, promozioni, retribuzione, responsabilità) sono state trasferite dall'esecutivo, e in particolare dal Ministro della Giustizia, ad un organo indipendente a composizione mista ma con una netta prevalenza di membri togati¹⁰. L'adesione al modello consiliare ha consentito al sistema ungherese di soddisfare gli standard internazionali e sovranazionali relativi all'indipendenza della magistratura¹¹, in particolare quelli ricavabili dagli atti di soft law a livello di Consiglio d'Europa¹² e previsti all'interno del processo di

⁶ Ivi, 1586, in cui si osserva, proprio alla luce dell'esperienza ungherese, che «judicial self-governance can be reduced and even abused to the detriment of individual judges».

⁷ Cfr. S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, in *Nomos*, 3, 2012, 8.

⁸ *Országos Igazságszolgáltatási Tanács*, poi effettivamente introdotto dalla legge n. 87 del 1997 sulla Organizzazione e l'amministrazione delle corti (artt. 34-59). Sull'evoluzione storica e i caratteri connotativi del ruolo dei consigli giudiziari, L. Montanari, *L'indipendenza della magistratura e il ruolo dei consigli di giustizia*, in R. Orrù, A. Ciammariconi, L. G. Sciannella (a cura di), *Il potere giudiziario nell'esperienza europea continentale: the “Most” dangerous branch. Giornate di Diritto e Storia costituzionale «Atelier 4 luglio – G.G. Floridia»*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 59-86.

⁹ Per una sistematizzazione della modellistica citata, M. Bobek, D. Kosar, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, in *German Law Journal*, 15, 7, 2014, in particolare 1265 ss.

¹⁰ Z. Fleck, *Changes of the Judicial Structure in Hungary – Understanding the New Authoritarianism*, in *Osteuropa Recht*, 4, 2018, 598 ss.

¹¹ M. Bobek, D. Kosar, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, cit., 1268.

¹² In generale, S. Bartole, *The contribution of the Venice Commission to the internationalization of the national constitutional law on the organization of the judiciary*, in I. Motoc, P. De Albuquerque, K. Wojtyczek (eds.), *New Developments in Constitutional Law: Essays in Honour of Andras Sajó*, Eleven, 2018, 1-20.

allargamento dell'Unione Europea che ha condotto l'Ungheria ad aderire ufficialmente nel 2004¹³. Rilevano in particolare i criteri individuati al fine di verificare l'adeguatezza delle caratteristiche degli organi di governo della magistratura al rispetto del principio di indipendenza dei giudici, sui quali gli organismi sovranazionali di monitoraggio hanno raggiunto un sostanziale consensus e che riguardano sostanzialmente la natura della fonte istitutiva, la quale dovrebbe essere di rango costituzionale; la composizione, che dovrebbe prevedere la presenza di almeno la maggioranza di componenti togati selezionati dalla comunità dei giudici; il tipo di poteri, che dovrebbero avere natura non meramente consultiva ma pienamente decisionale; la natura delle funzioni attribuite, che dovrebbero riguardare tutti gli ambiti relativi allo status dei giudici (in particolare selezione, reclutamento, promozioni, trasferimenti, responsabilità disciplinare); infine, il titolare della presidenza dell'organo, che dovrebbe essere riservata al Presidente della Corte Suprema o al Capo dello Stato¹⁴.

2.1. La svolta della nuova Legge Fondamentale: una struttura organizzativa bicefala.

È importante richiamare questi parametri, in quanto essi si rivelano fondamentali al fine di valutare la transizione verso un modello "ibrido" avvenuta con l'entrata in vigore della nuova Legge Fondamentale nel 2012. In tale processo di mutamento radicale della formula politica dell'ordinamento ungherese, la riforma della magistratura ha rappresentato un elemento centrale, l'esigenza della quale è stata fondata non tanto sulla necessità di conformare (quando non piegare) la disciplina del sistema giudiziario alla nuova forma di stato fondata sull'idea ossimorica di democrazia illiberale, quanto piuttosto sull'obiettivo – tipico di ogni proposta di riforma della magistratura anche in esperienze statali di democrazia consolidata – di aumentare l'efficienza dell'ordinamento giudiziario e l'accountability della magistratura, alla quale fin dalla transizione post-comunista si addebitava una tendenza alla eccessiva autoreferenzialità e al corporativismo¹⁵.

Si è utilizzata la qualificazione di ibrido in riferimento al sistema ungherese successivo al 2012 in quanto in esso convivono elementi tipici di una pluralità di modelli: consiliare, ministeriale e «*court service*»¹⁶. Sugli effetti di tale ibridazione in termini di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura in senso sia istituzionale che funzionale ci si soffermerà affrontando specifiche questioni relative alle caratteristiche attribuite all'interno del modello

¹³ D. Piana, *The Power Knocks at the Courts' Back Door: Two Waves of Postcommunist Judicial Reforms*, in *Comparative Political Studies*, 42, 6, 2009, 825 ss.

¹⁴ Per una sintesi di tali principi, J. Omejec, *Appointment, promotion and dismissal of judges and ethical standards*, in European Court of Human Rights Seminar "Strengthening Confidence in the Judiciary", 25 gennaio 2019, Strasburgo, in particolare 10-11.

¹⁵ S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, cit., 12.

¹⁶ Cfr. nota 9.

ungherese al Consiglio giudiziario nazionale, dopo avere descritto il quadro normativo che è scaturito dalla riconfigurazione dei principi costituzionali in materia avvenuta con l'entrata in vigore della nuova Legge Fondamentale. In termini generali, è possibile anticipare che la caratteristica principale del sistema è la ridefinizione in senso deteriore della natura giuridica e delle funzioni attribuite al Consiglio Giudiziario. Tale processo di "degradazione" è avvertibile fin dal livello costituzionale. Infatti, la versione originaria dell'art. 25 della Legge Fondamentale aveva compiuto una anche formale de-costituzionalizzazione di tale organo, il quale non solo non veniva più individuato quale titolare esclusivo delle funzioni relative all'amministrazione della giustizia, ma non veniva nemmeno nominato nel testo dell'articolo¹⁷. Ciò si poneva in netta rottura con il precedente quadro costituzionale in materia, dal momento che l'articolo 50, quarto comma, della Costituzione del 1989 affermava che «l'amministrazione delle corti deve essere esercitata dal Consiglio Nazionale di Giustizia», prevedendo al contempo la possibilità che altri «organi di auto-governo per la rappresentanza dei giudici» potessero partecipare a tale funzione. Un elemento di continuità è rappresentato dal fatto che a livello costituzionale la garanzia del rispetto dell'indipendenza è riferito esclusivamente al giudice e – quantomeno a livello testuale – non all'ordine della magistratura nel suo complesso. Unicamente a seguito delle critiche svolte a tale impostazione dagli organismi di monitoraggio internazionali, in particolare della Commissione di Venezia in seno al Consiglio d'Europa¹⁸, il testo dell'art. 25 Cost. è stato successivamente emendato, restituendo rilievo costituzionale al Consiglio Giudiziario Nazionale che viene ora testualmente citato quale organo che partecipa all'amministrazione della giustizia.

Tuttavia, l'esito di tale modifica¹⁹ ha finito con il produrre un effetto potenzialmente straniante, dal momento che, se a livello formale si giunge a una ri-costituzionalizzazione dell'organo, dal punto di vista sostanziale si opera un ribaltamento rispetto alla titolarità delle funzioni relative all'amministrazione della giustizia²⁰. Infatti, se nel testo costituzionale del 1989 al Consiglio venivano attribuite le funzioni tipiche relative allo status dei giudici (reclutamento, selezione, carriera, responsabilità), prevedendo solo eventualmente la

¹⁷ P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, cit., 99; S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, cit., 8

¹⁸ Sul ruolo della Commissione, cfr. I. Vörös, *The Constitutional Landscape after the Fourth and Fifth Amendments of Hungarian Fundamental Law*, in *Acta Juridica Hungarica*, 55, 1, 2014, 8 ss.

¹⁹ V Emendamento alla Costituzione, 16 settembre 2013.

²⁰ Secondo S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 303, la volontà della riforma è quella di «sostituire al cd. autogoverno della magistratura l'affidamento ad un Ufficio nazionale giudiziario del compito di garantire l'indipendenza del giudiziario nei confronti dell'Esecutivo».

partecipazione di altri soggetti, ora il rapporto regola-eccezione viene completamente rovesciato. Si prevede infatti l'istituzione di un Ufficio Nazionale per la Magistratura, presieduto da un giudice nominato a maggioranza assoluta dal Parlamento, al quale la Costituzione attribuisce «le responsabilità fondamentali dell'amministrazione delle corti ordinarie»²¹, limitando il ruolo del Consiglio a una funzione di mero controllo dell'amministrazione centrale, di cui risulta titolare il richiamato Presidente dell'Ufficio Nazionale, e di eventuale partecipazione alla medesima («*participate in the administration of the courts*»), senza una formale attribuzione di poteri in ambiti tipicamente riservati a tale organo. Tale assetto costituzionale rivela inequivocabilmente la volontà politica di introdurre un sistema organizzativo “bicefalo”, caratterizzato dalla coabitazione tra un organo di nomina parlamentare – l'Ufficio Nazionale – e uno rappresentativo della magistratura – il Consiglio –, all'interno del quale le funzioni che più incidono sullo status dei giudici siano attribuite in via esclusiva al primo, relegando il secondo a funzioni meramente consultive e di controllo²².

3. La traduzione legislativa dell'assetto costituzionale: il Presidente dell'Ufficio Giudiziario Nazionale come “dominus” delle funzioni relative allo status dei giudici e il ruolo residuale del Consiglio Giudiziario.

La ridefinizione dell'assetto istituzionale avvenuta a livello costituzionale trova conferma anche a livello legislativo²³, al quale l'articolo 25 Cost. rinvia per la concreta attribuzione ai due organi citati delle funzioni in materia²⁴. Analizzando la distribuzione di competenze compiuta in particolare dalla legge organica n. 61 del 2011, appare evidente che la traduzione legislativa del modello costituzionale si sia concretizzata in una pressoché assoluta concentrazione in un organo monocratico – il Presidente dell'Ufficio Nazionale – di tutte le competenze relative allo status dei giudici (nomina, promozioni, formazione), alla organizzazione e al budget degli uffici giudiziari²⁵. Allo stesso tempo, la legge organica n. 61 del 2011 declina la partecipazione all'amministrazione della giustizia da parte del Consiglio Giudiziario in termini esclusivamente accessori rispetto alle funzioni attribuite al Presidente dell'Ufficio Nazionale. L'art. 103

²¹ Legge fondamentale, 2012, art. 25, quinto comma.

²² Per una descrizione generale di tale assetto istituzionale, I. Vörös, *The Constitutional Landscape after the Fourth and Fifth Amendments of Hungarian Fundamental Law*, cit., 2 ss.; Commissione di Venezia, Parere sul Quarto emendamento della Legge Fondamentale, 14-15 giugno 2013, 16 ss.

²³ In particolare, la legge organica n. 61 del 2011 in materia di “Organizzazione e amministrazione delle corti” e la legge organica n. 62 del 2011 in materia di “Status e retribuzione dei giudici”.

²⁴ F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, CEDAM, 2013, 81 ss.

²⁵ In particolare, artt. 65 e 76 della legge n. 61 del 2011. Su tali aspetti, cfr. le osservazioni critiche della Commissione di Venezia nel parere citato in nota 21, 29 (§ 118) e del Report approvato il 6 febbraio 2019 dal Consiglio Giudiziario Nazionale, 6-7 (URL: <https://orszagosbiroitanacs.hu/?mdocs-file=1148>).

prevede infatti un ampio elenco di competenze di carattere generale²⁶ e settoriale²⁷, ma che esprimono natura meramente propositiva, consultiva o di monitoraggio – e comunque raramente vincolate – rispetto all'attività del Presidente dell'Ufficio Nazionale.

Il modello ungherese sembra quindi fondarsi su un assetto che può apparire paradossale, se non viene interpretato come funzionale all'obiettivo generale di incidere sulle garanzie dell'indipendenza – tanto interna quanto esterna – a livello sia istituzionale che funzionale. Da un lato, infatti, si prevede l'istituzione di un organo monocratico – il Presidente dell'Ufficio Giudiziario Nazionale – che risulta titolare pressoché esclusivo delle competenze relative all'amministrazione della giustizia²⁸, il quale, pur dovendo essere selezionato all'interno del corpo dei giudici, a causa della sua nomina di derivazione parlamentare rappresenta un canale di politicizzazione della gestione dell'attività giudiziaria e dello status dei giudici²⁹. Dall'altro lato, il Consiglio Giudiziario Nazionale rappresenta formalmente un esempio compiuto di organo di auto-governo della magistratura, essendo composto esclusivamente da membri togati: quattordici giudici, eletti a scrutinio segreto a maggioranza da parte di giudici a ciò delegati³⁰, e il Presidente della Kuria come membro di diritto³¹. Tuttavia, tale organo non risulta titolare di competenze significative in materia di status dei giudici, tanto che il suo ruolo in termini di rappresentatività e di garanzia dell'indipendenza della magistratura giudicante rischia di essere meramente simbolico o comunque non effettivo³². Tale ultimo elemento viene ulteriormente corroborato dal fatto che la presidenza del Consiglio è attribuita a rotazione tra tutti i membri per un massimo di sei mesi³³.

Non appare quindi sorprendente che la Commissione di Venezia abbia espresso valutazioni fortemente critiche non solo rispetto a singoli aspetti della riforma del sistema giudiziario ungherese, ma anche sul generale impianto

²⁶ In materia di monitoraggio dell'attività del Presidente, proposta a quest'ultimo e iniziativa legislativa in materia giudiziaria, pareri sugli atti del Presidente.

²⁷ Ad esempio, in materia di finanziamento dei tribunali, utilizzo delle risorse umane, formazione.

²⁸ Come rilevato ex plurimis da K. Kovács, K. L. Scheppele, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland – and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 51, 2018, 193-194.

²⁹ D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, cit., 1592.

³⁰ Secondo i criteri stabiliti dalla legge organica n. 61 del 2011 (artt. 91-100).

³¹ Art. 88, terzo comma, legge organica n. 61 del 2011.

³² Come criticamente rilevato dalla Commissione di Venezia nel citato Parere n. 663/2012, 14-15.

³³ Tale caratteristica è stata oggetto di critiche da parte della Commissione di Venezia, secondo la quale se ciò da un lato previene il rischio di una struttura gerarchica al suo interno, dall'altro lato ciò finisce con il limitare «*the external presentation and visibility of the NJC with regard to both the public and the other actors in the field of judicial administration*» (*Opinion on Act CLXII of 2011 on the legal status and remuneration of judges and Act CLXI of 2011 on the organisation and administration of courts*, n. 663/2012, 19 marzo 2012).

istituzionale della sua amministrazione³⁴. In particolare, la Commissione ha affermato che la concentrazione di poteri in un organo monocratico – il Presidente dell'Ufficio – e la contestuale compressione del ruolo del Consiglio Giudiziario finiscono con il contraddire non solo gli standard europei in materia di organizzazione della giustizia, relativi in particolare al rispetto dell'indipendenza dei giudici, ma risultano difficilmente compatibili anche con la tutela effettiva del diritto a un processo equo garantito dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁵.

3.1. Per una analisi dinamica del modello: il caso paradigmatico della nomina dei presidenti di tribunale.

Dal punto di vista teorico, il modello potrebbe non essere considerato *ex se* inadeguato ad assicurare un ragionevole bilanciamento tra esigenze di efficienza e accountability, da un lato, e garanzie di indipendenza e imparzialità della magistratura, dall'altro, dal momento che l'analisi comparata dimostra come non possa darsi "un" modello di sistema giudiziario in grado in quanto tale di garantire tale obiettivo. Il caso ungherese, del resto, dimostra paradigmaticamente come la previsione di meccanismi di auto-governo possa finire per tradursi in una sorta di abuso dei medesimi, a detrimento dell'indipendenza dei singoli giudici³⁶. Occorre quindi svolgere una valutazione dinamica di tali meccanismi, andando a cogliere gli effetti concreti prodotti dall'esercizio delle rispettive competenze dei due organi più volte richiamati in ambiti nevralgici in termini di garanzia dell'indipendenza della magistratura.

L'ambito della nomina dei presidenti dei tribunali³⁷ esprime paradigmaticamente quanto appena richiamato, tenuto conto del ruolo centrale svolto relativamente allo status dei giudici che compongono il tribunale interessato³⁸. A fronte di un quadro legislativo apparentemente in grado di coniugare in modo efficace titolarità del potere di nomina – attribuito al Presidente dell'Ufficio – e funzione di controllo svolta dal Consiglio Giudiziario, si è venuta a consolidare una prassi attuativa che finisce con il ridurre in modo

³⁴ Occorre da ultimo richiamare anche quanto affermato dalla Commissione europea nel Capitolo dedicato all'Ungheria del 2020 *Rule of Law Report* (settembre 2020), nel quale si riconosce che «*The National Judicial Council faces difficulties in counter-balancing the powers of the President of the National Office for the Judiciary*» e che «*The absence of effective control over the NOJ President increases the possibility of arbitrary decisions in the management of the judicial system*» (Ivi, 2-3).

³⁵ Ivi, 30 (§ 120).

³⁶ D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, cit., 1586.

³⁷ Su tale aspetto, oltre che per un'analisi generale del modello, M. A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2019, 189.

³⁸ In termini di carriera, valutazione della professionalità e responsabilità disciplinare (sul punto, D. G. Szabó, *A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part I*, in *VerfassungBlog*, 28 luglio 2019, URL: <https://verfassungsblog.de/a-hungarian-judge-seeks-protection-from-the-cjeu-part-i/>).

decisivo l'effettività del potere di veto riconosciuto in tale ambito al Consiglio Nazionale. La legge organica n. 61 del 2011 prevede infatti che siano i giudici che compongono il tribunale interessato dalla nomina a esprimersi, attraverso un voto segreto (art. 131). La graduatoria formatasi a seguito della votazione viene trasmessa al Presidente dell'Ufficio Nazionale, competente per la nomina, il quale può decidere di discostarsi dalla graduatoria ricevuta in base a principi generali, l'individuazione dei quali è stata attribuita al Consiglio Nazionale solo a seguito delle forti critiche espresse a livello internazionale³⁹. In questa fase è possibile individuare il primo *vulnus* all'effettività del principio costituzionale secondo cui i giudici partecipano all'amministrazione della giustizia, dal momento che il Presidente non è vincolato dalle raccomandazioni trasmesse, dovendo solo motivare nell'atto di nomina le ragioni che lo hanno indotto a discostarsi dall'esito della consultazione dei giudici interessati⁴⁰. Tuttavia, in questo caso – e più precisamente nel caso in cui il candidato scelto dal Presidente non abbia ricevuto almeno la maggioranza dei voti nella fase preliminare – è previsto l'obbligo di ottenere il parere favorevole e – in questo caso – vincolante del Consiglio Giudiziario, alla valutazione del quale la nomina risulta quindi condizionata.

Si configura quindi un onere procedurale che attribuisce un potere di veto al Consiglio, in tal modo riequilibrando l'ordine di priorità nell'esercizio di funzioni rispetto al potere di nomina del Presidente, nell'ottica peraltro di un rafforzamento delle garanzie nei confronti di selezioni orientate più dall'opportunità politica che dalle qualità professionali dei candidati⁴¹. Inoltre, un siffatto schema sembra ricondurre la titolarità del potere di nomina dei giudici all'alveo del rispetto dei richiamati standard internazionali ed europei, i quali raccomandano che la decisione sia attribuita a un organo indipendente caratterizzato da una composizione plurale, a maggioranza di membri togati, e che – elemento particolarmente rilevante nel caso considerato – l'autorità competente sia chiamata a conformarsi alle raccomandazioni espresse da tale organo, anche alla luce del principio per cui la procedura non deve solo essere, ma anche apparire, indipendente e imparziale⁴². Anche in questo caso, però, la legge n. 61 del 2011 prevede la facoltà per il Presidente dell'Ufficio Nazionale di annullare la procedura (dichiarandola «*unsuccessful*») e di non procedere quindi alla nomina, potendo in tal caso individuare – in deroga alla procedura descritta – un presidente *ad interim* per un massimo di un anno ma senza un divieto

³⁹ Cfr. Commissione di Venezia, *Opinion on the cardinal Acts on the judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary*, n. 683/2012, 12-13 ottobre 2012, 5 e 9.

⁴⁰ Ex artt. 103, terzo comma, e 132 legge organica n. 61 del 2011.

⁴¹ Anche in solo in termini di garanzia dell'apparenza di imparzialità della nomina, «*One cannot exclude the risk that the President of the NJO could appoint certain court presidents mainly because they are in line with his or her position*», secondo Commissione di Venezia, Parere n. 663/2012, 19 marzo 2012, 18, (§ 64).

⁴² Cfr. i rilievi espressi dall'International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI), *Still under threat: the independence of the judiciary and the rule of law in Hungary*, ottobre 2015, 19.

formale di reitenerla⁴³. Alla luce di reiterati casi di nomina ad interim⁴⁴ e delle statistiche relative al numero di procedure annullate nel corso degli ultimi anni⁴⁵, è possibile rilevare come, quantomeno nella prospettiva dell'apparenza di imparzialità delle procedure di nomina degli organi apicali degli uffici giudiziari, l'utilizzo sistematico della procedura derogatoria solleva rilevanti perplessità, come del resto rilevato a livello internazionale.

3.2. Gli effetti istituzionali di un modello s-bilanciato: la crisi costituzionale tra Presidente dell'Ufficio e Consiglio Giudiziario.

Le dinamiche attuative appena descritte esprimono una tendenza alla contrazione – tanto de iure quanto de facto – del ruolo del Consiglio Giudiziario Nazionale che caratterizza in termini sistematici l'attuale assetto dell'amministrazione giudiziaria in Ungheria, tenuto conto del fatto che la procedura di nomina dei giudici (iniziale e in funzione di progressione della carriera) rappresenta uno dei rari ambiti nei quali l'ordinamento attribuisce un potere di veto al Consiglio in relazione alle modalità di esercizio dei poteri del Presidente dell'Ufficio. Ciò è confermato dal fatto che la sistematica e reiterata attivazione di tale procedura derogatoria abbia provocato una vera e propria crisi costituzionale⁴⁶, che è sfociata, da un lato, nella richiesta di rimozione nei confronti del Presidente dell'Ufficio da parte del Consiglio Giudiziario, che non è stata accolta dal Parlamento (che non ha dedicato alcuna seduta alla valutazione nel merito della proposta), e, dall'altro lato, nella dichiarazione di illegittimità del Consiglio Giudiziario da parte del Presidente, a causa della sua composizione ridotta a undici eletti derivante dalla dimissione di quattro membri dell'organo. Peraltro, occorre rilevare che tale dichiarazione non ha ricevuto il supporto né del Presidente della Corte Suprema né del Ministro di Giustizia, i quali hanno continuato a presenziare alle riunioni del Consiglio riconoscendone formalmente la legittima costituzione⁴⁷. Tale contrapposizione istituzionale, che coinvolge il nucleo essenziale della garanzia della separazione dei poteri e della indipendenza, in particolare interna, dei giudici, è destinata a produrre effetti anche a livello europeo, andando prevedibilmente a sviluppare ulteriormente la nota giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rispetto della *rule of law* e

⁴³ Legge n. 61 del 2011, art. 133.

⁴⁴ Per alcuni esempi concreti, D. G. Szabó, *A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part I*, cit.

⁴⁵ Secondo i dati contenuti nel Report di Amnesty International Hungary, *Fearing the unknown. How rising control is undermining judicial independence in Hungary*, 2020, 20, la percentuale di domande annullate è cresciuta progressivamente (33.33% nel 2016, 50% nel 2017 e 55.31% nel 2018).

⁴⁶ Utilizza questa espressione il *Report on the fact-finding mission of the EAJ to Hungary della European Association of Judges*, aprile 2019, al quale si rinvia per una dettagliata descrizione delle varie fasi di tale crisi.

⁴⁷ L'art. 105, terzo comma, della legge organica n. 61 del 2011 fissa il quorum richiesto per il funzionamento in almeno i 2/3 dei membri. Si veda anche V. Vadász, *A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part II*, in *Verfassungsblog*, 7 agosto 2019.

dell'indipendenza della magistratura. Infatti, una corte ungherese ha rinviato una questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità della richiamata prassi del Presidente dell'Ufficio Nazionale di effettuare nomine ad interim in ruoli apicali degli uffici giudiziari, in deroga alla procedura legislativamente stabilita e in contrasto con il parere dell'organo di auto-governo dei giudici, con il principio di indipendenza di matrice europea delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia alla luce del combinato disposto dell'articolo 19, primo comma, del Trattato sull'Unione Europea e dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali, tenuto conto inoltre che si tratta di un organo monocratico che, pur di composizione togata *ex lege*, è nominato da e responsabile esclusivamente di fronte al Parlamento⁴⁸. La questione che la Corte di Giustizia sarà chiamata ad affrontare esprime la stretta connessione esistente tra modello di amministrazione della giustizia e garanzia dell'indipendenza dei singoli giudici, dal momento che il giudice rimettente chiede di verificare se i giudici dell'ufficio giudiziario nel quale il presidente sia stato nominato in via diretta dal Presidente dell'Ufficio Giudiziario Nazionale, in assenza di un bando pubblico o a seguito dell'annullamento della procedura selettiva, possano essere considerati effettivamente indipendenti, tenuto conto delle penetranti prerogative che il titolare dell'ufficio esercita nei confronti degli altri giudici che lo compongono.

4. Il sistema ungherese: “matrice” di un modello di amministrazione della giustizia di derivazione democratico-illiberale?

4947

L'analisi del caso ungherese dimostra inequivocabilmente come, in materia di amministrazione della giustizia, non ci si possa limitare ad un'analisi statica del quadro normativo ma si debbano necessariamente indagare le concrete dinamiche istituzionali e attuative che ne derivano⁴⁹. Se osservato secondo una prospettiva statica – la *law in the books* – il sistema ungherese può essere senz'altro sussunto alla categoria dei modelli ibridi⁵⁰, in quanto è caratterizzato dalla coesistenza di elementi tipici di una pluralità di approcci, senza che da ciò possa derivare un automatico giudizio di inadeguatezza in termini di efficacia e di compatibilità con la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, obiettivo al quale la disciplina dell'amministrazione giudiziaria viene tradizionalmente associata. È stata quindi proposta un'ulteriore caratterizzazione di tale modello in termini di sistema bicefalo, in quanto a livello costituzionale la competenza generale relativa all'amministrazione centrale della giustizia è attribuita al Presidente dell'Ufficio Nazionale ma si prevede la partecipazione di organi di auto-governo giudiziario, attribuendo formalmente al

⁴⁸ Causa C-564/19, 24 luglio 2019.

⁴⁹ D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, cit., 1586.

⁵⁰ M. Bobek, D. Kosar, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, cit., 1266.

Consiglio Giudiziario un compito di supervisione sull'attività del Presidente (art. 25 Cost.).

Avendo gli Stati ampia discrezionalità nella selezione del modello organizzativo da adottare, tale ripartizione non appare di per sé incompatibile con i richiamati standard europei⁵¹. Infatti, la carica di Presidente dell'Ufficio Nazionale può essere svolta esclusivamente da un giudice e la sua nomina è riservata all'organo legislativo, non all'esecutivo, e il Consiglio Giudiziario, composto unicamente da membri togati, esercita funzioni di proposta, consultive e di controllo relativamente a tutti gli ambiti di intervento del Presidente. Occorre comunque rilevare che, in riferimento alle caratteristiche del Consiglio ungherese, sono riscontrabili debolezze strutturali che sembrano difficilmente compatibili con alcuni – essenziali – standard internazionali. Se questi ultimi, infatti, vengono soddisfatti rispetto alla natura costituzionale e alla composizione prevalentemente togata dell'organo, non vengono integrati in relazione all'ambito e alla natura delle funzioni attribuite, le quali non riguardano ambiti connessi allo status del giudice (reclutamento, carriera, responsabilità, formazione) e esprimono meramente una forza consultiva – prevalentemente non vincolante – e non decisionale.

Al fine di verificarne la tenuta in termini empirici, si è quindi proposto un'analisi delle effettive dinamiche istituzionali derivanti dalle modalità di esercizio delle rispettive funzioni. Queste, anche alla luce del mutamento di formula politica compiuto dall'entrata in vigore della Legge Fondamentale nel 2012⁵², dimostrano come il rapporto di forza tra i due organi si riveli non bilanciato e inadeguato a garantire l'effettività delle funzioni di controllo attribuite al Consiglio. Tale vulnus si rivela ancor più evidente e critico in termini di garanzia dell'indipendenza e di immagine di imparzialità, in tutti quegli ambiti nei quali i poteri del Presidente dell'Ufficio Nazionale riguardano lo status dei giudici, come emerso in relazione alle procedure di selezione. Oltre alla già descritta natura tendenzialmente non vincolante dei propri poteri, la «debolezza strutturale»⁵³ del Consiglio risulta ulteriormente aggravata dalla configurazione dell'assetto organizzativo di quest'ultimo. Dal punto di vista del funzionamento, il fatto che i giudici eletti nel Consiglio non siano automaticamente esonerati dalle funzioni giurisdizionali per la durata del

⁵¹ Per una sistematizzazione di tali principi, alla luce della giurisprudenza euro-unitaria, si veda J. Mazzuri, *Su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'UE: fra perfezionamento di un modello internazionale di indipendenza della magistratura e tentativi di riforma del CSM italiano*, in *DPCE on line*, 1, 2020, 935-946.

⁵² Appare applicabile al caso ungherese quanto sostenuto in riferimento all'area balcanica da F. Palermo, J. Woelk, *L'indipendenza della magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali*, in M. Calamò Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti (a cura di), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, 2008, 227, citati da L. Montanari, *L'indipendenza della magistratura*, cit., 85, secondo cui «le regole dell'autonomia e l'indipendenza della magistratura (...) possono funzionare solo se calate in un contesto in grado di accoglierle armonicamente».

⁵³ F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, cit., 83.

mandato⁵⁴ rappresenta senz'altro un elemento che può incidere sulla quantità e sulla qualità del lavoro svolto in seno al Consiglio, tenuto conto in particolare dell'esigenza di svolgere un monitoraggio costante sugli atti del Presidente dell'Ufficio. Ulteriore fattore in grado di incidere sull'effettività delle funzioni attribuite è rappresentato dal fatto che la legge prevede che il Consiglio si riunisca almeno quattro volte all'anno, pur potendo il Consiglio fissare ulteriori sedute se lo ritenga necessario⁵⁵. Infine, a livello organizzativo e gestionale, si configura una vera e propria dipendenza finanziaria dall'Ufficio Nazionale, il quale deve assicurare le condizioni operative per il funzionamento del Consiglio⁵⁶, non godendo quest'ultimo di una amministrazione autonoma⁵⁷ ma dipendendo sostanzialmente per il proprio funzionamento dalle risorse – anche finanziarie⁵⁸ – messe a disposizione dall'organo che è chiamato a controllare⁵⁹.

In ultima analisi, il cambio di paradigma nell'assetto interno all'amministrazione della giustizia operato a partire dall'entrata in vigore della nuova Legge Fondamentale ungherese ha rappresentato una matrice utilizzata successivamente da altri Paesi dell'Europa centro-orientale, dando vita a una inedita terza ondata all'interno del modello consiliare in tale area («*transition*», dal 1989 al 1997 e «*pre-accession wave*», dal 1998 al 2006⁶⁰), che – almeno per quanto riguarda l'ordinamento ungherese – pare essere caratterizzata in modo decisivo, non superabile con meri correttivi puntuali, dalla sua derivazione da un modello costituzionale fondato sull'ossimorico concetto di democrazia illiberale.

Simone Penasa
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Trento
simone.penasa@unitn.it

⁵⁴ Legge organica n. 61 del 2001, art. 112, terzo comma.

⁵⁵ Ivi, art. 105. Su tali aspetti, International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI), *Still under threat: the independence of the judiciary and the rule of law in Hungary*, cit., 22.

⁵⁶ Legge organica n. 61 del 2011, art. 104.

⁵⁷ Z. Fleck, *Judges under Attack in Hungary*, in *Verfassungsblog*, 14 maggio 2018 (URL: <https://verfassungsblog.de/judges-under-attack-in-hungary/>).

⁵⁸ Hungarian Helsinki Committee, *Assessment of the Amended Hungarian Laws on the Judiciary*, settembre 2012, 5, che richiama quanto previsto dall'art. 104, primo comma, della legge organica n. 61 del 2011, secondo cui il Presidente dell'Ufficio Giudiziario Nazionale deve comunque concordare con la proposta di finanziamento presentata dal Consiglio Giudiziario Nazionale.

⁵⁹ S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, cit., 9, si esprime in termini di «corto-circuito istituzionale».

⁶⁰ D. Kosar, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, cit., 1599-1600, il quale si riferisce a D. Piana, *The Power Knocks at the Courts' Back Door: Two Waves of Postcommunist Judicial Reforms*, cit., 162-165.

Il Consiglio superiore della magistratura rumeno. Prospettive di una transizione ancora in corso

di Valerio Lubello

Abstract: - **Romanian Superior Council of Magistracy. Perspective of an ongoing transition** - Romania's achievement of the European Union membership has imposed deep legislative changes. Which brought the State's magistrature closer to the independence, transparency and balancing standards. However, in 2017 the Romanian government started an ongoing reform of the magistrature legal system through emergency legislative acts. As a result, Romania's compliance to the obligations deriving from its European Union membership has been strongly jeopardized. This article analyses the evolution of the Romanian Superior Council of Magistracy as well as the conflict with the European institutions arising from the recent reforms.

Keywords: Romania; Judicial System; Indipendence; Rule of law, Romanian Superior Council of Magistracy

4951

1. Introduzione

«Il diavolo non si nasconde nei dettagli ma nel contesto»¹. Con queste parole l'Avvocato generale Michal Bobek introduce alla Corte di giustizia alcune delle questioni pendenti che riguardano l'indipendenza del potere giudiziario all'interno dell'ordinamento rumeno.

Un insieme di riforme tra loro apparentemente scollegate e *prima facie* neutrali stanno infatti minando il principio dell'indipendenza del potere giudiziario rumeno. Che, negli ultimi lustri, si era invece caratterizzato² per l'adozione di modelli e soluzioni garantiste e rispettose dei più avanzati principi della c.d. *rule of law*, specie con riferimento al ruolo del Consiglio superiore della magistratura.

L'Atto di annessione della Romania all'Unione europea e il Meccanismo di cooperazione e verifica hanno infatti richiesto al Paese modifiche costanti nell'ottica di una maggiore indipendenza e trasparenza degli organi di riferimento. Modifiche negli anni monitorate e da ultimo aspramente criticate dalla

¹ Conclusioni dell'Avvocato generale, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, p.to 274.

² B. Iancu *Separation of Powers and the Rule of Law in Romania: The Crisis in Concepts and Contexts*. In A. von Bogdandy, P. Sonnevend (cur.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015, pp. 153-169.

Commissione europea e, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla Commissione di Venezia.

Per comprenderne appieno il “contesto” è anzitutto utile soffermarsi per sommi capi sull'evoluzione diacronica dell'organo di garanzia del potere giudiziario. Cercando poi di cogliere l'insieme dei dettagli che alimenta tale contesto e genera nuovi ed accesi dibattiti.

2. Breve lettura diacronica

A seguito dell'esperienza fanariota del 1831-1832, caratterizzata da influenze ottomane e russe³, la Convenzione di Parigi del 1858 riconosceva alle regioni di Valacchia e Moldavia prerogative coerenti con gli elementi tipici del costituzionalismo moderno che si stava affermando nel resto d'Europa. I tentativi di riforma costituzionale del periodo confluirono poi nel processo unificatore conclusosi con la Costituzione del 1866⁴.

Evidente in questa fase è la contaminazione con la Costituzione belga del 1831 nonché con il costituzionalismo americano, britannico e soprattutto francese⁵. Il potere giudiziario appariva come diretta promanazione regia, essendo i giudici nominati dal sovrano⁶.

Un primo organo di autogoverno della magistratura compare nell'ordinamento rumeno già nel 1909. Previsto da legge ordinaria, era deputato alle questioni disciplinari dei magistrati e agli avanzamenti di carriera degli stessi⁷.

La costituzione del 1923, di sostanziale continuità con la precedente Costituzione del 1866, lascia la nomina dei giudici ancora in capo al Re, sancendo però la non interferenza del potere regio con l'amministrazione della giustizia⁸.

A seguito dell'occupazione del Paese da parte dell'Armata Rossa nel 1944, il tradizionale modello belga-francese che aveva avvicinato la Romania ai paesi di costituzionalismo più avanzato sul finire del diciannovesimo secolo viene sostituito da uno dei più esemplari “modelli sovietici”.

³ Carte del 1831 in Valacchia e del 1832 in Moldavia (c.d. Regolamenti organici).

⁴ La Costituzione del 1866 pur distaccandosi sensibilmente dai contenuti della c.d. Convenzione di Parigi, prese il nome di “Statuto per lo sviluppo della Convenzione di Parigi”

⁵ A. Febbrajo, *Modelli costituzionali nella Romania pre-comunista una analisi comparativa*, in DPCE n. 2/2009, p. 512. Per quanto concerne l'influenza belga nel testo del 1866 e poi in quello del 1923 v. A. Rădulescu, *L'influence Belge sur le Droit Roumain*, Bruxelles, Puvrez, 1932

⁶ Art. 93, Costituzione rumena del 1866 reperibile al seguente URL: <http://www.constitutia.ro/>. Vale altresì ricordare che non potevano essere costituiti dei tribunali speciali se non in forza della legge cfr. Art. 104 e 105 Costituzione rumena del 1866 reperibile al seguente URL: <http://www.constitutia.ro/>. V. inoltre a riguardo M. Gutan, *Building the Romanian Modern Law – Why is it Based on Legal Transplant?*, in *Acta Universitatis Lucian Blaga*, 2005, p. 130 ss.

⁷ V. sul punto B. Selejan-Guțan *Romania: Perils of a “Perfect Euro-Model” of Judicial Council*, Volume 19, Issue 7, p. 1713.

⁸ Art. 88 c. 6 Costituzione rumena del 1923 a mente del quale il Re «nomme ou confirme dans toutes les fonctions publiques conformément aux lois». Ai sensi dell'art. 88, c. 5, Costituzione rumena del 1923 inoltre il Re «ne peut suspendre le cours des poursuites ou des jugements, ni intervenir d'aucune manière dans l'administration de la justice». Con riferimento agli articoli del potere giudiziario v. gli artt. 101-107.

I giudici diventano dunque espressione del potere esecutivo, fortemente subordinati alle volontà del Partito Comunista. Del pari, le procure appaiono come una nitida espressione della c.d. “Telephone justice” controllata di fatto dal Partito.

L'implosione televisiva del regime comunista ha dato seguito ad una transizione democratica avvenuta con strumenti in parte diversi rispetto a quelli che hanno caratterizzato l'area centro orientale dell'Europa. In tal senso, il mancato ricorso alle c.d. Tavole rotonde ha permesso al nuovo ordinamento di legittimarsi. Lasciando però delle linee di continuità con l'ordinamento precedente anche per quanto concerne la disciplina della giustizia⁹.

La Costituzione del 1991, almeno dal punto di vista dell'organizzazione del potere giudiziario, rimaneva infatti in parte ancorata all'esperienza comunista. Il CSM era ben l'ontano dall'essere un organo espressivo dell'indipendenza della magistratura. Per quanto presente esso era infatti obbligato ad una costante consultazione con il Ministro della giustizia, di cui appariva come una sostanziale promanazione. Le funzioni erano di fatto limitate alle questioni relative alla promozione, ai trasferimenti e alle sanzioni dei magistrati, intesi come giudici e pubblici ministeri¹⁰. Difatti, la selezione e la nomina dei magistrati, per quanto formalmente attribuite al CSM, venivano in realtà materialmente condotte dal Ministro della Giustizia¹¹.

Per i fini che qua interessano, è da sottolineare la forte connotazione politica del CSM essendo tutti i suoi componenti eletti per un mandato di quattro anni dal Parlamento in seduta comune¹² e individuati nell'ambito delle posizioni apicali della Corte di cassazione e giustizia e delle Corti d'appello. Già nell'ambito dell'Assemblea costituente erano inoltre emerse criticità circa la composizione di un CSM da parte di soli magistrati (*amplius infra*)¹³.

Ai sensi della legge sull'organizzazione della giustizia¹⁴, il CSM era composto da quindici membri. Di questi, quattro erano individuati tra i giudici della Suprema corte di cassazione, tre tra i procuratori dell'ufficio generale della procura presso la Suprema corte di cassazione, sei tra i giudici individuati tra i giudici delle Corti di appello e due tra i procuratori afferenti alla Procura della Corte di appello di Bucarest.

Con la costituzione democratica, l'indipendenza della magistratura viene annoverata tra i limiti espliciti alla revisione della Costituzione¹⁵ e il principio di

⁹ A. M. Febbraio, *Il costituzionalismo romeno nella post-transizione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2011, p. 211- 224.

¹⁰ Art. 124, Costituzione rumena del 1991.

¹¹ La Costituzione riconosceva al CSM la proposta di nomina dei giudici e dei pubblici ministeri, nominati poi dal Presidente della Romania (Art. 133, c. 1, Costituzione rumena del 1991). Purtuttavia, la presidenza delle sedute “di proposta” spettava al Ministro della giustizia (Art. 133, c. 1, Costituzione rumena del 1991) il quale poteva evidentemente influenzarne l'esito pur non avendo diritto di voto (Art. 132, Costituzione rumena del 1991).

¹² Art. 132, Costituzione rumena del 1991.

¹³ B. Selejan-Guțan, *The Constitution of Romania. A contextual analysis*, Hart Publishing, 2016, p. 198 ss.

¹⁴ L. n. 142/1997.

¹⁵ Art. 152, c. 1 Costituzione della Romania.

separazione dei poteri, ancorché non (ancora) espressamente enucleato (lo sarà dal 2003, *amplius infra*), veniva reiteratamente sancito dalle pronunce della Corte costituzionale¹⁶.

3. Le modifiche costituzionali del 2003

Soltanto, dunque, con le riforme degli anni 2003 e 2004 il c.d. *Adversive constitutionalism*¹⁷ ha potuto trovare un pieno dispiego anche per quanto concerne l'organizzazione del sistema giudiziario rumeno.

Attraverso una revisione sistemica della Costituzione agli inizi degli anni 2000¹⁸, in vista dell'adesione all'Unione europea la Romania si è dotata di alcuni principi tipici delle istituzioni di democrazia avanzata, fortemente caldeggiati per i paesi in transizione, dai c.d. Criteri di Copenaghen¹⁹.

La sezione 3, del Capitolo VI relativa al CSM è stata, così, profondamente modificata nel 2003; mentre nel corso del 2004 sono state adottate le c.d. "Leggi sulla giustizia". Si tratta di riforme (i cui contenuti sono variamente richiamati nei successivi paragrafi) che nel loro insieme hanno certamente aumentato il tasso di indipendenza del CSM, avvicinandolo ai parametri europei in vista proprio dell'annessione all'Unione europea²⁰. È grazie ad esse il CSM ha acquisito maggiore centralità nell'assetto costituzionale rumeno, ponendosi, almeno in potenza, come organo garante dell'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri²¹. In ossequio al principio di separazione dei poteri che trova ora riscontro esplicito nel nuovo testo costituzionale²².

¹⁶ Corte costituzionale rumena sent. n. 209/1999 e prima ancora n. 27/1993 e 9/1994 reperibili in rumeno al seguente url: <https://lege5.ro/>.

¹⁷ V. Kl Scheppele, *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models* in *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003), 300.

¹⁸ V. per una sintesi F. Carella, *Romania: La revisione costituzionale romana del 2003. La Corte rafforzata, il Presidente più arbitro, il Primo Ministro più al centro dell'esecutivo, una lieve prevalenza della Camera anche se la fiducia resta bicamerale* in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

¹⁹ Definiti come noto dal Consiglio Europeo di Copenaghen nel 1993 e recepiti ad oggi dal Trattato sull'Unione europea, art. 49, art. 6, par. 1 Sul punto v. A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in EU accessions: The emergence of a European basic principle*, 52 *German Yearbook of International Law* 405 (2009). Per una panoramica v. A. Di Gregorio, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2004, p. 2067 ss.

²⁰ Relazione periodica del 2004 sui progressi compiuti dalla Romania verso l'adesione [SEC (2004) 1200], p. 19.

²¹ Cfr. B. Selejan-Guțan, *Transitional Constitutionalism and Transitional Justice in Postcommunist States – The Romanian Case* in *Romanian Journal of comparative Law*, 2/2010, 289–90. V. altresì E. S. Tănăsescu & R. Popescu, *Romanian High Judicial Council, - Between Analogy of Law and Technical Trifles*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, n. 36E/2012, p. 170 ss.

²² Art. 1, par. 4 della Costituzione rumena vigente, a mente del quale: «The State shall be organized based on the principle of the separation and balance of powers-legislative, executive and judicial-within the framework of constitutional democracy».

Il modello di riferimento delle modifiche relative al CSM è stato quello francese-italiano; il che ha permesso alla Romania di essere considerata una sorta di *best-practice* in chiave comparata²³.

Pur modificando di fatto ogni aspetto dell'organizzazione della giustizia, tali novelle non hanno però del tutto appianato le criticità e le questioni legate all'indipendenza del sistema giudiziario rumeno, soprattutto nell'ottica degli incalzanti "standard europei".

4. Il Meccanismo di cooperazione e verifica

Come conseguenza dell'Atto di adesione all'Unione europea²⁴ a partire dal 1° gennaio 2007, è stato adottato – con decisione della Commissione europea del 14 dicembre 2006 – il Meccanismo di valutazione e cooperazione (MVC)²⁵ al centro oggi di un vivo dibattito circa la sua valenza giuridica e la portata vincolante o meno degli atti da esso scaturenti nell'ambito del potere giudiziario rumeno²⁶.

Il Meccanismo è orientato al rispetto dei «parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione»²⁷. Detti parametri enucleati dall'Allegato 1 della Decisione riguardano, tra l'altro, la necessità di «Garantire una maggiore trasparenza e una maggiore efficienza dei procedimenti

²³ B. Iancu, *Romania – The Vagaries of International Grafts on Unsettled Constitutions*, in A. Albi, S. Bardutzky (cur), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Springer, 2019, p. 1057. Nonché N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, 57 American Journal of Comparative Law 103, (2009). Per il modello francese v. per tutti L. Montanari, *Il governo della magistratura in Francia*, CEDAM, 1998. Per quanto concerne ancora una prospettiva comparata v. *ex plurimis* M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in questa Rivista, 2009, 948 ss.

²⁴ Atto di adesione del 21 giugno 2005 relativo alle «condizioni di adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea». Cfr. in particolare gli articoli 37 e 38 note come "clausole di salvaguardia" permettono alla Commissione di adottare le adeguate misure, anche di natura sospensiva del processo di adesione, nel caso in cui vi sia pregiudizio per la "salvaguardia del mercato interno" (art. 37) o nel caso di pregiudizio nel recepimento nell'attuazione e nell'applicazione degli strumenti di cooperazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 38).

²⁵ B. Iancu, *Post-Accession Constitutionalism with a Human Face: Judicial Reform and Lustration in Romania*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6/2010, 28-58.

²⁶ Sono dunque le questioni «che riguardano la responsabilità e l'efficienza del sistema giudiziario e degli organismi preposti a fare applicare la legge» a giustificare l'istituzione del MVC, in modo che la Commissione possa valutare il rispetto da parte del Paese dei parametri fissati dal meccanismo stesso. V. in tal senso Considerando 6, Decisione 2006/928/CE

²⁷ Decisione 2006/928/CE, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione. Come ricordato dal Considerando 3 della Decisione anzidetta Come ricordato dalla Commissione, il rispetto della c.d. *rule of law* presuppone infatti «l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di un sistema giudiziario e amministrativo imparziale, indipendente ed efficace, dotato di mezzi sufficienti, per contrastare la corruzione»

giudiziari, in particolare potenziando la capacità e la responsabilità del Consiglio superiore della magistratura»²⁸.

Il Meccanismo impone dunque alla Romania e alla Commissione un reciproco scambio documentale²⁹, da cui scaturiscono i report periodici della Commissione europea sia di natura tecnica che di natura sistemica (Technical Report e Progress Report). Ed è grazie a tali Report che può leggersi in parte l'evoluzione del sistema giudiziario negli ultimi quindici anni.

Con riferimento al CSM, la Commissione sin dal 2007³⁰ ha avuto modo di denunciare le carenze finanziarie dell'organo. Per poi proseguire nel 2008, dichiarando che «Pur essendo insediato stabilmente, il Consiglio superiore della magistratura (CSM) non ha ancora esercitato il suo mandato in modo totale e coerente, specie per quanto riguarda le indagini proattive nei casi disciplinari». Conclusioni sostanzialmente ripetutesi negli anni successivi, per giungere infine alle recenti relazioni attraverso cui la Commissione ha criticato con vigore, facendo emergere criticità invero latenti, le questioni sottese alle novità degli anni 2017 e 2018³¹.

Come anticipato, l'effettiva portata di tali reportistiche è ora oggetto di numerosi rinvii pregiudiziali promossi dai giudici interni nell'ottica di tutelare l'indipendenza del sistema giudiziario dalle recenti modifiche dell'esecutivo. Le questioni pendenti di fronte alla Corte di giustizia hanno infatti tra l'altro il compito di chiarire quali siano la natura giuridica e gli effetti del MCV e in

²⁸ P.t 1 allegato 1 della Decisione 2006/928/CE. Gli altri parametri individuati dal medesimo sono orientati a: «2) Creare, come previsto, un'agenzia di integrità responsabile della verifica delle proprietà, delle incompatibilità e dei potenziali conflitti d'interesse, nonché dell'emissione di decisioni obbligatorie su cui basare eventuali azioni dissuasive; 3) Sulla base dei progressi già compiuti, continuare a condurre indagini professionali e imparziali su accuse di corruzione ad alto livello; 4) Adottare ulteriori misure per prevenire e combattere la corruzione, in particolare all'interno delle amministrazioni locali».

²⁹ Ai sensi dell'art. 1 della decisione infatti «Ogni anno, entro il 31 marzo e per la prima volta entro il 31 marzo 2007, la Romania riferisce alla Commissione sui progressi compiuti per quanto riguarda il rispetto di ciascuno dei parametri di riferimento esposti nell'allegato (art. 1, c.1). La Commissione può, in qualsiasi momento, fornire un'assistenza tecnica attraverso diverse attività oppure raccogliere e scambiare informazioni sui parametri di riferimento. La Commissione può inoltre, in qualsiasi momento, organizzare missioni di esperti in Romania a tale scopo. Le autorità romene forniscono alla Commissione l'assistenza necessaria a tale riguardo» (art. 1, c. 2). Per quanto concerne i compiti spettanti alla Commissione, la stessa è tenuta a trasmettere «al Parlamento europeo e al Consiglio, per la prima volta nel giugno 2007, le proprie osservazioni e conclusioni in merito alla relazione presentata dalla Romania» (Art. 2, c. 1.). La Commissione è inoltre tenuta ad aggiornare il Parlamento europeo ed il Consiglio con scadenza almeno semestrale (Art. 2, c. 2.).

³⁰ V. sul punto la Relazione di verifica del grado di preparazione della Bulgaria e della Romania in vista dell'adesione all'Unione europea, COM(2006) 549 definitivo sottolineava già nel 2006 la presenza di «alcune questioni in sospeso» con riferimento alla responsabilità e all'efficienza del sistema giudiziario.

³¹ I Technical Report e i Progress Report dal 2007 ad oggi sono tutti reperibili al seguente URL: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_en.

particolare se le raccomandazioni *de quo* debbano o meno avere un'efficacia vincolante per le autorità rumene³².

Più in generale, si chiede alla Corte di chiarire se il MCV possa considerarsi come un atto compiuto da un'istituzione dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267 TFUE e dunque possa essere sottoposto all'interpretazione della Corte di giustizia³³.

Per quanto attiene la vincolatività della reportistica, le questioni appaiono di natura più complessa: «In un siffatto contesto storico e normativo, un'interpretazione della decisione sull'MCV ai sensi della quale i parametri di riferimento inclusi nel suo allegato non vincolerebbero la Romania comporterebbe che l'intero MCV conferirebbe alla Romania carta bianca per non conformarsi ai requisiti essenziali di adesione»³⁴.

5. Le modifiche degli anni 2017 e 2018

Come detto, negli anni 2017 e 2018 sono stati adottati numerosi atti di riforma del sistema giudiziario che hanno reiteratamente modificato le c.d. leggi sulla giustizia. Vale a dire la legge n. 303/2004 sullo status dei giudici e dei magistrati³⁵, la legge n. 304/2004 sull'organizzazione del potere giudiziario³⁶ e la legge n. 317/2004 sul Consiglio Superiore della Magistratura³⁷.

Tali novelle sono state criticate sia con riferimento alle modalità di adozione che con riferimento al contenuto (v. oltre).

Per quanto concerne l'*iter* di adozione delle riforme, vale la pena ricordare come le stesse siano state introdotte dopo un fallito tentativo di modifica condiviso con il potere giudiziario³⁸. Di riflesso, costante è stato il ricorso a procedimenti accelerati in seno al Parlamento che hanno impedito di fatto gli opportuni

³² In merito, l'Avvocato generale, come riportato ai p.to 124, 164 e 168 delle sue conclusioni, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, ha ribadito che «non vi è alcun dubbio che, indipendentemente dalla questione concernente il carattere eventualmente vincolante della decisione sull'MCV e delle relazioni adottate sulla base di essa, tanto l'una quanto le altre costituiscono atti di diritto dell'Unione, e che la Corte è competente a interpretare nell'ambito del procedimento pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE». L'Avvocato generale non ritiene però che i contenuti dei Report siano in ogni loro aspetto vincolanti, vi sarebbe infatti un più generale «obbligo di cooperare, ma non di seguire alla lettera». Pertanto, «i giudici nazionali non possono, alla luce del diritto dell'Unione, fondarsi sulle raccomandazioni contenute nelle relazioni sull'MCV per escludere l'applicazione di disposizioni di diritto nazionale che essi ritengano contrarie a siffatte raccomandazioni».

³³ Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19. V. altresì v. anche Causa C-397/19.

³⁴ Pt.o 153, Conclusioni Avvocato generale, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19.

³⁵ Modificata dalla l. n. 242/2018, gazzetta ufficiale di Romania, Part. I, n. 868 del 15 ottobre 2018

³⁶ Modificata dalla l. n. 207/2018 Part. 1, n. 636 del 20 luglio 2018.

³⁷ Modificata dalla legge n. 234/2018, gazzetta ufficiale di Romania, Part. I, n. 850 del 8 ottobre 2018. Per uno scenario immediatamente antecedente alle riforme *de quo* v. A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?* in *DPCE Online*, 4/2016, p. 175 ss.

³⁸ Commissione di Venezia, ottobre 2018, p.to 22.

confronti *ex ante* con lo stesso CSM³⁹. Ben cinque sono stati poi i decreti di urgenza adottati in materia tra il settembre 2018 e il marzo 2019⁴⁰.

Come conseguenza, molte sono state le criticità sollevate dalle diverse componenti democratiche interne e *lato sensu* esterne all'ordinamento rumeno. Il CSM non ha mancato di esprimere almeno due opinioni negative sull'intero comparto di riforma⁴¹. Del pari, una richiesta esplicita nel ritirare gli emendamenti è stata altresì sottoscritta da circa 4000 magistrati e numerose sono state le manifestazioni e proteste di varia natura anche esterne all'apparato giudiziario. Anche in ragione di tali attriti di natura procedurale, il Presidente della Romania ha chiesto un'opinione alla Commissione di Venezia. Detta Opinione, datata ottobre 2018, non ha mancato di sottolineare le diverse criticità delle novelle ed è stata utilizzata *de relato* anche nei report della Commissione per sottolineare le minacce all'indipendenza del potere giudiziario e del CSM sottese alle norme di natura "emergenziale" adottate dall'esecutivo⁴².

Più di recente l'Avvocato generale della Corte di giustizia, ancora con riferimento alla legislazione emergenziale, ha avuto modo di sottolineare come: «Le leggi che dovrebbero disciplinare, dal punto di vista strutturale, il terzo potere di uno Stato, dovrebbero essere adottate, in un sistema rispettoso di una vera separazione dei poteri, soltanto al termine di una debita riflessione e deliberazione, dando voce a tutti gli organi legislativi e giudiziari pertinenti, che sono normalmente coinvolti nella concezione di una legislazione. Del resto, auspicabilmente, tali leggi dovrebbero durare di più di un'effimera»⁴³.

Con recente referendum consultivo, tenutosi nel 2019 contestualmente alle elezioni del Parlamento europeo, una percentuale consistente degli aventi diritto (86,18%) ha avallato la possibilità di ridurre il ricorso alle ordinanze di urgenza, tra l'altro, anche in materie afferenti alla giustizia. Conseguenzialmente si sono ad oggi avviate delle iniziative di revisione alla Costituzione nell'ottica di apportare le modifiche caldeggiate dall'esito del quesito referendario.

³⁹ Commissione di Venezia, ottobre 2018, p.to 22 e Commissione UE, technical report 2018.

⁴⁰ Decreti d'urgenza nn. 77/2018, 90/2018, 92/2018, 7/2019 e 12/2019.

⁴¹ V. sul punto B. Selejan-Guțan *Romania: Perils of a "Perfect Euro-Model" of Judicial Council*, cit.

⁴² Si tratta dell'Opinione della Commissione di Venezia del 20 ottobre 2018. Sintomatica del latente conflitto appare la reazione della Corte costituzionale alle indicazioni della Commissione di Venezia. Con le sentenze 358/2018 riferita alla legge 317/2004 e sent. n. 357/2018 la Corte costituzionale interpellata dallo stesso Presidente della Romania ha infatti ritenuto che la possibilità di imporre delle scadenze al dibattito sulle riforme del sistema giudiziario in vista di una nuova Opinione della Commissione di Venezia non può considerarsi questione conoscibile dalla Corte essendo le raccomandazioni di un organo internazionale implementabili soltanto dal Parlamento. Nel dettaglio: «the opinion provided by the Venice Commission cannot be used in the examination of constitutionality. The recommendations made by the international forum could have been useful to the legislator, in the parliamentary procedure for drafting or amending the legislative framework, the Constitutional Court being empowered to carry out a review of the compliance of the regulatory document adopted by the Parliament with the Fundamental Law, and not to verify the opportunity of one legislative solution or another, aspects that fall within the discretion of the legislator, within its policy regarding the laws of justice».

⁴³ Conclusioni AG, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, p.to 255.

6. La composizione del CSM e le regole del suo funzionamento

Chiarito seppur in sintesi il contesto, vale richiamare brevemente alcuni dei principi che regolano il potere giudiziario per come espressi dal Capitolo VI della Costituzione rumena ad oggi vigente.

Per quanto concerne i giudici, la Costituzione dopo averne sancito l'indipendenza e la soggezione alla sola legge⁴⁴, specifica che gli stessi sono nominati dal Presidente della Romania e sono inamovibili⁴⁵. La proposta di nomina, le promozioni i trasferimenti e le sanzioni nei confronti dei giudici sono di esclusiva competenza del CSM nel rispetto della legge di riferimento che è la già richiamata legge n. 317/2004⁴⁶.

Con riferimento ai pubblici ministeri, gli stessi sono tenuti al rispetto del principio di legalità secondo imparzialità e in ossequio ad un controllo gerarchico sotto l'autorità del Ministero della giustizia⁴⁷. Circostanza quest'ultima che è stata oggetto di particolari attenzioni da parte degli organi eurounitari e internazionali (*infra*).

Più in generale il CSM è preposto alla garanzia del potere giudiziario⁴⁸.

Si compone di 19 membri di cui 14 vengono eletti dal *plenum* dello stesso Consiglio e confermati dal Senato. Si tratta dei membri c.d. togati che vengono all'interno del Consiglio divisi in due sezioni, la prima composta da nove giudici e la seconda da cinque pubblici ministeri.

Perdurante è la conflittualità interna tra le due anime del CSM come dimostrato dal conflitto sorto a seguito della nomina nel 2013, per la prima volta, di un Presidente proveniente dalle fila dei pubblici ministeri. In tale circostanza, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare come il mandato dei componenti del CSM sia un mandato rappresentativo e non imperativo. Non possono dunque essere intraprese azioni di revoca dovute a presunte mancanze nel rispetto del mandato⁴⁹.

Alla componente togata, si aggiungono ai sensi dell'art. 133, c. 2, lett. b), due membri provenienti dalla c.d. "società civile", esperti in questioni giuridiche che

⁴⁴ Art. 124, c. 3, Costituzione rumena vigente.

⁴⁵ Art. 125, c. 1, Costituzione rumena vigente.

⁴⁶ Art. 125, c. 2, Costituzione rumena vigente.

⁴⁷ Art. 132, c. 1, Costituzione rumena vigente.

⁴⁸ Art. 133, c.1, Costituzione rumena vigente

⁴⁹ Cfr. Corte costituzionale rumena .196/2003 reperibile al seguente url: <https://lege5.ro/>. Sul punto v. altresì la relazione della Commissione di Venezia del 2014 secondo cui «a person elected to an important position such as membership of a judicial Council should not be subject to recall merely because the electorate do not agree with the decisions which are made. It should be the duty of persons elected to such positions to bring their own independent judgement to bear on the important decisions the SCM has to deal with without having to anticipate a possible recall. Furthermore, such a rule is difficult to reconcile with SCM's disciplinary functions. Revocation for very strict conditions, such as failure to attend meetings or otherwise neglecting duties may be stipulated by the law on the organisation and functioning of the SCM», par 194, CDL-AD(2014)010, Opinion on the Draft Law on the Review of the Constitution of Romania, adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, (Venice, 21-22 March 2014).

godono di elevata stima professionale e morale. Quest'ultimi vengono eletti dal Senato e possono partecipare soltanto alle adunanze plenarie del Consiglio.

È appena il caso di ricordare che nel 2014 fu introdotta una proposta per aumentare il numero dei rappresentanti della società civile da 2 a 4. Il tentativo fu però dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale nella misura in cui «the change of the representation proportion, by increasing the number of persons from outside the judiciary, would produce negative effects on the activity of the judicial system»⁵⁰.

Sono poi membri di diritto il Ministro della giustizia, il Presidente della Corte di cassazione e giustizia nonché l'Avvocato generale presso la Procura generale incardinata nella stessa Alta corte di cassazione e giustizia.

Il Presidente del CSM, ex art. 133, c. 3 della Costituzione rumena, è eletto per un solo mandato non rinnovabile ed è individuato tra i componenti non di diritto dell'organo.

Le cariche di Presidente e Vicepresidente hanno durata annuale. Se il Presidente viene eletto tra i giudici allora il vicepresidente deve essere individuato tra i pubblici ministeri e viceversa.

Le adunanze del CSM sono presiedute dal Presidente della Romania, quando presente⁵¹.

Per quanto concerne le modalità di funzionamento, secondo quanto disposto dall'art. 133, c. 5 della Costituzione rumena le votazioni del CSM vengono adottate a scrutinio segreto.

Va altresì registrata la presenza di due sezioni disciplinari relative rispettivamente ai giudici e ai pubblici ministeri⁵². Nei casi di delibere aventi ad oggetto questioni disciplinari il Ministro della giustizia, il Presidente della Corte di cassazione e giustizia nonché Procuratore generale non hanno diritto di voto⁵³.

Per quanto concerne la durata del mandato, dispone l'art. 133, c. 4 della Costituzione rumena, i componenti del CSM rimangono in carica per 6 anni. Sul punto invero sono ancora latenti dei dubbi interpretativi. In particolare, ci si è interrogati se la disposizione dovesse essere interpretata nel senso di una durata di sei anni dell'intero organo ovvero del singolo componente, ammettendo in questo caso un processo di elezioni diluito secondo la scadenza naturale di ciascun membro⁵⁴.

⁵⁰ V. B. Iancu, *Standards for good governance and peripheral constitutionalism. The case of post-accession Romania*, in *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective* (Studies in the Sociology of Law, A. Febbrajo, G. Corsi, 2016)

⁵¹ Articolo 133, c. 6, Costituzione rumena vigente. Almeno sino al 2005 si registra come l'assidua presenza alle riunioni dell'organo del Presidente Băsescu sia stata percepita come un'indebita intromissione nell'autonomia dell'organo, specie con riguardo a quelle decisioni concernenti l'elezione dei componenti dell'organo, v. sul punto B. Selejan-Gutan, *The Constitution of Romania: A Contextual Analysis*, cit..

⁵² Art. 134, c. 2, primo periodo, Costituzione rumena vigente.

⁵³ Art. 134, c. 2, secondo periodo, Costituzione rumena vigente.

⁵⁴ B. Selejan-Gutan, *The Constitution of Romania: A Contextual Analysis*, cit..

7. Le funzioni

Il CSM ai sensi dell'articolo 134, c.1 della Costituzione ha anzitutto il compito di proporre al Presidente della Romania la nomina dei giudici e dei pubblici ministeri nel rispetto di una procedura che viene individuata dalla legge.

Nel dettaglio, per quanto concerne le carriere dei giudici e dei pubblici ministeri, ex art. 35 della l.n. 317/2004, il Plenum del CSM svolge le seguenti funzioni: propone al Presidente della Romania la nomina e la revoca dei giudici e dei magistrati, salvo che per le nomine relative ai giudici ad inizio carriera; nomina e revoca i giudici e i pubblici ministeri ad inizio carriera sulla base dei risultati conseguiti da quest'ultimi nell'esame di ammissione condotto dall'Istituto nazionale di magistratura; decide sulla promozione dei giudici e dei pubblici ministeri; suggerisce al Presidente della Romania i nominativi dei giudici e dei pubblici meritori di particolare riconoscimento.

Per quanto attiene alle attribuzioni del Plenum del CSM riguardanti invece l'organizzazione e il funzionamento dei tribunali e delle procure a mente dell'articolo 37, l.n. 317/2004: convoca le assemblee generali di giudici e pubblici ministeri; approva le misure necessarie per l'incremento o la riduzione degli organici dei tribunali e delle procure; elabora il bilancio, sottoposto a parere vincolante del Ministro delle finanze pubbliche, e approva i consuntivi di ciascun tribunale e procura;

Lo stesso Plenum è poi competente (ex art. 38 l.n. 317/2004) per: l'adozione e la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale rumena dei codici deontologici dei giudici e dei pubblici ministeri, l'approvazione dei regolamenti sull'organizzazione e il funzionamento dello stesso CSM nonché sulle procedure di elezione dei componenti; per l'adozione dei regolamenti di funzionamento dei tribunali nonché ogni altro aspetto eventualmente previsto dalla legge sull'organizzazione del potere giudiziario 303/2004 circa lo *status* dei giudici e dei magistrati.

Per quanto concerne il potere consultivo, il Plenum del CSM è competente per l'adozione di pareri vincolanti sulle proposte di legge riguardanti l'attività della magistratura (cfr. art. 38, c. 3, l.n. 317/2004) ancorché nei soli casi previsti dalla legge. Similmente, nei soli casi previsti dalla legge, è tenuto a fornire pareri vincolanti per i regolamenti e le ordinanze adottate dal Ministro della giustizia (c. 4).

Si registra altresì una sorta di potere di sollecito nei confronti del Ministro della giustizia. Ai sensi dell'art. 38, c. 5 della legge 317/2004, infatti, il Plenum del CSM può sottolineare al Ministro della giustizia l'opportunità e la necessità di modifiche normative afferenti all'organizzazione della giustizia.

Lo stesso Plenum è infine tenuto alla stesura di una relazione annuale sullo stato del potere giudiziario e sull'attività condotta dallo stesso CSM. La relazione deve essere presentata al Parlamento in seduta comune entro il 15 febbraio dell'anno successivo e pubblicata in Gazzetta ufficiale e nel sito internet del CSM (cfr. art. 38, c. 6).

7.1 Ispettorato giudiziario

Con riferimento alle funzioni di natura ispettiva, è istituito in seno allo stesso CSM il c.d. ispettorato giudiziario (Inspekția Judiciară) il quale opera in maniera indipendente ed imparziale e può indagare su questioni disciplinari riguardanti giudici e pubblici ministeri⁵⁵. Vale segnalare sul punto che, *ex art* 134, c. 3 della Costituzione rumena, gli atti di natura disciplinare possono essere impugnati innanzi alla Corte di Cassazione e giustizia.

Al vertice dell'ispettorato giudiziario vi sono un ispettore capo ed un viceispettore capo, entrambi designati dallo stesso CSM con concorso⁵⁶, durano in carica tre anni e sono rinnovabili una sola volta previo espletamento di un nuovo concorso⁵⁷. L'ispettore capo nomina gli ispettori con funzioni apicali e dirigenziali, assegna i singoli fascicoli dell'attività ispettiva e individua i settori su cui indirizzare l'attività di controllo e ha egli stesso un potere di impulso per quanto concerne i procedimenti disciplinari⁵⁸.

Sulla scorta delle raccomandazioni ricevute negli anni 2010 e 2011⁵⁹ da parte della Commissione europea allo stesso ispettorato è stata, tramite una novella del 2012⁶⁰, riconosciuta un'autonoma personalità giuridica nonché un'indipendenza funzionale all'interno dello stesso CSM. L'ispettorato giudiziario si compone di un massimo di 70 componenti ed è finanziato dallo stesso CSM tramite un capitolo *ad hoc* del suo bilancio annuale⁶¹.

Tra i compiti degli ispettori rientrano dunque, *ex art.* 74, le indagini riferite alle sanzioni disciplinari di giudici e pubblici ministeri inclusi i componenti dello stesso CSM. A riguardo spetta all'ispettorato giudiziario svolgere le indagini preliminari e valutare se instaurare un'azione disciplinare di fronte alle apposite sezioni del CSM⁶².

L'azione, oltre che d'ufficio, può essere promossa anche su istanza di un interessato o dello stesso CSM⁶³. Inoltre, anche il Ministero della giustizia può chiedere all'ispettorato giudiziario, *ex art.* 44 l.n. 317/2004, di accertare eventuali violazioni disciplinari poste in essere dai soli pubblici ministeri.

La disciplina dei poteri ispettivi viene adottata dallo stesso Plenum del CSM con regolamento su proposta dell'Ispettore capo⁶⁴. Ruolo importante è anche

⁵⁵ Art. 65, c. 3, l.n. 317/2004.

⁵⁶ Art. 65, c. 2, l. n. 317/2004.

⁵⁷ V. art. 67, c. 4, l.n. 317/2004.

⁵⁸ V. Art. 68, c. 1, l.n. 317/2004.

⁵⁹ Sulla scorta delle raccomandazioni ricevute negli anni 2010 (COM(2010) 401 definitivo) e 2011 (COM(2011) 460 definitivo) da parte della Commissione europea nell'ambito del Meccanismo di cooperazione e verifica allo stesso ispettorato è stata, tramite una novella del 2012, riconosciuta un'autonoma personalità giuridica nonché un'indipendenza funzionale all'interno dello stesso CSM (cfr. art. 65, l.n. 317/2004).

⁶⁰ Articolo 65 della legge n. 317/2004 nella sua versione del 26 gennaio 2012

⁶¹ Art. 66, c. 4, 5 e 8, l.n. 317/3004

⁶² Art. 74, l.n. 317/2004

⁶³ Cfr. art. 45, par. 1, l.n. 317/2004

⁶⁴ Art. 65, c. 4, l.n. 317/2004

quello di accertamento nell'ambito di procedimenti volti alla verifica della sussistenza di un c.d. errore giudiziario⁶⁵.

La natura e poteri di indagine spettanti risultano al centro di numerosi dibattiti dovuti in parte alle frequenti indagini indirizzate nei confronti di soggetti apicali della magistratura, anticipate peraltro dalla stampa prima ancora della chiusura delle indagini⁶⁶.

Vivaci criticità ha destato il decreto d'urgenza n. 77 del 2018⁶⁷ che ha introdotto un regime di *prorogatio* per i vertici dell'organo in scadenza di mandato. In particolare, la novella ha previsto che in caso di vacanza delle posizioni di ispettore capo o di viceispettore capo i rispettivi ruoli vengano ricoperti dall'ispettore capo supplente o dal viceispettore capo supplente fino a quando le cariche non vengono rinominate dal CSM. A destare perplessità non è stato però il regime di *prorogatio* quanto il fatto che ai sensi del nuovo par. 7 dell'art. 67 della l.n. 317/2004 lo stesso regime di *prorogatio* «si applica anche ai casi in cui il posto di ispettore capo o, eventualmente, il posto di ispettore capo supplente dell'ispettorato giudiziario sia vacante alla data di entrata in vigore del presente decreto d'urgenza».

Come sottolineato dall'Avvocato generale, infatti, la norma non è soltanto finalizzata a garantire la continuità dell'organo «ma produce l'effetto pratico di reintegrare *ex post* nelle sue funzioni una persona il cui mandato è già scaduto, mediante una procedura diversa da quella prevista dalla legge ed eludendo la partecipazione degli attori normalmente coinvolti in tale procedura»⁶⁸. Una regola, dunque, che pur essendo apparentemente neutra, nei fatti si palesa incongrua. Tanto che «L'uso di una siffatta regola apparentemente neutra, il cui unico effetto sia quello di reintegrare una determinata persona nelle sue funzioni dopo la scadenza del suo mandato, in violazione delle normali procedure di nomina, non è accettabile né ragionevole»⁶⁹.

7.2 La SIRG e il ruolo del CSM

Tra le modifiche che più hanno sollevato dibattiti negli ultimi anni vi è senza dubbio l'istituzione di una Sezione per le indagini sui reati commessi all'interno

⁶⁵ Cfr. art. 74, l.n. 317/2004 e art. 303/2004.

⁶⁶ Cfr. sul punto vedi il report della Commissione europea del 2018, p. 9 «The Judicial Inspection has now started to attract significant criticism. A series of disciplinary investigations were started against the heads of key judicial institutions. Many of the magistrates concerned were also seen as critical voices concerning ongoing legislative procedures. It should be noted that the Consultative Council of European Judges and the Venice Commission have both underlined the importance that judges should be free to comment in relevant public debates. The Judicial Inspection also conducted a series of controls at the office of the General Prosecutor and the National Anti-Corruption Directorate. The fact that in at least two cases, information reached the press before the end of the control was the source of particular controversy».

⁶⁷ Cfr. art. 1 del decreto d'urgenza n. 77 del 2018 che ha modificato l'art. 67 della l.n. 317/2004

⁶⁸ P.to 275 conclusioni dell'Avvocato generale, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19.

⁶⁹ P.to 278 conclusioni dell'Avvocato generale, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19.

del sistema giudiziario, c.d. SIRG⁷⁰. Incardinata nell'ambito dell'Ufficio del pubblico ministero presso l'Alta Corte di cassazione e giustizia, essa ha competenza esclusiva «in materia di procedimenti penali per i reati commessi da giudici e pubblici ministeri»⁷¹ compresi i giudici e i pubblici ministeri militari nonché gli stessi membri del CSM. La competenza della SIRG si estende inoltre a tutti quei procedimenti penali in cui siano coinvolte altre persone rispetto ai soli giudici e pubblici ministeri⁷².

La direzione spetta ad un procuratore capo assistito da un procuratore capo aggiunto, entrambi nominati dal Plenum del CSM previo superamento di apposito concorso⁷³. Alla struttura possono essere dedicati fino ad un massimo di 15 procuratori⁷⁴ anch'essi nominati dal Plenum del CSM previo concorso.

La legge istitutiva (l. n. 207/2018) ne ha sancito altresì la pressoché immediata messa in funzione. Contestualmente, sono state avvocate presso la SIRG tutte le questioni pendenti presso qualsiasi altra procura che fossero rientranti nella sua vasta competenza per come *supra* delineata⁷⁵.

Nelle more dell'organizzazione dei concorsi *ad hoc*, il Governo rumeno, attraverso ancora una volta la decretazione d'urgenza, ha poi sostanzialmente proceduto alla nomina delle posizioni vacanti⁷⁶.

Per la comprensione del dibattito, vale sottolineare che l'istituzione della SIRG è stata sostanzialmente avallata anche dalla stessa Corte costituzionale rumena⁷⁷. Nell'ambito di un giudizio preventivo di legittimità costituzionale, la Corte ha ritenuto infatti infondate le questioni di legittimità basate sulla violazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 148, par. 2 e 4 della Costituzione. Aprendo invero la possibilità di un conflitto potenziale tra la Corte costituzionale rumena e la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea chiamata ora a decidere anche su questo aspetto in ragione dei rinvii pregiudiziali più volte richiamati⁷⁸.

Da più parti è infatti stata sottolineata l'inopportunità di creare una procura *ad hoc* per la magistratura al pari di quanto nell'ordinamento rumeno avviene soltanto per i reati di terrorismo e criminalità organizzata. Ciò comporta, come sottolineato dall'Avvocato generale «un chiaro impatto potenziale sulla percezione

⁷⁰ Cfr. Art. I, par. 45 l.n. 207/2018 che ha modificato la l.n. 304/2004 sull'organizzazione del sistema giudiziario e che ha introdotto i nuovi articoli che vanno dall'88¹ all'88⁹.

⁷¹ Cfr. Art. 88¹, c. 1, l.n. 304/2004.

⁷² Cfr. Art. 88¹, c. 2, l.n. 304/2004 e 88⁸, par. 1.

⁷³ Cfr. Art. 88¹, c. 4, l.n. 304/2004. Vale altresì specificare che spetta al medesimo procuratore capo dirimere le questioni di competenza sorte tra la stessa SIRC e altre strutture della procura, cfr. c. 5 del medesimo articolo.

⁷⁴ Art. 88², c. 3, l.n. 304/2004.

⁷⁵ Art. III, c.2 l.n. 207/2018

⁷⁶ V. in tal senso il Decreto d'urgenza n. 90/2018, n. 92/2018, n. 7/2019 e n. 12/2019.

⁷⁷ Sent. n. 33/2018

⁷⁸ Sul punto v. altresì l'opinione della Commissione di Venezia la quale ha avuto modo di specificare come «In these circumstance, while the choice of the means for fighting against offenses belongs to the national legislator, existing fears that the new structure would serve as an (additional) instrument to intimidate and put pressure on judges and prosecutors - especially if coupled with other new measures envisaged in their respect, such as the new provisions on magistrates' material liability - may be seen as legitimate and should not be ignored».

pubblica dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici»⁷⁹. L'impressione di criminalità" sarebbe dunque capace di incidere «su uno degli elementi cruciali nella valutazione dell'impatto di una determinata misura sull'indipendenza dei giudici, vale a dire la fiducia che i giudici devono ispirare nei confronti del pubblico in una società democratica»⁸⁰. Vale altresì ricordare che la lettura delle misure *de quo* secondo l'Avvocato generale va condotta attraverso un'interpretazione sistematica⁸¹ che tenga conto del contesto di riferimento: «tali elementi, pur potendo sfuggire alla critica se considerati isolatamente, debbano essere sottoposti a una valutazione globale, al fine di determinare l'incidenza dell'istituzione e del funzionamento della SIRG sui requisiti di indipendenza dei giudici»⁸².

7.3 Il Direttorato Nazionale Anticorruzione

Vale infine sottolineare l'accresciuto potere del Ministero della giustizia con riferimento alle nomine di vertice del Direttorato Nazionale Anticorruzione.

Come visto, sebbene i pubblici ministeri siano sotto l'egida del CSM per quanto concerne l'organizzazione e il funzionamento delle procure essi non godono della stessa indipendenza dei giudici; essendo invece gerarchicamente dipendenti dal Ministro della giustizia.

Ancora per dar seguito alle esigenze dell'Annessione e per garantire anche ai pubblici ministeri uno status simile a quello dei giudici è stato dunque istituito il c.d. National Anti-Corruption Directorate (DNA), avente giurisdizione circa i reati di corruzione commessi dal settore pubblico. La nomina e la revoca del Procuratore generale del DNA coinvolge contestualmente il Presidente della Romania, il Ministro della Giustizia e lo stesso CSM. Ai sensi di quanto disposto dall'art. 54, c.1 e 2 della legge 303 del 2004, infatti, il Procuratore generale del DNA è nominato dal Presidente della Romania, su proposta del Ministro della giustizia, previa proposta del CSM.

Il Presidente della Romania può rifiutarsi di nominare o di revocare il Procuratore generale motivando la sua risposta (art. 54, c. 3). La legge però non fa riferimento a quante volte il Presidente possa rifiutare la nomina ed è in tale vuoto che si sono inserite alcune delle recenti modifiche.

⁷⁹ A. G. p.to 293. Nelle cause riunite Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19 uno dei quesiti ricorrenti è così formulato «Se il principio di indipendenza dei giudici, sancito dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, e dall'articolo 47 della [Carta], come interpretato dalla giurisprudenza della [Corte] (sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117), osti all'istituzione [della SIRG], nell'ambito del Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție [(Ufficio del pubblico ministero presso l'Alta Corte di cassazione e di giustizia)], tenuto conto delle modalità di nomina/revoca dalla funzione dei procuratori appartenenti a tale sezione, delle modalità di esercizio delle attività all'interno di quest'ultima nonché delle modalità di attribuzione della competenza, in relazione al numero esiguo di posti nell'organico della sezione medesima».

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Seguendo in tal senso la recente giurisprudenza della CGUE relativa al caso polacco del 19 novembre 2019, A.K. e a., Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, punti da 141 a 144.

⁸² A.G. p.to 290.

A fronte delle novelle, il Presidente potrà rifiutare la proposta del Ministro della giustizia una sola volta⁸³. Il che, come sottolineato sia dalla Commissione di Venezia che dalla Commissione europea, accresce notevolmente il ruolo del Ministro di giustizia nell'intero iter di nomina. Con evidenti ripercussioni sull'indipendenza politica dell'organo.

Sulla questione, significativa e dibattuta è stata la sentenza della Corte costituzionale 358/2018 a mente della quale il Presidente della Romania non ha, ex art. 94, let. c) e art. 132, c. 1, alcun potere nel rifiutare la nomina o la revoca del Ministro della Giustizia e ciò in quanto il controllo del Presidente è solo un controllo di legalità del processo di nomina e non può dunque riguardare anche il merito. Sicché, come avvenuto nel caso richiamato in cui è stata inizialmente rifiutata la revoca della Procuratrice capo Mrs. Laura Codruța Kovesi, il Presidente è tenuto a ratificare la decisione del Ministro della giustizia nonostante il parere negativo dello stesso CSM che risulterebbe, secondo il *reasoning* della Corte costituzionale rumena, un parere non vincolante⁸⁴.

8. Alcune brevi conclusioni

Come si è cercato di sintetizzare, le questioni che a vario titolo possono minare l'indipendenza del Consiglio superiore della magistratura non hanno una forma chiara e ben definita. Si tratta di numerosi aspetti che presi singolarmente non destano particolare scalpore.

Nel loro insieme, invece, possono certamente mostrare alcune tendenze all'interno dell'ordinamento rumeno per quanto concerne l'indipendenza del potere giudiziario ed il ruolo del CSM.

In tal senso, la Corte costituzionale, nei vari casi richiamati, ha sostanzialmente sempre assecondato le scelte dell'esecutivo, anche quando le problematiche erano ormai ben evidenti grazie anche al costante monitoraggio della Commissione europea e della Commissione di Venezia.

Più in generale, il costante ricorso alla decretazione di urgenza o comunque il ricorso a procedure accelerate di adozione delle modifiche all'interno del Parlamento ha portato, tra l'altro, all'esito plebiscitario del referendum del 2019. Il che ha imposto ed avviato una riflessione profonda non soltanto dell'*an* ma anche del *quomodo* delle riforme afferenti all'indipendenza del settore giudiziario.

Ciò che più sembrerebbe destare preoccupazione, infatti, tanto ai giudici interni quanto agli osservatori esterni è proprio il ricorso alla legislazione emergenziale che lascia pochi spazi a riforme ponderate con lo stesso potere giudiziario.

Contestualmente, gli appigli giuridici che hanno portato l'esecutivo ad incidere sensibilmente nella scelta dei vertici dell'Ispettorato giudiziario e del Direttorato

⁸³ Decreto n. 536/2018.

⁸⁴ Commissione di Venezia, Opinion n. 924 del 20 ottobre 2018, p.ti 46 ss.. Per un commento critico alla sentenza della Corte costituzionale rumena v. Bianca Selejan Guțan, [The Taming of the Court – When Politics Overcome Law in the Romanian Constitutional Court \(verfassungsblog.de\)](#) del 6 giugno 2018.

Nazionale Anticorruzione, uniti alla crescente giurisdizione riconosciuta alla SIRG, hanno posto il CSM e con esso l'interno potere giudiziario in una condizione di potenziale debolezza.

A queste informi minacce, numerosi giudici hanno però reagito con altrettanti numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea, spostando sostanzialmente il piano del dibattito dall'ordinamento interno all'ordinamento eurounitario.

Nel dibattito, allora, snodo cruciale sarà ovviamente quello rappresentato dalla decisione della Corte di giustizia. Chiamata come visto a chiarire il ruolo dei "vigilanti" ed in particolar modo del Meccanismo di Cooperazione e Verifica con possibili "scontri" e incongruenze anche con alcune decisioni della Corte costituzionale rumena.

Segno di vivacità giuridica e della tradizionale "apertura" dell'ordinamento rumeno nella sua evoluzione costituzionale.

Valerio Lubello

Dip.to di Studi giuridici A. Saffa

Università Commerciale Luigi

Bocconi, Milano

Valerio.lubello@unibocconi.it

Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto

di Mauro Mazza

Abstract: The institutional guarantees of the judiciary in Poland: a difficult present, an uncertain future - The essay examines the evolution of the judiciary in Poland, with particular regard to the governing body of the judiciary. The relevant institutions of socialist and post-socialist law are analyzed, in the various phases that culminated, starting from 2015, in the neo-authoritarian involution of the current Polish illiberal democracy. The numerous critical issues of the current institutional structure are highlighted, imagining their possible future overcoming.

Keywords: National council of the judiciary; Poland; critical issues; illiberal democracy

1. Breve premessa metodologica.

Nel presente lavoro si vogliono esaminare le caratteristiche istituzionali della magistratura e della relativa autonomia nell'ordinamento polacco. L'indagine è da inserire, sul piano metodologico, nel contesto delle ricerche di diritto del periodo di transizione¹, in questo caso applicato al sistema giudiziario. Si tratta, infatti, di una situazione istituzionale estremamente fluida, nonché alquanto controversa. Verranno esaminate le diverse fasi evolutive della disciplina del potere giudiziario della Polonia, muovendo dal periodo socialista² per poi analizzare le diverse sotto-fasi del diritto post-socialista, fino alle vicende più recenti. Queste ultime confermano quanto autorevolmente osservato in merito alle regressioni democratiche³, ossia la tendenza in alcune esperienze dell'Est europeo a configurare regimi politici ibridi, che hanno alcune caratteristiche degli Stati democratici (intendendo per tali quelli che adottano i principi fondativi dello Stato liberal-democratico), ma anche non pochi aspetti propri degli Stati autoritari classici, cosicché sembra corretto, in via generale, individuare nelle esperienze in

¹ La transizione è particolarmente prolungata; per gli esordi della fase post-socialista, v. M. Mazza, *Le garanzie del potere giudiziario nell'evoluzione degli ordinamenti ex socialisti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 540 ss.

² Su cui v. L. Montanari, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, 2014, 2^a ed., 512 ss.

³ A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n.2-2019.

questione una deriva (o involuzione) neo-autoritaria, ovvero la costruzione progressiva di una sorta di *tertium genus* tra le due forme di Stato appena menzionate.

2. Organizzazione giudiziaria e governo della magistratura nella fase socialista.

Il principio tradizionale degli ordinamenti socialisti est-europei in materia di esercizio della funzione giurisdizionale consisteva nella elezione dei magistrati, sia giudicanti che requirenti. Del resto, questo è il principio fondamentale in tema di ordinamento giudiziario attualmente recepito nel sistema costituzionale della Repubblica Popolare Cinese⁴.

L'elettività dei magistrati, come condizione essenziale per il controllo democratico dell'amministrazione della giustizia, era una caratteristica della forma di Stato socialista; esso, però, aveva conosciuto in Polonia alcuni "temperamenti", se non proprio ripensamenti, in epoca socialista. In particolare, le disposizioni di cui all'art. 60 della Costituzione polacca del 1952, nel testo revisionato nel 1976, unitamente a quelle contenute nell'art. 32 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1964, istituivano uno speciale meccanismo di designazione dei magistrati togati, che prevedeva non tanto la loro elezione, quanto piuttosto la «chiamata in carica», che avveniva ad opera del Consiglio di Stato (Governo nazionale), a seguito di indicazione del Ministro della Giustizia. Lo stesso Consiglio di Stato poteva revocare i giudici.

Molto importante era, altresì, il fatto che nel sistema di diritto socialista polacco la responsabilità disciplinare dei magistrati poteva essere fatta valere soltanto davanti a un apposito organismo, denominato Consiglio di disciplina, una sorta di primo e embrionale tentativo di separare il potere giudiziario dal condizionamento che provenivano sia dall'amministrazione statale che, ancora più, dagli esponenti del Partito egemone. La situazione era ben diversa nella generalità dei Paesi socialisti, le cui norme sull'organizzazione giudiziaria disciplinavano le ipotesi di revoca e/o di destituzione dei magistrati sulla base di valutazioni ampiamente discrezionali e sostanzialmente politiche.

3. Gli albori del cambiamento: la prima fase post-socialista.

Una prima sostanziale innovazione nel settore della disciplina del potere giudiziario della Polonia si ebbe a seguito dell'approvazione della legge di revisione costituzionale del 7 aprile 1989, fondativa della c.d. Terza Repubblica Polacca⁵, la quale prevedeva, all'art. 1, punto 17, una modifica del testo dell'art. 60 della Costituzione. La nuova versione della disposizione costituzionale stabiliva

⁴ V., ampiamente, M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, 2010.

⁵ In tal senso, cfr. M. Miżejewski, *La crisi della democrazia in Polonia*, in *Federalismi.it*, 21-11-2018, spec. 7.

che la nomina dei magistrati fosse di competenza del Presidente della Repubblica, carica quest'ultima contestualmente introdotta nell'ambito della riforma costituzionale poco sopra menzionata. Lo stesso art. 60 della Legge fondamentale contemplava, inoltre, la creazione di un organo di governo autonomo, denominato Consiglio nazionale della magistratura, le cui caratteristiche istituzionali si ispiravano a quelle del Consiglio superiore della magistratura italiano⁶. Il Consiglio nazionale della magistratura era da considerare un organo di rilievo o di garanzia costituzionale, in quanto previsto dalla Costituzione ma le cui funzioni sono disciplinate dalla legge.

Il nuovo sistema costituzionale della magistratura trovò attuazione, al livello della legislazione ordinaria, con l'approvazione da parte della Sejm (Dieta)⁷, nel dicembre 1989, della legislazione istitutiva del Consiglio nazionale della magistratura.

Una nuova revisione costituzionale, adottata il 29 dicembre 1989, venne a innovare ulteriormente la Costituzione. La revisione costituzionale si estese anche ad alcuni aspetti dell'ordinamento giudiziario; essa si occupò, in particolare, della figura istituzionale del pubblico ministero. I pubblici ministeri della Polonia post-socialista subirono un riallineamento delle loro funzioni istituzionali, cosicché esse non erano ormai dissimili da quelle del pubblico ministero nei sistemi giudiziari dell'Europa occidentale (continentale). In attuazione delle rinnovate previsioni costituzionali, il Parlamento approvò nel marzo 1990 una nuova disciplina degli uffici del pubblico ministero e dell'esercizio delle relative mansioni. Rimaneva, però, un preciso nesso istituzionale tra procuratori di Stato e organi governativi, nella misura in cui le cariche di Procuratore Generale e di Ministro della Giustizia erano necessariamente coincidenti (vale a dire, attribuite a una sola persona).

Con l'approvazione della Legge fondamentale polacca del 2 aprile 1997, confermata dal referendum popolare del 25 maggio 1997 ed entrata in vigore il successivo 17 ottobre, la fase della transizione appariva ormai in via di definitivo superamento, avviandosi dunque la fase del consolidamento democratico⁹. Le insidie, però, erano in agguato.

In relazione dunque al potere giudiziario in Polonia e, più in particolare, al Consiglio nazionale della magistratura, dispongono gli art. 186-187 della Costituzione del 1997. Essi prevedono, in primo luogo, che il compito fondamentale del Consiglio nazionale della magistratura consiste nel vigilare sull'indipendenza delle corti e dei giudici¹⁰. A tal fine, il Consiglio nazionale della

⁶ Questa era la valutazione operata da J. Wawrzyniak, *L'evoluzione del sistema politico polacco alla luce dei cambiamenti nella Costituzione*, in *Nomos*, 1989, n. 4, 115 ss., e *ivi* partic. 127.

⁷ Id est, il Parlamento nazionale.

⁸ Vedine il testo, con il commento introduttivo di J. Sawicki, *La Costituzione della Polonia (1997)*, in M. Ganino (cur.), *Codice delle Costituzioni*, III, Padova, 2013, 157 ss.

⁹ Per questa terminologia, riferita alle esperienze dell'Est europeo, v. specialmente M. Ganino, *Le transizioni costituzionali nell'Europa post-comunista*, in S. Gambino (cur.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003, 69 ss.

¹⁰ V. il c. 1 dell'art. 186 della Costituzione.

magistratura può presentare ricorso al Tribunale costituzionale, limitatamente agli atti normativi che riguardano l'indipendenza delle corti e dei giudici¹¹.

Quanto alla composizione del Consiglio nazionale della magistratura, esso include alcuni membri di diritto, rappresentati dal Primo Presidente della Corte suprema, dal Ministro della Giustizia e dal Presidente della Alta corte amministrativa. I membri elettivi del Consiglio nazionale della magistratura sono designati nel seguente modo: a) quindici componenti scelti tra i magistrati della Corte suprema, i giudici ordinari, i membri delle Corti amministrative e delle Corti militari; b) quattro componenti designati dalla Dieta tra i deputati; c) due membri scelti dal Senato tra i senatori; d) un componente designato dal Presidente della Repubblica. Le assemblee dei giudici eleggono a membri del Consiglio nazionale della magistratura, rispettivamente, due giudici della Corte suprema, due giudici delle Corti amministrative, dieci giudici dei tribunali ordinari, nonché un giudice delle Corti militari. Il mandato dei componenti eletti del Consiglio nazionale della magistratura è di quattro anni. Spetta al Consiglio nazionale della magistratura eleggere tra i propri membri il Presidente e due Vice-Presidenti. L'art. 87, c. 4, della Costituzione rinvia, infine, alla legislazione ordinaria per la disciplina dell'organizzazione, dell'ambito di attività e delle modalità di lavoro del Consiglio nazionale della magistratura, come anche per le modalità di elezione dei suoi componenti. Tali regole sono ora contenute nella legge del 2011 sul Consiglio nazionale della magistratura.

4. La seconda fase post-socialista e l'involuzione verso la democrazia illiberale.

Un tanto brusco quanto improvviso cambio di rotta si è avuto a seguito delle elezioni parlamentari e presidenziali del 2015, che hanno visto la vittoria del partito (populista di destra) Diritto e Giustizia (PiS)¹².

La prima riforma del settore giustizia è stata approvata il 28 gennaio 2016 ed è entrata in vigore nel successivo mese di marzo¹³. Si tratta del riaccorpamento delle funzioni istituzionali di Ministro della Giustizia con quelle di Procuratore Generale, operata dalla nuova legge sull'Ufficio del Procuratore, nonostante il parere critico adottato al riguardo dalla Commissione di Venezia¹⁴. Come si è visto in precedenza¹⁵, tale unione istituzionale era tradizionalmente prevista nel diritto pubblico polacco¹⁶, ma venne soppressa nel 2010, proprio al dichiarato fine di ridurre la possibilità di condizionamento politico dei procuratori di Stato

¹¹ Così dispone il c. 2 della norma costituzionale menzionata nella nota che precede.

¹² J. Sawicki, *Gli interrogativi circa la degenerazione in una 'democrazia illiberale'*, in *Nomos*, 1-2016.

¹³ Sulle radici storico-ideologiche della politica giudiziaria di PiS, v. A. Sulikowski, *The Return of Forgotten Critique: Some Remarks on the Intellectual Sources of the Polish Populist Revolution*, in *Rev. of Central and East European Law*, 2020, 376 ss.

¹⁴ *Opinion* n. 892/2017.

¹⁵ V. retro, nel par. 3.

¹⁶ Tanto da resistere alla prima fase delle riforme costituzionali e legislative post-socialiste.

(pubblici ministeri). È evidente, in effetti, come la ricongiunzione in un'unica persona delle cariche di Ministro della Giustizia e di Procuratore Generale abbia (quantomeno potenziali) effetti negativi sulla separazione dei poteri nonché sull'indipendenza dei magistrati. Si aggiunga che, in base alla legislazione polacca, il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale esercita i poteri di supervisione non soltanto sull'organizzazione degli uffici della Procura di Stato, ma anche in relazione a singoli procedimenti giudiziari, potendo impartire istruzione ai procuratori sulla conduzione di specifiche azioni giudiziali. Inoltre, il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale può influire sulla carriera dei membri delle Procure di Stato, disponendo di ampi poteri con riguardo ai procedimenti disciplinari.

Il principale obiettivo delle politiche illiberali di PiS è rappresentato dal Tribunale costituzionale. Poco prima delle elezioni politiche del 25 ottobre 2015, vinte come detto innanzi da PiS, era stata adottata una nuova legge sul Tribunale costituzionale, approvata dal Parlamento il 25 giugno 2015¹⁷. Dopo alcune pronunce del Tribunale costituzionale, è intervenuta la nuova legge sul Tribunale costituzionale, approvata dal Parlamento il 22 luglio 2016. La legge del 22 luglio 2016 ha avuto, peraltro, vita breve. La nuova legislazione sul Tribunale costituzionale è, infatti composta da tre leggi, vale a dire la legge del 30 novembre 2016 sullo status dei giudici del Tribunale costituzionale, la legge anch'essa del 30 novembre 2016 sull'organizzazione e i procedimenti davanti al Tribunale costituzionale e la legge del 13 dicembre 2016, che reca disposizioni introduttive alle due leggi appena menzionate. È alquanto significativo rilevare che, al termine di questa “saga” del Tribunale costituzionale¹⁸, la maggioranza dei giudici costituzionali è “vicina” alla maggioranza politica, ossia a PiS.

Apprendo poi un altro “fronte” di attacco alla magistratura, o comunque di profonda trasformazione del suo assetto¹⁹, il Parlamento ha approvato la nuova legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017²⁰. La legge in questione ha abbassato retroattivamente l'età del pensionamento dei giudici della Corte suprema, portandola da settanta a sessantacinque anni. Il giudice così collocato a riposo può presentare al Presidente della Repubblica una istanza per la prosecuzione del mandato oltre i limiti di età. La decisione del Capo dello Stato ha natura del tutto discrezionale. Più precisamente, il giudice intenzionato a rimanere in carica dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, per un periodo massimo comunque non eccedente i tre anni, deve presentare un certificato medico che ne

¹⁷ B. Banaszak, *The Changes to the Act on the Constitutional Tribunal and the Changes in the Make-up of the Constitutional Tribunal in Poland*, in *Osteuropa Recht*, 2016, 94 ss.

¹⁸ Sulla quale v. la dettagliata analisi di Č. Pištan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, in A. Di Gregorio (cur.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica (Trattato di diritto pubblico comparato)*, fondato e diretto da G.F. Ferrari), Milano, 2019, 355 ss.

¹⁹ La cui necessità viene delineata nel *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, datato 7 marzo 2018, <https://www.premier.gov.pl>.

²⁰ J. Sawicki, *Portata a compimento la riforma governativa della Corte suprema e dell'ordinamento giudiziario. La separazione del terzo potere appare ormai memoria del passato*, in *Nomos*, 3-2017.

attesti le «ottime condizioni di salute». È, quindi, necessario il parere favorevole del Consiglio nazionale della magistratura. A completamento dell'iter, interviene la decisione del Presidente della Repubblica, il quale può discrezionalmente discostarsi ovvero conformarsi al parere espresso dal Consiglio nazionale della magistratura²¹.

La legge sulla Corte suprema del 2017 contiene anche importanti disposizioni sulla creazione di due nuove Camere della Corte suprema²², vale a dire la Camera per i procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati supremi, dotata di poteri assai estesi, e la «Camera per il controllo straordinario e gli affari pubblici», la quale ultima decide gli appelli straordinari, che consentono l'impugnazione di ogni sentenza (anche passata in giudicato) emessa dagli organi giurisdizionali²³.

Con particolare riguardo al procedimento disciplinare per i magistrati supremi, che si svolge davanti alla Corte di vertice del sistema giudiziario polacco, si registrano notevoli variazioni rispetto al passato. La legge sulla Corte suprema del 2017 stabilisce in primo luogo che al relativo giudizio partecipano anche giudici laici eletti dal Senato. In secondo luogo, spiccano i poteri nel procedimento de quo di cui sono titolari il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia. Il Capo dello Stato può designare nei procedimenti disciplinari un procuratore straordinario disciplinare. Quest'ultimo non deve necessariamente essere un magistrato della Corte suprema, secondo quanto avveniva prima dell'approvazione della legge sulla Corte suprema del 2017, potendo essere scelto dal Capo dello Stato anche tra i giudici ordinari o militari. D'altro canto, se l'incolpazione disciplinare nei confronti del magistrato della Corte suprema riguarda la commissione di un reato intenzionale ovvero di un illecito fiscale, il Presidente della Repubblica può nominare per lo svolgimento delle funzioni di procuratore straordinario disciplinare anche un procuratore (pubblico ministero), a condizione che sia appartenente agli uffici di vertice della Procura di Stato. Quando ricorrono i casi previsti dalla legge per instaurare un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato della Corte suprema, il Presidente della Repubblica provvede entro trenta giorni da quello in cui ha avuto notizia dei fatti oggetto dell'incolpazione alla designazione del procuratore straordinario disciplinare; la legge prevede, altresì, che in caso di inerzia del Capo dello Stato protrattasi oltre i menzionati trenta giorni, il Ministro della Giustizia ha facoltà di comunicare al Presidente della Repubblica la sua intenzione di nominare il procuratore straordinario disciplinare e, verificandosi l'ulteriore inerzia del Capo dello Stato per trenta giorni, il Ministro della Giustizia procede senz'altro alla nomina del

²¹ J. Sawicki, *L'esecutivo si prepara a conquistare l'ordine giudiziario, che resiste appellandosi a una debole Europa*, in *Nomos*, 2-2018.

²² C.d. *super-chambers*.

²³ Le altre (preesistenti) Camere della Corte suprema sono la Camera penale, la Camera civile e la Camera del lavoro.

procuratore straordinario speciale²⁴. La Camera per i procedimenti disciplinari della Corte suprema decide anche, in grado di appello, in ordine ai provvedimenti disciplinari da irrogare nei confronti dei magistrati delle corti ordinarie sottordinate.

Il coinvolgimento del potere esecutivo nel funzionamento della Corte suprema, alla luce specialmente dei compiti attribuiti al Ministro della Giustizia in sede disciplinare, appare evidente.

Le reazioni sul piano internazionale non si sono fatte attendere. Su ricorso della Commissione europea presentato il 25 ottobre 2019, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha disposto, con ordinanza dell'8 aprile 2020²⁵, la sospensione provvisoria dell'applicazione delle norme nazionali sulla Camera per i procedimenti disciplinari della Corte suprema, per la mancanza dei requisiti di indipendenza e imparzialità.

Veniamo agli emendamenti alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura²⁶ approvati dalla Sejm il 20 dicembre 2017²⁷. Per mezzo di essi, è stato profondamente modificato il meccanismo di designazione dei componenti togati elettivi del Consiglio nazionale della magistratura. In passato, infatti, i quindici membri togati venivano scelti attraverso assemblee delle varie componenti della magistratura, vale a dire Corte suprema, corti della giurisdizione generale (o corti comuni), corti amministrative e corti militari. A seguito degli emendamenti legislativi del dicembre 2017, attualmente tutti i membri togati elettivi vengono scelti dalla Sejm. Le nuove disposizioni normative sul Consiglio nazionale della magistratura stabiliscono che i componenti togati in carica cessano dalle funzioni nel febbraio 2018, e ciò anche se non sia ancora scaduto il quadriennio del loro mandato di membro dell'organo di governo autonomo della magistratura polacca. È fuori dubbio che le nuove previsioni legislative innalzano significativamente il numero complessivo dei componenti del Consiglio nazionale della magistratura che sono designati dal Parlamento. Essi sono, infatti, ben ventuno sul totale di venticinque, ossia quindici scelti dal Parlamento tra i magistrati in servizio, e inoltre altri quattro (non togati) designati dalla Dieta (Camera bassa) e due (anch'essi non togati) eletti dal Senato (Camera alta). La nuova legislazione sulla selezione dei membri togati elettivi del Consiglio nazionale della magistratura presenta quantomeno dei dubbi di legittimità

²⁴ Un aspetto non trascurabile può anche essere rappresentato dal fatto che la nuova legge prevede la maggiorazione del 40% della retribuzione per i magistrati designati a far parte della Camera della Corte suprema per i procedimenti disciplinari.

²⁵ Nella causa C-791/19. V. S. Gianello, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa C-791/19 R) dell'8 aprile 2020*, in *Nomos*, 1-2020; 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 AIC*, 3-2020.

²⁶ Già esaminata *supra*, nel par. 3.

²⁷ Per valutazioni (preoccupate) della riforma, v. F. Zoll, L. Wortham, *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, in *Fordham Int'l L.J.*, 2019, 875 ss.

costituzionale, che sono stati infatti sollevati dall'Ombudsman polacco. Decisa e compatta è stata, altresì, la reazione della stragrande maggioranza dei magistrati polacchi, rispetto alle innovazioni riguardanti il Consiglio nazionale della magistratura. Per l'elezione da parte del Parlamento, infatti, è pur sempre necessario che i giudici presentino la loro candidatura a membro del Consiglio nazionale della magistratura. Essendo stato proclamato dai giudici il boicottaggio delle elezioni suddette, è accaduto che soltanto diciotto giudici si siano candidati per i quindici posti disponibili. In gran parte, si è trattato di magistrati che si trovavano in posizione di distacco presso il Ministero della Giustizia, e come tali certamente non lontani dal "cuore" delle decisioni politiche. Comunque sia, i quindici giudici eletti dal Parlamento hanno finora consentito il regolare funzionamento del Consiglio nazionale della magistratura.

Il risultato complessivo del "pacchetto giustizia" approvato da PiS, nella parte che riguarda il Consiglio nazionale della magistratura, è dunque che il Consiglio stesso è stato trasformato in un organo che dipende quasi completamente dal potere esecutivo.

L'ultimo aspetto del "pacchetto giustizia" che ora occorre prendere in considerazione è quello concernente la legge del 22 luglio 2017, che interviene sul sistema delle corti della giurisdizione generale/corti comuni²⁸. Anche in questo caso, vengono attribuiti estesi poteri al Ministro della Giustizia/Procuratore Generale. L'età del pensionamento dei giudici ordinari e dei magistrati del pubblico ministero è stata abbassata a sessanta anni per le donne e sessantacinque anni per gli uomini, mentre in precedenza era di sessantasette anni per entrambi i sessi. I giudici e i pubblici ministeri possono presentare al Ministro della Giustizia/Procuratore Generale la richiesta di mantenimento in servizio oltre il limite dell'età pensionabile. Sull'istanza da qua il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale assume una decisione contraddistinta dalla più ampia discrezionalità. La decisione del Ministro della Giustizia non è in alcun modo impugnabile (né in sede amministrativa, né in quella giurisdizionale). Il ruolo del Consiglio nazionale della magistratura è stato significativamente depotenziato dalla nuova legge sulle corti ordinarie. Spetta, infatti, ora al Ministro della Giustizia nominare i presidenti delle corti d'appello, di distretto e di circoscrizione. Il Ministro della Giustizia può, inoltre, rimuovere dalla carica i presidenti e i vice-presidenti delle corti della giurisdizione generale, in ipotesi di «scarsa efficienza nella supervisione e nell'organizzazione dei lavori delle corti». In questo caso, però, è necessaria la preventiva acquisizione del parere del Consiglio nazionale della magistratura, che peraltro non è vincolante rispetto alla decisione finale, che rimane di esclusiva competenza del Ministro della Giustizia. Gli emendamenti approvati nel luglio 2017 alla legge sulle corti ordinarie/comuni attribuiscono, infine, al Ministro della Giustizia la designazione dei magistrati che sono membri degli organi disciplinari per giudici ordinari e pubblici ministeri,

²⁸ Ossia, le corti ordinarie. Sul "pacchetto giustizia", v. M. Granat, *Les changements les plus récents en droit constitutionnel polonais*, in *Lettre de l'Est*, n. 9/10, 2017, 11-13.

come anche dei procuratori che esercitano le funzioni dell'accusa presso gli organi medesimi.

Siamo ben lontani, in definitiva, dalle funzioni del Ministro della Giustizia previste nelle democrazie di stampo occidentale.

Da ultimo, è intervenuta l'approvazione il 23 gennaio 2020 della molto controversa legge (c.d. muzzle law), in vigore dal febbraio successivo, che, modificando le leggi sulle corti comuni/della giurisdizione generale, sulla Corte suprema e sul Consiglio nazionale della magistratura²⁹, per un verso non tiene adeguato conto dell'opinione critica manifestata dalla Commissione di Venezia 16 gennaio 2020³⁰ (sul progetto della legge)³¹ e, per altro verso, introduce il divieto per i giudici di svolgere qualsiasi attività politica, come anche di esprimere pubblicamente critiche con riguardo alle nomine dei magistrati ovvero all'attività dei poteri dello Stato³². In caso di violazione del divieto, il giudice viene sottoposto a procedimento disciplinare davanti alla Camera competente della Corte suprema.

Lo scopo fondamentale delle modificazioni legislative da ultimo menzionate appare quello di impedire che i giudici possano esaminare la legittimità della designazione dei componenti del Consiglio nazionale della magistratura, la qual cosa si trasformerebbe facilmente in una ulteriore decisione sulla indipendenza dell'organo medesimo. Si spiegano, in tal modo, le previsioni della legge de qua che sanzionano con la sottoposizione a procedimento disciplinare, che può comportare anche la destituzione del magistrato, il giudice che, mediante azioni od omissioni, ostacola o impedisce significativamente il funzionamento del sistema giudiziario, oppure compie azioni che mettono in dubbio la sussistenza di un valido rapporto di lavoro del magistrato, o comunque l'effettività della sua designazione.

Vi sono, altresì, disposizioni specifiche che suscitano le più gravi perplessità. Per esempio, l'art. 14 della legge di emendamento stabilisce la retroattività delle nuove previsioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati, i quali quindi possono essere incolpati, sanzionati o destituiti, anche per azioni od omissioni poste in essere prima dell'entrata in vigore della legge de qua (id est, anteriormente al 14 febbraio 2020). D'altro canto, il combinato disposto degli art. 12, c. 1, 13, c. 4, e 13a, c. 3, della legge sulla Corte suprema, come modificati dalla legge del 2020, introduce significative innovazioni nel meccanismo procedurale per la designazione del Primo Presidente della Corte suprema. Anteriormente alle modifiche legislative de quibus, spettava all'Assemblea generale dei giudici della Corte suprema scegliere, mediante votazione, una rosa di cinque nominativi da sottoporre al Capo dello Stato, il quale discrezionalmente nomina il Primo

²⁹ Nonché disposizioni (di minore rilevanza) sparse in altre leggi.

³⁰ *Opinion* n. 977/2019, nel sito Web www.venice.coe.int.

³¹ Il parere della Commissione di Venezia era stato richiesto dal Senato del Parlamento polacco, con lettera del 30 dicembre 2019, rispetto al testo approvata dalla *Sejm* il 20 dicembre 2019. L'opinione critica sulla legge è stata ribadita dalla Commissione di Venezia il 18 giugno 2020.

³² M. Bucholc, M. Komornik, *Finaler Akt. Die Unterwerfung der polnischen Justiz*, in *Osteuropa*, 2019, n. 12, 23 ss.; S. Gianello, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, 489 ss.

Presidente della Corte suprema. Dopo le modificazioni del 2020, compete in primo luogo al Presidente della Repubblica l'eventuale designazione, per iniziativa autonoma dallo stesso assunta, del Primo Presidente ad interim della Corte suprema. In secondo luogo, la legge ora stabilisce che, se dopo due turni di votazione non viene raggiunto il quorum costitutivo previsto dalla legge sulla Corte suprema per l'individuazione dei cinque nominativi di magistrati da trasmettere al Capo dello Stato, dal terzo turno di votazione in poi il quorum stesso dell'Assemblea generale dei giudici della Corte suprema si abbassa a trentadue (sul totale di oltre centoventi giudici in servizio presso la Corte suprema). Nelle votazioni suddette ogni giudice della Corte suprema dispone di un voto; appare abbastanza evidente che l'abbassamento del quorum costitutivo introdotto dalla legge del 2020 è preordinato a fronteggiare (ovviamente: dal punto di vista del Governo/PiS) il possibile boicottaggio, da parte della maggioranza dei magistrati della Corte suprema, delle elezioni indette per la designazione dei candidati alla carica di Primo Presidente della Corte suprema. In definitiva, i candidati alla carica di Primo Presidente della Corte suprema potrebbe avere, secondo il meccanismo di voto introdotto nel 2020, il sostegno di un piccolo gruppo di giudici della Corte suprema, a svantaggio dunque della maggioranza dei magistrati della Corte medesima.

5. Alcune conclusioni (necessariamente provvisorie).

Considerato tutto quanto precede, non desta molto stupore che il 20 dicembre 2017 la Commissione europea, preoccupata per il contenuto delle riforme della giustizia approvate in Polonia in misura incrementale, nonché facendo seguito a una situazione di grande tensione tra Unione europea e Polonia, abbia deciso di avviare contro la Polonia stessa la procedura di cui al paragrafo 1 dell'art. 7 del Trattato sull'Unione europea (TUE), ovvero la c.d. opzione nucleare, motivata con il fatto che la democrazia e il principio dello Stato di diritto sono messi a rischio nella Polonia governata da Diritto e Giustizia³³.

Tenuto conto del ruolo centrale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti e delle libertà, la teoria elaborata da Armin von Bogdandy c.d. *Solange* rovesciata³⁴, vale a dire che gli Stati membri dell'UE sono autonomi nel determinare le modalità di protezione dei diritti fondamentali, a condizione però che sia garantita l'essenza dei diritti fondamentali contemplati nell'art. 2 del TUE, trova nel recente caso polacco una conferma altamente significativa.

³³ S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 295 ss., e poi N. Canzian, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, *ivi*, 2020, 465 ss., nonché F. Guella, *Indipendenza della magistratura polacca e stato di diritto in Europa: malgrado l'irricevibilità di questioni ipotetiche, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva prescinde dalle attribuzioni dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2020, 2917 ss.

³⁴ A. von Bogdandy *et al.*, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market L.R.*, 2012, 489 ss.

Con riguardo al caso esaminato, alla luce degli accadimenti successivi alla presa del potere da parte del partito Diritto e Giustizia nel 2015, si possono dunque formulare alcune provvisorie osservazioni finali, mentre resta da vedere se e quando si aprirà una fase “post-PiS”.

In primo luogo, la conseguenza forse più grave in materia di amministrazione della giustizia, secondo le linee di riforma promosse e attuate da PiS, consiste nel fatto che, se davvero il Consiglio nazionale della magistratura ha attualmente una composizione illegale e incostituzionale, ciò si riflette inevitabilmente nella illegittima designazione sia dei magistrati della Corte suprema che dei giudici ordinari, cosicché si potrebbe parlare di illegittimità e incostituzionalità del sistema giudiziario complessivamente considerato, come anche delle decisioni assunte dagli organi giurisdizionali.

In secondo luogo, un colpo durissimo alla stabilità dell'intero sistema legale può derivare dall'operato della «Camera per il controllo straordinario e gli affari pubblici», dal momento che le sue decisioni sono suscettibili di annullare le sentenze emanate nel passato, anche se non più impugnabili con i mezzi ordinari e quindi “definitive”.

In terzo luogo, quanto si è visto innanzi a proposito della Camera disciplinare della Corte suprema e, più in generale, del procedimento disciplinare a carico dei magistrati ordinari, con il ruolo preminente svolto dal Ministro della Giustizia che è nel contempo Procuratore Generale, non può che suscitare massima preoccupazione, poiché il rischio del controllo politico sulla magistratura di ogni ordine e grado, esercitato mediante (la minaccia del) procedimento disciplinare, appare tutt'altro che lontano.

In quarto luogo, è da auspicare che le cariche di Ministro della Giustizia e Procuratore Generale tornino a essere separate, come avveniva in base alla riforma del 2010, poiché in uno Stato (tuttora) in transizione il pericolo dei condizionamenti politici sull'attività giudiziaria appare troppo elevato³⁵. Basti pensare al caso dei magistrati distaccati preso il Ministero della Giustizia, che sono stati quindi designati a far parte del Consiglio nazionale della magistratura, in attesa magari della successiva nomina ministeriale alla presidenza, vice-presidenza, uffici direttivi, ecc., delle corti di giustizia del Paese.

Mauro Mazza
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Bergamo
mauro.mazza@unibg.it

³⁵ Sull'obiettivo rappresentato dal controllo politico sulla magistratura nelle democrazie illiberali, v. M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167 ss.

Il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori nell'ordinamento turco, fra alleanza repubblicana e derive illiberali

di Giacomo Delledonne

Abstract: The Turkish High Council of Judges and Prosecutors, between the Republican Alliance and the recent illiberal turn - This article analyses the role of the High Council of Judges and Prosecutors (HSYK) in the Turkish constitutional order. The HSYK was established as early as 1961, and its evolution over the six following decades has largely reflected the complex constitutional history of the country. In 1961, the establishment of the HSYK was part of an attempt to strengthen the position of the judiciary as part of the so-called Republican Alliance. In the Erdoğan years, a moderately reformist attitude, which had been positively welcomed by the Venice Commission, was later replaced by a strong illiberal turn that has dramatically affected the position of the HSYK. The suspension of the HSYK from its membership of the European Network of Judicial Councils in 2016 testifies to the magnitude of these transformations.

Keywords: Turkey; judicial self-government; High Council of Judges and Prosecutors; Republican Alliance; constitutional retrogression

4981

1. Introduzione.

Questo contributo si propone di esaminare criticamente i principali problemi inerenti alla posizione del Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori (*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*, HSYK) nell'ordinamento turco. Particolare attenzione sarà tributata alle trasformazioni che l'organo ha conosciuto in conseguenza delle cesure che hanno caratterizzato la storia costituzionale turca dal secondo Novecento a oggi: quasi sempre le riforme che hanno interessato l'organo di autogoverno della magistratura sono andate di pari passo con mutamenti costituzionali di più vasta portata¹. Questa istituzione, infatti, è attiva senza soluzione di continuità fin dal 1961 ed è stata interessata, nel corso dei decenni, da importanti riforme costituzionali e legislative. D'altra parte, riflettere sulla disciplina e sulle vicende che hanno interessato questo organo porta a soffermarsi sulla natura ancipite del costituzionalismo turco² da un punto di osservazione privilegiato.

¹ Così, ad es., B. Çalı, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics: The Case of Turkey*, in *German Law Journal*, 2018, 1672.

² Per tutti v. T. Isiksel, *Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 702 ss.; e T. Groppi, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017, 389 ss.

2. Le origini: autogoverno della magistratura e ortodossia kemalista.

Ritornare sulle ragioni che portarono all'introduzione di un consiglio di giustizia nell'ordinamento turco è particolarmente utile per comprenderne la posizione anomala nel panorama comparatistico. La vicenda dei consigli di giustizia affonda le sue radici nelle costituzioni del secondo dopoguerra – la Repubblica italiana, la Francia della IV e V Repubblica – e ha poi conosciuto una grande fortuna con le varie ondate di transizioni alla democrazia costituzionale, dagli anni Settanta del secolo scorso a oggi³. Per contro, le origini del Consiglio superiore turco – che coi suoi omologhi francese e italiano è annoverato fra gli «*early birds of judicial self-governance*»⁴ – vanno rintracciate in un'altra temperie. La Costituzione del 1961, che agli articoli 143 e 144 disciplinava il nuovo Consiglio superiore dei giudici (*Yüksek Hâkimler Kurulu*), fu adottata in seguito al colpo di Stato militare del 27 maggio 1960. Questo aveva posto fine, dopo poco più di un decennio, alla prima esperienza multipartitica della Turchia repubblicana⁵.

La scelta del costituente turco del 1961 appare indubbiamente innovativa se raffrontata con la prima Costituzione della Repubblica proclamata nel 1923. Nella Carta kemalista del 1924, infatti, le garanzie d'inalterabilità dei giudici erano relativamente deboli. Tuttavia, questo non diede luogo a significative tensioni a causa dell'osmosi culturale *de facto* esistente fra il Partito repubblicano del popolo (CHP) e il corpo giudiziario. Anche per questa ragione, studi dedicati al caso turco hanno segnalato l'esistenza di un'alleanza "repubblicana", in cui sarebbero coinvolti, accanto alla magistratura e alle forze armate, le università e il CHP⁶. Quel peculiare equilibrio venne meno quando l'*élite* kemalista scelse di aprire al pluralismo politico: dopo avere vinto le elezioni del 1950, il Partito democratico (DP), di orientamento conservatore, sfruttò la possibilità, accordata dall'art. 55 della Costituzione del 1924, di ridefinire con legge ordinaria la procedura per la destituzione dei giudici⁷. Fra le misure con cui la maggioranza espressa dal DP contrastò l'egemonia delle forze kemaliste spicca l'abbassamento dell'età pensionabile di giudici e professori universitari. La Costituzione del 1961, in cui si avverte l'eco di suggestioni comparatistiche italiane e

³ Cfr. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in questa *Rivista*, 2009, 951; D. Piana, A. Vauchez, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012, 240 s.

⁴ Così D. Kosař, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in *German Law Journal*, 2018, 1578.

⁵ Cfr. C. Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem. Einführung mit vollständigem Verfassungstext*, Wiesbaden, 1996, 68 ss.

⁶ Cfr. C. Belge, *Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey*, in *Law and Society Review*, 2006, 653 ss.; S. Benvenuti, *Judicial Training in Turkey in Light of Constitutional Traditions and Europeanization*, in *Journal of Civil Law Studies*, 2011, 315; V.R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 121 ss. Sul concetto, parzialmente sovrapponibile, di Stato profondo (*derin devlet*) cfr. G. Marcou, *État et État de droit en Turquie*, in *Pouvoirs*, n. 115, 2005, 28.

⁷ Cfr. O.O. Varol, *The Turkish "model" of civil-military relations*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 734 s.; E. Özbudun, *The judiciary*, in C. Rodríguez, A. Ávalos, H. Yılmaz, A.I. Planet (cur.), *Turkey's Democratization Process*, Abingdon, 2014, 274; B. Çalı, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics*, cit., 1675 s.

tedesco-occidentali⁸, si caratterizza allora per il fatto che fecero la loro prima apparizione – o furono significativamente rafforzate – importanti istituzioni contromaggioritarie: la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato e, appunto, il Consiglio superiore dei giudici. In buona sostanza, l'introduzione di garanzie proprie del costituzionalismo liberaldemocratico nell'assetto costituzionale scaturito dal colpo di Stato del 1960 dev'essere soppesata alla luce dei caratteri distintivi del kemalismo turco: «*Republican groups wrote a new constitution that would minimize the future power of elected majorities through a rigorous system of checks and balances. Thus, although the adoption of the new constitution ... reflected a reaction to the authoritarian majoritarianism of the DP, these moves toward constitutional democracy and the rule of law were not neutral in terms of substantial political values*»⁹.

Quanto ai profili strutturali dell'organo, ciò che emerge dalle disposizioni costituzionali è la volontà di preservare l'autonomia della magistratura, proprio in ragione della sua vicinanza all'*élite* repubblicana, nei confronti delle maggioranze politiche del momento. Sul piano organizzativo, ne consegue una concezione gerarchica e corporativa dell'ordine giudiziario¹⁰, con scarsa attenzione per l'indipendenza interna dei giudici. Del Consiglio facevano parte diciotto membri effettivi e cinque supplenti: sei membri effettivi e due supplenti erano eletti dall'Assemblea generale della Corte di cassazione; sei effettivi e un supplente, dai giudici della *prima classe*, a cui appartengono quei magistrati che possono essere nominati alle corti supreme; sei effettivi e due supplenti, infine, dall'Assemblea nazionale e dal Senato. Si trattava di un Consiglio composto integralmente di magistrati – con un certo equilibrio fra le varie componenti dell'alta magistratura – e nella cui elezione, però, era coinvolto anche il Parlamento. Il Consiglio stesso era chiamato a eleggere il proprio Presidente. Il Ministro della giustizia poteva partecipare alle riunioni del Consiglio, ma non gli era riconosciuto il diritto di voto.

In termini funzionali, la Costituzione assegnava al Consiglio il compito di prendere decisioni su tutte le questioni attinenti allo *status* dei magistrati. In particolare, la decisione di destituire un giudice avrebbe necessitato dell'approvazione dell'assemblea plenaria del Consiglio superiore a maggioranza assoluta. Infine, spettava al Ministro della giustizia promuovere l'azione disciplinare, investendo della questione il Consiglio superiore (art. 144).

La disciplina del 1961 fu significativamente modificata dalla riforma costituzionale del 1971, che concentrò in capo alla Corte di cassazione il potere di nomina dei membri del Consiglio superiore, attribuendo maggior peso alla partecipazione del Ministro della giustizia alle attività di questo. Tutto ciò avveniva

⁸ Cfr. I. Giritli, *Some Aspects of the New Turkish Constitution*, in *The Middle East Journal*, 1962, 6; C. Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, cit., 69.

⁹ C. Belge, *Friends of the Court*, cit., 664 che si rifà esplicitamente alle tesi di Hirschl sulla preservazione di un'egemonia – politica, economica o culturale – con gli strumenti del diritto costituzionale (cfr. R. Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, in *Law and Social Inquiry*, 2000, 102 ss.).

¹⁰ Cfr. S. Benvenuti, *Judicial Training in Turkey in Light of Constitutional Traditions and Europeanization*, cit., 309 s.

a seguito della divulgazione di un *memorandum* delle Forze armate e nel quadro di un progetto di rafforzamento del potere esecutivo, a scapito della componente garantista della Costituzione del 1961¹¹. Nel frattempo, però, veniva istituito un Consiglio superiore dei procuratori, in gran parte modellato sul Consiglio superiore dei giudici. Sulla scia di alcune pronunce della Corte costituzionale, si finiva col riconoscere ai magistrati del pubblico ministero uno *status* intermedio fra quello di un funzionario amministrativo e quello di un giudice indipendente¹².

Con la Costituzione del 1982 – che faceva seguito al colpo di Stato militare del 1980 ed è caratterizzata da un’intonazione «protettiva» e «paternalistica»¹³ – i due organi di autogoverno dei magistrati giudicanti e dei magistrati del pubblico ministero furono fusi in una sola istituzione, il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori (HSYK) tuttora esistente¹⁴. In linea con una caratteristica generale della Carta del 1982, l’art. 159, dove è disciplinato il HSYK, è particolarmente analitico. Le dimensioni ridotte e la relativa omogeneità dell’organo – composto di sette membri ordinari: il Ministro della giustizia, il sottosegretario alla giustizia e cinque alti magistrati nominati dal Presidente della Repubblica fra candidati proposti dalla Corte di cassazione e del Consiglio di Stato – erano funzionali alla difesa del kemalismo, o per lo meno della sua declinazione risultante dalla c.d. sintesi turco-islamica¹⁵. In questa cornice spiccavano i poteri decisionali del Consiglio superiore su tutte le questioni attinenti allo *status* personale dei magistrati, minuziosamente elencate all’art. 159. Non meno importante era il potere di adottare provvedimenti disciplinari; il corpo degli ispettori dipendeva però dal Ministro della giustizia. Con la Costituzione del 1982, insomma, alla composizione tendenzialmente omogenea del HSYK e alla grande vicinanza fra questo e le due corti supreme si affiancava un rapporto assai stretto con l’esecutivo, in particolare col Ministro della giustizia, che lo presiedeva di diritto¹⁶.

La riforma costituzionale approvata con *referendum* nel 2010 parve inaugurare un nuovo ciclo nella vita del HSYK. La riforma rappresentava il punto culminante del “decennio riformista” caratterizzato dall’ascesa del Partito della giustizia e dello sviluppo (AKP), da un’impetuosa crescita economica e dal tentativo di adattare il testo costituzionale del 1982 alle sollecitazioni provenienti dall’Unione europea e dal

¹¹ Cfr. B. Çalı, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics*, cit., 1677 s.

¹² Cfr. E.E. Hirsch, *Die Änderungen der türkischen Verfassung von 1961*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1974, 379.

¹³ M. Carducci, B. Bernardini d’Arnesano, *Turchia*, Bologna, 2008, 57.

¹⁴ Cfr. M. Abad Andrade, *Countermajoritarian Institutions in Turkish Constitution Making*, in F. Petersen, Z. Yanaşmayan (cur.), *The Failure of Popular Constitution Making in Turkey: Regressing Towards Constitutional Autocracy*, Cambridge, 2020, 227.

¹⁵ Per cui v. F. Üstel, *Les partis politiques turcs, l’islamisme et la laïcité*, in *Cahiers d’études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n. 19, 1995, 255 ss.

¹⁶ Cfr. B. Gümüş, *Der türkische Hohe Rat für Richter und Staatsanwälte HSYK als politisches Instrument*, in B. Doğramacı, Y. Köse, K. Öktem, T. Völker (cur.), *Die Türkei im Spannungsfeld von Kollektivismus und Diversität. Junge Perspektiven der Türkeiforschung in Deutschland*, Wiesbaden, 2016, spec. 66 ss.; B. Çalı, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics*, cit., 1678.

Consiglio d'Europa¹⁷. In particolare, si ampliava la composizione del Consiglio superiore da nove membri – sette ordinari e due supplenti – a ventidue. Nella selezione sarebbero stati coinvolti, accanto alle corti supreme e al Presidente della Repubblica, anche i giudici di primo grado¹⁸ e l'Accademia della magistratura. Ciò avrebbe permesso sia di valorizzare il pluralismo interno all'ordine giudiziario, sia di assicurare un equilibrio fra alta e bassa magistratura. La riforma del 2010 fu oggetto di valutazioni positive da parte di commentatori non legati all'AKP, dell'Unione europea e della Commissione di Venezia¹⁹.

3. La disciplina attualmente in vigore: la composizione del Consiglio superiore.

La disciplina costituzionale introdotta nel 2010 ha avuto vita breve. Le contestazioni provenienti dal ceto politico e il graduale deterioramento delle garanzie democratiche e dello Stato di diritto hanno portato a un primo tentativo di riforma – effettuato indirettamente, per via legislativa – e poi a una revisione costituzionale di vasta portata; in quest'ultima, approvata con *referendum* il 16 aprile 2017, i critici hanno ravvisato la consacrazione di un percorso di deciso allontanamento dai canoni della democrazia costituzionale²⁰.

Il punto di partenza della traiettoria che ha portato il Consiglio superiore ad assumere la sua fisionomia attuale può essere identificato nei numerosi casi di corruzione denunciati sul finire del 2013, che condussero all'apertura di indagini nei confronti di persone legate all'AKP; i sospetti lambirono lo stesso figlio dell'allora Primo ministro Erdoğan. Il Governo reagì affermando che quelle indagini fossero ispirate da settori devianti della polizia e degli apparati di sicurezza, manovrati dal predicatore e *leader* di opinione Fethullah Gülen. Il tentativo del Governo di controllare le indagini in corso modificando il regolamento della polizia giudiziaria fu severamente criticato dal HSYK²¹. Dopo quella vicenda crebbe l'insoddisfazione nei confronti del Consiglio superiore, tanto che il Primo ministro giunse a definire «un errore» la riforma costituzionale del 2010²². La maggioranza parlamentare, non disponendo di appoggi sufficienti per ottenere l'approvazione di una nuova legge di

¹⁷ Cfr. V.R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, cit., 72 ss.

¹⁸ Da non confondersi, per le ragioni già esposte in precedenza, con la *prima classe*.

¹⁹ Non mancano però opinioni di diverso segno, ad es. E. Göztepe, *Eine Analyse der Verfassungsänderungen in der Türkei vom 7. Mai 2010. Ein Schritt in Richtung mehr Demokratie?*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, 696. Individua una convergenza fra il Governo dell'AKP e la bassa magistratura A.A. Çelenk, *The myth of 'independent judiciary': the evolution of judiciary-executive relations in Turkish politics*, in *Contemporary Politics*, 2016, 242 s.

²⁰ T. Groppi, *Il referendum costituzionale del 16 aprile 2017 in Turchia: una ulteriore tappa verso lo smantellamento dello stato di diritto*, in *Quad. cost.*, 2017, 342 ss.; v. inoltre E. Cukani, *Forma di stato e forma di governo in Turchia dopo la riforma del 2017*, in *Quad. cost.*, 2017, 715 ss.

²¹ Cfr. V.R. Scotti, *Il costituzionalismo in Turchia fra identità nazionale e circolazione dei modelli*, cit., 179 s.; B. Çali, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics*, cit., 1681 s.; L. De Grazia, *Constitutional coup e democrazie illiberali: l'esperienza della Turchia*, in *Riv. AIC*, n. 4/2018, 394 (disponibile su www.rivistaaic.it).

²² Cfr. E. Özbudun, *Turkey's Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism*, in *The International Spectator*, 2015, 46.

revisione costituzionale, promosse una modifica della legislazione ordinaria relativa al HSYK. La legge n. 6524 del 2014, che accresceva i poteri del Ministro della giustizia a scapito del *plenum* del Consiglio superiore, suscitò le obiezioni del Presidente della Repubblica Gül e poi della Corte costituzionale, che annullò numerose sue disposizioni²³. Oltre alla legge n. 6524, altre leggi approvate nel 2014 istituirono corti penali speciali e modificarono la composizione della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Ha preso le mosse in quell'anno, insomma, il tentativo della maggioranza governativa di porre l'ordine giudiziario sotto il proprio controllo²⁴.

La riforma costituzionale del 2017 dev'essere inquadrata alla luce dello scontro istituzionale del 2014 e della rimozione di oltre duemila giudici – circa un terzo dell'organico – in seguito al fallito colpo di Stato del 15 luglio 2016 e alla proclamazione dello stato di emergenza.

Il Consiglio superiore è tuttora disciplinato in modo assai analitico all'art. 159 della Costituzione (CT). Le sue attività interessano tanto i giudici quanto i magistrati del pubblico ministero. Il Consiglio, di cui fanno parte tredici membri, ha una composizione mista. Membri di diritto sono il ministro della giustizia, che ne è il presidente, e il sottosegretario alla giustizia. Quattro degli altri undici consiglieri sono nominati dal Presidente della Repubblica, mentre sette sono eletti dalla Grande Assemblea nazionale. Fra i membri di nomina presidenziale tre provengono dalla magistratura ordinaria e uno da quella amministrativa. Tutt'e quattro sono scelti fra i giudici e i procuratori della *prima classe*, i cui membri possono essere nominati alla Corte di cassazione o al Consiglio di Stato (artt. 154 e 155 della Costituzione). Fra i membri di designazione parlamentare, tre sono eletti fra i consiglieri della Corte di cassazione, uno fra i consiglieri di Stato e tre fra gli avvocati e i professori universitari di materie giuridiche. Di quest'ultimo gruppo fanno sempre parte almeno un professore e almeno un avvocato. Per quanto riguarda la procedura di elezione dei sette membri del Consiglio superiore designati dalla Grande Assemblea nazionale, l'art. 159 CT prevede una scansione trifasica. Innanzitutto, i potenziali interessati devono inviare le loro candidature alla Presidenza della Grande Assemblea. In seguito, il Presidente trasmette le candidature pervenute alle commissioni per la giustizia e per gli affari costituzionali riunite. Le commissioni riunite selezionano un numero di candidati tre volte superiore al numero dei seggi vacanti. Da ultimo, l'assemblea è chiamata a eleggere i nuovi membri del Consiglio superiore. Al primo scrutinio è richiesta la maggioranza dei due terzi dei componenti la Grande Assemblea nazionale. Già al secondo scrutinio il *quorum* cala ai tre quinti dei componenti, dopodiché, se necessario, si procede al sorteggio fra i due candidati più votati. I membri del HSYK sono eletti per un mandato di quattro anni e possono essere confermati nel loro incarico.

Come anticipato, le nuove regole riguardanti la composizione del Consiglio superiore e la selezione dei suoi membri sono parte integrante di una discussa riforma costituzionale, che ha trasformato la Turchia in una Repubblica presidenziale. In

²³ Corte costituzionale turca, sentenza E. 2014/57, K. 2014/81.

²⁴ Così E. Özbudun, *Turkey's Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism*, cit., 53.

particolare, tali regole sono state valutate in termini critici dalla Commissione di Venezia²⁵. Le osservazioni della Commissione si muovono essenzialmente lungo due direttrici: da un lato, constatano che la fisionomia del Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori finirebbe col discostarsi vistosamente dalle indicazioni ricavabili da vari documenti del Consiglio d'Europa; dall'altro, rilevano che l'intervento riformatore, in considerazione delle peculiarità dell'ordinamento turco, sarebbe foriero di conseguenze perniciose per l'indipendenza della magistratura. Sul primo fronte, la Commissione osserva che la nuova formulazione dell'art. 159 CT non è in linea con gli *standard* del Consiglio d'Europa, che hanno preso forma fin dal 1998 con la Carta europea sullo statuto dei giudici²⁶: da questi si può desumere una preferenza per un organo a composizione mista, in cui un buon numero di membri sono *magistrati scelti da magistrati*. Come ha rilevato la dottrina, la presenza di una cospicua componente togata è una diretta conseguenza della configurazione dei consigli di giustizia quali organi di governo della magistratura; «la derivazione dei magistrati che ne fanno parte», invece, «incide sulla natura più o meno democratica e sul maggiore o minore grado di rappresentatività della magistratura e delle sue diverse componenti nell'organo consiliare»²⁷. Del Consiglio turco, invece, fanno parte otto magistrati – tutti provenienti dall'alta magistratura – nominati dal capo dello Stato o eletti dalla Grande Assemblea nazionale. In secondo luogo, se si tiene conto anche del Ministro della giustizia e del sottosegretario alla giustizia, il Presidente della Repubblica nomina poco meno di metà dei membri dell'organo. Questo dato appare assai problematico poiché il capo dello Stato, eletto a suffragio universale per effetto della riforma costituzionale del 2007²⁸, con la successiva riforma del 2017 è diventato a tutti gli effetti il vertice del potere esecutivo e il *leader* della maggioranza (art. 101)²⁹. Si può dunque ipotizzare una situazione in cui il partito del Presidente della Repubblica, eventualmente alleato con altre forze politiche, potrà controllare l'elezione di tutti i membri del Consiglio di derivazione parlamentare. Queste preoccupazioni risultavano ulteriormente acuite da una norma transitoria secondo cui

²⁵ Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), opinione n. 875/2017 del 13 marzo 2017, paragrafi da 114 a 119.

²⁶ V. la Carta europea sullo statuto dei giudici (DAJ/DOC (98) 23), punto 1.3 («*at least one half of those who sit are judges elected by their peers following methods guaranteeing the widest representation of the judiciary*»); l'opinione n. 403/2006 del 22 giugno 2007 della Commissione di Venezia (CDL-AD(2007)028), 7; l'opinione n. 10/2007 del 23 novembre 2007 del Consiglio consultivo dei giudici europei, par. III.A; lo studio n. 494/2008 del 16 marzo 2010 (CDL-AD(2010)004), e la raccomandazione CM/Rec(2010)12, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, paragrafi 27 e 46. Cfr. inoltre M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in questa *Rivista*, 2010, 1765 ss. Sul legame fra questo requisito e il modello italiano del Consiglio superiore della magistratura – «espressione più pura dell'autogoverno giudiziario e, anche per questo motivo, ... punto di riferimento di buona parte delle magistrature europee e delle associazioni professionali che le rappresentano» – cfr. C. Guarnieri, *Il "governo autonomo" della magistratura in Italia: un bilancio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, 468 s. (su www.forumcostituzionale.it).

²⁷ M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa*, cit., 959 s.

²⁸ Su cui v. L. De Grazia, *Constitutional coup e democrazie illiberali*, cit., spec. 385 ss.

²⁹ Questo, in particolare, in virtù della previsione, all'art. 77 CT, secondo cui le elezioni presidenziali devono tenersi lo stesso giorno delle elezioni politiche.

i membri del “nuovo” Consiglio sarebbero stati eletti non più tardi di trenta giorni dall’entrata in vigore della legge di revisione costituzionale (art. provvisorio 19) e dal fatto che in quel momento i due partiti sostenitori della riforma costituzionale – l’AKP e il Partito del movimento nazionalista (MHP) – esprimessero ben più dei tre quinti dei membri della Grande Assemblea nazionale.

Il Consiglio superiore opera attraverso le due sezioni in cui è articolato. Stando alla disciplina costituzionale attualmente in vigore, il Ministro della giustizia e Presidente del Consiglio superiore non partecipa ai lavori delle due sezioni. Il Ministro si fa carico dell’amministrazione del HSYK e lo rappresenta; la legge n. 6087, inoltre, gli attribuisce il compito di convocare le riunioni plenarie e di determinarne l’ordine del giorno. La Costituzione, infine, prevede che il presidente di una delle due sezioni sia designato Vicepresidente del Consiglio superiore. A quest’ultimo il Presidente può delegare alcuni dei propri poteri.

4. Funzioni e natura del Consiglio superiore.

Le preoccupazioni suscitate dalle regole relative alla composizione del HSYK sono strettamente collegate con l’importanza dei suoi compiti. L’art. 159 CT enumera con una certa precisione le attribuzioni del Consiglio superiore. Questo è responsabile delle decisioni riguardanti le assunzioni, le nomine, i trasferimenti da un ufficio a un altro, la delega di poteri temporanei, le promozioni, le promozioni alla già citata prima classe, la posizione di quei magistrati la cui permanenza in servizio risulti inaccettabile, l’irrogazione di sanzioni disciplinari e la destituzione dall’incarico. Fin dal 2010, peraltro, il corpo degli ispettori incaricati della supervisione disciplinare è stato trasferito dal Ministero della giustizia alle dirette dipendenze del HSYK. Su proposta del Ministro della giustizia, inoltre, il Consiglio superiore decide sull’abolizione o sull’alterazione della competenza territoriale di una corte.

All’interno della disciplina costituzionale del Consiglio superiore, un punto particolarmente delicato è quello della sindacabilità dei provvedimenti che questo adotta. L’art. 159 CT prevede al decimo comma che tali provvedimenti, a meno che abbiano ad oggetto la destituzione di un magistrato, non possano essere impugnati di fronte a un giudice. In questo modo, la Costituzione turca si pone oggettivamente in controtendenza rispetto a un panorama comparatistico in cui le decisioni dei consigli di giustizia «di regola» sono impugnabili³⁰. Su questo punto la situazione attuale è il risultato della revisione costituzionale del 2010 e, anzi, costituisce un timido progresso rispetto allo *status quo* anteriore, in cui la regola della non sindacabilità delle decisioni del Consiglio superiore non ammetteva eccezioni. L’art. 33 della legge n. 6087 del 2010 prevede un sistema di ricorsi interni contro le decisioni del *plenum* del HSYK. Le regole vigenti sono state sottoposte a critica dalla Commissione di Venezia, le cui valutazioni sono state corroborate dal fatto che le autorità turche tendano a qualificare il HSYK come un organo amministrativo: se ciò è vero, però, occorre garantire la possibilità d’impugnarne le decisioni dinanzi a un giudice, a

³⁰ Così M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa*, cit., 974.

presidio dell'indipendenza della magistratura e a tutela delle persone coinvolte³¹. Per la medesima ragione, una parte della dottrina locale ritiene più corretto descrivere il HSYK come un «*super-administrative organ since most of its decisions are not subject to judicial review*»³².

Muovendo da queste notazioni sull'impugnabilità dei provvedimenti del HSYK, ci si può interrogare sulla natura dell'organo. Da questo punto di vista, pare utile ritornare sulla sentenza del 2014 con cui la Corte costituzionale censurò numerose disposizioni della legge ordinaria di riforma dell'organizzazione interna del Consiglio superiore. Il fulcro del ragionamento della Corte risiede nell'interpretazione della riserva di legge dell'art. 159 CT: se è vero che questa previsione affida alla legge ordinaria il compito di disciplinare alcune questioni riguardanti il HSYK, nondimeno la discrezionalità del legislatore è conformata da altre norme ricavabili dallo stesso art. 159. Così, al legislatore si chiede di non perdere mai di vista il fatto che il HSYK dev'essere strutturato e operare in conformità ai principi dell'indipendenza della magistratura e dell'inalienabilità dei giudici. Adoperando categorie proprie della cultura costituzionale italiana, si può dire che la Costituzione preveda per il HSYK una riserva di legge rinforzata. Quanto alla natura del Consiglio, se è vero che si tratta di «*an administrative body*», tuttavia «*no hierarchical relation with the central public administration is established, and it is stipulated that it shall be established and function in accordance with the principles of the independence of the courts and the tenure guarantees for judges*»³³.

Se anche si propende per il carattere amministrativo dell'organo, perciò, questo è declinato nel senso dell'autonomia nei confronti dell'apparato burocratico ministeriale. La riforma costituzionale del 2010 ha dotato il HSYK di un proprio segretariato, e la legislazione ordinaria ne riconosce l'autonomia di bilancio (art. 44 della legge n. 6087 del 2010). Come già anticipato, il corpo di ispettori incaricati della supervisione disciplinare è stato trasferito dal Ministero della giustizia alle dirette dipendenze del HSYK. Ci si può domandare, però, se questa definizione risulti in sé esaustiva. A proposito del Consiglio superiore della magistratura italiano è stato notato che le formule definitorie più frequenti, se considerate isolatamente, risultano soltanto in parte soddisfacenti³⁴. Se si volge nuovamente l'attenzione verso l'ordinamento turco, risulta evidente che la disciplina costituzionale del HSYK è assai particolareggiata. Non meno importante è l'interpretazione della riserva di legge contenuta all'art. 159 offerta dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza del 2014. A uno sguardo più attento, però, questa analiticità – che ha per conseguenza l'irrigidimento della materia costituzionale – è un tratto generale della Costituzione

³¹ Si veda l'opinione della Commissione di Venezia n. 600/2010 del 20 dicembre 2010, (CDL-AD(2010)042), par. 76.

³² B. Çalı, B. Durmuş, *Judicial Self-Government as Experimental Constitutional Politics*, cit., 1702.

³³ Questi stralci della sentenza E. 2014/57 sono riportati in E. Özbudun, *Problems of rule of law and horizontal accountability in Turkey: defective democracy or competitive authoritarianism?*, in C. Erişen, P. Kubicek (cur.), *Democratic Consolidation in Turkey: Micro and macro challenges*, Abingdon, 2016, 155.

³⁴ Cfr. A. Pizzorusso, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.* (1989), ora in *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019, 1063 ss.

turca del 1982³⁵. In considerazione di quello che si è detto nei paragrafi 2 e 3, pare corretto ragionare di un nesso fra le attribuzioni del HSYK, da un lato, e la forma di Stato e la forma di governo³⁶ della Turchia, dall'altro lato. Con la Corte costituzionale, il Consiglio per la sicurezza nazionale e il Consiglio per l'istruzione superiore, il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori è stato a lungo annoverato fra le istituzioni contromaggioritarie di un regime ibrido³⁷. Il percorso che ha portato a una forte concentrazione di potere in capo al Presidente della Repubblica – formalmente consacrato dalla riforma costituzionale del 2017 – sembra però preludere a un mutamento di rotta nella configurazione del Consiglio superiore, che finirebbe per assumere una fisionomia più chiaramente *majoritarian*.

5. Osservazioni conclusive.

Al di là delle importanti soluzioni di continuità che ne hanno caratterizzato l'evoluzione politico-istituzionale, fin dal 1961 l'ordinamento turco si è caratterizzato per la presenza di un organo che svolge funzioni compendiabili sotto l'etichetta dell'autogoverno della magistratura. Per comprenderne appieno la posizione nell'ordinamento, però, è stato necessario fare riferimento a dati ulteriori, attinenti alla forma di Stato e alla forma di governo turche. Le frequenti riforme costituzionali e legislative che hanno punteggiato la storia del HSYK sono una conseguenza dell'importanza delle sue attribuzioni³⁸.

Dal 2010, però, si è registrata un'oggettiva discontinuità. Mentre in precedenza il HSYK era pienamente integrato nella c.d. alleanza repubblicana ed era una delle istituzioni coinvolte nella preservazione del carattere «democratico, laico e sociale» dello Stato, all'insegna del «nazionalismo di Atatürk» (art. 2 CT), il successo elettorale dell'AKP e il suo consolidamento come forza di governo hanno profondamente inciso sugli equilibri iniziali. Mentre la riforma costituzionale del 2010 si è mossa nel segno della valorizzazione del pluralismo interno alla magistratura – e, indirettamente, del distacco dall'ortodossia kemalista³⁹ – la legge del 2014 e la legge di revisione costituzionale del 2017 si caratterizzano per il tentativo di allineare l'organo alla maggioranza politica. Lo scontro fra l'AKP e le reti di influenza di Fethullah Gülen e l'epurazione di circa un terzo della magistratura dopo il fallito *golpe* del 2016 e la proclamazione dello stato di emergenza sono state vicende decisive di un percorso che ha vanificato molte innovazioni del decennio

³⁵ Notata, fra gli altri, da C. Rumpf, *Das türkische Verfassungssystem*, cit., 94; e da M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia*, cit., 57 s.

³⁶ Sul caso italiano v. le osservazioni di A. Pizzorusso, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia* (1984), ora in *L'ordinamento giudiziario*, cit., 519 ss.

³⁷ A riprova della difficoltà d'interpretare il ruolo di tali istituzioni nell'ordinamento turco, M. Abad Andrade, *Countermajoritarian Institutions in Turkish Constitution Making*, cit., 223 riferisce dell'uso di varie locuzioni da parte degli autori turchi: istituzioni *countermajoritarian* e/o *non-majoritarian*, istituzioni tutelari, custodi non eletti.

³⁸ Parla di strumentalizzazione dell'organo da parte delle élite politiche B. Gümüş, *Der türkische Hohe Rat für Richter und Staatsanwälte HSYK als politisches Instrument*, cit., 64.

³⁹ Con un'ambiguità messa bene in luce da C. Camposilvan, *La revisione costituzionale turca: un piccolo passo per la democrazia e un grande passo per il partito al Governo?*, in *Quad. cost.*, 2010, 850.

riformista e si è caratterizzato per una torsione illiberale sempre più marcata. In questo processo il HSYK ha svolto, anche suo malgrado, un ruolo significativo. L'8 dicembre 2016 – prima, quindi, della più recente riforma costituzionale – la Rete europea dei consigli di giustizia (*European Network of Judicial Councils*, ENCJ), riunita in assemblea generale straordinaria, ha sospeso il Consiglio superiore turco dal suo *status* di osservatore. Questa decisione, che fa seguito alle epurazioni del 2016, si basa sul fatto che il Consiglio superiore si è ormai discostato dai parametri fissati nello statuto dell'ENCJ e non è più un'istituzione indipendente dai poteri esecutivo e legislativo⁴⁰. Da ultimo, con un comunicato datato 8 dicembre 2020 l'*Executive Board* dell'ENCJ ha rilevato che nel frattempo la situazione, lungi dal migliorare, si è significativamente deteriorata: ormai il HSYK «*is a Council in name only, as none of its actions or decisions demonstrate any concern for the independence of the judiciary*»⁴¹. L'involuzione che ha interessato il Consiglio superiore, insomma, testimonia delle peculiarità dell'ordinamento turco: l'organo, concepito come istituzione di «*military tutelage*» nell'ambito dell'alleanza repubblicana, pare essersi ormai trasformato in un'istituzione di «*partisan, executive tutelage*»⁴².

Giacomo Delledonne

Istituto di diritto, politica e sviluppo

Scuola Superiore Sant'Anna

giacomo.delledonne@santannapisa.it

⁴⁰ Il comunicato stampa dell'ENCJ è reperibile all'indirizzo <https://www.encj.eu/node/449>.

⁴¹ Questo comunicato stampa dell'ENCJ è reperibile all'indirizzo <https://www.encj.eu/node/578>.

⁴² Così M. Abad Andrade, *Countermajoritarian Institutions in Turkish Constitution Making*, cit., 248.

Indipendenza e autonomia della magistratura senza un organo di autogoverno: il modello tedesco

di Elisa Bertolini

Abstract: Independence and autonomy of the judiciary without a self-governing body: the German model - The German judiciary does not embrace the French-Italian model of governance, which is centred on a self-governing body. However, this lack of a self-governing body is not detrimental to the independence of the German judiciary. Indeed, the German judiciary is characterised by a differentiated system of institutions of self-government. The article focuses on the core traits of the German model, outlining the peculiar interaction between the institutions of the self-government and the mechanisms that secure German judges a significant influence on their careers and on court administration. As a conclusion, the article discusses the viability of the establishment of a self-governing body of the judiciary, which seems to be in contrast with the German understanding of both the principles of democratic legitimacy and of separation of powers.

Keywords: German judiciary; independence; self-governing bodies; democratic accountability; separation of powers.

4993

1. Introduzione

Il tema della indipendenza e dell'autonomia della magistratura nell'ordinamento tedesco si rivela alquanto stimolante per il giuscomparatista, in ragione del fatto che il modello tedesco, distinguendosi in maniera significativa da quello italo-francese che molta fortuna ha avuto sul continente e non solo¹, offre una *governance* della magistratura senza un vero e proprio organo di autogoverno, ma che, fondandosi su di un complesso sistema di responsabilità e diritti partecipativi, si è comunque rivelata garantista ed efficiente nel suo funzionamento.

Prima di analizzare più nel dettaglio il modello tedesco si rendono necessarie alcune premesse sulla struttura del presente contributo, sul suo approccio metodologico e sugli obiettivi che esso si propone.

¹ Per una puntuale analisi comparata si v. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in *questa Rivista*, 2/2009, 948-978 e, più recentemente, *L'ordinamento giudiziario nella prospettiva comparata*, in G. Ferri, A. Teoldi (cur.), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Napoli, 2016, 95-128. Per una comparazione anche su base empirica, si v. N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in 57 *Am. J. Comp. L.* 1, 103-134 (2009).

In primo luogo deve ricordarsi come il sistema giudiziario tedesco sia unitario - seppure ripartito in una pluralità di giurisdizioni (ordinaria, amministrativa, tributaria, del lavoro e sociale, *ex art. 95 GG*), pur nel divieto di istituire tribunali speciali - e federale (*art. 92 GG*) - seppure integrato. La natura federale dello Stato tedesco rileva in materia di ordinamento giudiziario, essendo essa rubricata nella competenza concorrente, *ex art. 74, c. 1, n. 1) e n. 27) GG*. Nonostante la compartecipazione dei due livelli territoriali di governo alla materia, non si ritiene utile offrire una disamina completa della legislazione del *Bund* e dei sedici *Länder*. Al contrario, è sicuramente più proficuo analizzare la cornice federale e richiamare, laddove necessario, la legislazione statale.

Secondariamente, imprescindibile è una riflessione sul concetto di indipendenza e, più precisamente, sull'estensione che esso assume, secondo la dottrina tedesca². Essa si articola in tre dimensioni: sostanziale; personale e strutturale. La prima si richiama alla soggezione alla sola legge nella determinazione di un caso; la seconda alla capacità individuale di essere libera da qualunque interferenza esterna; la terza all'impossibilità, per i giudici, di essere al contempo membri del potere giudiziario e del legislativo ovvero esecutivo.

Per quel che concerne poi la struttura del contributo, una volta brevemente richiamato il quadro normativo di riferimento, si entrerà nel dettaglio degli elementi costitutivi e distintivi del modello tedesco che possono essere individuati in una pluralità di organi partecipativi e in una precisa disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati che consentono alla magistratura tedesca di non essere oggetto di indebite interferenze ovvero pressioni da parte degli altri poteri dello Stato e di esercitare una significativa influenza sull'amministrazione della giustizia e sulla carriera dei propri membri.

Infine, per quel che concerne gli obiettivi del contributo, essi sono duplici. Innanzitutto, esso si propone di dimostrare come l'assenza di un organo di autogoverno non comporti automaticamente una compressione né dell'indipendenza né dell'autonomia della magistratura e non escluda dunque una partecipazione dei magistrati stessi alla *governance* della magistratura. Secondariamente, esso intende dimostrare come l'architettura costituzionale disegnata dalla GG sarebbe difficilmente compatibile con l'istituzione di un organo di autogoverno. L'indipendenza della magistratura che la GG disegna non deve infatti intendersi come assoluta; al contrario, si fonda sulla interpretazione che la Carta dà del principio di separazione dei poteri, sulla base del quale il potere giudiziario non è strutturalmente isolato dagli altri poteri, ma, al contrario, è democraticamente responsabile per il tramite della procedura di selezione dei giudici e, più in generale, della *governance* della magistratura. Il nodo centrale del modello tedesco diventa quindi come conciliare la responsabilità democratica con l'indipendenza ed è proprio in quest'ottica che sono da leggersi i diversi gradi di responsabilità e di diritti partecipativi che l'ordinamento tedesco disegna.

² A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, in Id. (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Berlin, 2012, 447-519, in particolare 449-450.

2. Le fonti dell'ordinamento giudiziario

La GG del 1949, che dedica alla giurisdizione gli art. 92-104, marca una significativa rottura rispetto all'assetto statutale del Terzo Reich e la previsione di un giudiziario indipendente ha rappresentato uno dei punti fondamentali nella ricostruzione dello Stato di diritto.

Secondo l'art. 92 GG, il potere giurisdizionale è affidato ai giudici. Essendo la Germania un ordinamento federale, assume particolare rilievo la ripartizione delle competenze e, per quel che maggiormente interessa in questa sede, l'organizzazione della magistratura. Se infatti è il livello federale che prevalentemente si occupa di definire gli elementi procedurali e organizzativi - oltre alla definizione della struttura del potere giudiziario e dei principi generali sullo *status* dei magistrati -, ampia rimane comunque la competenza dei *Länder*. Le corti apicali sono federali (*ex* art. 95 e 96 GG), e pertanto di competenza del livello federale, mentre tutte le altre corti di grado inferiore (primo e secondo) rientrano invece nella competenza del livello statale (non a caso la GG è completamente silente su di esse).

In questo nuovo quadro costituzionale di una *governance* della magistratura che abbracci i principi dello Stato di diritto non stupisce che le prime garanzie in materia di indipendenza e autonomia della magistratura siano rintracciabili proprio nel testo costituzionale. La GG sancisce infatti l'indipendenza dei giudici e la loro soggezione alla sola legge (art. 97, c. 1). Il c. 2 la rafforza ulteriormente, vietando che i giudici di carriera siano esonerati, senza il loro accordo, prima della scadenza del loro periodo di servizio ovvero sospesi, trasferiti o collocati a riposo se non in forza di una decisione giudiziaria e per i motivi e con le forme stabiliti dalla legge. E ancora, deve richiamarsi, *ex* art. 101, c. 1 GG, il principio del giudice naturale (*Recht auf gesetzlichen Richter*).

Sulla base di queste considerazioni si rivela di particolare importanza la disciplina di nomine, promozioni dei giudici e controllo del loro operato, attribuite ad autorità politiche, da un lato e d'irrogazione delle sanzioni disciplinari, di spettanza, per i casi più lievi, ai capi degli uffici giudiziari e negli altri casi ai tribunali disciplinari dei magistrati, dall'altro. La particolare attenzione che la GG dimostra su quest'ultimo punto è ulteriormente evidenziata dall'art. 98 GG, secondo il quale al giudice devono essere fornite garanzie maggiori rispetto a quelle che l'ordinamento prevede per i funzionari pubblici (andando così a distinguere le due categorie), implementate poi nella *Deutsches Richtergesetz-DRiG* (legge federale sull'ordinamento giudiziario) del 1961³. Ciononostante, come proprio la procedura di nomina dimostra, i giudici rimangono inseriti nel sistema della responsabilità parlamentare e ministeriale, nel doppio livello federale e statale.

A livello invece di fonte primaria risultano rilevanti ai fini della presente analisi la già citata DRiG, che dà appunto attuazione della riserva alla legge

³ Il testo, in lingua inglese, è disponibile in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/ (visitato il 10-8-2020).

federale sullo *status* giuridico dei magistrati federali *ex art.* 98, c. 1 GG (mentre, *ex c.* 3, la riserva è attuata a livello statale dalle leggi dei singoli *Länder*); la *Gerichtsverfassungsgesetz-GVG* (legge sull'organizzazione dei tribunali) nella sua versione del 1975⁴; la *Bundesdisziplinargesetz-BDG* (legge federale sui procedimenti disciplinari nei confronti dei pubblici funzionari) del 2001⁵; infine, seppur di ambito di applicazione più generale (i funzionari federali), si segnala la *Bundesbeamtengesetz-BBG* (legge federale sui funzionari pubblici) del 1953⁶, la *Bundespersonalvertretungsgesetz-BPersVG* (legge sulla rappresentanza del personale federale) del 1974⁷ e la *Bundesbesoldungsgesetz-BBesG* (legge federale sulla remunerazione dei funzionari pubblici) del 1975⁸.

3. Gli organi di autogoverno

Una volta tratteggiato il quadro normativo di riferimento, è opportuno delineare ora i tratti distintivi del modello tedesco di indipendenza e autonomia della magistratura, che è privo di un organo di autogoverno. Tuttavia l'assenza di un organo di autogoverno non deve essere interpretata come una totale assenza di organi interni alla magistratura. A riprova di ciò, infatti, il modello tedesco annovera al suo interno una serie di organi che consentono ai magistrati un significativo controllo sul funzionamento del sistema giudiziario⁹. Essi sono i *Präsidien*, i *Richterräte*, i *Präsidialräte* e i *Richterdienstgerichten*.

I *Präsidien* traducono in pratica il principio del giudice naturale *ex art.* 101, c. 1 GG. Spetta infatti ai *Präsidien* l'allocazione e la ripartizione dei casi, in maniera equa, a ciascun magistrato, all'inizio di ogni anno, determinando dunque in anticipo il magistrato responsabile per ciascun caso. Più precisamente, ciascun *Präsidium* elabora un modello sulla base del quale procede poi alla ripartizione del lavoro e all'assegnazione dei casi; nel caso in cui detto schema non venga seguito, la decisione del *Präsidium* può essere appellata. A garanzia dell'indipendenza di cui ciascun *Präsidium* gode, ne è costituito uno presso ciascun tribunale; inoltre, tutti i magistrati del tribunale godono sia dell'elettorato passivo che di quello attivo. L'unico membro di diritto dell'organo è il presidente del tribunale. Ne risulta pertanto che l'organo è composto nella sua interezza da magistrati. La disciplina di dettaglio sulla composizione, la selezione, le funzioni e le modalità di distribuzione del lavoro dei *Präsidien* è agli

⁴ Il testo, in lingua inglese, è disponibile in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/ (visitato il 10-8-2020).

⁵ Dal 2002, la BDG sostituisce il *Bundesdisziplinarordnung-BDO* del 1950. Il testo della legge, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bdg/index.html> (visitato il 10-8-2020).

⁶ Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/ (visitato il 10-8-2020).

⁷ Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bpersvg/BJNR006930974.html> (visitato il 10-8-2020).

⁸ Per il livello federale si rimanda alla BBesG del 1975.

⁹ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 7, 2018, 1931-1950, 1932.

sez. 21a-21j GVG. Da ultimo, pare opportuno precisare che il margine di intervento organizzativo in capo ai *Präsidien* non è tale da includere anche il *budget*, la cui determinazione e controllo rimane invece nelle mani dei ministri competenti, a livello federale¹⁰ e statale¹¹. Ciononostante, il sistema remunerativo fondato su una remunerazione standardizzata corrispondente a ciascun livello di promozione (e che prevede comunque un limite al numero di questi livelli¹²) osta a che l'esecutivo possa porre in essere indebite influenze o pressioni sui magistrati.

Se i *Präsidien* consentono dunque ai giudici di godere di indipendenza nella fase organizzativa, dal punto di vista partecipativo o, più correttamente, della c.d. *mitbestimmung*, i magistrati godono di una certa indipendenza, e influenza, nella propria vita professionale e nell'esercizio delle proprie funzioni tramite due consigli: i *Richterräte* e i *Präsidialräte*. I primi hanno una competenza più generale per tutto ciò che riguarda la vita professionale dei magistrati, mentre i secondi si occupano esclusivamente di assunzioni, avanzamenti di carriera¹³, trasferimenti (di sede ovvero di ramo giudiziario), esprimendosi mediante pareri scritti e motivati (sec. 75, c. 1 DRiG). Entrambi i consigli operano sia a livello federale (la loro disciplina è alle sez. 49-60 DRiG) che a livello statale. Ne consegue dunque che spetta a ogni *Bundesland* la disciplina di dettaglio e pertanto è possibile individuare solo una uniformità di massima tra i sedici *Länder*. Per quanto concerne i *Richterräte* questa uniformità è garantita dal fatto che i *Länder* nella loro legislazione debbano conformarsi alle sez. 72 e 73 DRiG, mentre per i *Präsidialräte* dal fatto che i *Länder* nella loro legislazione debbano conformarsi alle sez. 74 e 75 DRiG.

In particolare per quel che concerne i *Richterräte* (uno per ciascun *Land*), l'estensione della partecipazione varia sensibilmente da un *Bundesland* all'altro, e la ragione è da ricercarsi nella differente tradizione partecipativa di ciascuno, significativamente più sviluppata nei *Länder* a tradizione social-democratica, meno invece in quelli a tradizione cristiano-democratica¹⁴. È poi opportuno operare una distinzione tra le questioni in cui i magistrati sono semplicemente coinvolti rispetto a quelle in cui è richiesta una loro reale partecipazione (sul punto si richiama la sez. 52 DRiG che richiama a sua volta la BPersVG). La differenza tra queste due categorie risiede nel grado di partecipazione dei magistrati, i quali nel primo caso possono semplicemente esprimere la propria opinione, mentre nel secondo dispongono di un vero e proprio potere di veto su una questione riguardante l'amministrazione del tribunale. Nuovamente deve sottolinearsi come l'ampiezza del potere di veto e le materie da esso coperte

¹⁰ Per il livello federale si rimanda alla *Bundesbesoldungsgesetz-BBesG* (legge federale sulla remunerazione dei funzionari pubblici) del 1975. Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bbesg/BJNR011740975.html> (visitato il 10-8-2020).

¹¹ Si segnala che solo alcuni *Länder* hanno introdotto un sistema premiale sulla base della *performance* del magistrato.

¹² In questo senso, BVerfGE 55, 372, 389.

¹³ Sulle promozioni si v. in dettaglio A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 473-478.

¹⁴ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1933.

dipendano dalla legislazione di ciascun *Land*. A livello federale, il *Richterrat* è l'organo che si pronuncia su questioni generali e sindacali ed è composto, *ex sez.* 50 DRiG, da cinque giudici eletti dal *Bundesgerichtshof*-BGH (Corte suprema federale), cinque dal *Bundespategericht* (Tribunale federale dei brevetti e marchi), tre dal *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo federale), tre dal *Bundesfinanzhof* (Corte tributaria federale), tre dal *Bundesarbeitsgericht* (Tribunale federale del lavoro) e tre dal *Bundessozialgericht* (Tribunale federale sociale), tutti eletti per un mandato quadriennale. A livello di *Land*, invece, *ex sez.* 72 DRiG, i suoi membri sono eletti, con voto diretto e segreto, dai magistrati del *Land* nel loro seno.

I *Präsidialräte* sono composti dal presidente del tribunale, che lo presiede, e da giudici (in un numero compreso tra quattro e dodici, dipende dal *Land*), di cui almeno la metà deve essere eletta nel suo seno (*sez.* 74, c. 2 DRiG). Tali consigli sono istituiti a livello statale, presso ciascun tribunale, (*sez.* 74, c. 1 DRiG) e federale, in quest'ultimo caso uno per ciascun tribunale supremo. Per quel che concerne il livello del *Bund*, esso è composto dal presidente del tribunale, dal vicepresidente, da un membro eletto nell'ambito dell'Ufficio di presidenza e da altri due membri (*sez.* 54 e 74 DRiG), per un mandato quadriennale. Per quel che concerne invece il livello statale, si segnala che l'influenza che questi consigli possono realmente esercitare sulla procedura di promozione di un giudice varia sensibilmente da *Land* a *Land*, con una influenza più significativa nel Baden-Württemberg¹⁵.

Maggior rilievo in termini di autogoverno dell'ordinamento giudiziario assume senza dubbio il *Richterdienstgericht* (Tribunale federale per gli affari disciplinari istituito presso il *Bundesgerichtshof* e disciplinato alle *sez.* 61-68 DRiG) e i suoi omologhi statali (la cui disciplina è alle *sez.* 77-84 DRiG), i veri guardiani dell'indipendenza della magistratura (*sez.* 26, c. 3 DRiG). A livello federale, esso è presieduto dal presidente del BGH, da due membri permanenti (selezionati, all'interno nei propri membri per un mandato di cinque anni, dal *Präsidium* del BGH) e da due non permanenti, che devono essere magistrati di professione appartenenti allo stesso ordine di giurisdizione del magistrato sottoposto a procedimento ovvero del magistrato che vi si è rivolto lamentando una violazione della propria indipendenza. Essi sono infatti competenti per gli affari interni della magistratura, per le procedure disciplinari nei confronti dei magistrati federali/statali e per l'esame dei ricorsi relativi al ruolo, alle nomine, ai trasferimenti, ai congedi/pensionamenti per incapacità di servizio, alla destituzione dei giudici (*sez.* 62 DRiG). Tribunali omologhi sono istituiti presso i *Länder*, le cui decisioni sono impugnabili dinnanzi a un senato speciale istituito presso la più alta corte statale e al *Richterdienstgericht* federale (*sez.* 62, c. 2 e *sez.* 79, c. 1 DRiG) e la cui composizione, *mutatis mutandis*, è analoga a quella dell'omologo federale. In sostanza, accanto alla materia disciplinare i *Richterdienstgerichte* sono competenti a decidere, sia a livello federale che statale, in merito a qualunque provvedimento che possa ledere l'indipendenza del giudice

¹⁵ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1934.

sia nei confronti di atti di controllo gerarchico che di qualunque altra situazione che ne possa appunto minare l'indipendenza.

4. Il regime delle responsabilità disciplinare

Di particolare rilievo è la responsabilità disciplinare, regolata, sia per i magistrati che per i pubblici ministeri, dalla DRiG, la quale rinvia, alla sez. 63, c. 1, alla disciplina procedurale prevista dalla BDG (e questo per quanto, come richiamato *supra*, i magistrati non siano equiparabili *in toto* ai funzionari pubblici). Analoghe disposizioni sono poi previste a livello di ciascun *Bundesland* per i magistrati statali. La funzione di vigilanza (*Dienstaufsicht*) risponde a un sistema di autodisciplina in base al quale la responsabilità disciplinare rientra nella competenza di ciascun tribunale (l'iniziativa è attribuita al superiore gerarchico), escludendo, fatto salvo per i reati più gravi (iniziativa ministeriale), l'intervento del potere esecutivo. Più precisamente, al superiore gerarchico (il presidente del tribunale) spetta la valutazione sul rendimento e sulla capacità professionale del magistrato (sulla cui base sono poi valutate le eventuali promozioni) e una più generale sorveglianza sull'attività svolta in conformità agli obblighi di servizio. La sez. 26, c. 1 DRiG precisa comunque come detta *Dienstaufsicht* non debba in alcun modo essere pregiudizievole all'indipendenza del magistrato. La medesima sezione, al c. 2, prevede come l'attività di sorveglianza includa anche la possibilità di censurare modalità irregolari di esercizio della propria funzione così come di esortarne l'esercizio in maniera più consona e puntuale. Nel quadro dell'attività di sorveglianza, le sanzioni disciplinari più lievi sono comminate secondo una procedura interna, mentre i casi più gravi rientrano nella competenza del *Richterdienstgericht* federale. Nel caso in cui un magistrato consideri che un provvedimento disciplinare di cui è stato oggetto sia pregiudizievole della sua indipendenza, è ammesso il ricorso al tribunale (sez. 26, c. 3 DRiG). Essendo i magistrati dei funzionari pubblici, essi sono sottoposti ai medesimi doveri generali, *ex* BBG (*allgemeine Pflichten*), cui se ne aggiungono però alcuni particolari (*besondere Pflichten*) propri della categoria e pertanto strettamente connessi alla funzione. Specifica infatti la sez. 38, c. 1 DRiG come il magistrato, in sede di giuramento, pubblicamente si impegni a esercitare le proprie funzioni conformemente alla GG e alla legge, secondo scienza e coscienza, senza riguardo alla classe sociale della persona, col solo obiettivo di servire verità e giustizia (*Richtereid*). Per quanto concerne invece i doveri generali che spettano ai funzionari pubblici sono da applicarsi le disposizioni della BBG. La sez. 60 BBG, dedicata ai doveri fondamentali (*Grundpflichten*) sottolinea come, essendo i dipendenti pubblici i servitori dell'intero popolo e non di un partito, sia richiesta loro moderazione e riservatezza nello svolgimento della attività politica. La sez. 39 DRiG va peraltro a completare questa disposizione della BBG, precisando come il magistrato, anche al di fuori dello svolgimento della propria funzione e anche in relazione alla propria attività politica, debba sempre agire con moderazione, al fine di evitare l'insorgere di dubbi circa la propria indipendenza.

Se ne deduce, pertanto, che la responsabilità disciplinare può essere integrata da comportamenti non consoni rispetto ai doveri non strettamente legati all'esercizio della funzione, ma anche, più semplicemente, alla sfera privata. Proprio alla luce della necessità di non minare l'indipendenza, la sez. 40 DRiG regola il cumulo di funzioni. Viene infatti specificato come il magistrato possa assumere incarichi arbitrali ovvero fornire la propria opinione di esperto in un procedimento arbitrale solo qualora le parti del contratto arbitrale lo incarichino congiuntamente ovvero qualora egli sia nominato da un soggetto imparziale, in quanto non parte coinvolta nel procedimento. Non diversamente la sez. 41 DRiG che vieta espressamente l'attività remunerata di perito o consulente legale al di fuori dell'attività di servizio a meno, fatto salvo il caso in cui il magistrato svolga già anche l'attività di docente di diritto o di scienze politiche; anche in questa ipotesi viene comunque esercitato un controllo che si sostanzia nell'obbligo di autorizzazione da parte dell'autorità gerarchicamente superiore incaricata dell'amministrazione del tribunale. Tornando ai doveri generali, accanto al summenzionato dovere di imparzialità e di agire per il bene del popolo tedesco (sez. 60 BBG), pare opportuno menzionare il dovere di dedicarsi alla propria professione con il massimo impegno personale e di mantenere un comportamento professionale (sez. 61 BBG) e il dovere di consigliare, supportare ed obbedire ai propri superiori così come di rispettare la gerarchia (sez. 62 BBG). È anche fatto divieto al magistrato, anche dopo la conclusione del proprio rapporto lavorativo, di accettare doni ovvero compensi da connettersi al proprio ufficio (sez. 71 BBG).

Qualora il magistrato violi uno dei doveri generali, sia con un'azione che con un'omissione, anche al di fuori dello svolgimento delle proprie funzioni, viene integrata la fattispecie dell'illecito disciplinare (*Dienstvergehen*). Deve però precisarsi che l'azione ovvero l'omissione commessa al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni sono sanzionabili solo nella misura in cui sia atta a compromettere la fiducia nella e la reputazione della struttura cui il magistrato appartiene (sez. 77, c. 1 BBG). Non rileva dunque, ai fini della legge, che la violazione dei doveri sia stata premeditata ovvero da imputarsi a negligenza (sez. 75, c. 1 BBG). Per quanto concerne il procedimento disciplinare (*Disziplinarverfahren*), esso è disciplinato ex BDG e le disposizioni più rilevanti sono quelle in merito all'avvio (sez. 17 e 18 BDG), alla partecipazione del magistrato (sez. 20 BDG) e infine ai principali momenti della procedura stessa (sez. 21, 33 e 34 BDG). Secondo quanto previsto alla sez. 17, c. 1 BDG, il superiore gerarchico, qualora sia in possesso di elementi che integrino una possibile violazione dei doveri d'ufficio, è tenuto ad avviare il procedimento. L'avvio del procedimento può essere anche in capo al magistrato stesso, ex sez. 18, c. 1 BDG, qualora egli miri a dissipare un sospetto di condotta illecita che gravi nei suoi confronti. Il magistrato deve ricevere immediata notifica dell'avvio del procedimento ed egli potrà quindi decidere di depositare dichiarazioni in forma scritta od orale ovvero di non intervenire ovvero di farsi rappresentare da un procuratore legale o da un delegato (sez. 20, c. 1 BDG). Una volta avviato il procedimento disciplinare, il superiore gerarchico deve procedere ad accertare le

circostanze al fine di valutare l'entità della violazione dei doveri d'ufficio e la tipologia del procedimento disciplinare da adottarsi (sez. 21 BDG). Qualora l'infrazione risulti di lieve entità, il superiore gerarchico adotta un provvedimento disciplinare (*Disziplinarverfügung*, ex sez. 33 BDG) al termine di un procedimento non formale (*behördliches Verfahren*), provvedimento contro cui il magistrato che ne è oggetto può ricorrere dinnanzi al *Richterdienstgericht*. Qualora invece l'infrazione sia di grave entità, il superiore gerarchico si rivolge al *Richterdienstgericht*, presentando formale denuncia (*Disziplinarklage*, ex sez. 34 BDG), e avviando così di un procedimento giudiziale (*gerichtliches Verfahren*) che sarà deciso dal *Richterdienstgericht* stesso. Infine, per quel che concerne le sanzioni che possono essere comminate ai magistrati, esso sono, ex sez. 63 e 64 DRiG, la sospensione temporanea dal servizio (*vorläufige Dienstenthebung*), la decurtazione dello stipendio (*Einbehaltung von Bezügen*) e l'ammonimento o richiamo (*Verweis*).

Da ultimo, per quanto la disposizione non abbia alcuna reale rilevanza, ma debba essere invece letta retrospettivamente all'esperienza del giudiziario del Terzo Reich, si deve richiamare l'art. 98, c. 2 GG, secondo il quale un giudice federale che abbia violato, sia nell'esercizio delle proprie funzioni che al di fuori dello stesso, i principi sanciti nella GG ovvero quelli dell'ordinamento costituzionale di un *Land*, può essere posto in stato d'accusa. Più precisamente, su richiesta del *Bundestag* e a maggioranza dei 2/3, il BVerfG può ordinare che il giudice sia trasferito ad altro ufficio ovvero sia collocato a riposo ovvero, in caso di violazione premeditata, destituito¹⁶.

5. Formazione e procedimento di selezione

Un altro tassello di fondamentale importanza data la ricaduta sull'indipendenza dei giudici è la procedura di nomina, a livello federale e statale¹⁷. Questo soprattutto poiché, stante quelle disposizioni costituzionali e legislative - DRiG in particolare - volte a garantire l'indipendenza del giudice, questi rimane comunque inserito nel sistema della responsabilità parlamentare e ministeriale, e proprio in virtù della procedura di selezione. L'interazione delle fonti porta dunque a escludere la sussistenza di una responsabilità politica dei magistrati.

Per quel che concerne il *Bund*, l'art. 95, c. 2 GG dispone che in merito alla nomina dei giudici dei tribunali federali supremi decide il ministro federale competente per la materia corrispondente (in via tendenziale il Ministro della giustizia ovvero del lavoro) di concerto con una commissione per l'elezione dei giudici (*Richterwahlausschuss*), composta dai sedici ministri dei *Länder* competenti per la stessa materia e da un ugual numero (pertanto sedici) di membri eletti dal *Bundestag*. Alla commissione è richiesto di pronunciarsi sulle proposte formulate

¹⁶ Disposizione analoga può rintracciarsi anche nelle Costituzioni dei *Bundesländer*.

¹⁷ Si v. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 251-266. Per quanto non recente, si v. anche D.S. Clark, *The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a Rechtsstaat*, in 61 *Southern California Law Review* 6, 1988, 1795-1848.

dal ministro. Nessun requisito particolare, quale avrebbe potuto essere la competenza in materia, è richiesto per i membri eletti dalla Camera bassa, per quanto comunque la prassi si sia orientata verso la selezione di parlamentari e mai di giudici, in controtendenza rispetto a quanto avviene invece a livello statale, in cui analoghe *Richterwahlausschüsse* sono istituite *ex art.* 98, c. 4 GG, dove la preferenza va proprio ai giudici. È opportuno sottolineare come la disposizione costituzionale da applicarsi ai *Länder* lasci loro la facoltà di optare o meno per l'istituzione delle *Richterwahlausschüsse*, scelta per cui hanno optato nove *Länder* su sedici¹⁸. Come poc'anzi rilevato, solitamente le *Richterwahlausschüsse* statali sono composte da giudici, preventivamente designati dai colleghi e poi formalmente eletti dai rispettivi Parlamenti statali. Negli altri *Länder* il reclutamento è invece demandato al presidente dell'*Oberlandesgericht*.

Una fase propedeutica a quella della nomina, che riveste anch'essa una importanza significativa, in quanto ha un impatto anche sull'inquadramento del giudice e il suo rapporto con lo Stato, è quella della formazione e dell'ingresso in magistratura¹⁹. Il procedimento può essere brevemente riassunto in tre fasi: un primo esame di Stato, organizzato a livello statale e da sostenersi nel periodo immediatamente successivo alla laurea, il cui superamento porta alla qualifica di *referendar*; un successivo tirocinio biennale; infine un secondo esame di Stato per accedere a una delle professioni legali e la cui graduatoria è la base per la nomina a magistrato da parte del potere esecutivo. Deve sottolinearsi come in Germania viga il modello della separazione delle carriere. In questo quadro di separazione, il pubblico ministero, di nomina ministeriale (a livello sia di *Bund* che di *Land*), è inquadrato come dipendente pubblico gerarchicamente subordinato proprio al ministero²⁰, e pertanto risulta escluso dalla protezione costituzionale dell'indipendenza della magistratura (si rimanda alla disciplina *ex sez.* 141-125 GVG). Tuttavia, detto modello gerarchico non va a minare l'indipendenza interna dei pubblici ministeri in ragione sia dell'assenza di una previsione in virtù della quale il pubblico ministero federale possa impartire direttive agli omologhi statali²¹, sia di un significativo *self-restraint* delle autorità politiche, la quali dunque ne rispettano l'autonomia nella fase di indagine e, laddove necessario, ricorrono a direttive di tipo tecnico, non pregiudicando così il principio di legalità²².

¹⁸ Amburgo, Assia, Baden-Württemberg, Berlino, Brandeburgo, Brema, Renania-Palatinato, Schleswig-Holstein e Turingia.

¹⁹ Si v. M. Volpi, *L'ordinamento giudiziario in prospettiva comparata*, cit., 118 e A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 464-471.

²⁰ BVerfGE 32, 199 (specialmente p. 216-217) e BVerfGE 103, 142 (specialmente 151-154).

²¹ Questo anche al netto dell'art. 96, c. 5 GG che, nella materie lì espressamente elencate, prevede la soggezione del pubblico ministero statale a quello federale.

²² Più nel dettaglio, si v. M. Volpi, *L'ordinamento giudiziario in prospettiva comparata*, cit., 104.

6. Conclusioni

Sin dagli anni cinquanta è piuttosto vivo il dibattito in Germania sull'autogoverno della magistratura e, più in generale, sulla sua indipendenza e autonomia e dunque, per esteso, sulla opportunità di introdurre un organo di autogoverno²³. Indubbiamente, l'alta qualità della performance del giudiziario tedesco, così come la fiducia che l'opinione pubblica nutre nei suoi confronti, sembra non rendere necessaria alcuna riforma²⁴. Ciononostante, è opportuno svolgere alcune riflessioni conclusive in merito a due punti principali: l'idoneità del modello qui sinteticamente delineato a garantire l'indipendenza e l'autonomia della magistratura e la reale possibilità di una riforma del modello di governo della magistratura e dunque sulla sua eventuale compatibilità con il quadro dei principi fondamentali dell'ordinamento posti dalla GG.

Una parte consistente della dottrina tedesca sottolinea come minacce all'indipendenza e autonomia del potere giudiziario non provengano dagli altri poteri dello Stato né, più in generale, dalla politica²⁵. Al contrario, viene osservato come la minaccia sia endogena, e non esogena, e si sostanzia nella procedura di avanzamento di carriera, la cui gestione è nelle mani dei magistrati stessi per cui l'esistenza di un organo di autogoverno non porterebbe necessariamente alcun valore aggiunto. È inoltre importante rilevare come le funzioni di controllo e supervisione esercitate dal legislativo e soprattutto dall'esecutivo siano condotte in maniera piuttosto discreta - come dimostrato dal limitatissimo ricorso a procedure sanzionatorie, se non in casi straordinari - e il loro esercizio si sia progressivamente adattato alle nuove esigenze di indipendenza del giudiziario²⁶. Sicuramente il grande impegno dimostrato da tutti i poteri dello Stato nella difesa dello Stato di diritto si è rivelata una delle garanzie maggiormente rilevanti nei confronti dell'indipendenza del potere giudiziario.

Relativamente al secondo punto, quello cioè della fattibilità di una riforma del modello, due sembrano essere gli ostacoli sotto il profilo giuridico a una possibile riforma a favore del modello italo-francese di autogoverno della magistratura: il principio democratico *ex art. 20, c. 2 GG*, secondo cui tutto il potere dello Stato emana dal popolo e deve quindi essere responsabile dinnanzi ad esso, e quello della separazione dei poteri *ex art. 1, c. 3 e art. 20, c. 2 e 3 GG*. Per quel che concerne il modello di legittimazione democratica accolto dall'ordinamento tedesco esso si sostanzia in una legittimazione tripartita: la

²³ Si rimanda nuovamente a F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1944-1947.

²⁴ C. Frank, *Judicial Self-governance: A Role Model for Germany*, in P.-A. Albrecht, J. Thomas (eds.), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe! International Recommendations for an Independent Judicial Power*, Berlin-Cambridge, 2009, 97-102.

²⁵ A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 473. L. Jünemann, *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung – Ein Beitrag aus deutscher Sicht*, in T. Stadelmann, S. Gass, R. McCombe (Hrsg.), *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung*, Zürich-St. Gallen, 2015, 55-68.

²⁶ A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 516.

legittimazione funzionale di un potere è garantita dalla menzione nella Carta fondamentale (cosa che avviene per il giudiziario all'art. 92, 93 e 95, c. 1 GG); quella personale risiede in una procedura di selezione riconducibile, in ultima istanza, al Parlamento; e infine quella materiale, la soggezione cioè di ogni giudice alla legge (art. 91 GG). Per quel che qui interessa, è certamente la legittimazione personale che osta all'istituzione di un organo di autogoverno, in quanto esso verrebbe a porre in essere una procedura di selezione da cui il *Bundestag* sarebbe completamente escluso. Il principio democratico così interpretato chiama direttamente in questione il principio della separazione dei poteri. Ora, l'ordinamento tedesco accoglie la c.d. *Gewaltenverschränkung*, un sistema cioè di controlli e bilanciamenti reciproci. Come dunque il BVerfG controlla la legittimità delle leggi approvate dal *Bundestag*, quest'ultimo si occupa della selezione dei suoi membri e della produzione del quadro normativo di riferimento. Parimenti, la selezione dei giudici da parte dell'esecutivo controbilancia la *judicial review* che questi ultimi esercitano nei confronti dell'esecutivo. Deve inoltre rilevarsi come né le decisioni relative allo *status* dei magistrati né quelle relative al *budget* del giudiziario sono percepite come rientranti propriamente nella funzione giurisdizionale e, conseguentemente, non sono assegnate in via esclusiva al potere giudiziario ma, in larga misura, a quello esecutivo. Continuando con questa linea di ragionamento, le questioni di natura prettamente amministrativa non esigono l'indipendenza del giudiziario; tutt'al più, come rilevato *supra* specialmente nella procedura di nomina, al giudiziario spetta una funzione di natura consultiva. Ne consegue che un giudiziario indipendente, *rectius*, svincolato dal principio della responsabilità democratica, è difficilmente ipotizzabile in questo quadro.

Per concludere, per quanto, nonostante la *Ewigheitsklausel* ex art. 79, c. 3 GG, il BVerfG non abbia escluso a priori la possibilità di emendare il modello di legittimazione democratica²⁷, questa ipotesi rimane, almeno per il momento, alquanto improbabile.

Elisa Bertolini

Dipartimento di Studi giuridici "A. Straffa"
Università Commerciale Luigi Bocconi – Milano
elisa.bertolini@unibocconi.it

²⁷ Esemplificativamente, si v. BVerfGE 93, 37 e BVerfGE 107, 59.

Gli strumenti di autogoverno e di garanzia dell'indipendenza della magistratura in Inghilterra e Galles ed il ruolo della Judicial Appointment Commission

di Andrea Marchetti e Rolando Tarchi¹

Abstract: This essay aims to investigate the system of governance of the judiciary in England and Wales, in particular with regard to the judicial selection process. Starting from a synthetic reconstruction of the main features of the English judicial system, in particular from the historical reconstruction of judicial independence and its peculiar form of implementation in the English system, the research focuses on the effects produced by the Constitutional Reform Act on the selection process of English judges. In particular, the essay focuses on the composition, functions and role of the Judicial Appointment Commission with respect to the protection of the independence of English judges.

Keywords: England and Wales; Judicial Power; Judges' Selection Process; Judicial Independence; Judicial Appointment Commission; Lord Chancellor

5005

1. Considerazioni introduttive.

Prima di addentrarci nel merito dell'oggetto del presente contributo, occorre muovere da alcune considerazioni preliminari finalizzate a inquadrare il contesto giuridico, e per certi aspetti culturale, in cui si è sviluppato - e che ancora oggi caratterizza - il sistema giudiziario inglese, la cui ricostruzione, ancorché sommaria, richiederebbe un'analisi diacronica di lungo periodo (dall'XI secolo ai giorni nostri) che non può essere sviluppata in questa sede².

¹ Il presente lavoro è interamente frutto della collaborazione dei due autori; in particolare il dott. Marchetti ha curato i § 1, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 e 5; il prof. Tarchi i § 2, 3 e 6.

² Il tema è stato oggetto di pregevoli studi anche da parte della dottrina italiana, a partire da quella di carattere manualistico; *ex multis*, V. Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973; J.A.G. Griffith, *Giudici e politici in Inghilterra*, (tr. it. a cura di M. Chiti), Milano 1985; M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1986; R.M. Jackson - J.R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1989; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, 2° ed., Milano, 1998, 218 ss.; Id., voce *Ordinamento giudiziario (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI; Id., voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, in *Enc. Sc. Sociali*, 1996, VI, 375 ss.; P. Carrozza, voce *Corti*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., IV, Torino, 1989, 430 ss.; M. Cappelletti, *dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna 1994; V. Vigoriti, *Responsabilità del giudice (diritto comparato e straniero)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXVI; L. Moccia, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1984; R. Stevens, *Unpacking the Judges*, in *Current Legal Problem*, 1993,

Queste considerazioni preliminari devono muovere, innanzitutto, dalla constatazione dell'assenza di una fonte di rango costituzionale, che in altri ordinamenti, invece, presiede il funzionamento della funzione giurisdizionale quanto meno sotto il profilo della determinazione dei principi e delle garanzie di indipendenza del corpo giudiziario. Si tratta di una carenza che, tuttavia, non ha determinato effetti significativamente distorsivi in merito alla tenuta democratica dell'ordinamento e all'autonomia che il corpo giudiziario si è riservato nel tempo rispetto agli altri poteri dello Stato. La lacuna apparentemente prodotta dall'assenza di una fonte di rango costituzionale, atta a delineare i limiti e le garanzie reciproche tra i poteri dello Stato, è stata infatti colmata dal complesso coacervo di convenzioni costituzionali, prassi, principi di *common law* e norme legislative che si sono succedute in materia nel corso dei secoli.

Nel sistema inglese, invero – come anche con riferimento ad altri aspetti che attengono alla forma di stato o alla forma di governo – i principi e le norme che caratterizzano l'esercizio della funzione giurisdizionale sono prima di tutto il frutto di un lungo percorso storico e culturale che trae le proprie origini già dall'epoca medievale ed in particolare dalla istituzione delle corti regie di Westminster.

Anzi, potremmo dire che l'ordinamento inglese si sia sviluppato, in larga parte, con e per mezzo dell'esercizio della funzione giudiziaria esercitata in nome del Sovrano dalle proprie corti, istituite per superare il sistema di giustizia feudale fino ad allora vigente. Questa tradizione secolare della giustizia, la quale nel suo progressivo evolversi – a parte le riforme legislative riguardanti l'ordinamento giudiziario realizzate negli anni '90 del secolo scorso, che per la loro importanza sono state definite da Vincenzo Varano come interventi di portata rivoluzionaria³ – non ha conosciuto modifiche significative, fa sì che gli elementi identificativi del sistema siano ancora oggi da rintracciare proprio nel passato e nel contesto storico dal quale questo ha tratto origine.

In tal senso rileva allora l'inamovibilità dei giudici, da considerare uno dei capisaldi dell'ordinamento giudiziario d'oltremania e, più in generale, dell'assetto istituzionale inglese. Su questa ci soffermeremo, se pur brevemente, perché trattasi del principio intorno al quale è stata eretta e poi si è evoluta l'indipendenza della magistratura nell'ordinamento inglese.

1 ss.; R. Romanelli, *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna 1997; L.M. Díez-Picazo, *Il modello europeo di magistratura: un approccio storico*, in R. Romanelli, cit., 31 ss.; S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano 2004; A. Guarnieri - B. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, 2011; V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, 6° ed., Torino, 2018; M. Mazza, *Il potere giudiziario*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2014, II, 1056 ss.; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 520 ss.

³ Si tratta, in particolare, di quattro leggi, ad iniziare dal *Court Legal Service Act* 1990, cui hanno fatto seguito le nuove *Rules* sul processo civile adottate nel 1999, lo *Human Rights Act* 1998 e, infine il *Constitutional Reform Act* 2005. Da non trascurare neppure la riforma delle giurisdizioni amministrative operata dal *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007.

Vi è poi un'altra considerazione preliminare da svolgere: l'analisi del complessivo funzionamento del sistema di autogoverno del potere giudiziario nel sistema inglese sconta un quadro piuttosto complesso e, al netto di alcune più recenti innovazioni che sono passate per l'iniziativa legislativa del Parlamento, anche altamente deformatizzato. La laboriosità di tale contesto è figlia del complesso ordito di relazioni che, nel corso dei secoli, si è venuto a delineare intorno al governo del sistema giudiziario inglese e che vede il coinvolgimento non solo della *Judicial Appointment Commission* (da qui JAC), ma anche di altre figure del ramo esecutivo; in primo luogo il *Lord Chancellor*⁴, così come dello stesso giudiziario (il *Lord Chief Justice*⁵ in primis), o organi terzi come il *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman*⁶. Ciascuno di questi soggetti, con un ruolo più o meno incisivo rispetto all'altro, ha contribuito e contribuisce tuttora al governo del potere giudiziario inglese: a questi sono infatti riconosciute una serie di attribuzioni che spaziano dalla nomina alla selezione dei giudici, alla loro carriera, alla condotta disciplinare, alla loro formazione professionale, al supporto amministrativo per gli uffici giudiziari e il loro finanziamento.

Per ragioni di spazio e di coerenza sistematica, tuttavia, concentreremo la nostra analisi esclusivamente sulla magistratura giudicante soffermandoci in particolare sulla composizione e sul funzionamento della JAC, dunque sull'organo istituito dal *Constitutional Reform Act 2005* (da qui CRA 2005), con il compito di sovrintendere al procedimento di selezione e nomina dei giudici inglesi. La scelta

⁴ Nonostante, come vedremo nei paragrafi successivi, il CRA 2005 abbia prodotto un notevole ridimensionamento del ruolo del *Lord Chancellor* (in primo luogo per quanto riguarda la selezione dei giudici) questo ha comunque conservato rilevanti poteri nell'ambito del governo della giustizia inglese: stabilire il quadro di riferimento per l'organizzazione del sistema giudiziario, compresa la definizione dei confini giurisdizionali all'interno dell'Inghilterra e del Galles; stabilire l'assegnazione di risorse finanziarie, materiali e umane per l'amministrazione della giustizia; stabilire le retribuzioni, le pensioni e le risorse per la formazione dei magistrati; determinare il numero complessivo di giudici e la distribuzione degli affari tra i diversi livelli delle corti in Inghilterra e nel Galles (cfr. sul punto CRA 2005, *Explanatory Notes to section 15 and Schedules 4 and 5*). A questi devono poi aggiungersi inoltre le funzioni ancora oggi svolte in merito alla selezione dei giudici e ai poteri disciplinari.

⁵ A seguito del CRA 2005, il *Lord Chief Justice* svolge le funzioni di presidente delle *Courts of England and Wales* e di *Head of the Judiciary of England and Wales*. Come tale, egli è responsabile di rappresentare il punto di vista della magistratura davanti al parlamento ed al governo, garantire il benessere, la formazione e la guida dei giudici nell'ambito delle risorse messe a disposizione dal *Lord Chancellor* e impiegare i giudici e distribuire il lavoro all'interno delle corti. Il ruolo del *Lord Chief Justice* si è molto accresciuto a seguito del *Constitutional Reform Act*, acquisendo molte delle funzioni fino ad allora esercitate dal *Lord Chancellor*. Tra queste: l'assegnazione e la definizione dei ruoli dei singoli giudici nell'ambito del sistema giudiziario; la responsabilità di stabilire regole relative all'impiego dei magistrati; l'assegnazione del del lavoro e la distribuzione degli affari all'interno dello stesso livello del sistema giudiziario (ad esempio tra le divisioni dell'Alta Corte). Cfr. sul punto CRA 2005, *Explanatory Notes to section 15 and Schedules 4 and 5*.

⁶ L'organo del *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman* è disciplinato dalla *Schedule 13* del *Constitutional Reform Act*. A questo sono attribuite funzioni nell'ambito del procedimento di selezione dei giudici nonché in quello di esercizio del potere disciplinare consistenti nell'accogliere una denuncia, nel formulare raccomandazioni, nel riesaminare il modo in cui è stato gestito un caso disciplinare contro un giudice, nell'indagare e formulare raccomandazioni in merito alle questioni che gli vengono sottoposte dal *Lord Chancellor* o dal *Lord Chief Justice*.

di concentrare la nostra attenzione su questo organo si giustifica anche in ragione del fatto che la sua istituzione rappresenta la prima risposta che il legislatore inglese, condizionato dal processo di integrazione europea e dalla sponda offerta al diritto CEDU dallo *Human Rights Act*, decide di mettere in campo per far fronte all'esigenza sempre più pressante di dotare il sistema giudiziario inglese di più adeguate forme di garanzia di indipendenza rispetto a quelle fino ad allora esistenti. Ma vi è di più: l'istituzione della JAC rappresenta altresì la più importante e significativa modifica mai concretizzatasi nell'ambito del sistema di governo della magistratura; una modifica, come vedremo, di portata straordinaria, non solo perché in grado di interrompere una tradizione plurisecolare connotata dall'egemonia incontrastata del *Lord Chancellor*, ma anche per il suo contenuto e per gli effetti prodotti sull'intero sistema istituzionale d'oltremania.

In definitiva, possiamo anticipare che si tratta dell'organo, tra quelli che integrano il sistema inglese, che più si avvicina ad un consiglio di giustizia, limitandosi, però, ad integrare solo alcuni degli elementi tipici del modello europeo continentale, occupandosi solo delle procedure selettive della magistratura togata.

2. Il contesto storico di riferimento: l'indipendenza dei giudici e l'accesso alla professione forense nel contesto dell'organizzazione giudiziaria inglese.

Nel suo complesso l'organizzazione giudiziaria inglese presenta caratteri molto particolari, che ne rendono difficile una trattazione sintetica.

Tre aspetti, strettamente legati al tema che viene qui trattato, meritano comunque di essere richiamati; il primo consiste nell'esiguità del corpo giudiziario. A fronte di un numero molto elevato di magistrati onorari, cui è rimesso il disbrigo della gran parte del contenzioso, soprattutto in materia penale, il numero dei giudici togati a tempo pieno è di circa 1500 unità, dei quali solo 164 siedono nelle corti superiori; e soltanto questi ultimi sono da sempre considerati giudici nel senso costituzionale del termine, in quanto unici depositari del potere giudiziario, anche perché solo le decisioni di queste corti producono un effetto di precedente⁷. Si segnala, quindi, una differenza rilevante rispetto ai paesi europei continentali: in Italia i giudici professionali sono circa 9.000 (comprensivi dei pubblici ministeri), in Germania oltre 30.000.

Il secondo elemento caratterizzante ha a che fare con l'osmosi dall'avvocatura alla magistratura, del tutto assente nei sistemi di *civil law*. Fin dall'epoca medievale, il *Bar* ha esercitato un vero e proprio monopolio sulle nomine giudiziarie che non è mai stato messo in discussione, tanto è vero che quando nel 1846 vennero istituite le *Conty Courts*, la contrarietà dell'avvocatura nei confronti di questa riforma fu superata offrendo alle associazioni dei *barristers* la garanzia che anche queste nuove cariche sarebbero state occupate da loro esponenti. Questa modalità di selezione ha reso possibile la circostanza che la comunità ristretta dei giudici togati potesse essere formata pescando nell'altrettanto ristretto ambito

⁷ Cfr. V. Varano, V. Barsotti, op. cit., 283.

degli avvocati in possesso del *right of audience*, e garantisse, quindi, selezioni accurate, basate anche su una conoscenza personale, e una grande omogeneità tra giudici e avvocati⁸.

In pratica, dunque, la carriera giudiziaria ha sempre costituito una sorta di prosecuzione dell'attività forense; il che spiega sia la proverbiale "chiusura" del ceto dei giuristi, sia l'elevata età media dei giudici inglesi⁹.

Il terzo profilo attiene alla nozione stessa di giudice e attività giudiziaria; questa è riferita esclusivamente alla magistratura giudicante, le corti di giustizia. In tutti i sistemi di *common law* quella requirente è sempre stata considerata una funzione di natura politico-amministrativa e nell'esperienza inglese è stata storicamente esercitata dall'amministrazione della pubblica sicurezza, che è stata affiancata, a partire dal 1986 (sulla base del *Prosecution of Offences Act* 1985) dal *Crown Prosecution Service*, un'agenzia al cui vertice è posto dal *Director of Public Prosecutions*. Di questa netta separazione tra giurisdizione e funzione requirente non possiamo occuparci in questa sede¹⁰; il profilo è stato richiamato per precisare che quanto sarà esposto qui di seguito riguarda solo i giudici nel senso stretto del termine.

In questo contesto istituzionale, si iscrive il principio di inamovibilità dei giudici inglesi, il quale ha contribuito a plasmare significativamente i tratti distintivi dell'ordinamento giudiziario sin dal XVIII secolo ed in particolare sin dall'adozione nel 1701 dell'*Act of Settlement* con il quale, in risposta ai tentativi assolutistici dei sovrani Stuart, venne sancito dal Parlamento il principio in base al quale i membri del giudiziario avrebbero mantenuto il loro incarico "*during Good behaviour*" potendo essere rimossi dal sovrano solo previa deliberazione delle due camere¹¹.

Principio che, per quanto riguarda più direttamente la posizione della magistratura, trasformò l'indipendenza giudiziaria in un principio di ascendenza remota e quindi immutabile, al di sopra del potere di qualsiasi sovrano, incluso il Parlamento. Così, quando la Gloriosa Rivoluzione sconfisse definitivamente le pretese assolutiste, i grandi testi legislativi dell'epoca proclamarono solennemente l'indipendenza giudiziaria e ne stabilirono le principali garanzie. Questa proclamazione aveva però il carattere di una generica dichiarazione, piuttosto che quello di norma costituzionale dalla quale promanasse il valore sopralegale dell'indipendenza giudiziaria¹².

⁸ V. Varano - V. Barsotti, op. cit., 280.

⁹ P. Carrozza, op. cit., §. 3.

¹⁰ Cfr. A. Ashworth, *Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales*, <https://www.legal-tools.org/doc/1bfbbf/pdf/>.

¹¹ Questo poteva avvenire secondo due modalità; la prima consisteva nella procedura d'*impeachment*, rapidamente caduta in disuso, mentre la seconda (c.d. *address*) prevedeva la possibilità di una risoluzione approvata da entrambe le camere. A questa eventualità si è fatto ricorso solo in un'occasione nel 1830, tanto che, come riferito da M. Mazza, cit., 1065) nel 1994 il *Lord Chancellor* all'ora in carica ebbe modo di affermare che nessun giudice inglese è stato mai rimosso in questo modo dal suo incarico.

¹² L.M. Díez-Picazo, op. cit., 32-33.

Ma la nozione di inamovibilità è rimasta immutata¹³, anche rispetto alla sua formale enunciazione che ne costituisce ancora oggi il fondamento, fino ai giorni nostri, dove anzi, per certi aspetti ha trovato un'ulteriore attuazione a seguito dell'approvazione del *Judicial Pensions Act* 1959 con il quale è stato introdotto il pensionamento obbligatorio dei giudici al raggiungimento del settantacinquesimo anno di età, limite poi ridotto a settanta anni dal *Judicial Pensions and Retirement Act* 1993. In tal modo, infatti, viene consacrato quale unica causa di cessazione dall'esercizio della funzione giurisdizionale, con l'esclusione della morte, dell'incapacità accertata¹⁴ e delle dimissioni volontarie, il pensionamento obbligatorio del giudice al raggiungimento dei limiti di età¹⁵.

Ma, a ben vedere, non può certo attribuirsi solo all'inamovibilità dei giudici la garanzia di indipendenza di cui il corpo giudiziario attualmente gode nell'ordinamento inglese. Del resto la previsione di cui all'*Act of Settlement*, più che tutelare l'autonomia *tout court* della giurisdizione quale potere indipendente dello Stato (diversamente da quanto sarà poi stabilito dalla Costituzione degli U.S.A del 1787), era funzionale alla garanzia dell'indipendenza dei giudici dalle ingerenze della monarchia, la quale in passato aveva spesso fatto ricorso al potere arbitrario di rimozione dei giudici per continuare ad esercitare le proprie influenze in ordine all'esercizio del potere¹⁶.

L'indipendenza del corpo giudiziario inglese è semmai il frutto di un più complesso sistema nato dalla sedimentazione e dall'intreccio di convenzioni costituzionali, sensibilità culturali e prassi che si sono plasmate sul prestigio e sul ruolo della magistratura e delle professioni forensi; prestigio che rappresenta la condizione principale per la designazione dei giudici, rendendo conseguentemente secondarie le garanzie giuridiche di indipendenza e autonomia ad essi attribuiti dal sistema istituzionale.

Del resto la dottrina comparatistica ha da sempre individuato nella peculiare organizzazione del sistema delle corti di giustizia, un elemento caratterizzante del modello di *common law*. In questo contesto, la posizione costituzionale del potere

¹³ Oggi il principio trova espressione anche alla *section 33* del *CRA 2005* laddove si afferma che “*A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour, but may be removed from it on the address of both Houses of Parliament*”.

¹⁴ Cfr. *section 11* del *Supreme Court Act* 1981.

¹⁵ Diversa invece la disciplina originariamente prevista per i giudici delle corti inferiori, per i quali era previsto il potere di rimozione da parte del *Lord Chancellor* in caso di incapacità o cattiva condotta; una facoltà che, nei riguardi dei giudici di pace, il Cancelliere poteva esercitare senza obbligo di motivazione. Il *Courts Act* 2003 (*sections 11 e 22*) è intervenuto sul punto, equiparando il regime di rimovibilità dei giudici di pace a quello degli altri giudici inferiori. L'assenza di un quadro normativo di riferimento teso a regolare tale potere del *Lord Chancellor* potrebbe indurre a ritenere che la scelta del cancelliere fosse caratterizzata da un'ampia discrezionalità. Tuttavia occorre rilevare come in realtà tale potere abbia avuto in realtà uno scarso impatto pratico. Raramente il potere disciplinare del cancelliere nei confronti dei giudici si è spinto sino alla rimozione, preferendo semmai altre misure più blande come alcune forme di ammonimento o di censura. Cfr. sul punto V. Varano, op. cit., 385.

¹⁶ Per un approfondimento sulle origini storiche del principio di inamovibilità sancito dall'*Act of Settlement* del 1701 si veda R. Stevens, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Hart, Oxford, 2005, 1 ss.

giudiziario è stata indubbiamente ritenuta molto più solida di quanto non sia avvenuto negli stati del continente europeo, e, nella variante inglese, questo è derivato da una tradizione secolare, peraltro caratterizzata dall'assenza di vere garanzie giuridiche.

Si è così affermato¹⁷ che l'autorità dei giudici è da ricondurre al carattere particolarmente compatto della società anglosassone, la quale ha visto formarsi, nel suo seno, una sorta di casta cui sono state affidate le funzioni giudiziarie, e che la vicenda è apparsa quasi miracolosa, per la capacità dimostrata da questi giuristi di aver saputo conservare intorno alla propria attività un grado di consenso di tutte le classi sociali; ciò che ha consentito loro di operare con indipendenza e con un elevato livello di professionalità.

Non solo, questa secolare tradizione di consenso da parte della società ha altresì garantito a tale selezionata élite di giudici di esercitare la funzione giudiziaria in assenza di vere garanzie giuridiche e di mantenere comunque una forma di indipendenza nei confronti dell'esecutivo.

Del resto, il controllo sull'accesso alla magistratura, prima dell'intervento del CRA 2005, era sì appannaggio esclusivo del *Lord Chancellor* ma all'interno di un perimetro ben rigido che consentiva l'accesso alla magistratura solo a coloro che, dopo aver maturato una certa esperienza all'interno del foro, si erano distinti per merito e capacità. In questo modo il ruolo dell'esecutivo nella selezione dei giudici è sempre stato condizionato e per certi aspetti limitato da questa esigenza¹⁸, ovvero quella di premiare nella selezione per la nomina a giudice coloro che nell'ambito della professione forense avevano acquisito maggior competenza e prestigio, cosicché “*la nomina a giudice è venuta a configurarsi come il coronamento di una carriera forense di successo*”¹⁹.

Se questa è sempre stata la prassi sin dall'epoca medievale, in tempi moderni tale regola si è affinata grazie all'intervento del legislatore il quale ha previsto un numero minimo di anni di titolarità della qualifica di *barrister* quale requisito per la nomina di giudice; un periodo che è stato poi quantificato in misura diversa in relazione all'importanza dell'ufficio da ricoprire, essendo richiesta per le cariche più elevate una maggiore esperienza forense²⁰.

¹⁷ Cfr. *ex multis* A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 218.

¹⁸ Già durante le corti erano formate da giudici professionisti che, già sotto il regno di Enrico III (1216 -1272) venivano scelti tra i *serjeant at law*, ossia tra gli avvocati più competenti e importanti. A partire dal quattordicesimo secolo questa consuetudine, di reclutare i giudici inglesi tra le file degli avvocati più prestigiosi, si consolidò definitivamente ed a partire dal XVIII secolo la selezione dei giudici da parte del monarca su proposta del *Lord Chancellor* si concentrava su quei *barrister* che si erano distinti per “una fama di integrità di grande lavoro e di elevati guadagni” e che acquisivano il titolo di *King's (o Queen's) Counsel* (cfr. V. Varano, op. cit., 89).

¹⁹ A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 49.

²⁰ Così, a titolo esemplificativo, per accedere alla carica di giudice dell'*High Court* era necessario avere ricoperto il ruolo di *barrister* per almeno dieci anni ovvero di *circuit judge* per almeno due anni; per la carica di *Lord Justice of Appeal* si prevedevano invece almeno quindici anni di titolarità come *barrister* ovvero la qualifica di giudice della *High Court*. Sui requisiti di accesso per le giurisdizioni superiori si veda *Senior Court Act* 1981, *section* 10.

Ma una significativa evoluzione della disciplina si è registrata a seguito dell'approvazione del *Courts and Legal Service Act* 1990 con il quale è stato avviato il processo di superamento²¹ del secolare monopolio dei *barristers* rispetto all'accesso alla qualifica di *Queen's Counsel*, ormai divenuto in via di prassi un requisito per la nomina a giudice delle corti superiori inglesi. La riforma ha così previsto il superamento della qualifica di *barrister* quale requisito per la nomina a giudice sostituendolo con il diverso requisito della titolarità del *right of audience* per un certo numero di anni²². A questo requisito si è poi aggiunto in via di prassi negli ultimi anni anche quello di aver prestato servizio come giudice *part time* per un tempo sufficiente da poter consentire una valutazione della competenza e professionalità del candidato: una sorta di periodo di prova che, laddove superato positivamente, consente di accedere a tempo pieno alla carriera giudiziaria²³.

3. Il procedimento di nomina dei giudici prima dell'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act*.

Fino all'approvazione della riforma costituzionale del 2005 si distinguevano tre diverse modalità di nomina dei giudici. Per le più alte cariche giudiziarie (*Lord of Appeal in Ordinary*, *Lord Justice of Appeal* e *Head of Division*) la nomina veniva effettuata dalla Regina su raccomandazione del Primo Ministro, il quale, a sua volta, teneva conto delle indicazioni del *Lord Chancellor*.

I giudici della *Court of Appeal*, dell'*High Court*, i *circuit judge* e i *district judge*, invece, erano nominati direttamente dalla Regina, su proposta del *Lord Chancellor* e senza l'intermediazione del primo ministro. Infine per quanto concerneva la nomina dei giudici inferiori, il potere di nomina era direttamente conferito al *Lord Chancellor*.

Aldilà delle singole procedure non vi è dubbio che il ruolo centrale nel procedimento di nomina dei giudici fosse ricoperto dal *Lord Chancellor*²⁴, dunque

Con riferimento alle *county court* l'accesso alla carica sin dal *County Courts Act* del 1846 è sempre stato aperto sia ai *barristers* che ai *solicitors* che avessero svolto la professione da almeno dieci anni.

²¹ Per un approfondimento sul complesso processo di riforma delle professioni legali si rinvia a A. De Luca, op. cit., 52 ss.

²² Si fa riferimento in particolare al *Courts and Legal Services Act* 1990, section 71. Tali requisiti sono stati poi riformulati con l'approvazione del *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007 dove il requisito del *right of audience* è stato sostituito dalla più generica "*judicial appointment eligibility condition*" ovvero *barrister* o *solicitor* da un certo numero di anni e con una certa "*experience in law*" (v. *infra*, nota 54).

²³ C. Guarnieri, P. Pederzoli, op. cit., 59.

²⁴ Come ben descritto nel lavoro di A. De Luca, op. cit., 56, a quanto risulta dalle descrizioni fatte dai cancellieri che si sono succeduti nella carica - per quanto il procedimento di nomina non sia mai stato contraddistinto da forme di pubblicità e trasparenza - il primo ministro non si è mai discostato dalle proposte formulate dal *Lord Chancellor* e contenute nella lista di candidati da sottoporre alla sua approvazione. In altri termini, a quanto consta, il premier non ha mai raccomandato la nomina di una persona non presente in tale lista salvo, semmai, talvolta, non rispettare l'ordine di preferenza proposto dal cancelliere. Per un approfondimento sul ruolo rivestito dai Primi Ministri sulla scelta dei giudici si veda D. Woodhouse, *The Office of Lord Chancellor*, Hart, Oxford, 2001, 133.

da un membro dell'esecutivo che come tale rischiava di mettere in discussione, almeno formalmente, l'indipendenza dell'intero corpo giudiziario. Peraltro le modalità con cui il *Lord Chancellor* arrivava all'individuazione del candidato da nominare o da proporre per l'investitura si contraddistinguevano per un notevole tasso di informalità e segretezza che hanno sempre reso difficilmente decifrabile le modalità di svolgimento in concreto del procedimento di selezione. In particolare con riferimento alla nomina dei giudici delle corti superiori, un certo peso era ricoperto dalla conoscenza diretta che il cancelliere aveva del singolo candidato, anche se il vero cuore della procedura erano i cosiddetti "*secret soundings*", consultazioni informali con le più alte cariche giudiziarie e gli esponenti di vertice del Bar, all'esito delle quali il *Lord Chancellor*, nell'ambito di una conversazione informale, proponeva al candidato prescelto il posto rimasto vacante.

Si trattava dunque di una procedura del tutto deformalizzata di cui non esistono informazioni precise o codificazioni di prassi ma rispetto alla quale pare abbastanza certa sia la consuetudine di acquisire, per le nomine dei giudici delle corti superiori, il parere di tutti i futuri colleghi, oltre a quella di svolgere consultazioni altrettanto informali con i rappresentanti delle *Inns* e della *Law Society*, al termine delle quali si registrava, poi, il tendenziale uniformarsi del cancelliere all'opinione espressa dalla maggioranza di coloro che venivano interpellati²⁵.

Se pertanto innegabile pare possa definirsi la centralità del ruolo svolto dal *Lord Chancellor* nella selezione dei giudici, altrettanto vero è che tale funzione veniva esercitata in ogni caso con il coinvolgimento e la partecipazione di autorevoli esponenti del corpo giudiziario. Dunque si trattava di un potere che, per quanto assegnato ad un membro dell'esecutivo, in realtà veniva di fatto condiviso con altre parti del potere giudiziario e dalle corporazioni degli avvocati, risultando per l'effetto meno accentrato di quanto non potesse apparire ad un primo sguardo. Se a questo poi si aggiungono anche le considerazioni circa i numeri delle procedure che il cancelliere doveva gestire mensilmente tale constatazione risulta ancor più evidente. Ed infatti, in ragione dell'elevato carico di lavoro gravante sul *Lord Chancellor* proprio in relazione alla selezione dei giudici, questi ricorreva all'ausilio di un robusto corpo di funzionari i quali, inevitabilmente, finivano per indebolire la propria autonomia di scelta, rafforzando di contro il peso esercitato dalla magistratura²⁶.

Non è un caso allora che in relazione al sistema di reclutamento dei giudici inglesi, sia per quanto riguarda i requisiti di accesso che per le modalità di selezione

²⁵ D. Woodhouse, *The Office of Lord Chancellor*, cit., 142.

²⁶ Proprio in ragione dell'ingente mole di lavoro il cancelliere si avvaleva della collaborazione del *Permanent Secretary* nonché dei funzionari del proprio dicastero facenti parte di un'apposita struttura denominata *Judicial Appointment Group*. Secondo quanto riportato nel documento Department for Constitutional Affairs, *Constitutional Reform: A New Way of Appointing Judges*, CP 10/03, London, HMSO, 2003, 11-12, nel 2003, prima dell'entrata in vigore della riforma, questo ufficio ha esaminato più di 4000 domande e selezionato oltre 900 giudici e più di 1700 *magistrates*.

dei candidati, si sia parlato come di una forma di cooptazione da parte degli altri membri del giudiziario²⁷.

In definitiva, il *Lord Chancellor* assumeva il ruolo di un regista, nell'ambito di procedimenti nei quali intervenivano, formalmente a titolo consultivo, una pluralità di soggetti, in grado di esercitare un rilevante potere di influenza; a differenza del sistema americano, caratterizzato dalla natura esclusivamente politica delle nomine dei giudici, quello inglese poteva essere definito a buona ragione come un modello politico *sui generis*, o più propriamente, un modello politico-corporativo.

4. La riforma e l'istituzione della *Judicial Appointment Commission*

Il fulcro della riforma costituzionale apportata dal CRA 2005 è rappresentato, per quanto in questa sede ci occupa, oltre che dalla modifica delle funzioni e delle prerogative costituzionali del *Lord Chancellor*²⁸ e dalla istituzione della *UK Supreme*

²⁷ Sul punto si veda A. Guarnieri, B. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2011, 58.

²⁸ Parallelamente alla istituzione della nuova commissione per la selezione dei giudici il CRA 2005 è intervenuto altresì per modificare le funzioni del *Lord Chancellor*, in particolare per superare la peculiarità solo inglese di concentrare in un'unica figura funzioni riconducibili ai tre poteri dello Stato: la funzione esecutiva (in qualità di membro del Gabinetto), la funzione giudiziaria (in qualità di presidente dell'*Appellate Committee della House of Lords*, nonché della *Court of Appeal* e della *Chancery Division della High Court*) e quella legislativa (in qualità di *speaker della House of Lords*). A queste funzioni si aggiungeva inoltre quella di "*head of the judiciary*" a cui veniva ricondotta la funzione costituzionale di difesa della *rule of law* e dell'indipendenza del potere giudiziario, proprio in ragione di quella sua appartenenza sia al potere esecutivo che a quello giudiziario e dunque alla possibilità di svolgere un ruolo di mediazione tra i due rami del potere.

Senza entrare nei dettagli, ricordiamo infatti come nel caso *McGonnell*, deciso il 20 ottobre 1998, la Commissione per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa stabilì che il Regno Unito aveva violato l'art. 6 della CEDU, nella parte in cui prescrive che il giudice debba essere imparziale ed indipendente. Successivamente, nel rapporto stilato, nel marzo 2003, dal Comitato per gli Affari giuridici e i Diritti Umani del Consiglio d'Europa si evidenziò come il ruolo "duale" del *Lord Chancellor*, contemporaneamente Ministro della Giustizia e membro del sistema giudiziario, potesse violare l'art. 6 della CEDU, che prevede come ogni individuo abbia diritto ad un processo condotto da un giudice *indipendente ed imparziale*. Il rapporto aggiungeva che la Gran Bretagna, come democrazia di antica tradizione, avrebbe dovuto dare il buon esempio alle democrazie più giovani, garantendo in maniera *effettiva* il rispetto del principio di separazione dei poteri.

Il CRA 2005 (*section 2*) ha inoltre modificato i requisiti per la nomina a Lord Chancellor: se prima potevano accedere all'incarico solo Pari che svolgessero o avessero svolto anche la professione di giudici o comunque di *barrister*, la legge adesso si limita a richiedere che la persona sia "*qualified by experience*". La legge precisa poi come tale esperienza possa essere acquisita ricoprendo la carica di ministro, membro di una delle due camere del Parlamento, avvocato, professore di materie giuridiche nonché attraverso un'altra qualsiasi esperienza che venga giudicata rilevante del Primo Ministro. Dunque di fatto la carica di cancelliere è divenuta una carica attribuita ad un ministro che non si differenzia più dagli altri membri dell'esecutivo.

Sulle modifiche introdotte dal CRA con particolare riferimento al ruolo del *Lord Chancellor* si veda *ex multis*: G. Caravale, *La separazione del giudiziario: tradizione e innovazione nel Constitutional Reform Act*, in *Nomos*, Vol. 11, n. 3, 2006; P. Leyland, *Separating powers and*

*Court*²⁹, dall'istituzione di un apposito organismo indipendente dall'esecutivo al quale è stato affidato il compito di effettuare la selezione dei nuovi giudici (anche se non la loro nomina, la quale rimane una prerogativa del *Lord Chancellor* o della Regina): la *Judicial Appointment Commission*.

La commissione si configura alla stregua di un *Executive Non-Departmental Public Body* (*executive NDPB*)³⁰, ovvero come un organo che, istituito dal Parlamento o dal governo, sempre con l'approvazione del Parlamento, si pone al di fuori della struttura dipartimentale³¹, pur svolgendo funzioni esecutive, amministrative o regolatorie per conto dell'esecutivo e dipendendo economicamente da questo.

In quanto *executive NDPB* la JAC dunque opera al di fuori della struttura ministeriale pur dipendendo dal Ministero sotto il profilo finanziario ed essendo a

constitutionalising the office of Lord Chancellor, in *Diritto pubblico*, Vol. 10, n. 1, 2004, 117 ss.; F. Gandini, *Brevi note sulla istituzione della Corte suprema per il Regno Unito*, in *Il Foro Italiano*, 2009; D. Oliver, *Constitutionalism and the Abolition of the Office of Lord Chancellor*, in *Parliamentary Affairs*, Vol. 58, 2004;

²⁹ Sull'impatto prodotto dalla riforma del CRA rispetto all'istituzione della nuova Corte Suprema si rinvia a: N. Andrews, *The United Kingdom's Supreme Court: Four Hopes*, in *Annuario di Diritto Comparato*, 2011; T. Bingham, *The Old Order Changet*, in *122 Law Quarterly Review*, 2006, 211 ss.; D. Neuberger, *The Supreme Court: is the House of Lords 'Losing Part of Itself'?*, 2 december 2009, in www.judiciary.gov.uk; A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, <http://www.giurcost.org/studi/pdf/torre1-2006.pdf>. Per un'analisi successiva, v. G. Caravale, *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, 1, 27 ss.

³⁰ Gli *Executive Non-Departmental Public Bodies* si configurano come una *species* dei *Non-Departmental Public Bodies* (anche noti come *quangos*), ovvero quegli organi «che si collocano al di fuori della sfera del potere esecutivo ma sono responsabili per lo svolgimento di funzioni che sono di natura governativa e dipendono finanziariamente dal governo stesso» (v. A. Torre, *Dal Board System ai Quangos: le autorità "indipendenti" in Gran Bretagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 3, 1156) pur sottraendosi al circuito della responsabilità ministeriale (c.d. *fringe organisations*).

Le funzioni che i *quangos* svolgono sono assai diversificate ma, secondo il *Report on Non-Departmental Public Body* del 1980 (*Report on Non-Departmental Public Bodies, Presented to Parliament by Command of Her Majesty, January 1980, Cmnd 7797*, London, 1980) possono essere classificate in tre categorie: esecutive, consultive e giudiziarie.

Questi organi non sono quindi assimilabili alla categoria delle autorità indipendenti individuata sulla scorta della nozione ormai invalsa nei principali ordinamenti europei (cfr. sul punto G. Morbidelli, *Le autorità indipendenti: introduzione ad una lettura comparata*, in questa *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 3, 1151 ss. ed in particolare per il Regno Unito: A. Torre, *Dal Board System ai Quangos: le autorità "indipendenti" in Gran Bretagna*, cit., 1145 ss.; S. Cattaneo, *"Agencies" e "regulation" nel Regno Unito*, in S. Labriola (cur.), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, 249 ss.).

Per un approfondimento delle caratteristiche degli *executive NDPBs* si rinvia a: CABINET OFFICE, *Public Bodies: A Guide for Departments*, Chapter Two, June 2006, 4, reperibile all'indirizzo web: <http://www.civilservice.gov.uk/about/resources/information-on-public-bodies>.

³¹ La dottrina inglese si è adoperata molto nel tentativo di definire la vasta e complessa moltitudine di organismi pubblici che gravitano intorno all'amministrazione dipartimentale pur non facendone formalmente parte. La locuzione più ricorrente per identificare tali organismi è quella di "*non departmental public bodies*".

questo legato da forme di raccordo e collaborazione amministrativa³². Il personale che vi opera è esterno al *civil service*, ed in particolare il suo vertice amministrativo è scelto dalla commissione stessa dietro approvazione del *Lord Chancellor*.

Accanto alla JAC il *Judicial Appointment Commission* ha altresì previsto l'istituzione di un altro organo che, in sostituzione del *Lord Chancellor* e del primo ministro, provveda alla nomina dei giudici (i c.d. *justices*) della neo-istituita *Supreme Court*. Tutte le volte in cui infatti si verifichi una vacanza di uno dei giudici della Corte Suprema il *Lord Chancellor* è tenuto a istituire una commissione *ad hoc* con il compito di selezionare il nuovo giudice da sostituire. In verità il cancelliere in questo caso non esercita alcun potere sostanziale di scelta in quanto, secondo quanto previsto dalla *section 26* del *CRA 2005*, la commissione selezionatrice è composta dal presidente della Corte Suprema, dal suo vicepresidente oltre ad un rappresentante di ciascuno dei tre organismi incaricati della selezione dei giudici esistenti nel Regno Unito che vengono designati dall'organismo di appartenenza con l'unico limite che almeno uno dei tre deve essere un membro laico³³. Non ce ne occupiamo partitamente in questa sede, trattandosi di un organo che non opera con continuità e la cui composizione può variare ogni volta che viene convocato.

4.1. (segue) la sua composizione

La composizione della *Judicial Appointment Commission* è disciplinata oggi dallo *Statutory Instrument 2013/2191*³⁴ (*The Judicial Appointments Commission Regulations 2013*) a seguito della modifica della *Schedule 12* del *CRA 2005*, apportato dal *Crime and Courts Act 2013*, il quale ha espressamente delegificato la materia in favore del *Lord Chancellor* con l'accordo del *Lord Chief Justice*³⁵.

³² Per un approfondimento sul rapporto tra Ministero della Giustizia e JAC si rinvia al *Framework Document Ministry of Justice and the Judicial Appointments Commission* reperibile all'indirizzo https://www.judicialappointments.gov.uk/sites/default/files/sync/about_the_jac/jac-moj-framework-2012.pdf

³³ Anche in questo caso la commissione incaricata della selezione può scegliere la procedura selettiva da seguire, ma è comunque tenuta a consultare il *Lord Chancellor* nonché le massime cariche giudiziarie del Regno Unito e i ministri più importanti di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. La commissione, muovendo dai criteri indicati dal *Lord Chancellor*, a conclusione del procedimento deve inoltre trasmettere la propria relazione contenente la proposta di nomina allo stesso cancelliere, il quale a sua volta, dovrà consultare nuovamente le massime cariche giudiziarie del Regno Unito i ministri già coinvolti prima di provvedere a comunicare il nominativo del candidato prescelto dal Primo Ministro che a sua volta lo sottoporà alla regina per la nomina. Specularmente a quanto previsto per la selezione degli altri giudici da parte della JAC, anche per la nomina dei giudici della Corte Suprema il *Lord Chancellor* potrà rifiutare l'indicazione della commissione oppure chiedere a questa di reconsiderarne il contenuto (*sections 29-31* del *Constitutional Reform Act*).

³⁴ Lo *Statutory Instrument 2013/2191* è stato adottato dal *Lord Chancellor*, con l'approvazione del *Lord Chief Justice*, in forza del potere conferitogli dalla *Schedule 12* del *CRA 2005*. Il *draft* del regolamento è stato poi approvato con apposita risoluzione da entrambe le camere.

³⁵ Ai sensi della *Schedule 12*, par. 1 infatti “*the Commission consist of a) a chairman, and b) such member of other Commissioners as the Lord Chancellor may specify by regulations made with the agreement of The Lord Chief Justice*”.

Qualificata come un *executive non-departmental public body*, la JAC è formata da quindici componenti, provenienti da diversi ambiti dell'organizzazione giudiziaria inglese, dal mondo della professione forense oltre che da alcuni membri laici, secondo l'articolazione che segue:

- sette giudici in rappresentanza delle varie articolazioni della giustizia inglese (un *Lord Justice of Appeal*, un giudice della *High Court*, un *circuit judge*³⁶, un *district judge* di *county court*, un *senior tribunal office-holder member* del circuito dei *Tribunals*, un giudice dei *First-tier Tribunals*, un *non legally qualified judicial member*³⁷);
- sei membri laici, tra i quali viene nominato il Presidente della commissione, individuati tra persone che non hanno mai ricoperto cariche giudiziarie o esercitato la professione forense;
- due membri selezionati tra coloro che esercitano la professione forense e scelti tra la categoria dei *barrister*, dei *solicitors* e dei membri del *Chartered Institute of Legal Executives*³⁸ in modo tale che nessuno dei due ricopra la stessa qualifica dell'altro.

Si tratta certamente di una composizione più articolata di quella originariamente proposta dal governo nella proposta di legge iniziale nella quale veniva ipotizzata una presenza paritaria tra giudici, avvocati e laici³⁹, ma sostanzialmente analoga a quella introdotta nel *CRA 2005* all'atto della sua emanazione⁴⁰.

I componenti della JAC vengono nominati dalla Regina su proposta del *Lord Chancellor* per un tempo predefinito, della durata massima di cinque anni, e possono esercitare la funzione per un periodo anche non continuativo non superiore a dieci anni; pertanto, possono essere riconfermati nel loro incarico anche se non consecutivamente; cessano dal loro incarico al venir meno dei requisiti sulla base dei quali sono stati selezionati per la carica.

³⁶ I giudici di circuito sono giudici in Inghilterra e Galles che siedono nella *Crown Court*, nei tribunali di contea e in alcune sottodivisioni specializzate della *High Court of Justice*, come la *Technology and Construction Court*.

³⁷ Tale espressione viene chiarita dalla *regulation 6* e si riferisce a quei giudici laici che ricoprono una delle funzioni giudiziarie richiamate dalla norma (giudici di pace e giudici di tribunali individuati nella *Part 3* della *Schedule 14* del *Constitutional Reform Act*) e che non abbiano mai esercitato la professione forense come avvocati.

³⁸ Il *Chartered Institute of Legal Executives* (CILEx) è l'organismo professionale fondato nel 1963 con il supporto della *Law Society of England and Wales* per fornire un percorso professionalizzante per la formazione dei futuri giuristi, con la qualifica di *legal executive*. In quanto organismo professionale, CILEx è oggi rispettato e riconosciuto come uno dei tre rami principali della professione legale su un piano di parità con la *Law Society* e il *Bar of Council*.

³⁹ Si vede in tal senso la proposta contenuta nel Department for Constitutional Affairs, *Constitutional Reform: A New Way of Appointing Judges*, CP 10/03, London, HMSO, 2003 laddove si prevedeva che la Commissione dovesse essere composta da cinque giudici, cinque avvocati e cinque membri laici.

⁴⁰ La *schedule 12* del *CRA 2005* delineava una composizione dell'organo analoga a quella prevista oggi nel *JAC Regulations 2013* con l'unica differenza che al suo interno non si contemplava la presenza dei giudici del circuito dei *Tribunals*, come noto, organi giudiziari riformati a seguito del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*.

Possono essere rimossi solo con atto della Regina su proposta del *Lord Chancellor*, nei casi di ingiustificato inadempimento delle proprie funzioni per un periodo ininterrotto di almeno sei mesi, ovvero in caso di condanna penale o di fallimento (senza riabilitazione), ed in tutti gli altri casi in cui il commissario risulti, a giudizio del *Lord Chancellor* “*otherwise unfit to hold his office or unable to discharge its functions*”⁴¹.

4.2. (segue) le modalità di nomina dei membri della JAC

Le modalità di selezione dei componenti della Commissione variano a seconda della provenienza del membro da nominare.

Le procedure individuate dallo *Statutory Instrument* 2013 n. 2191 sono tre e si distinguono in ragione della diversa categoria di provenienza.

La prima procedura⁴² è quella che viene utilizzata per tutti i commissari ad eccezione dei tre giudici superiori, ovvero dei membri designati tra i *Lords Justice of Appeal*, i giudici della *High Court* e tra i *senior tribunal office-holder member*.

In questo caso la selezione viene effettuata da un *panel* composto da quattro membri⁴³: il primo, che svolge anche la funzione di presidente del comitato, selezionato dal *Lord Chancellor* con il consenso del *Lord Chief Justice* o, nel caso in cui la selezione riguardi un commissario espressione dei *Tribunals*, dal *Senior President of Tribunals*⁴⁴; il secondo è il *Lord Chief Justice* o altro componente da lui scelto; il terzo componente è nominato direttamente dal primo dei membri designati; infine, l'ultimo è lo stesso presidente della JAC.

I requisiti per la nomina a componente del *panel* sono individuati in negativo: nessuno può essere nominato quale membro se è impiegato nel *Civil Service*; non può ricoprire il ruolo di primo membro del *panel* chi ricopre il ruolo di commissario o membro dello staff della JAC, chi esercita la professione forense in qualsiasi regione del Regno Unito, chi è membro della *House of Commons*, chi ricopre un ruolo giudiziario tra quelli indicati nella *schedule* 14 del CRA 2005; per l'accesso al ruolo di terzo membro del *panel* si prevede solo l'esclusione per i membri della *House of Commons*.

Il regolamento prevede poi che il *Lord Chancellor*, prima di proporre il nominativo del primo membro del *panel* al *Lord Chief Justice* o al *Senior President of Tribunals*, debba accertarsi che la scelta non sia inappropriata per la designazione, escludendo coloro che abbiano esercitato funzioni di natura giudiziaria o che in passato abbiano prestato servizio nell'Amministrazione, nella JAC o nel Parlamento così come coloro che abbiano ricoperto ruoli o si caratterizzino per una particolare affiliazione politica presente o passata in un partito.

⁴¹ Cfr. *Constitutional Reform Act*, *Schedule* 12, *paragraph* 15(2). Si tratta di un'ipotesi che fino ad oggi non risulta mai aver trovato applicazione.

⁴² Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 9.

⁴³ Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 13.

⁴⁴ Nel caso in cui la selezione riguardi il *non legally qualified judicial member* la persona deve essere selezionata dal *Lord Chancellor* con il consenso sia del *Lord Chief Justice* che del *Senior President of Tribunals*.

Le stesse regole sono poi prescritte per la nomina del terzo membro del *panel* che deve esser effettuata successivamente da colui che sarà individuato come primo membro nonché per la selezione dei membri laici della Commissione⁴⁵.

Il regolamento⁴⁶ precisa poi come nella scelta dei componenti in rappresentanza delle professioni forensi la commissione debba tenere conto delle indicazioni formulate dalle associazioni di riferimento delle professioni forensi (il *Bar Council*, la *Law Society* e il *Chartered Institute of Legal Executives*).

La seconda procedura di nomina⁴⁷ prevede che l'individuazione dei due membri della JAC, in rappresentanza dei *Lords Justices of Appeal* e dei giudici della *High Court*, sia svolta dal *Judges' Council of England and Wales*⁴⁸, un organo costituito unicamente da giudici che, in rappresentanza della magistratura, fornisce consulenza al *Lord Chief Justice* in materia giudiziaria. In tal caso la *Judges' Council* formula una proposta motivata al *Lord Chancellor* il quale poi provvede alla nomina formale del soggetto selezionato.

La terza procedura selettiva⁴⁹ riguarda, infine, la selezione del componente in rappresentanza dei *senior tribunal office-holders*: anche in tal caso la nomina spetta formalmente al *Lord Chancellor* ma in questo caso dietro la proposta motivata del *Tribunal Judges' Council*, un organo costituito dal *Senior President of Tribunals* ai fini dell'applicazione del regolamento in questione.

La *ratio* di questa complessa disciplina risulta chiara e appare conforme con gli obiettivi che hanno ispirato la riforma legislativa del 2005: garantire un meccanismo di selezione dei giudici il più possibile scevro da condizionamenti esterni di natura politica e comunque tale da garantire una separazione più marcata rispetto al passato del potere giudiziario dall'esecutivo.

In definitiva, l'obiettivo che il legislatore pare voler perseguire è quello di assicurare alla JAC, anche in relazione al processo di selezione dei suoi membri, la massima protezione dalle ingerenze o condizionamenti dei partiti e del governo. Guardando alla composizione e al modo in cui sono selezionati i suoi membri, si può sicuramente apprezzare come questo scopo sembri effettivamente conseguito, tenuto conto che i membri espressi dal corpo giudiziario concorrono per quasi la metà dei membri della Commissione (7 su 15).

4.3 (segue) la procedura per la selezione dei giudici

La procedura di selezione dei giudici, per la prima volta disciplinata con la riforma introdotta dal CRA 2005, e successivamente modificata a seguito dell'adozione dello *Statutory Instrument* 2012/2192 (*The Judicial Appointments Regulations* 2013),

⁴⁵ Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 15 (3).

⁴⁶ Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 15 (2).

⁴⁷ Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 10.

⁴⁸ Sul punto si veda J. Thomas, *The Judges' Council*, in *Public Law*, 2005, vol. 105, n. 3, 608 ss. Per un approfondimento anche sul sito del sistema giudiziario inglese <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/how-the-judiciary-is-governed/judges-council/>

⁴⁹ Cfr. S.I. 2013/2191, *regulation* 11.

pur presentando alcune importanti differenze a seconda del ruolo giudiziario per il quale si deve provvedere alla relativa nomina, si articola in quattro distinte fasi.

La procedura di selezione prende avvio con la richiesta del *Lord Chancellor* alla JAC di selezionare una o più persone per ricoprire uno o più posti resisi vacanti. La *vacancy notice* del *Lord Chancellor* deve comunque essere preceduta dalla consultazione del *Lord Chief Justice*.

Dopo di che la procedura si diversifica in ragione del ruolo che deve essere ricoperto; cosicché a mutare è la composizione dell'organo incaricato della selezione.

Attualmente le procedure di selezione disciplinate dalla Part IV del *CRA 2005* e dallo *Statutory Instrument 2012/2192*⁵⁰ sono cinque: per la nomina del *Lord Chief Justice*⁵¹; per gli *Heads of Division*⁵²; per i *Senior President of Tribunals*⁵³; per i *Lords Justice of Appeal*⁵⁴; per i giudici della *High Court* e delle altre corti inferiori⁵⁵.

Mentre in quest'ultimo caso la procedura selettiva è interamente condotta dal *plenum* della Commissione, negli altri casi è prevista l'istituzione di comitati *ad hoc*, i quali procedono autonomamente alla selezione dei candidati e alla formalizzazione di una proposta di nomina al *Lord Chancellor*, la cui composizione, al di là delle singole specificità per ciascuna figura da selezionare, così come previsto dal *CRA 2005*⁵⁶, prevede la presenza di almeno cinque membri di cui almeno due scelti tra i membri della JAC, almeno due professionisti del corpo giudiziario ed infine almeno due membri “*non legally qualified*”⁵⁷.

Dunque, per la scelta dei giudici, con l'eccezione di quelli della *High Court* o delle altre corti inferiori, il sistema di selezione è differenziato e si articola in un complesso procedimento dove sono coinvolti a diverso titolo – sia con mera funzione consultiva che in qualità di membri designati del *panel* – altri componenti della JAC, giudici che hanno precedentemente ricoperto il ruolo che si è reso vacante o giudici della Corte Suprema, il *Lord Chief Justice* e il *Lord Chancellor*⁵⁸.

Così per la selezione del *Lord Chief Justice* è prevista la costituzione di un comitato composto dal Presidente della JAC, il più anziano giudice della Corte

⁵⁰ Lo *Statutory Instrument 2013/2192* è stato adottato dal *Lord Chancellor*, con l'approvazione del *Lord Chief Justice*, in forza del potere conferitogli dalle *sections 94(2)* e *94 C* del *CRA 2005*. Il *draft* del regolamento è stato poi approvato con apposita risoluzione da entrambe le camere.

⁵¹ S.I. 2013/2192, *part II*.

⁵² S.I. 2013/2192, *part III*.

⁵³ S.I. 2013/2192, *part IV*.

⁵⁴ S.I. 2013/2192, *part V*.

⁵⁵ S.I. 2013/2192, *part VI*.

⁵⁶ Cfr. *section 70, 75 B, 79*.

⁵⁷ Con l'espressione “*non legally qualified*” si fa riferimento ai soggetti individuati alla *regulation 4* dello S.I. 2013/2192, ovvero coloro che non siano mai stati titolari di un ufficio giudiziario tra quelli indicati alla *Schedule 14* del *Constitutional Reform Act*, che non abbiano mai svolto la professione forense come avvocati, che non siano stati membri di un *panel* nominato ai sensi della *regulation 8* dell'*Employment Tribunals Regulations 2004*.

⁵⁸ Anche nella procedura ordinaria di selezione dei giudici inferiori è previsto il coinvolgimento, con funzione consultiva, anche di soggetti esterni alle stesse: il *Lord Chief Justice*, il *Lord Chancellor*, il *Senior President of Tribunals*, il precedente titolare della carica oggetto di selezione.

Suprema (o altro membro da questo designato tra i giudici di appello, gli *Heads of Division* ed altri giudici della Corte Suprema), un membro della JAC selezionato dal Presidente, un altro membro laico selezionato dal Presidente della JAC ed infine un membro scelto dal *Lord Chief Justice* in carica.

Il *panel* nell'ambito della procedura selettiva deve poi consultare il *Lord Chancellor*, il *Lord Chief Justice* e il primo ministro del Galles.

Per i giudici della Corte di appello la composizione del *panel* non è meno articolata. In tal caso il primo membro è il *Lord Chief Justice* o altro membro da questi designato, il secondo componente è indicato dallo stesso *Lord Chief Justice*, partecipano poi il Presidente della JAC o altro membro laico da questo individuato in sua vece, un componente laico della JAC nominato dallo stesso Presidente e un membro nominato dal *Lord Chief Justice* (dopo aver consultato il Presidente della JAC o il membro che ne fa le veci) tra i giudici della Corte Suprema, gli *Heads of Division*, il *Senior President of Tribunals*, i giudici della *High Court* o altro membro della JAC.

In questa procedura la fase di consultazione da parte del *panel* prevede il coinvolgimento del *Lord Chancellor*.

Anche per le selezioni degli *Heads of Division* è prevista l'istituzione di un *panel* di cinque membri formato dal *Lord Chief Justice* (o altro membro da questi designato tra i giudici della Corte Suprema, gli *Heads of Division*, i giudici di appello), il più anziano giudice della Corte Suprema (o altro membro da questo designato tra i giudici di appello, gli *Heads of Division* ed altri giudici della Corte Suprema), il Presidente della JAC o altro membro laico della JAC da questi designato, un altro membro laico della JAC dal Presidente, un membro nominato dal *Lord Chief Justice* tra i giudici della Corte Suprema, i *senior judge*⁵⁹, uno dei titolari delle cariche giudiziarie di cui alla *Schedule 14* del CRA 2005, un membro della JAC. Anche in questo caso la consultazione prevede il coinvolgimento del *Lord Chancellor* e del “*current holder of the office*”, ovvero del giudice in carica che deve essere sostituito.

Infine, per la selezione del *Senior President of Tribunals*, viene prevista la costituzione di un comitato *ad hoc* che prevede la partecipazione del *Lord Chief Justice* (o altro membro da questi designato in sua vece), un membro nominato dal *Lord Chief Justice* tra i giudici che ricoprono o hanno ricoperto una funzione giudiziaria nell'ambito del circuito dei *Tribunals*, il presidente della JAC o altro membro laico della commissione da questi designato, un membro laico della JAC nominato dallo stesso Presidente o dall'altro componente nominato in sua vece, un membro nominato dal *Lord Chief Justice* selezionato tra i componenti della JAC o degli altri organi collegiali per la selezione dei giudici in Irlanda del Nord e Scozia. In questo caso il *panel*, nell'ambito della procedura selettiva, deve consultare lo stesso *Lord Chancellor* e il *Senior President of Tribunals* in carica.

⁵⁹ Secondo quanto previsto dalla *section 109(5)* del CRA 2005, sono considerati *senior judge* solo i titolari delle seguenti cariche: *Master of the Rolls*; *President of the Queen's Bench Division*; *President of the Family Division*; *Chancellor of the High Court*; *Senior President of Tribunals*; *President of Welsh Tribunals*; *Lord Justice of Appeal*; *puisne judge of the High Court*.

Il *plenum* della Commissione si limita dunque a svolgere le proprie funzioni istruttorie e di proposta nell'ambito delle selezioni riguardanti i giudici della *High Court* e altri giudici inferiori, lasciando invece ad un arcipelago a composizione variabile di sottocommissioni il processo selettivo riguardante gli altri membri del corpo giudiziario.

Questo meccanismo complesso per la composizione dei *panel* è frutto della scelta del legislatore inglese di parcellizzare il procedimento di nomina, prevedendo, rispetto al procedimento ordinario, un decentramento nella selezione dei giudici superiori, con lo scopo di confinare il processo decisionale relativo alle scelte più importanti a un gruppo più ristretto di commissari, all'interno del quale, inevitabilmente, la componente togata, per autorevolezza e prestigio, è in grado di esercitare un ruolo più rilevante e condizionante.

In ogni caso, al di là del tipo di commissione chiamata ad effettuare la selezione, il procedimento di nomina è strutturato in modo tale da prevedere una condivisione della scelta su base ampia, secondo una sorta di complesso sistema di pesi e contrappesi e di bilanciamento di interessi teso a garantire che nessuno possa esercitare una scelta in autonomia. Una magistratura che, dunque, grazie a questo articolato sistema di selezione delle cariche giudiziarie da una parte si apre alla società con riferimento alla nomina dei giudici inferiori e che dall'altra si tutela da ingerenze esterne, garantendo ai giudici già in ruolo, una sorta di "diritto di prelazione" per la copertura dei ruoli apicali relativamente alla carriera delle posizioni di vertice; ciò che, almeno in una certa misura, riafferma per altre vie quel modello di cooptazione che ha caratterizzato il sistema giudiziario inglese sin dalle sue origini⁶⁰.

4.4 (segue) I criteri da seguire per la selezione dei giudici

Conclusa la fase notiziale dell'apertura della selezione a seguito della quale viene reso pubblico il concorso, si accolgono le candidature degli aspiranti, dopodiché è previsto un vaglio preliminare delle domande per accertare la presenza dei requisiti di ammissibilità⁶¹ e di "*good character*"⁶². Si passa quindi ad una prima

⁶⁰ Cfr. in tal senso A. De Luca, op. cit., 150.

⁶¹ Con l'approvazione del *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007 sono state modificate le condizioni di accesso per la nomina alle varie cariche giudiziarie prima previste dal *Courts and Legal Services Act* 1990. Il precedente requisito del "*right of audience*" è stato sostituito dalla più generica "*judicial-appointment eligibility condition*" ovvero dalla condizione consistente nel possesso di determinati titoli tra cui quelli di *barrister* o di *solicitor*, per un certo numero di anni e che durante questo periodo abbiano accumulato una "*experience in law*" ovvero abbiano svolto, anche part-time, un'attività giuridica che può consistere non solo nella consulenza e nel patrocinio, ma anche nella mediazione o nell'insegnamento e nella ricerca. L'altra modifica riguarda la durata minima per la quale il candidato deve aver posseduto il titolo e acquisito l'esperienza la quale è stata ridotta laddove erano richiesti dieci anni in sette e nei casi in cui erano necessari sette anni in cinque.

⁶² Il requisito è prescritto, insieme al *merit*, dalla *section 63(3)* del *Constitutional Reform Act*; la Commissione ha elaborato una guida dove vengono esplicitati i contenuti di tale requisito, inteso come requisito di integrità morale e professionale del candidato. A tale scopo ciascun aspirante deve preventivamente dichiarare alla commissione una serie di informazioni che

selezione, fondata ai sensi della *section 63* del *CRA 2005* solo sul “*merit*”⁶³, che normalmente consiste in una prova tecnica da svolgersi online (*qualifying test*)⁶⁴ ma che può anche assumere la forma di una valutazione sulla base delle domande e dei titoli presentati dai singoli candidati (*paper sift*)⁶⁵. A questo criterio di natura curriculare se ne aggiunge anche un altro, attinente al profilo soggettivo del candidato e finalizzato a garantire un equilibrio complessivo all'interno del corpo giudiziario sotto il profilo culturale, etnico e sociale: la *diversity*⁶⁶. Un criterio

riguardano la propria pregressa attività professionale e lavorativa. Il documento è reperibile all'indirizzo

https://www.judicialappointments.gov.uk/sites/default/files/sync/application_selection/good_character-january2019.pdf

⁶³ La nozione di “*merit*” viene definita in Department for Constitutional Affairs, *Constitutional Reform: A New Way of Appointing Judges*, CP 10/03, London, HMSO, 2003, 13, reperibile in <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090117151841/http://www.dca.gov.uk/consult/jacommission/judges.pdf>. Nel documento si accoglie una nozione di merito abbastanza estesa tale da ricomprendere caratteristiche soggettive del candidato quali la conoscenza ed esperienza giuridica, le capacità intellettuali e analitiche, le capacità di giudizio, le capacità di comunicazione e di ascolto, le capacità di gestione dell'autorità, nonché altri requisiti come integrità e indipendenza, equità e imparzialità, comprensione delle persone, maturità e temperamento, cortesia, impegno, coscienza e diligenza.

⁶⁴ In merito a questa fase, per un approfondimento, si rinvia a quanto indicato sul sito della JAC al seguente link <https://www.judicialappointments.gov.uk/qualifying-tests>

⁶⁵ In realtà già prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale si era venuta consolidando una convenzione in base alla quale il *Lord Chancellor* procedeva alla selezione dei giudici sulla base di tre criteri: il merito dei candidati, il servizio già prestato come giudice e l'opinione dei giudici in carica. In particolare quest'ultimo è quello tra i tre criteri che ha certamente influito in misura maggiore nelle scelte da parte del *Lord Chancellor* soprattutto con riferimento alle nomine dei giudici delle corti superiori e che quindi ha consentito l'utilizzo da parte di taluni dell'utilizzo dell'espressione “cooptazione” con riferimento ai meccanismi di selezione della magistratura inglese. Cfr. in tal senso A. De Luca, op. cit., 70.

⁶⁶ Secondo quanto previsto dalla *section 64* del *Constitutional Reform Act*, la Commissione, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve infatti altresì tenere presente l'esigenza di favorire una diversificazione (“*diversity*”) del giudiziario, cercando di promuovere la partecipazione alle procedure di selezione di persone in grado di rappresentare l'intera società, sia dal punto di vista del genere che dell'etnia. Nel documento Ministry of Justice, *Diversity of the judiciary: Legal professions, new appointments and current post-holders 2020 statistics*, reperibile all'indirizzo web <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2020-statistics> sono riportati interessanti statistiche circa il rispetto del criterio della *diversity* da parte della JAC nell'ambito delle procedure selettive da questa avviate nel corso del 2020. Così viene per esempio evidenziato come le percentuali di nomine di genere femminile decresca con il crescere del livello e del ruolo del posto resosi vacante (se per le procedure selettive riguardanti le *county courts* il genere femminile supera il 40%, per le cariche dei giudici della *Court of Appeal* la percentuale si aggira intorno al 20%). Lo stesso dicasi per il profilo dell'etnia dei candidati: in questo caso le percentuali sono estremamente più basse: solo l'8% per le nomine delle corti superiori e il 15% circa per quelle riguardanti i *Tribunals*.

Analogamente, per quanto riguarda le statistiche concernenti i giudici attualmente in carica, si rinvia al quadro di sintesi *Judicial Diversity Statistics 2019* predisposto dal *Judicial Office* e reperibile all'indirizzo web <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/07/Judicial-Diversity-Statistics-2019-Infographic-1.pdf>

Dai dati pubblicati si evince che tra i giudici delle corti superiori inglesi il genere femminile rappresenta il 32% del totale, tra i giudici dei *Tribunals* il 46% e tra i *magistrates* il 56% (rispetto agli anni precedenti il dato è in lieve crescita): Con riferimento alle minoranze etniche il dato, anche se in lieve crescita (circa il 2%), è piuttosto basso: il 7% per le corti superiori, l'11% per i *Tribunals* e il 12% per i *magistrates*. Infine, riguardo alla provenienza professionale: il 33% dei

finalizzato a garantire un maggiore pluralismo, in modo da riflettere le molteplici componenti sociali all'interno del corpo giudiziario, per troppo tempo caratterizzato da un'eccessiva omogeneità, che, a giudizio di alcuni commentatori, poneva problemi di legittimazione delle corti stesse⁶⁷.

Coloro che hanno superato questa prima fase partecipano quindi al cosiddetto *selection day*⁶⁸, in cui vengono sottoposti ad un colloquio orale e ad una prova di natura pratica (*role playing*)⁶⁹.

Tale selezione è preceduta (per i ruoli di *senior*) o seguita (in tutti gli altri casi) dalla fase di consultazione dei soggetti individuati nelle disposizioni regolamentari sopra descritte: dunque oltre ai giudici che ricoprono le posizioni apicali anche i magistrati che hanno precedentemente ricoperto quel ruolo ora oggetto del procedimento di selezione.

A conclusione della procedura selettiva il *CRA 2005* prevede che la commissione o il *panel* predisponga un rapporto in cui viene descritta la procedura seguita e in cui è indicato il candidato prescelto da sottoporre al *Lord Chancellor*. Questo potrà accettare la proposta della commissione ovvero, previa motivazione scritta, laddove non concordi con la proposta formulata, esercitare il potere di respingere l'indicazione o di chiedere alla commissione di riconsiderare la scelta effettuata⁷⁰. Ciascuno dei due poteri può essere esercitato una sola volta, per cui al

giudici delle corti superiori e il 63% dei giudici dei *Tribunals* provengono da una precedente carriera diversa rispetto a quella di *barrister* (dunque *solicitors* o *legal executive*).

⁶⁷ Cfr. E. Varano – V. Barsotti, op. cit., 281, che ricordano come la quasi totalità dei giudici fosse di razza bianca, di genere maschile, di mezza età, scarsamente rappresentativi della società nel suo complesso (caratterizzata, ormai, da un pluralismo piuttosto accentuato sotto tutti i profili, compreso quello etnico), in quanto quasi esclusivamente appartenenti ai suoi segmenti più elevati. non sembra peraltro che tale obiettivo sia stato raggiunto. Nella High Court, il 1° Aprile 2017, su 97 giudici 76 erano uomini e 21 donne e solo il 5% apparteneva a una minoranza etnica e un solo *solicitors*.

⁶⁸ Sul punto si rinvia alla scheda esplicativa pubblicata sul sito internet della JAC e reperibile all'indirizzo <https://www.judicialappointments.gov.uk/selection-day>

⁶⁹ Si tratta di una sorta di simulazione dove si chiede al candidato di misurarsi con una prova pratica di natura processuale.

⁷⁰ Si tratta in realtà di un potere che il *Lord Chancellor* ha esercitato solo raramente. Secondo quanto riportato in M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution. Process, Politics and Democracy*, Hart, Oxford, 2015, 138 uno studio pubblicato nel 2014 su iniziativa del Ministero della giustizia, rileva come con riferimento alle circa 3500 raccomandazioni formulate dalla commissione nel periodo 2006-2013 il *Lord Chancellor* ha impiegato tale potere solo cinque volte. Le ragioni sono anche da imputarsi all'elevato numero di selezioni che vengono compiute e dunque allo scarso tempo che il Ministro può dedicare alla singola selezione, opponendosi alla scelta della commissione. Possiamo anche ipotizzare che, almeno per quanto concerne la selezione dei giudici superiori, si proceda a concertazioni preventive di carattere informale tra il Cancelliere (che può così esercitare un potere di influenza) ed i componenti della JAC, in modo da evitare l'insorgere di pericolosi conflitti istituzionali. È proprio quanto sembrerebbe confermato dal *Lord Chancellor* Jack Straw in un'intervista rilasciata al *Guardian* il 4 dicembre 2012 (<https://www.theguardian.com/law/2012/dec/04/jack-straw-judicial-appointments-diversity>), nella quale ricordava come non fosse più il the Head of Judiciary, ma, quale ministro della giustizia fosse responsabile dell'andamento della giustizia di fronte a governo e parlamento.

massimo potranno essere selezionati tre candidati e solo uno di questi poi sarà effettivamente proposto alla Regina per la nomina da parte del *Lord Chancellor*.

Il rigetto della decisione può avvenire se il *Lord Chancellor* reputa che il candidato prescelto non sia adatto a ricoprire il ruolo per il quale è stato indicato. La richiesta di riconsiderazione può avvenire se il *Lord Chancellor* ritiene che non vi sia sufficiente evidenza che il candidato sia adatto al ruolo da ricoprire o che il candidato selezionato non sia il più qualificato per merito⁷¹. In caso di rigetto la commissione è tenuta a selezionare un nuovo candidato; nel caso di richiesta di riconsiderazione, invece, può sia confermare che modificare la propria decisione.

La procedura termina infine con la nomina formale da parte del *Lord Chancellor* per i giudici inferiori e da parte della Regina (su proposta del *Lord Chancellor* o del Primo Ministro) per i giudici superiori. La legge prevede inoltre la possibilità per i candidati di presentare un reclamo al *Judicial Appointment and Conduct Ombudsman*⁷², un organismo indipendente al quale è stato conferito, oltre al controllo sull'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei giudici, la supervisione del funzionamento della procedura di nomina.

Guardando all'ingente numero di domande processate ogni anno⁷³ e al nuovo procedimento di selezione dei giudici che la riforma del 2005 ha introdotto, non è difficile giungere alla conclusione secondo cui nell'ambito del processo di selezione a farne le spese, in termini di peso decisionale sulla scelta finale, sia il *Lord Chancellor*: da essere, almeno formalmente, l'unico artefice delle selezioni dei membri del corpo giudiziario, il nuovo assetto delineato dalla riforma lo confina in una posizione certamente più ridimensionata, non solo per la presenza di altri attori con cui condividere le scelte ma anche per il ruolo che in questo nuovo assetto la stessa magistratura si vede garantita⁷⁴. Invero un'ulteriore conferma di questo assunto la si può ricavare dall'approccio piuttosto prudente con cui il *Lord Chancellor* ha esercitato le sue prerogative di *reconsideration* o di *rejection* nell'ambito del procedimento di selezione di giudici⁷⁵: un dato che mette in luce

E certamente, in relazione alle selezioni riguardanti le posizioni apicali della magistratura, il cancelliere esercita un potere di vigilanza più accentuato, in ragione anche dell'importanza del ruolo da ricoprire: in tal senso può forse spiegarsi il caso dello stesso *Lord Chancellor* Jack Straw il quale, in relazione alla nomina del nuovo presidente della *Family Division*, esercitò nel 2010 il potere di *reconsideration* del candidato prescelto dalla Commissione. A seguito della riconferma da parte della Commissione il candidato fu poi nominato dal *Lord Chancellor*.

⁷¹ Sections 74, 83, 91 del *Constitutional Reform Act*.

⁷² Cfr. *Schedule 13* del *Constitutional Reform Act*.

⁷³ I dati più aggiornati, relativi all'anno 2019, sono reperibili all'indirizzo web <https://judicialappointments.gov.uk/wp-content/uploads/2020/10/statistics-bulletin-jac-2018-19.pdf>

⁷⁴ In questo senso, G.D. Gee, *Rethinking the Lord Chancellor's Role in Judicial Appointments*, in *Legal Ethics*, 2017, 4 ss. secondo cui «*The pre-2005 appointments regime conferred excessive discretion on the Lord Chancellor, but the post-2005 regime has gone much too far in the opposite direction. Today, the Lord Chancellor is almost entirely excluded from the process of selecting lower level judges and enjoys only limited say over the selection of senior judges*».

⁷⁵ Tra il 2006-2014, su circa 4.300 raccomandazioni, i Lord Cancellieri ne hanno rifiutati solo 5; in altre parole, i Lord Cancellieri hanno accettato il Le raccomandazioni di JAC - letteralmente-99,9% delle volte.

una dinamica delle relazioni all'interno della JAC sempre più spostata in favore del riconoscimento di una vera e propria garanzia di indipendenza del giudiziario dall'esecutivo.

Nella misura in cui la JAC può essere considerata una sorta di consiglio di giustizia, il rilievo determinante all'interno dell'organo della componente giudiziaria consente, quindi, di parlare di una forma più accentuata di autogoverno del potere giudiziario rispetto alla tradizione che si è consolidata negli ordinamenti dell'Europa continentale, nei quali il ruolo dei soggetti di estrazione politica risulta decisamente più evidente. Ma è altrettanto vero che, anche alla luce delle ultime riforme che hanno portato ad un decentramento delle funzioni della JAC in favore di un complesso sistema di sotto commissioni e comitati, le argomentazioni che avrebbero potuto consentire di assimilare la JAC alle strutture dei consigli di giustizia delle altre democrazie europee paiono oggi in parte aver perso di efficacia e di fondamento. Il sistema di governo della magistratura inglese appare del resto, anche alla luce di ciò che ci accingiamo ad illustrare, quanto mai diluito e frammentato in favore di un articolato arcipelago di organi, istituzioni e giudici, ciascuno con delle attribuzioni che si intrecciano con quelle degli altri, cosicché diventa assai arduo individuare nell'ordinamento un organo che possa assumere le vesti e le funzioni di un "vero e proprio" consiglio di giustizia.

5. Gli altri profili di amministrazione della giurisdizione in Inghilterra e Galles

Invero, con l'approvazione del *CRA 2005* il legislatore inglese non si è limitato all'introduzione di una nuova regolamentazione del procedimento di selezione e di nomina dei giudici che rispondesse all'esigenza di contenere le influenze fino ad allora esercitate in materia dal *Lord Chancellor*, ma è intervenuto, più in generale, nel tentativo di delineare, in modo più netto rispetto al passato, l'ambito di operatività dell'indipendenza del potere giudiziario inglese, in particolare dal potere esecutivo.

Questa è la ragione per la quale sulla scorta di tale finalità il legislatore, nell'ambito della riforma del 2005, ha optato per una frammentazione delle funzioni di governo della magistratura fino ad allora esercitate direttamente, in maniera sostanzialmente autonoma, dal *Lord Chancellor*.

Se, per quanto concerne la selezione dei giudici, la scelta del legislatore è passata per l'investitura della neo istituita JAC, per quanto concerne le altre prerogative, anch'esse attinenti all'autogoverno della magistratura, l'opzione è stata quella di distribuirne la titolarità tra diversi organi in modo che nessuno di essi potesse prevalere sull'altro.

Così, in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, il *CRA 2005* è intervenuto a modificare in parte la titolarità del relativo potere e le modalità del suo esercizio; e, in questo caso, senza coinvolgere nel procedimento la JAC⁷⁶. Se

⁷⁶ La responsabilità disciplinare dei giudici è disciplinata, sia per quanto attiene all'individuazione delle misure e dei presupposti per la irrogazione delle sanzioni, sia per

prima della riforma tale potere era, infatti, di esclusiva titolarità del *Lord Chancellor*, a seguito dell'entrata in vigore del *CRA 2005* si è deciso di percorrere una strada diversa da quella prevista per la selezione del corpo giudiziario: la riforma si è in questo caso limitata a sancire una condivisione del potere disciplinare tra questo e il *Lord Chief Justice*⁷⁷ e a dettare una serie di disposizioni in merito all'esercizio del potere disciplinare sia sotto il profilo procedurale, che per quanto concerne l'individuazione delle misure e dei presupposti per la loro irrogazione, con l'obiettivo di garantire un esercizio più imparziale di tale potere⁷⁸. La scelta operata dal legislatore appare evidente e si iscrive, al pari di quanto fatto in merito alla nuova procedura di selezione dei giudici, nel solco del tentativo di assicurare un maggior grado di indipendenza dei magistrati e del corpo giudiziario: infatti, al di là dei dettagli procedurali, si può apprezzare facilmente come dalla condivisione del potere disciplinare tra i due organi, il singolo giudice risulti maggiormente garantito e protetto dal rischio di subire, anche solo indirettamente, condizionamenti o ingerenze indebite da parte dell'esecutivo⁷⁹.

Ma ciò che più di tutto deve essere posto in risalto è il rafforzamento del ruolo del *Lord Chief Justice* a scapito del *Lord Chancellor*: al primo sono state infatti

quanto riguarda il profilo procedurale nella *Part IV, Chapter 3* del *Constitutional Reform Act*. Il *Judges' Council* ha altresì pubblicato una *Guide to Judicial Conduct* dove sono indicate una serie di prescrizioni in materia disciplinare reperibile all'indirizzo web <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Amended-Guide-to-Judicial-Conduct-revision-Final-v002.-March-2020.pdf>

⁷⁷ La previsione della titolarità congiunta del potere disciplinare tra i due organi ha altresì comportato poi l'istituzione nel 2013 di un autonomo *Judicial Conduct Investigations Office* (precedentemente denominato *Office for Judicial Complaints*) il quale ha sostituito l'apposito ufficio del Dipartimento degli affari costituzionali nel compito di fornire assistenza e consulenza per l'esercizio della funzione disciplinare.

⁷⁸ Questa parte della riforma è contenuta nella *Part 4, Chapter 3* del *Constitutional Reform Act*. Per un sintetico approfondimento sul punto si veda A.W Bradley, *The Constitutional Position of the Judiciary*, in D. Feldman (a cura di), *English Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 281 ss. A seguito della riforma il *Lord Chancellor* ha mantenuto la facoltà di rimuovere i giudici di grado inferiore rispetto a quelli della *High Court*, ma, ai sensi della *section 108(1)* del *CRA 2005* solo previo accordo con il *Lord Chief Justice*. Quest'ultimo acquista a sua volta nuove prerogative rispetto all'esercizio dell'azione disciplinare, anche se da esercitare in accordo con il *Lord Chancellor*: tra queste, ai sensi della *section 108(3)* del *CRA 2005* la possibilità di richiamare un giudice con un suggerimento (*advice*), un avvertimento (*warning*) od un rimprovero formale (*formal reprimand*) nonché di sospendere temporaneamente dai suoi incarichi un giudice sottoposto a procedimenti penali. Anche in questo caso, così come per il procedimento di selezione dei giudici, è attribuito al *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman* il compito di indagare sui reclami presentati in ordine all'esercizio del potere disciplinare ed eventualmente chiedere l'esame o il riesame delle decisioni assunte.

⁷⁹ Sempre sulla scia dello stesso obiettivo di limitare le prerogative del *Lord Chancellor* sulla carriera dei giudici tra le materie affidate alla competenza concorrente tra ministro e *Lord Chief Justice* merita un accenno anche la selezione dei *presiding judges*. Si tratta di giudici nominati per ogni *circuit* (nel numero minimo di due), responsabili di supervisionare l'amministrazione delle corti, intraprendere azioni per evitare ritardi e sprechi nella gestione delle risorse, assegnare i giudici all'interno del *circuit*. In ragione delle funzioni svolte dai due giudici riconducibili tanto all'allocazione e alla carriera dei giudici quanto all'amministrazione finanziaria e materiale delle corti, loro nomina vede il coinvolgimento sia del *Lord Chancellor* che del *Lord Chief Justice*.

affidate dal *CRA* 2005 competenze capaci di incidere in una molteplicità di modi sulla professionalità e le competenze professionali dei giudici, sulla carriera e il lavoro quotidiano del singolo magistrato (collocamento e sanzioni disciplinari), sul lavoro delle corti (distribuzione del carico giudiziario tra loro), sulla rappresentanza della magistratura e sul suo rapporto con gli altri poteri (il *Lord Chief Justice* è capo e rappresentante del corpo giudiziario), sugli orientamenti decisionali in molti campi essendo egli membro della Corte di appello. Una consistente mole di funzioni che, sottratta al *Lord Chancellor*, non può che essere letta come la scelta di imprimere un sostanziale rafforzamento dell'indipendenza della magistratura dall'esecutivo.

Se poi a questa constatazione si aggiunge il fatto che, nell'esercizio dei suoi vasti compiti, il *Lord Chief Justice* è affiancato e coadiuvato da due organi (il *Judicial Executive Board* e il *Judges' Council of England and Wales*⁸⁰ entrambi presieduti dallo stesso *Lord Chief Justice*), composti interamente da giudici, tale considerazione risulta ancor più evidente e conferma ancora una volta la strada intrapresa dal legislatore con il *CRA* 2005.

6. Brevi riflessioni conclusive

Non è affatto semplice formulare delle conclusioni su un sistema di giustizia, come quello che comprende le corti di Inghilterra e Galles, che continua ad essere caratterizzato da differenze rilevanti se confrontato con gli altri ordinamenti europei e che presenta ormai delle peculiarità non trascurabili anche rispetto agli altri sistemi della famiglia di *common law*, ad iniziare da quello degli Stati Uniti.

Come ricordato all'inizio, il potere del cancelliere ha costituito, fino al 2005, una notevole anomalia, ancorché storicamente giustificabile e non del tutto percepita come tale⁸¹, del sistema inglese; un'anomalia che non poteva più reggere

⁸⁰ Sulla composizione e le funzioni attribuite ai due organi si vedano le informazioni pubblicate in <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/how-the-judiciary-is-governed/>. Il *Judges' Council* è un organo di natura prevalentemente consultiva ed informativa, composto da un numero più elevato di membri, alcuni di diritto, altri in rappresentanza di tutti i livelli e le funzioni del corpo giudiziario inglese (per l'attuale composizione si veda <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/Judges-Council-membership-June-2020-1.pdf>). Il *Judicial Executive Board* è invece costituito dai vertici del sistema giudiziario inglese (il *Lord Chief Justice*, il *Master of the Rolls*, il *President of the Queen's Bench*, il *President of the Family Division*, il *Chancellor of the High Court*, il *Chairman of the Judicial College*, il *Senior President of Tribunals*, il *Senior Presiding Judge*, il *Lead Diversity Judge*, il *Chief Executive Judicial Office*).

⁸¹ Rispetto al tema della compatibilità con la Convenzione del ruolo del *Lord Chancellor*, risulta emblematico come, già nel 1950, quando si stava ancora negoziando il progetto di Convenzione, il *Lord Chancellor* Jowitt scrivesse al Ministero degli Esteri britannico manifestando il suo scetticismo (cfr. R. Stevens, *Unpacking the Judges*, op. cit.) e suggerendo di non aderire alla Convenzione: “Non siamo preparati ad incoraggiare i nostri amici Europei a mettere a rischio (*jeopardize*) l'intero nostro sistema ordinamentale, che abbiamo elaborato nei secoli, in favore di un progetto confuso (*half-baked*) che dovrà essere amministrato da parte di una non ben chiara Corte...”; “...ogni studioso del nostro ordinamento dovrebbe prendere le distanze da questo testo con un sentimento di orrore...”.

alla pressione della nuova cultura dei diritti umani introdotta dal sistema CEDU, incorporato nel Regno Unito con lo HRA 1998.

Possiamo osservare come le importanti riforme realizzate nel 2005, di cui ci siamo occupati, conseguenti al condizionamento subito da influenze esterne, a distanza di 15 anni non abbiano prodotto particolari sconvolgimenti; piuttosto sono state metabolizzate conferendo una razionalizzazione ad un modello che, come abbiamo riferito all'inizio, si era sviluppato quasi esclusivamente in via di prassi. Forse è ancora valida l'affermazione di Jackson e Spencer⁸², i quali ancora nel 1989 ribadivano come l'organizzazione giudiziaria inglese presentasse caratteri molto particolari, in parte legati alla conservazione di istituti del passato, che per lo più si adeguano ai tempi nuovi pur senza cambiare le vecchie forme.

La percezione che dunque si ha, decorsi ormai più di 15 anni dall'entrata in vigore del CRA, è che il legislatore inglese, condizionato dal contesto europeo ed internazionale, soddisfacendo le pressanti richieste di procedere ad una formalizzazione delle garanzie di indipendenza del corpo giudiziario, abbia in realtà deciso di rimediare alla lacuna legislativa al solo scopo di allineare il dato legal-positivo a quello delle altre democrazie contemporanee, consapevole che anche nell'ambito di un rinnovato contesto normativo, il nuovo equilibrio tra poteri che si sarebbe venuto a determinare, non si sarebbe discostato di molto da quello che per secoli aveva caratterizzato il sistema giudiziario inglese. Un sistema che si era venuto a delineare in secoli di storia pregressa, dove la magistratura, pur in assenza di un quadro normativo-formale di garanzia della propria indipendenza, poteva ritenersi, nella prassi, sufficientemente al riparo dalle ingerenze e pressioni della politica.

In altri termini, da un punto di vista sostanziale, la nuova declinazione del principio di indipendenza definita ed inverata dal CRA, attraverso l'istituzione della *Supreme Court*, il ridimensionamento del ruolo del *Lord Chancellor* e l'istituzione della JAC, non ha alterato in misura significativa il rapporto fino ad allora costruito tra esecutivo e giudiziario a dimostrazione, ancora una volta, che il sistema inglese è indissolubilmente e irrimediabilmente condizionato e forgiato da un insieme di fattori di natura culturale, giuridica e sociale - che potremmo definire i "crittotipi" del sistema - che sfuggono a qualsiasi forma di positivizzazione e dove secoli di tradizioni e costumi difficilmente possono fare spazio ad una formalizzazione di regole e procedimenti nuovi.

Se guardiamo in particolare il rapporto tra potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato, il risultato più evidente ci pare quello dell'introduzione di un principio di separazione delle funzioni, prima inesistente, che ha determinato una rilevante compressione del ruolo, fino ad allora preponderante, del *Lord Chancellor* il quale appare ormai come l'organo del governo cui è affidato il compito di intrattenere le relazioni con l'intero corpo della magistratura giudicante, garantendone

⁸² Come riferito da A. Pizzorusso, voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, cit., § 7.

l'indipendenza⁸³ sulla base di attribuzioni che possiamo definire di controllo esterno.

In definitiva, quindi, la situazione attuale si caratterizza per il riconoscimento di un alto livello di autonomia e di indipendenza delle corti di giustizia, la quale non è più garantita soltanto da strumenti informali e dal loro prestigio che assumeva una valenza quasi trascendente, bensì da istituti e procedure più moderne e formalizzate, che, come abbiamo visto, esaltano il ruolo di autogoverno della magistratura stessa, con riconoscimento di un ruolo determinante ai suoi vertici istituzionali, ed in particolare al *Lord Chief Justice*, che esercita ormai molte delle attribuzioni in precedenza spettanti al cancelliere.

Certamente, il modello che è stato costruito si caratterizza per una rilevante complessità determinata dalla compresenza di più soggetti preposti a tutela del valore dell'indipendenza, ciascuno dei quali esercita funzioni diverse, con una separazione della spettanza dei poteri di nomina dei giudici dalle altre attività, ad iniziare da quella di accertamento della responsabilità disciplinare.

L'altro dato che l'evoluzione recente ci pare dimostri, è la tendenza ad un rafforzamento del corporativismo e dell'autoreferenzialità della casta giudiziaria; da sempre i giudici inglesi hanno esercitato anche un ruolo politico costituzionale, riuscendo, tuttavia, sempre a non contrapporsi agli altri organi costituzionali, così da evitare conflitti che potrebbero ingenerare forme di delegittimazione. Questa caratteristica sembra confermata anche ai giorni nostri; pur perdurando l'assenza di un potere di *judicial review of legislation*, di recente le corti superiori inglesi si sono dimostrate in grado di dipanare alcune questioni di particolare delicatezza, quali quelle risolte con le c.d. sentenze Miller⁸⁴, che hanno risolto problemi di rilevante spessore politico.

Un ulteriore profilo che merita di essere segnalato è quello della comparsa di una sorta di carriera all'interno della magistratura, ancorché con caratteristiche del tutto *sui generis*. Non si tratta, infatti, di una progressione formalizzata come nel modello burocratico di *civil law*. Il sistema inglese continua a non prevedere la possibilità di un avanzamento dei giudici all'esercizio di funzioni di livello superiore: le promozioni seguono le stesse procedure delle nomine e la carriera è un concetto quasi sconosciuto nel sistema britannico; ma questo si realizza ormai in via di fatto, con la selezione di magistrati già in ruolo da parte della JAC per assolvere incarichi di maggiore rilievo. Questo *cursus honorum*, che era già una prerogativa del sistema statunitense, ha tra i suoi effetti quello di ridurre l'osmosi con il *bar*, come era proprio della tradizione inglese classica, anche se questa

⁸³ Si pensi solo al testo del giuramento richiesto al *Lord Chancellor* prima di assumere il proprio incarico ed la formula da utilizzare in base alla *section 17* del CRA: “*I, ***, do swear that in the office of Lord High Chancellor of Great Britain I will respect the rule of law, defend the independence of the judiciary and discharge my duty to ensure the provision of resources for the efficient and effective support of the courts for which I am responsible. So help me God*”.

⁸⁴ Si tratta di *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2018] *Appeal Cases* 81, meglio nota come *Miller I* e *R (on the application of Miller) v The Prime Minister, Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, anche detta *Miller II*.

evoluzione non altera l'originario modello di magistratura professionale
contrapposto a quello di magistratura burocratica.

Le Corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo Giudiziario.

di Alessandro Torre

Abstract: The Scots law Courts: legal system and the pluralistic selfgovernment of its Judiciary. Indeed, not a single public body is settled in Scotland to be in charge of the protection of independence of the Judiciary. In other words, under the Scots law legal system the autonomy of the Court as a whole, ranging from the Court of Session and the High Court of Justiciary down to the Sheriff Courts, the Justice of Peace Courts and else, is not a matter of a high-level constitutional Warden, but of a shared legal culture. On one side, the unwritten focus of the judges' safety of tenure is the long standing principle of the "good behaviour" where the irremovability is rooted and the proud self-confidence of deserving an accountable ethic social acknowledgement is established among the members of the Courts. On the other side a plurality of agencies cares about the preservation of the Judiciary's independence as a basic value of a democratic constitutional system. The devolved Scottish Parliament and the Executive, the leading role of the Lord President as a master of the whole Court's system, the independence of new commissions on whose advice the appointments to the Courts are set up, and the old College of Justice's moderate monitoring can be seen as the main contributions to the systematical preservation of a collective sense of a safeguard of the prerogatives of an independent Judiciary, now under the enactment of the Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.

5033

Keywords: Scots law; Judiciary; independence; pluralism; reform

1. La Scots law come diritto misto: la formazione dei suoi giuristi.

È il diritto scozzese la propaggine periferica di un diritto e di istituzioni giudiziarie che sono sotto la ferrea egida della *common law*? In realtà la *Scots law* è poco indagata ma ha un forte rilievo nella geopolitica giudiziaria delle Isole britanniche, e rivela fino a qual punto nel Regno Unito sussista uno storico dualismo giuridico. A differenza di quanto si osserva nelle aree non inglesi che sono parte della *common law jurisdiction*, nel territorio scozzese i principi di un autonomo sistema di diritto e la tendenziale autoreferenzialità delle Corti che ne sono interpreti sono elementi indefettibili di un autonomo ordinamento il cui un fondamento costituzionale e lo stesso *ubi consistam* risalgono a un'antica fonte legislativa; tale la solenne clausola del Trattato di Unione del 1707 che erigendo la Scozia a parte costituente del nuovo regno garantiva l'indennità di gran parte del suo tessuto istituzionale ivi compresi l'intero sistema giuridico e le Corti¹. Sebbene inevitabile ne sia stata la

¹ Nel 1707, a parte la confluenza del suo Parlamento nel Legislativo di Westminster e altre misure necessarie per dare unità al nuovo regno, la Scozia conservava pressoché tutte le

comunicazione con il sistema di *common law*, la *Scots law* ha creato uno scenario giudiziario che in significativa parte ha caratteri propri in diversi settori del diritto (civile, penale, commerciale, di famiglia). Un'altra sua peculiarità è la marcata autonomia procedurale e organizzativa della *Court of Session*, massima istanza giurisdizionale dell'area che, con l'adozione di *Acts of Sederunt*, può regolare *motu proprio* la procedura delle udienze emanando norme di grado secondario² (ma pur riconoscendo tale privilegio, il *Court of Session Act 1988* approvato a Londra alla vigilia della *devolution*, vi ha apportato alcuni limiti). Riassumendo: nella *Scots law*, diritto misto che vanta solidi collegamenti culturali con l'Europa continentale, convivono elementi di una codificazione di matrice romanistica e di produzione legislativa.

Ben riconoscibile, seppure filtrata attraverso la letteratura erudita degli storici del diritto e i legami con la scuola continentale del diritto misto, è la matrice romanistica della *Scots law*³ accolta nelle solide strutture di un apparato di Corti di giustizia e di centri universitari, luoghi formativi in cui metodologicamente consolidato era l'insegnamento di una scienza giuridica consegnata da fonti scritte. Del resto va preso atto che, prima che alla giurisprudenza fosse attribuita una funzione direttamente produttiva del diritto, nel medioevo plantageneto sia in Inghilterra sia in Scozia (all'epoca tributaria del regno inglese ma in attesa di scatenare le guerre di indipendenza), il diritto romano era la comune fonte di un'acculturazione giuridica destinata, sotto la grande autorità di Bracton, a formare nuove professionalità di operatori del diritto abilitati ad adire le Corti. Una volta realizzata l'indipendenza del regno, più chiara diventava in Scozia l'identità giuridica che valorizzava le parti più significative del *corpus juris*, come dimostrava la presenza di studenti scozzesi nello *studium* bolognese dei Glossatori. Giova inoltre rammentare come, trascorsi alcuni secoli e prima ancora che si affermasse il modello formativo collaterale delle *Law Schools* oggi diffuso anche in tutte le Università scozzesi, vecchie e nuove⁴, la formazione del giurista abbia trovato collocazione nelle quattro Università fondate in periodo rinascimentale,

istituzioni esistenti: tra queste le Corti dotate di ampie salvaguardie di autonomia nell'art. 19 del Trattato che confermava *status* e prerogative della «*Court of Session or Colledge of Justice*», delle altre Corti e delle diverse cariche giudiziarie di rango minore : v. J.G. Kellas, *Act of Union (1707)*, Macerata, 2014, 42 ss..

² L'*Act of Sederunt* è uno strumento legislativo che già nel Cinquecento era inteso come potere delegato dal Parlamento alla *Court of Session*. Più volte ricodificato (ultimamente nel 2016 nel suo procedimento abbreviato) si configura come espressione di uno *statutory power* che è rispettato sia dal Legislativo britannico (che con il *Court of Session Act 1988* ne ha riconosciuto la legittimità), sia da quello scozzese. Nel monumentale *Scotland. The Development of Its Laws and Constitution*, London, 1962, 30, T.B. Smith descrive questa forma di legislazione intra-giudiziaria come un «*inherent power*», con autonomi sconfinamenti nella sfera della normazione parlamentare. Gli è analogo l'*Act of Adjournment* a cui può ricorrere la *High Court of Justiciary*.

³ W.M. Gordon, *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edinburgh, 2007.

⁴ Questi centri di formazione giuridica sono oggi attivi, sotto l'egida della *Law Society of Scotland*, in dieci Università scozzesi che ospitano corsi di alto livello. Alcune fondazioni di *Law Schools* in Scozia precedettero di diversi decenni quelle inglesi, essendo connesse alla diffusione del pensiero illuministico come, per esempio, nell'Università di Glasgow che conobbe le lezioni di Adam Smith, su cui v. J.W. Cairns, *Enlightenment, Legal Education, and Critique: Selected Essays on the History of Scots Law*, Edinburgh, 2015, Vol.II. 113 ss.

ciascuna dotata di una Facoltà giuridica e in diretta comunicazione con il circuito delle Corti⁵.

L'osservazione storica dei rapporti tra le due aree giuridiche pone in rilievo, a fronte della sostanziale tenuta culturale dei fondamenti della *Scots law*, anche la diffusione in Scozia di elementi di diritto inglese. Tra questi si possono annoverare a mo' di esempio, l'espansione della cultura dello *stare decisis* che incoraggiava lo sviluppo di un'autonoma tecnica giudiziaria; il radicamento di istituti processuali quali il *trial by jury* in materia penale; l'inclinazione verso istituti equitativi simili al *trust*. Infine si rammenti l'aggiornamento delle magistrature locali, un tempo ereditarie o venali, che in età liberale, ponendosi quali anticipazioni giudiziarie delle nuove amministrazioni conteali, giungeva nel 1877 con la giurisdizione civile e penale delle *Sheriff Courts*⁶. Per arginare questi e altri influssi che premevano dalla *common law* si impegnarono fervidamente, in difesa della *Roman-Scots law*, molti giudici delle Alte Corti e con essi i giuristi universitari aderenti al nazionalismo giuridico, i quali percepivano il diritto degli Scozzesi come «*the touchstone of Scottish nationality, without which Scotland would cease to be a nation*»⁷. Nella tarda età vittoriana questi gruppi intellettuali trassero alimento dal supporto di un nuovo movimento autonomista, la *Scottish Home Rule Association*, che in seguito avrebbe accreditato lo *Scottish National Party*. A questo appuntamento le Corti scozzesi si presentavano potendo contare sull'esistenza di un ceto di giuristi solidamente formati nel diritto nazionale e la cui condizione di indipendenza nei confronti del potere politico non era inferiore a quella delle magistrature inglesi.

2. Pochi cenni sul sistema giudiziario scozzese.

Alla base del sistema giudiziario scozzese che sotto il profilo organizzativo si caratterizza per una relativa semplicità⁸ si collocano le *Sheriff Courts*, collegi giudiziari esistenti con ampia autonomia fin dalla prima epoca formativa del diritto. Oggi distribuiti in sei distretti (*sheriffdoms*) e presenti in tutte le maggiori città e in molti centri minori e periferici⁹ formano una rete capillare di

⁵ Tra i manuali destinati alla formazione universitaria del giurista e ben noti alle Corti scozzesi si imponevano in Scozia i Commentari oxfordiani di William Blackstone (1765-68) che di certo non erano fonti di *civil law* ma fornivano strumenti di comunicazione culturale a chi intendeva fare carriera oltreconfine. Studi fondamentali di matrice romanistica erano invece le rinomate *Institutions of the Law of Scotland* date alle stampe a Edimburgo nel 1681 ma più celebre e diffusa nell'edizione integrata del 1693 di cui era autore il Visconte Stair che all'epoca era il presidente della *Court of Session*.

⁶ In realtà queste Corti vantano una lunga tradizione; cfr. C.A. Malcolm, *The Office of Sheriff in Scotland: Its Origin and Early Development*, in *The Scottish Historical Review*, 78-1923, 129 ss.; e, sul *modus operandi*, J.D. Welsh (ed.), *Sheriff Court Practice*, Edinburgh, 2006, 3ª ed.

⁷ Osservava J.G. Kellas, in *The Scottish Political System*, Cambridge, 1984, 3ª ed., 22. V. anche W.E. Bulmer, *Constituting Scotland: The Scottish National Movement and the Westminster Model*, Edinburgh, 2016, 83 ss.

⁸ B. Clark, G. Keegan, *Scottish Legal System Essentials*, Edinburgh, 2012, 3ª ed., 49 ss.

⁹ La modernizzazione di tali Corti risale al pre-devolutivo *Sheriff Courts (Scotland) Act 1971*. Sulla procedura: I.D. Macphail, T. Welsh, A.M. Cubie, *Sheriff Court Practice*, Edinburgh, 2006, 3ª ed.

giurisdizioni. Queste Corti plurifunzionali operano nelle aree sia di quei potenti *Royal Burghs* che fin dall'età preunitaria detenevano un forte potere amministrativo, sia delle autorità locali di livello inferiore. Di solito negli stessi distretti si affiancano loro i *tribunals* che trattano, con maggiore informalità procedurale, questioni di diritto amministrativo¹⁰, e su liti di lieve entità le *Justice of Peace courts*. Ciascuno *sheriffdom* è presieduto da un giudice preminente (*sheriff principal*) che monocraticamente decide su appelli provenienti dalle Corti minori del proprio distretto e su ricorsi direttamente mossi dalle autorità locali; ampia è inoltre la giurisdizione di quest'ultimo nel diritto civile e penale, accanto alle Corti distrettuali che normalmente sono presiedute da giudici di pace (ma nella vasta Glasgow anche da magistrati di carriera) e decidono in cause per reati minori, di diritto minorile e di famiglia e altre di lieve impegno, e giungendo in ultimo appello alla *High Court of Justiciary*.

La folta diffusione delle *Sheriff Courts*, a cui si deve il compito di imprimere le regole della *rule of law* fin nei più lontani territori, è una base del sistema giudiziario scozzese. Nel dualismo delle Alte Corti accentrate a Edimburgo e a cui sono consegnate le giurisdizioni civile e penale – tali la *Court of Session* e la *High Court of Justiciary*, entrambe nate con il *Courts Act* del 1672 – si riflette al massimo livello la struttura binaria del diritto scozzese. Titolare di solidi privilegi, la *Court of Session* è retta dal *Lord President* e giudica sui cd. *civil claims* eccettuati i casi di esclusiva competenza delle *Sheriff Courts*, dei *tribunals* o di altre Corti speciali¹¹. Vi siede un nutrito collegio di magistrati che si distinguono in due ranghi: i giudici *junior* (uno dei quali presiede, a tempo pieno, la *Scottish Law Commission* che segue l'evoluzione della *Scots law* e istruisce proposte di sua riforma o adattamento) che formano la *Outer House* operante, talvolta con giuria, come Corte sia di prima istanza, sia di appello su casi di Corti inferiori; e i giudici *senior* che formano le due divisioni della *Inner House*, suprema istanza di appello che su casi discrezionalmente avvocati a sé perché di particolare emblematicità può decidere anche in presenza di sentenze della *Outer House* o di altre Corti. A sua volta, la *High Court of Justiciary* è anch'essa presieduta dal *Lord President* che sotto questa peculiare veste entra nel ruolo di *Lord Justice-General*; opera in prima istanza quale *trial court* di diritto penale e sempre con una giuria, e se per giudicare i casi ordinari può tenere le sue sedute nelle principali città scozzesi che siano state teatro di eventi criminosi, per le decisioni di maggiore rilievo ha sede a Edimburgo¹².

¹⁰ Cfr. D.M. Walker, *Scottish Courts and Tribunals*, Edinburgh, 1972.

¹¹ Tali la *Scottish Land Court*, che giudica in materia di proprietà agricola e insediamenti tradizionali rientranti nella tradizione del *croft*; la *Restrictive Practices Court* (condotte sleali in ambito commerciale); la *Employment Appeal Court* (lavoro e diritto sindacale); la *Court of Exchequer in Scotland* (cause tributarie); la *Registration of Voters Appeal Court* (diritto elettorale), la *Court of the Lord Lyon King of Arms* (araldica e titoli nobiliari).

¹² Secondo D. Manson-Smith, *The Legal System of Scotland*, Edinburgh, 1995, 39, questa Corte può discrezionalmente avocare a sé, con finalità equitative che rientrano nella figura arcaica del *nobile officium*, l'esercizio di una giurisdizione speciale in «*unusual and unforeseen circumstances*», con ciò esercitando una valutazione creativa. Sugli appelli scozzesi, v. N. Walker, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System*, Edinburgh, 2010.

Non manca infine una diretta connessione del Giudiziario scozzese con la *United Kingdom Supreme Court* istituita con il *Constitutional Reform Act 2005*. La sua attività giudicante è iniziata nel 2009 su appelli provenienti dalle Alte Corti dell'intero Regno Unito¹³ e pertanto anche da quelle di *Scots law* (ma qui solo per i casi di *civil law* provenienti dalla *Court of Session*). Giudici provenienti dalla Scozia concorrono alla sua composizione¹⁴ poiché essa agisce come «a court of that part of the United Kingdom»¹⁵. Sotto questo profilo, non vi si propone una mera *mixité* giudiziaria che punti all'omogeneizzazione del diritto in chiave britannica, bensì opera, sugli appelli che la raggiungono, quale Corte aderente al *legal system* di origine; è pertanto una Corte di livello superiore che partecipa del sistema di *Scots law* e ne applica i principi giuridici garantendone l'autonomia culturale e giudiziaria (ma nei casi scozzesi di diritto penale il definitivo appello compete alla *High Court of Justiciary*, e in ossequio a tale privilegio della Corte scozzese la giurisdizione della Corte suprema, nonostante la presenza in essa di giudici di *Scots law*, ne è esclusa).

3. Potere politico, selezione dei giudici, riforme costituzionali.

Molteplici sono le interrelazioni storiche, culturali e giuridiche che hanno visto le Corti scozzesi collocarsi nel proprio ambito nazionale entro una rete di intersezioni del potere a cui partecipavano temibili interlocutori quali i Legislativi pre- e post-unitari (e oggi il Parlamento devoluto), le Università sedi della formazione giuridica, le autorità di governo del Regno Unito scozzesi, le grandi municipalità egemoni nel territorio, la Chiesa presbiteriana governante attraverso la sua *General Assembly*¹⁶. Nonostante questa collocazione che vede le Corti agire in prudente comunicazione con numerose fonti di condizionamento¹⁷, nel sistema costituzionale scozzese non è mai stata individuata una singola istituzione che si consideri positivamente deputata a operare in esclusiva garanzia dell'autonomia dei giudici e delle Corti. Ne deriva che per verificare in qual modo l'ordinamento

¹³ Per un sintetico riepilogo del primo decennale di attività cfr. A. Torre, *La Corte Suprema, probabile corte costituzionale del Regno Unito? – Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1-2020, 5 ss., nonché tutti gli altri saggi contenuti in tale Rivista.

¹⁴ Allo stato attuale la presiede Lord Reed che nel 2008-12 è stato membro della *Inner House* e nel 1998-2008 della *Outer House* della *Court of Session*; alla vicepresidenza è Lord Hodge, già avvocato della *General Assembly* della Chiesa di Scozia e membro della *Scottish Law Commission*.

¹⁵ *Constitutional Reform Act 2005*, art.41 (1).

¹⁶ Un autentico contropotere che dall'epoca moderna in poi ha profondamente agito sullo sviluppo della statualità scozzese promuovendo la cultura delle libertà e dell'amministrazione. Suo risvolto giudiziario è la *Court of Teinds*, tribunale speciale che decide sugli obblighi tributari connessi al sistema di decime (o *tiths*) gravanti sulla rendita terriera e destinate al sostentamento del clero della Chiesa nazionale. V. N. Eliot, *Teinds of Tithes and the Procedure of the Court of Teinds in Scotland*, Farmington Hills (MI), 2010.

¹⁷ A questi va sovrapposta l'influenza esercitata sulle Corti di *Scots law* da quelle dell'Unione europea, per cui le giurisdizioni scozzesi hanno maturato orientamenti giurisprudenziali coerenti con lo *Human Rights Act 1998* e la CEDU: v. T. Mullen, J. Murdoch, A. Miller, S. Craig, *Human Rights in the Scottish Courts*, in *Journal of Law and Society*, 1-2005, 148 ss.

scozzese assicuri che il suo potere giudiziario sia in condizione di operare in indipendenza, occorre ricercare tra norme tradizionali di principio e frammenti del sistema istituzionale.

Come nelle altre parti del Regno Unito, anche il dibattito scozzese sull'indipendenza della giurisdizione è focalizzato sulle modalità di selezione dei giudici, elemento di confronto che si è riproposto ogniqualvolta sono stati sollevati argomenti critici circa il rischio di politicizzazione delle Corti. Propizia a tale riguardo è stata la disamina che ha preceduto l'elaborazione, nel 1998, dello *Scotland Bill* istitutivo della *devolution*. In tale occasione l'attenzione dei riformatori di Westminster si concentrava sul *patronage* esercitato sulle designazioni e relative nomine dei giudici: se in questo campo nel resto del Regno Unito, secondo tradizione, si estendeva, con influenza determinante, la potestà del *Lord Chancellor*, in Scozia tale controllo delle nomine era proprio del *Lord Advocate*. Come di vedrà, con nuovi interventi legislativi questa influenza è stata quasi totalmente eliminata (per esempio, con *Order* parlamentari del 1998 e 1999).

La carica scozzese di *Lord Advocate*, propria di una tradizione plurisecolare inaugurata verso la fine del XV secolo secondo una prassi che a questo supremo *Law Officer* derivava dall'essere il Procuratore del sovrano (ma, a differenza del *Lord Chancellor* con estrazione non ecclesiastica bensì laica di consulente giuridico della Corona per gli affari di *Scots law*) comprendeva il potere di selezionare le nomine dei giudici. Per lungo tempo e anche nell'ordine devolutivo, nonché analogamente al Cancelliere inglese, il *Lord Advocate* è stato il principale consigliere giuridico governativo, nonché partecipe del sistema giudiziario sebbene non della funzione giudicante (in qualità di pubblico *prosecutor* in gravi cause penali ha presieduto l'inquirente *Crown Office*¹⁸); sebbene per via dell'inclusione tra i poteri politici della nazione abbia operato come *dominus* delle nomine dei giudici, è stato anche in condizione di agire come indiscusso garante dell'autonomia delle Corti. Allo stato attuale, insieme al *Solicitor General for Scotland*, altro *Law Officer* di primo rango e con pari stabilità di ruolo, il *Lord Advocate* opera collateralmente all'Esecutivo scozzese a cui presta il *legal advice*¹⁹ e cura altri compiti di particolare impegno, tra i quali la promozione alla Corte Suprema delle *devolution issues* e l'illustrazione ad essa dei contenuti delle leggi approvate dal Legislativo di Edimburgo. A completamento dell'autonomia che è riconosciuta a questo alto magistrato, di cui è stato limitato il ruolo di *prosecutor* in casi di *criminal law* e di occasionale inquirente in casi di omicidio, giova

¹⁸ Il *Lord Advocate* fu chiamato in causa da uno dei più autorevoli esponenti del nazionalismo in un celebre caso che, rivendicando l'autonomia dei caratteri giuridico-costituzionali scozzesi e alzando il tiro rivendicativo verso i massimi livelli dell'ordinamento, contestò la legittimità della denominazione di Elisabetta "II" assunta nel 1952 dalla regina e negò la vigenza in Scozia del principio di sovranità parlamentare (v. G.F.M. Little. *A Flag in the Wind: MacCormick v Lord Advocate*, in J.P. Grant, E.E. Sutherland (eds.), *Scots Law Tales*, Edinburgh, 2010, 23 ss.). In tale occasione lo stesso *Lord President*, in opposizione al *Lord Advocate*, fu portavoce della *sui generis* costituzionale della Scozia.

¹⁹ Una speculare consulenza su questioni di *Scots law* e di mediazione giuridica è resa da un altro *Law Officer*, l'*Advocate General*, ma a vantaggio del Governo britannico unitamente allo *Scotland Secretary*: entrambi hanno sede a Edimburgo, ma rispondono all'Esecutivo di Londra.

rammentare che il suo *status* di giuridica indipendenza appare tutelato dalla legislazione devolutiva che lo pone al riparo dall'ingerenza di entrambi i Parlamenti britannico e scozzese ed esclude che con propri atti legislativi il Parlamento di Edimburgo ne possa alterare la posizione istituzionale.

4. L'autonomia individuale del giudice come autopercezione di un ruolo.

In realtà nell'ordinamento scozzese non esiste alcuna istituzione che sia appositamente eretta per garantire con esclusività l'autonomia dei giudici.

Analogamente a quanto si vede nel sistema di *common law*, il principio del *good behaviour* è il fondamentale presidio della loro stabilità nella funzione di giudice, e pertanto della loro indipendenza e autorità, restando ben fermo in Scozia come in Inghilterra e nelle altre aree di *common law* quale basilare elemento di inamovibilità di *status*. Nessun altro o spazio è istituzionalmente previsto in Scozia per un singolo organo di autogoverno e il principio del "buon comportamento" resta dappertutto, nel concreto, l'unica regola che sovrintende alla *tenure* dei giudici e, in assenza di infrazioni, non ne ammette la sindacabilità né la rimozione²⁰. Non molta differenza sussiste in Scozia rispetto a quel che si osserva nell'ordinamento inglese, ove la basilare stabilità nelle cariche dei magistrati non ammette interventi parlamentari o governativi a meno che l'accertamento di loro gravi infrazioni lasci al Legislativo la possibilità di intervenire con una rimozione e, in ossequio al principio del *durante bene placito*, di chiedere alla Corona la privazione di uno *status* di giudice di cui siano venuti meno i presupposti. Questa regola, che in Inghilterra fu definitivamente sancita nel 1701 con l'art.3 dell'*Act of Settlement* ponendo fine a una lunga riflessione sull'autonomia dei magistrati inglesi delle Alte Corti alcuni dei quali in epoche precedenti avevano pagato duramente la loro indipendenza di giudizio rispetto alle istituzioni costituite, trova giuridica accoglienza anche nell'area di *Scots law* in quanto è considerata alla luce di una «*assertion of universality*» che tra le fonti include anche il diritto scozzese qualora si verificano acclamate violazioni del *good behaviour*²¹. Nondimeno gli stessi profili concettuali del principio di buon comportamento possono variare con le interpretazioni che si delineano attraverso i tempi poiché se è certo che un valore assoluto del costituzionalismo in terra britannica resta la non inclusione del Giudiziario nello schema organizzativo del potere, non sempre si può giurare sulla sua totale estraneità rispetto alle dinamiche della politica nazionale²².

²⁰ D. Manson-Smith, in *The Legal System in Scotland*, cit.: «*There is no particular mechanism for complaining about the behaviour of judges or for removing superior court judges from office*», 73. V. anche R. Plehwe, «*Judicial Tenure*»: *Some Reflections on Parliament, Judges and Other Independent Officials*, in *The Australian Quarterly*, 1-1991, 36 ss.

²¹ Nell'*incipit* del cap.12, *Courts and The Independence of the Judiciary*, in C.M.G. Himsworth, C.M. O'Neill, *Scotland's Constitution: Law and Practice*, London, 2015, 3^aed., 327.

²² Soprattutto se il giudizio si estende implica un *judicial review* su questioni di diritto costituzionale come osservano C. McCorkindale, A. McHarg, P. Scott, *The Courts, Devolution, and Constitutional Review*, in *University of Queensland Law Journal*, 2-2017, 281 ss. Le Corti scozzesi hanno il potere di intervenire ostativamente (*to strike down*) sulle leggi del Parlamento confliggenti con lo *Scotland Act*, con la CEDU e con le norme dell'Unione europea (v. M.

Significative in Scozia sono pertanto sia l'assenza di istituzioni di autogoverno della magistratura, sia (a compensazione di ciò) la vigilanza esercitata da quel ristretto *club* di giudici che siedono nelle Alte Corti, e in prima fila del *Lord President* che tanta parte ha in quella che si può definire una conduzione pluricomprendiva degli affari giudiziari. Se questa, che potrebbe essere considerata una vistosa carenza dell'ordinamento, non desta particolare allarme nello scenario costituzionale scozzese, una sua giustificazione culturale viene fatta risalire all'elementare asserzione, di cui non sfugge la lontana matrice lockeana, che in Scozia il Giudiziario non può essere disinvoltamente incluso nello schema della separazione dei poteri perché la potestà delle Corti è *ex se* assolutamente indipendente e non assimilabile a quelle proprie di istituzioni politiche. Sotto tale riguardo diretta è la sintonia tra *common* e *Scots law*: significativa è l'osservazione che se di rado nell'ordinamento inglese è stato concettualmente codificato il principio di separazione dei poteri o è virtualmente inesistente ciò è dovuto alla natura del regime a base parlamentare che implica non separazione bensì una diretta cooperazione tra i due corpi politici che formano un circuito del potere di cui le Corti non fanno parte. La *independence of the Judiciary* è un dogma che, con espressione di notevole fascino, esprime quella dimensione super-costituzionale della *constitutional morality* che è interlocutrice della *constitutional law* e rende il singolo giudice indipendente e *accountable* perché non coinvolto nella politica dei poteri. I medesimi principi sono vigenti anche in Scozia ove i caratteri del giudice sono declinati attraverso le categorie della *judicial independence* e della *judicial impartiality* che traspasano da molte decisioni di Corti di *Scots law* in cui i giudici si sono intrinsecamente autorappresentati innanzi all'opinione generale. Pragmatica sintesi di tale condizione è che il percorso che dà corpo all'indipendenza delle Corti inizia con il procedimento di selezione dei giudici e termina con l'emissione di sentenze di alto profilo, sicché il brocardo *quamdiu se bene gesserint* garantisce l'inamovibilità del giudice e, attingendo a quella idea di *morality* istituzionale che Dicey indicava come parte essenziale del non scritto costituzionalismo inglese e che trova piena ospitalità anche nel pensiero di *Scots law*, dà fondamento individuale al senso di autogoverno del magistrato che si percepisce come membro di una corporazione selezionata e coesa intorno a un giuramento, o *Judicial Oath*²³.

L'interiorizzata consapevolezza della dignità del suo *status*, sia esso membro di una delle maggiori Corti sedenti a Edimburgo o delle *Sheriff Courts* che formano la spina dorsale della giurisdizione, è la fondamentale garanzia del senso di indipendenza che caratterizza il giudice di *Scots law*.

Nondimeno qualche punto debole di tale condizione è stato segnalato soprattutto per via del concretizzarsi di nuovi esiti della giurisprudenza che in tema di diritti fondamentali si è delineata dopo l'avvento dello *Human Rights Act* 1998. Prendendo spunto da alcuni casi giudiziari che le Corti avevano deciso con

Keating, *The Government of Scotland. Public Policy Making after Devolution*, Edinburgh, 2005, 121).

²³ [I swear that] I will do right to all manner of people after the laws and usages of this realm, without fear or favour, affection or ill will."

sentenze recanti esplicite esortazioni al legislatore affinché si orientasse verso una maggiore sintonia con i principi della CEDU, anche in Scozia si è intensificata la riflessione sulla natura e consistenza, e fors'anche della cosiddetta "indipendenza giudiziaria", ovvero di quella posizione supercostituzionale che consente al giudice di erigersi a occasionale arbitro delle istituzioni. La presa d'atto di qualche enfaticizzazione della didattica giuridica volta a influenzare l'autore delle leggi ha dimostrato, a detta dei critici, che anche nella Scozia della *devolution* i giudici nelle Corti rischiano di proporsi, con il loro *judicial review*²⁴, come diretti interlocutori dell'autorità politica nel campo dei nuovi *standard* dell'azione pubblica²⁵. Da qui è derivata la necessità di aprire nuovi spazi di mediazione con le Corti, e ciò nel senso di tenere sotto più diretta osservazione sia gli esiti degli appelli provenienti dalla Scozia verso la Corte Suprema²⁶, sia gli orientamenti di giurisprudenza domestica delle stesse Alte Corti scozzesi, senza tuttavia porre a rischio la condizione di autonomia che la stessa legislazione parlamentare riconosce quale principio indefettibile della *rule of law* nazionale e della democraticità del sistema.

5. Il contributo del Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.

Con la *devolution* le coordinate della *judicial independence* sono state ancora più chiaramente definite in termini di indipendenza istituzionale e di indipendenza di giudizio²⁷. A tutela di questa bipolarità, e affinché il bilanciamento tra potere politico e potere giudiziario valorizzi appieno i caratteri della *Scots law* dando sostegno a un ordine istituzionale e giuridico distinto all'interno del Regno Unito, la solenne conferma dell'indipendenza della giurisdizione e la fissazione delle sue basilari garanzie è stata costituzionalizzata nel *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*²⁸.

A questo Atto va attribuito un particolare rilievo poiché l'autonomia del Giudiziario ne risulta ampiamente garantita attraverso gli articoli del Titolo 1, *Judicial Independence*, che dà indicazioni sui soggetti istituzionali che sono impegnati a porre le Corti al riparo da ogni condizionamento. Vi sono pertanto elencati, quali diretti garanti dell'indipendenza delle Corti, il *First Minister* che regge l'Esecutivo devoluto; il *Lord Advocate* quale alto *Law Officer*; i singoli ministri e parlamentari, e chiunque altro in Scozia ricopra cariche variamente in contatto con l'amministrazione della giustizia. Tra questi sono chiamati a una responsabilità rinforzata (art.2) alcuni membri dell'Esecutivo (nell'ordine il *First*

²⁴ V. *Public Law and Judicial Review*, in JUSTICE, *Law for Scottish Lawmakers. A JUSTICE Guide to the Law*, London, 2017, 27 ss.

²⁵ Cfr. T.R.LS Allan, *Accountability to Law*, in N. Bamforth, P. Leyland (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013, 77 ss.

²⁶ Sull'incontro nella Corte Suprema fra le due tradizioni giuridiche v. A. Paterson, *Final Judgement. The Last Law Lords and the Supreme Court*, Oxford-Portland (Ore.), 2013, nella sezione *Scots Appeals and London: A Fraught Relationship?*, 233 ss.

²⁷ C.M.G. Himsworth, C.M. O'Neill, *Scotland's Constitution: Law and Practice*, op.cit., 33 ss.

²⁸ G.F.M. Little, *The Reform of the Scottish Judiciary*, in E.E. Sutherland, K.E. Goodall, G.F.M. Little, F.P. Davidson (eds.), *Law Making and the Scottish Parliament. The Early Years*, Edinburgh, 2011, 208 ss.

Minister, il *Lord Advocate* e i ministri) che sono investiti dal Parlamento dei doveri di astenersi dall'esercitare ogni influenza sulle decisioni delle Corti utilizzando punti d'accesso preferenziali e di adoperarsi affinché alle Corti sia assicurato ogni sostegno che consenta il libero esercizio della giurisdizione. Segue un'ecumenica tassonomia delle entità rientranti nella generale categoria di istituzioni giudiziarie, a vario modo influenti sul diritto della Scozia, che il Parlamento di Edimburgo cita come destinatarie di tali solenni salvaguardie: la Corte suprema del Regno Unito, tutte le Corti istituite secondo il diritto scozzese, e le Corti dell'Unione europea e quelle istituite sotto egida ONU. Nel Titolo 2, dichiarata la posizione preminente del *Lord President* quale magistrato di vertice dell'intero sistema giudiziario, se ne fissano le responsabilità connesse al mantenimento degli apparati delle Corti che si realizza sotto i profili dell'integrità compositiva, della funzionalità giudiziaria e del *welfare* organizzativo.

Il *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008* pone inoltre regole sull'andamento delle sedute della *Court of Session* e sul ruolo del *Lord President* che nella veste di *Lord Justice General* presiede anche la *High Court of Justiciary* e il *College of Justice*.

Per quanto riguarda le nomine di magistrati di vertice quali il *Lord President* e il *Lord Justice Clerk* (che presiede la seconda divisione della *Inner House*), l'Atto prevede la convocazione di un apposito *panel* consultivo nominato dal *First Minister*, il che lascia intravedere una qualificata attenzione governativa circa la selezione dei candidati ai vertici della giurisdizione civile.

Di particolare significato è quanto concerne il *College of Justice*, ampio collegio para-giudiziario la cui fondazione risale al 1532 e di cui fanno parte rappresentanti delle maggiori Corti e di alte istituzioni forensi; la sua rinnovata base giuridica è nello *Scotland Act 1998* (e in particolare nel suo art.19, *Appointment and Removal of Judges*). Per via del fatto che secondo tradizione il *College*, sodalizio di alti giudici, è l'alveo da cui traggono origine valutazioni e concrete decisioni su questioni di dottrina e, prima di assumere eventuali forme più ufficiali, sull'attività giudiziaria e su talune cariche magistratuali, esso opera nel sistema di *Scots law* come un vetusto interlocutore delle Corti che può apparire marginale, e che ciononostante può influire su future designazioni giudiziarie e godere di un sicuro accesso a taluni circoli del potere politico. Nondimeno, per via di tale attività di osservazione delle dinamiche interne all'intero sistema giudiziario, questo Collegio è l'istituzione di carattere tradizionale che meglio somiglia, pur senza essere formalmente definito come tale, a un organo di autogoverno delle magistrature.

Una novità introdotta nel medesimo del Titolo 1 dell'Atto consiste nel perfezionamento dell'organizzazione del *Judicial Appointments Board for Scotland*, istituzione fondata nel 2002 e alla quale sono date più puntuali regole che testimoniano fino a qual punto in Scozia (nonché nell'intero Regno Unito ove una analoga Commissione è apparsa nel 2005) il procedimento che sovrintende alla

selezione dei giudici sia considerato nevralgico per ribadire l'identità del Giudiziario come potere indipendente²⁹.

Sebbene anche nelle magistrature di *Scots law* non sia mai rimossa né messa in discussione la fiducia tributata, quali coordinate essenziali dello *status* delle magistrature, all'inalterabilità dei giudici in ufficio, alla loro retribuzione dal Fondo consolidato e al radicato senso di orgogliosa identificazione etica e di incardinamento ordinamentale che si pone sotto l'egida del già menzionato principio del *quamdiu se bene gesserint*, molto pragmaticamente al *Board* è affidato il delicato compito di proporre all'Esecutivo scozzese i nomi delle persone da designare come giudici. A questo proposito esso fornisce l'*advice* per l'istruzione delle loro nomine e per la decisione finale che sarà infine, almeno per quanto concerne i componenti delle Alte Corti, sanzionata dalla Corona. L'obiettività di questa selezione è garantita attraverso una composizione mista che nel 2002 vedeva questo collegio indipendente formato da cinque membri cd. "laici" (a uno dei quali è riservata la presidenza su nomina del *First Minister*); tre "togati" provenienti dalle magistrature e due in rappresentanza delle professioni forensi (ossia un *solicitor* e un *advocate*, che in Scozia corrisponde al *barrister* inglese); nel 2008 questa composizione è stata allargata a cinque *lay members*, quattro *judicial members* e due *legal members*, con incarico di quattro anni estensibile a otto. Sebbene non sia eretto a *statutory body* (anche a causa di tale sua natura prettamente consultiva) anche il *Board* è garantito nella sua autonomia da una clausola di formale proibizione di qualsiasi ingerenza di origine governativa o di altra provenienza³⁰. Diretta resta tuttavia la sua interlocuzione sia con i ministri dell'Esecutivo scozzese sia con il *Lord President*, i quali possono emanare proprie linee-guida che ne regolino tecnicamente la procedura: ciò contribuì a porre riparo alle critiche che, soprattutto tra il 2002 e il 2008, erano state sollevate per enfatizzare la libertà di prassi con cui il *Board* aveva proceduto alle designazioni.

Nonostante le rigorose espressioni che nel *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008* abbiano complessivamente consacrato l'indipendenza delle Corti, non è del tutto da escludere che nella nuova modalità di selezione dei giudici che è affidata al *Board* persistano tuttora alcuni subliminali residui di un *patronage* esercitabile, partendo dall'interno dell'Esecutivo di Edimburgo, attraverso l'azione del *Lord Advocate*. Oggi trasformato in un autorevole *counsel* ausiliare e con un ruolo di pubblico *prosecutor* più volte messo in discussione e ridimensionato per evitare sospetti di politicizzazione di questo ruolo penalistico e di un conflitto di interessi che sarebbe pregiudizievole per i caratteri di democraticità del *devolution settlement*, questo *Law Officer* non ha perso del tutto la posizione di vantaggio nell'ambito del sistema giudiziario: citato nel 2008 tra gli alti garanti dell'indipendenza delle Corti, può ancora contare sull'apertura di qualche spiraglio verso il *patronage* sulle designazioni dei giudici; per tutelare la trasparenza della sua azione, è infine

²⁹ Cfr. P.G. Richards, *Patronage in British Government*, Toronto, 1963, nel capitolo *Judicial Appointments*, 120 ss.

³⁰ Recita infatti l'art.9(3) dell'Atto che «*In carrying out its functions, the Board is not to be subject to the direction or control of any member of the Scottish Executive or any other person*».

intervenuta la determinazione governativa di esentarlo dall'ordinaria partecipazione alle adunanze dell'Esecutivo.

6. Molti tutori dell'autogoverno del Giudiziario scozzese: i giudici e gli altri.

In conclusione, pur non esistendo in Scozia una singola istituzione che per esplicita attribuzione costituzionale sia eretta a salvaguardia dell'indipendenza dei giudici e dell'autogoverno delle Corti, si può concludere che il legame dei membri delle magistrature a principi non scritti ed eticamente codificati che reggono la condizione di inamovibilità dalla carica, il multiforme presidio esercitato dal *Lord President* quale capo supremo del Giudiziario, le statuizioni parlamentari contemplate nello *Scotland Act 1998* e nel *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*, l'ampio monitoraggio assicurato dai Senatori del *College of Justice*, l'attività in evoluzione del *Judicial Appointments Board for Scotland* e l'ancillare esistenza di enti che delle Corti curano amministrazione e organizzazione³¹, concorrono a determinare a vantaggio del Giudiziario scozzese un senso di autogoverno diffuso attraverso le azioni di diverse soggettività istituzionali che hanno storicamente partecipato alla formazione e al rinnovamento del sistema di *Scots law*.

Alessandro Torre

Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari
alessandro.torre@uniba.it

³¹ Tra cui la *Scottish Courts and Tribunals Service*, ente pubblico indipendente che opera sotto la supervisione del *Lord President* e distribuisce i funzionari e addetti tra *Court of Session*, *High Court of Justiciary*, *Sheriff Courts*, le Corti dei giudici di pace e i tribunali amministrativi; il *Judicial Office for Scotland* (che assiste il *Lord President* nel disimpegno delle sue funzioni di direzione e *welfare* dei giudici; i due *Councils* per le cause civili e le penali, e l'*Accountant of Court* che regola la contabilità della *Court of Session*.

Indipendenza senza autonomia. I delicati rapporti fra potere esecutivo e giudiziario in Canada

di Eleonora Ceccherini

Abstract: Independence without autonomy. The delicate relationship between government and judiciary – The article illustrates the regulation of judges in Canada where a pivotal role is played by the Government. The question is if executive power can significantly influence the adjudication process or if judicial power is exercised in a non-political, objective and neutral manner. The Canadian judges are subject to a complex and convoluted combination of regulatory mechanisms, which can sometimes be external, internal or co-shared with the Government. Besides, it's worth mentioning the fact that the sources of regulation have constitutional and legal force as well can derive from case-law or can be soft law.

Keywords: Judiciary; Independence; Auxiliary bodies.

5045

1. Premessa

La prima difficoltà che si riscontra nello studio che vuole affrontare il tema dell'aspetto istituzionale dell'indipendenza del potere giudiziario in Canada è costituita dal fatto che non esiste un organo che garantisca al giudice di poter svolgere liberamente le proprie funzioni. In altre parole, manca in Canada un organo che possa assicurare l'indipendenza della magistratura, in maniera analoga a quanto invece è previsto in alcuni paesi europei. La *ratio* dell'istituzione dei cosiddetti "organi di autogoverno della magistratura" è quella di garantire la posizione dei magistrati di fronte alle ingerenze del potere esecutivo, soprattutto per quanto riguarda la gestione della propria carriera, ma è proprio la mancanza di questo presupposto che esclude l'ipotesi che l'ordinamento canadese possa introdurre un organo simile al Consiglio superiore della magistratura italiano, in quanto l'accesso al *corpus* giudiziario, lo sviluppo professionale e finanche l'irrogazione di sanzioni disciplinari sono posti in essere sotto l'egida del Ministro della Giustizia. Magistratura e Governo quindi sono legati indissolubilmente come dei gemelli siamesi, la cui separazione potrebbe causare delle conseguenze sull'intera architettura istituzionale.

A scanso di equivoci, preme sottolineare che l'indipendenza funzionale del giudice in Canada è massimamente presidiata, nel senso che il funzionario opera senza condizionamenti e vincoli se non quelli previsti dall'ordinamento, tuttavia, il suo rapporto di impiego è influenzato dall'esecutivo. Lo scopo del contributo è

quello di verificare quali siano gli strumenti e i meccanismi che il sistema ha predisposto per mitigare il collateralismo fra magistratura e potere politico e garantire al contempo l'esercizio della funzione giurisdizionale in maniera “fair”.

A questo sforzo, si aggiunge anche un'ulteriore difficoltà e cioè che i principi dell'indipendenza e dell'imparzialità del potere giudiziario, pur essendo riconosciuti come fondanti, non trovano una chiara esplicitazione nel testo costituzionale. Pertanto, le coordinate di riferimento che danno conto dello *status* dei magistrati sono rinvenibili solo in parte nelle norme di rango costituzionale, mentre ve ne sono traccia in norme di rango legale, nella giurisprudenza della Corte suprema e in fonti di *soft law*¹. Questa congerie di fonti ha poi consentito di introdurre un florilegio di organi che a vario titolo interloquiscono con la posizione dei magistrati. A fronte di tali affermazioni, trovare gli elementi che presidiano i principi qualificanti l'esercizio del potere giudiziario si dimostra un lavoro simile alla tessitura di una tela.

Infine, si rende necessaria un'ulteriore precisazione, in questa disamina verrà escluso un accurato approfondimento per quanto riguarda la Corte suprema, che è organo giudiziario di ultima istanza e al contempo giudice costituzionale, giacché la sua peculiarità – di cui si daranno rapidi cenni – ci obbligherebbe a una dissertazione *ad hoc*.

2. Le influenze storico-istituzionali sull'organizzazione giudiziaria canadese

Al fine di tracciare l'ordito, il cui disegno finale costituisce una composizione armonica ma che deve essere ricostruita attraverso singoli tasselli, un utile punto di partenza possono essere le sporadiche disposizioni costituzionali, le quali però devono essere accompagnate da alcune notazioni di ordine storico per renderle meglio intelleggibili.

Il Canada nasce come colonia britannica e la sua organizzazione istituzionale viene determinata da un atto del Parlamento britannico: il *British North America Act* (BNA) del 1867, che struttura i territori in un *Dominion*. L'atto legislativo approvato dalle Camere britanniche conferisce al Canada una forma di stato federale - composta dalla Federazione delle Province di cultura francofona e anglofona - e una forma di governo parlamentare.

Le disposizioni in merito alla magistratura sono circoscritte alle *secc.* 96-101 del BNA, in cui sono indicate le modalità per l'accesso all'ordine dei magistrati e quelle relative alla destituzione dall'incarico, oltre che quelle relative alla determinazione dello stipendio e della pensione².

¹ In questo non differenziandosi dalla madrepatria britannica, cfr. W. Bagehot, *The English Constitution* (1867), trad. it. *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995; A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885 e 1915), trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003.

² A queste si aggiungono le disposizioni della *sec.* 92.14 del BNA relative alla competenza delle Province per l'amministrazione della giustizia: “The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts”

La lettura delle norme ci induce a ritenere che nell'anno di fondazione del *Dominion*, la magistratura costituisse un ordine la cui struttura era mutuata in larga parte dalla madrepatria britannica, infatti, sono molteplici i punti di contatto fra la disciplina canadese e quella britannica.

In primo luogo, le assunzioni sono riservate formalmente al monarca ma sostanzialmente sono demandate nell'individuazione all'esecutivo. Nel Regno Unito, le nomine spettavano alla corona su indicazione del *Lord Chancellor* e cioè a un Ministro del re³; analogamente in Canada, il reclutamento in magistratura avviene ancora oggi attraverso una nomina da parte del Governatore generale (il rappresentante della monarchia in Canada) su indicazione del Ministro della giustizia⁴, ad eccezione delle posizioni nelle corti istituite dalle Province denominate *lower courts*⁵ e nella Corte suprema⁶. In merito a questo profilo, non sono mai emersi contrasti significativi durante le conferenze che hanno preceduto la formazione del BNA. Emblematiche sono le parole di Sir Hector-Louis Langevin, che nel 1865 afferma: «by leaving these appointments to the Central Government, we are satisfied that the selection will be made from men of the highest order of qualifications, that the external and local pressure will not be so great, and the Government will be in a position to act more freely»⁷.

La garanzia dell'indipendenza dei magistrati è costituita dalla loro inamovibilità (*ex sec. 99 BNA*), che può essere intaccata solo nel caso in cui i giudici delle corti non mantengano durante la carica un “*good behaviour*”, che, peraltro, è la stessa espressione utilizzata dall'*Act of Settlement*, 1701 a testimonianza della porosità dell'ordinamento canadese rispetto a quello britannico.

La rimozione deve essere disposta dal Governatore generale, dopo l'approvazione sia della Camera del Senato⁸. Infine, il sistema retributivo e

³ L. Moccia, *Il sistema di giustizia inglese*, Rimini, 1984. Più recentemente sul tema, Cfr. A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese*, Torino, 2016, 46 ss., la quale dà conto anche delle recenti riforme. Cfr. anche, C. Guarneri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, 2011, 59 ss.; A. Gillespie, *The English Legal System*, Oxford, 2015, 227 ss.

⁴ Apparentemente sembra un'incongruenza che i giudici delle corti superiori e d'appello istituite nelle Province siano nominati dal Governo centrale ma questo si comprende, in primo luogo perché i “costituenti” canadesi non erano attratti dall'organizzazione giudiziaria statunitense che prevede una separazione di giurisdizione fra quella federale e statale, in secondo luogo perché il Governo federale intendeva mantenere il controllo sulla scelta degli uomini da inquadrare nel potere giudiziario, cfr. C. Force, A. Freeman, *The Laws of Government The Legal Foundation of Canadian Democracy*, Toronto, 2011, 248 s.

⁵ Queste cosiddette corti “inferiori” di livello provinciale preesistevano all'adozione del BNA e la *sec. 129* dell'atto esplicitamente salvaguarda la loro esistenza. In questo caso, le nomine sono determinate dal Ministro della giustizia provinciale. Hanno competenze in materia penale (per reati minori), famiglia e minori e “*small claims*” in materia di diritto civile.

⁶ Per quanto riguarda le nomine in Corte suprema, l'indicazione spetta al Primo Ministro.

⁷ Sir Hector-Louis Langevin, in *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 8th Prov. Parl. of Canada, 3^d Sess. (16 February 1865) 387, tratto da C. Force, A. Freeman, *The Laws of Government*, cit., 249.

⁸ Ancora una volta la disposizione è del tutto analoga a quella britannica disposta sempre dall'*Act of Settlement* del 1701 e ribadita dall'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876 e dal *Supreme court of Judicature Act* del 1925.

pensionistico è definito da una legge dello Stato per i giudici delle giurisdizioni di nomina federale.

A questa disamina, bisogna integrare le disposizioni che riguardano la ripartizione delle competenze fra Federazione e Province sempre stabilite dal BNA, che devolve alle entità subfederali la competenza (*ex sec. 92(14)*) ad adottare le necessarie misure per amministrare i servizi giudiziari⁹.

Pertanto, fin dagli albori esistono in Canada due livelli istituzionali che ineriscono e interferiscono nell'amministrazione della giustizia: uno federale e l'altro provinciale/territoriale; tale dicotomia si spiega con il fatto che il processo di accentramento avvenuto nel 1867 con la realizzazione di una Federazione era stato ostacolato da significativi timori delle Province di perdere spazi di autonomia a favore delle istituzioni federali. Pertanto, le competenze in materia di amministrazione della giustizia riservate alle Province costituiscono uno dei tanti compromessi raggiunti per salvaguardare il processo di unificazione del paese e al contempo mantenere l'autonomia delle collettività territoriali¹⁰. Tuttavia, questa duplicità non è di tipo giurisdizionale ma più semplicemente amministrativo, tutti i tribunali infatti, applicano sia le leggi federali che provinciali. Inoltre è da ricordare che la materia penale sia per il diritto sostanziale che per quello processuale rientrano nella sfera di competenza della Federazione.

Un cenno merita anche la condizione dei giudici della Corte suprema. L'organo *de quo* è stato istituito da una legge britannica nel 1875¹¹, cioè ben 8 anni dopo la Costituzione del *Dominion* e ha funzionato come Corte di appello in terra canadese fino al 1949, anno in cui ha assunto il ruolo di giudice di ultima istanza, al posto del *Judicial Committee of the Privy Council*.

L'evoluzione della Corte, invece, pur ricalcando per certi profili, il modello britannico, è frutto di un processo prevalentemente autoctono, caratterizzato soprattutto dalla sua trasformazione da organo giudiziario di ultima istanza a giudice costituzionale con l'approvazione nel 1982 del *Constitution Act*, con il quale il Canada recide i legami con la Madrepatria, dotandosi di un catalogo dei diritti federale, di una Costituzione rigida e conseguentemente di un organo di giustizia costituzionale¹².

⁹Sec. 92.14 BNA: "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts". Questa competenza è stata ribadita dalla Corte suprema in *Trial Lawyers Assn. Fo BC v. British Columbia (Attorney General)* [2014] 3 S.C.R. 31.

¹⁰ Peraltro, questa competenza è poi bilanciata dalla competenza che il potere federale ha di nominare i giudici delle corti superiori e d'appello provinciali (*Superior Courts e Courts of Appeal*). G. Régimbald, D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, 2017, 135.

¹¹ *Supreme Exchequer Act*, 1875 ora modificato in *Supreme Court Act*. Sul tema delle nomine alla Corte suprema, cfr. G. Delledonne, *La designazione dei giudici della Corte suprema: osservazioni comparatistiche*, in G. Delledonne, G. Martinico, L. Pierdominici (curr.), *Il costituzionalismo canadese A 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 125 ss.; M.A. Simonelli, *Does Judicial Appointment Process Matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *federalism.it*, 9 marzo 2016.

¹² Si tratta del processo di *Patriation*, un progetto pervicacemente perseguito dal *Premier* Pierre Elliott Trudeau che si snoda attraverso coordinate politico-costituzionali distinte dal

L'entrata in vigore del *Constitution Act*, 1982 produce, inoltre, un significativo cambiamento rispetto al tema dell'indipendenza e imparzialità del giudiziario. Infatti, per la prima volta viene fatto espresso riferimento a questi due principi e precisamente nella *sec. 11(d)* della *Charter of Rights and Freedoms* in cui viene riconosciuto il diritto di ciascuno a essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale¹³. Questa formula costituirebbe l'esplicitazione del principio dell'indipendenza della magistratura, che viene declinato non tanto come qualificazione dell'agire giudiziario quanto come situazione giuridica soggettiva dei singoli da vantare nei confronti del pubblico potere. Il riferimento è importante anche se è doveroso appuntare che il riferimento è circoscritto alle cause penali, prefigurando l'ipotesi che quindi l'autonomia e indipendenza non dovessero estendersi ai giudici civili.

Al fine di superare questo limite semantico, la Corte suprema, in un *Reference* a tratti molto criticato, ha valorizzato il Preambolo del BNA, laddove si afferma il desiderio delle Province canadesi di unirsi “*with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom*”, la quale riconoscerebbe come principio supremo proprio l'indipendenza della magistratura¹⁴.

modello britannico, a quel tempo ancora distante dal processo di riforma giudiziaria che poi realizzerà la *Supreme Court* nel Regno Unito nel 2005. Cfr. A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese*, cit., 181. V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2018, 272 ss.

¹³ *Sec. 11(d): Any person charged with an offence has the right: (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.*

¹⁴ *re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* [1997] 3 S.C.R. 3 para. 83; successivamente la Corte ha ribadito l'importanza del Preambolo in tema di magistratura in *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, [2016] 2 S.C.R. 116 para. 31. Il valore attribuito al Preambolo da parte della Corte suprema è stato oggetto di numerose critiche, per una voce invece conferente alla posizione della Corte, cfr., G. Régimbald, D. Newman *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, 2017, 137. Si consenta in questa sede di operare delle riflessioni che si pongono distanti rispetto a quanto sostenuto dalla Corte: il ruolo del Preambolo per fondare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura pare assai debole per molteplici ragioni. In primo luogo, perché si rimanda molto generalmente a un sistema che debba essere simile a quello britannico e la formula pare più una clausola di stile dettata dalla necessità di proporre l'atto nel segno della continuità con il passato più che un'affermazione degna di contenuto. Peraltro, sono gli anni in cui la colonia canadese teme molto che la deflagrazione bellica accesi negli Stati Uniti possa condurre a rinfocolare tensioni con il vicino e quindi si vuole ribadire la solida alleanza con la Madre patria. In secondo luogo, sempre sul ruolo dei Preamboli, la dottrina canadese ha sempre tenuto a precisare che non sarebbero vincolanti, in questo orientata dal fatto che nel Preambolo del *Constitution Act*, 1982 si è sempre ritenuto “scomodo” il riferimento alla “*Supremacy of God*”, pertanto, ricondurre l'indipendenza della magistratura al preambolo del BNA 1867, assume connotazioni palesemente strumentali. In senso analogo, W. Penney, R. Daway, *Embarassing Preamble? Understanding the “Supremacy of God” and the Charter*, in *U.B.C.L. Rev.*, 39, 2, 2006, 287 ss. Per considerazioni estremamente critiche circa l'utilizzo del Preambolo come parametro normativo, proprio in tema dell'autonomia del giudiziario: J. Goldsworthy, *The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity*, in *Constitutional Forum*, 11, 2, 2000, 60 ss.; S.M. Corbett, *Reading the Preamble to the BNA, 1867*, in *Constitutional Forum*, 9, 2, 1998, 2; in generale sul ruolo dei preamboli, L. Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, in *Int'l Journ. of const. l.*, 8, 4, 2010, 714.

3. Le fonti e gli organi che regolano le funzioni giurisdizionali

Come si evince, le disposizioni costituzionali sono molto rarefatte nel delineare le coordinate relative all'indipendenza della magistratura, soprattutto sotto il profilo riguardante l'indipendenza esterna che viene più presupposta che affermata.

Nell'opera di emersione dell'indipendenza della magistratura, un ruolo di primissimo piano è stato svolto dalla Corte suprema che con una giurisprudenza non particolarmente cospicua ma ficcante ha voluto tracciare i contenuti da attribuire al principio.

La sentenza da cui prendere le mosse è *R. v. Valente*¹⁵, in cui si ribadisce l'immanenza del principio *de quo* nel testo costituzionale derivante dalle origini stoiche dell'ordinamento, tributario del sistema inglese, ma si afferma al contempo la necessità di un'implementazione normativa dello stesso.

In questo arresto, la Corte per la prima volta specifica le coordinate dell'indipendenza del giudiziario che indica nella inamovibilità dall'incarico, la certezza della retribuzione e l'autorganizzazione degli uffici giudiziari.

Oltre a ciò, il giudice redattore Le Dain puntualizza come l'indipendenza del giudiziario “connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationships to others, particularly to the executive branch of government that rests on objective conditions and guarantees”. L'anno successivo, in un'altra pronuncia¹⁶ più specificamente si fa riferimento alla necessità di un'indipendenza che deve avere una dimensione istituzionale che è strumentale alla separazione dai poteri esecutivo e legislativo.

Anticipando qualche conclusione, si sottolinea come queste prese di posizione abbiano poi spinto il legislatore a prevedere organismi sia a livello federale che provinciale che assistano le compagini governative nella determinazione delle varie fasi della carriera dei giudici. Tutto ciò rende un'immagine della magistratura, come un *corpus* proteiforme, in cui non è rinvenibile un'unica sede in cui viene gestito il percorso professionale del magistrato, fatta eccezione dell'unico punto condiviso che è quello dato dalla figura del Ministro della Giustizia.

A partire da questa affermazione, si cercherà di esplicitare nelle singole fasi il rilievo degli organi previsti che scandiscono l'attività dei magistrati.

3.1 L'accesso alla professione

Il nostro *incipit* non può che riguardare il momento dell'accesso ai ranghi giudiziari che – come già sottolineato in precedenza – viene vagliato dal potere esecutivo.

Attualmente, nello specifico il Primo Ministro nomina i giudici della Corte suprema, il suo Presidente, il *Chief Justice* del Tribunale federale, delle Corti superiori provinciali e delle Corti di appello provinciali, oltre agli *Associate Chief Justices* per le Province più numerose; mentre al Ministro della Giustizia spetta la proposta di tutti gli altri giudici da presentare al *Cabinet*.

¹⁵ *R. v. Valente* [1985] 2 S.C.R. 673.

¹⁶ *Beauregard v. Canada* [1986] 2 S.C.R. 56 para 69.

Il requisito per intraprendere la carriera giudiziaria è quella di aver svolto la professione forense per almeno dieci anni¹⁷; pertanto, in Canada come nel Regno Unito (ma in tutti i paesi di *common law*) non sussiste una contrapposizione fra l'attività di avvocato e quella del giudice ma anzi una naturale osmosi, visto che il foro costituisce il bacino naturale da cui attingere per formare la classe giudicante.

Nell'individuazione del candidato idoneo a ricoprire l'ufficio giudiziario, la discrezionalità della compagine governativa è stata progressivamente limitata. Da una potestà pressoché assoluta agli albori della nascita del *Dominion*, il sistema si è arricchito di alcuni strumenti che rendono la scelta, in primo luogo più trasparente e soprattutto *predictable*, essendo riconducibile a motivazioni definite dalla ricerca della più alta professionalità. Questo cambiamento è stato promosso dalla necessità di sgomberare il campo da qualsiasi ipotesi che inducesse a ritenere che le nomine fossero da ricondursi a consonanze politiche o da qualificarsi come ricompense per trattamenti di favore avuti in passato o da realizzarsi nel futuro¹⁸.

La spinta propulsiva al cambiamento del sistema di nomina è stata innescata dalla *Canadian Bar Association*, la quale, nel 1984, costituisce una commissione di indagine sulle nomine a giudice¹⁹. Nel suo rapporto finale del 1985, da cui si evince come le cariche venissero considerate favori politici, si raccomanda una maggiore proceduralizzazione e trasparenza del processo di nomina dei giudici, al fine di ridurre le possibilità che il conferimento delle cariche sia motivato da interessi politici.

Inoltre, si iniziava a ravvisare l'opportunità di rendere la magistratura specchio del pluralismo sociale, razziale, etnico e di genere della società e in questo senso ricondurre a un organismo collegiale esterno all'esecutivo le proposte di nomina sembrava una soluzione rispondente a questo obiettivo²⁰.

L'esito del dibattito conduce a costituire nel 1988 i *Judicial Advisory Committees*, che rappresentano “*the heart of the appointment process*” e che coadiuvano il Ministro della Giustizia nella fase delicata dell'individuazione dei candidati alla nomina.

¹⁷ Per le nomine alle corti provinciali, è necessario aver svolto l'attività forense per dieci anni o essere stato un avvocato e aver esercitato funzioni giudiziarie a tempo pieno; per le corti federali, i requisiti sono in alternativa: essere o essere stato un giudice delle corti superiori, della contea o distrettuale in Canada; essere stati avvocato per dieci anni; essere stato avvocato per dieci anni e aver svolto attività giudiziaria.

¹⁸ In particolare questa critica è stata avanzata soprattutto negli anni trenta, cfr. C. Forcese, A. Freeman, *The Laws of Government*, cit., 251 s., ma in toni ancora più critici, P.H. Russel, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, 1997, 215.

¹⁹ Canadian Bar Association Committee Report, *The Appointment of Judges in Canada* (1985).

²⁰ Da ricordare che la Carta dei diritti e delle libertà nel 1982 aveva introdotto all'art. 27 la cosiddetta clausola culturale con la quale si afferma che: “This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians”. Questo articolo sancisce la rilevanza del pluralismo sociale, etnico, religioso, razziale e costituisce uno dei pilastri qualificanti l'ordinamento canadese. In relazione al fine di avere una platea di candidati diversificati sotto vari profili costituisce un obiettivo esplicitato anche nelle *guidelines* pubblicate sul sito ministeriale. In merito alla questione del *reflective judiciary* in Canada, cfr. L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada*, cit., 59 s.

La scelta organizzativa è stata quella di costituire almeno un Comitato formato da 7 membri per ogni Provincia e Territorio²¹. L'estrazione dei componenti è eterogenea e ha l'ambizione di ricomprendere le parti che *in primis* ineriscono alla sfera della magistratura. L'ordine professionale degli avvocati (*Law Society*), il Ministro della Giustizia e il *Chief Justice* provinciale nominano un componente ciascuno e altrettanto compie l'associazione delle professioni giuridiche (*Canadian Bar Association*²²), mentre il Governo federale indica tre nomi provenienti dalla società civile. Si tratta di un organo ibrido, in cui la componente tecnica è prevalente: ben 4 membri provengono da professioni giuridiche ma non è detto che siano giudici, mentre si apprezza il fatto che sia prevista una designazione di laici in senso stretto, in rappresentanza dei cittadini e cioè coloro che sono maggiormente interessati ad avere una giustizia indipendente ed efficiente. Rispetto a questi membri, dal 2016 è stata introdotta una nuova modalità di scelta che consta di una selezione pubblica aperta, per cui chi è interessato a ricoprire quell'incarico può inviare un'istanza al Ministero della Giustizia. Il comitato è integrato dal *Commissioner for Federal Judicial Affairs*, un organo istituito nel 1978, che svolge le funzioni di segretario generale e non ha diritto di voto.

La volontà che la magistratura costituisca una sorta di “*mirror*” rispetto alla diversità del corpo sociale canadese costituisce uno degli obiettivi maggiormente perseguiti dal Governo, tant'è che formalmente nelle *guidelines* rese pubbliche per la selezione dei componenti dell'organo *de quo* si evidenzia la necessità di salvaguardare una rappresentanza di genere, oltre che di tenere conto delle minoranze etniche, razziali, linguistiche, delle comunità indigene, oltre che delle condizioni personali come la disabilità, l'identità di genere e l'orientamento sessuale.

Pur essendo il fulcro del sistema per la nomina dei magistrati, la funzione dei *committees* sia per l'ingresso nella magistratura è di tipo consultivo. Quando si libera una posizione sia per i giudici federali o delle giurisdizioni poste nelle Province, gli aspiranti devono presentare una formale istanza al *committee* competente per territorio attraverso un *format* reso disponibile on line; l'organo verifica i titoli dei candidati e in un secondo momento procede nei colloqui.

Alla fine dello scrutinio, il comitato redige una lista di candidati che possono essere valutati come “*recommended*”, “*highly recommended*” o “*unable to recommend*”²³, sulla base principalmente della qualificazione professionale, dell'esperienza, oltre che delle caratteristiche personali²⁴. Tuttavia, ancora a riprova del forte impegno delle istituzioni canadesi nella edificazione di una magistratura “plurale”, i

²¹ Per la consistenza della popolazione Ontario ha tre comitati mentre il Quebec due.

²² Questa associazione raccoglie professori in materie giuridiche, giudici, avvocati, studenti di giurisprudenza.

²³ Il processo di selezione dei giudici della Corte suprema non rientra in questa procedura

²⁴ L'espressione è mutuata dalla documentazione resa nota dalla pagina web dell'*Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs del Canada*.

committees si impegnano a proporre una graduatoria che tenga conto del pluralismo sociale e delle diversità personali²⁵.

L'elenco dei selezionati è inviato al Ministro della Giustizia, che poi formula una proposta al *Cabinet*, dove viene designato concretamente il giudice; la nomina avviene formalmente da parte del Governatore generale.

Questo è l'iter previsto anche se la prassi ha evidenziato come il Ministro possa procedere autonomamente a consultazioni sia con esponenti del potere giudiziario della Provincia interessata alla nomina che con quelli dell'associazionismo legale. Inoltre, a sua discrezione può richiedere al comitato un supplemento di istruttoria su uno o più candidati.

E' evidente che l'atto finale di nomina avviene al termine di un lungo procedimento, in cui i comitati federali, pur non avendo una funzione decisoria, svolgono un ruolo di "filtro" assai significativo. Infatti, la compagine governativa se non per diritto ma per convenzione resta obbligata a nominare un giudice che appartenga alla rosa dei candidati individuati dal comitato.

La prassi consolidata fino a questo momento è orientata a circoscrivere la discrezionalità governativa, anche se non è la trasparenza la stella polare che anima il procedimento. Infatti, sussiste la riservatezza sulle valutazioni rese dal comitato (che rimangono ignote anche ai candidati), inoltre, l'atto di nomina è privo di qualsiasi motivazione riconducibile alle qualifiche professionali.

Alla luce di queste considerazioni, le obiezioni che si sono profilate all'inizio della riflessione per certi versi rimangono inalterate, non riuscendo a diradare completamente i dubbi circa le modalità di ingresso nella magistratura. I rilievi, d'altro canto, rimangono sullo sfondo in quanto il sistema ha assicurato sempre un elevato tasso di professionalità dei giudici, confermato dalle valutazioni espresse dalla dottrina che ha posto negli ultimi anni rilievi sul metodo piuttosto che sul merito delle scelte²⁶.

3.2. I profili disciplinari

L'indipendenza funzionale viene garantita attraverso l'inaffidabilità fino all'età di 75 anni per i giudici federali e 70 per quelli provinciali, per cui non è prevista dispensa o sospensione del servizio dei magistrati.

²⁵ Come si legge sulla pagina web del Ministero: «Along with this assessment of professional competence and overall merit, Committees must strive to create a pool of candidates that is gender-balanced and reflective of the diversity of each jurisdiction, including Indigenous peoples, persons with disabilities, and members of linguistic, ethnic and other minority communities, including those whose members' gender identity or sexual orientation differs from that of the majority. In doing so, Committees should give due consideration to all legal experience, including that outside of mainstream legal practice. Broad consultations by the Committees, and community involvement through these consultations are essential elements of the process». <http://www.fja-cmf.gc.ca/appointments-nominations/committees-comites/guidelines-lignes-eng.html>

²⁶ J. Ziegel, *Merit Selection, and Democratization of Appointments to the Supreme Court of Canada*, Kingston, 1999.

Tale caratteristica ritenuta indefettibile per custodire l'indipendenza della magistratura non si accompagna naturalmente a una totale abdicazione nel vaglio della condotta professionale.

Il testo costituzionale (*sec. 99 BNA*) sul punto si limita a indicare che la rimozione di un giudice può essere disposta dal Governo generale (ma proposta dal Ministro della Giustizia al Governo) su indicazione concorde di Camera e Senato. Anche in questo caso, il *dominus* è sempre l'esponente governativo, anche se effettivamente non può agire unilateralmente in assenza del consenso delle assemblee legislative.

E' evidente che l'allontanamento dalla magistratura può costituire un'*extrema ratio*, attivabile solo in casi di rilevante gravità, mentre, invece, permane la necessità di scrutinare la condotta e l'operato della magistratura proprio al fine di assicurare una corretta amministrazione della giustizia, intervenendo prima che le condotte assumano contorni particolarmente gravi.

Alla esigenza delle disposizioni costituzionali, ha posto, quindi, rimedio un atto di rango legislativo, il *Judges Act* che nel 1971 ha introdotto un organo competente a valutare la professionalità dei giudici federali: il *Canadian Judicial Council*.

L'attuale art. 59 del *Judges Act* indica fra i componenti del Consiglio, il Presidente della Corte suprema (che è anche Presidente del *Council* di diritto), il Presidente della Corte d'appello di ciascuna Provincia, il Presidente della Corte di prima istanza provinciale e i suoi vicepresidenti (*Associate Chief Justices*), oltre al Presidente della Corte marziale di appello. Si tratta di un organo pletorico, attualmente composto da 41 membri e che si riunisce di diritto almeno una volta all'anno.

I suoi compiti, in base all'art. 60 dell'atto istitutivo, sono quelli di organizzare delle *conferences* fra i suoi componenti, assicurare una formazione continua ai giudici ma soprattutto verificare la condotta dei giudici e proporre le eventuali sanzioni che sono però irrogate formalmente dal Governatore generale su proposta del Ministro della Giustizia²⁷.

Il primo profilo da rilevare è che questo organo è esclusivamente composto da giudici, non precludendo quindi i rilievi opposti da parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare il suo carattere di consorceria, che potrebbe essere stemperato dall'incorporazione di soggetti provenienti dalle professioni legali o addirittura dalla società civile, riproponendo, quindi, una sorta di simmetria con i *committees* che presiedono le modalità di ingresso alla magistratura.

Fra chi si è più significativamente opposto a questa soluzione, è da annoverarsi il Presidente emerito della Corte suprema, Lamer che ha paventato che questa apertura nella composizione del collegio, lungi dall'essere considerata un utile strumento per evitare l'autoreferenzialità della magistratura, invece,

²⁷ Con l'eccezione della rimozione che può avvenire solo dopo il consenso espresso delle Camere.

attenterebbe all'indipendenza della stessa²⁸. Se a livello federale, l'integrazione della componente non togata nel *Council* non sia priva ancora di vischiosità, alcune aperture si registrano a livello provinciale. In quella sede, sono stati istituiti *Judicial Councils* competenti a verificare la "*misconduct*" dei giudici nominati dalle Province. In linea di massima, si assiste a una vera e propria mimesi dell'organo federale, mutuandone il *nomen*, oltre che le funzioni e la composizione²⁹, tuttavia, è da registrare ad esempio che l'*Ontario Judicial Council* incorpora nella sua composizione, oltre che un avvocato, ben quattro persone su undici che non sono né giudici, né avvocati, palesando quindi un diverso approccio rispetto all'archetipo federale.

Il secondo invece ripresenta le stesse perplessità che serpeggiano costantemente nell'ordinamento canadese e cioè che è sempre il vertice del dicastero della giustizia a proporre l'*an* e il *quomodo* della sanzione. Questo particolare assume ancora più rilevanza, tenendo conto che processualmente in tutte le cause in cui parte è lo Stato, è il Ministro che si costituisce nella sua veste di *Attorney General*.

Il Consiglio può attivare una procedura ispettiva sia su istanza del Ministro che su segnalazione di privati. Per quest'ultima ipotesi è reso disponibile un *format* sul sito dell'organo, con il quale chiunque, indicando le proprie generalità e recapiti, può sottoporre all'attenzione la condotta di un giudice, indicando il processo e descrivendo brevemente i motivi delle doglianze. Ogni segnalazione viene presa in carico e per la sua procedibilità è disposto un accertamento circa la sussistenza del fatto e cioè che si tratti di un rilievo riconducibile alla condotta di un giudice e non tanto a una insoddisfazione rispetto all'esito processuale; assolto questo requisito si passa alla verifica dei fatti.

Il procedimento può avanzare attraverso una preliminare audizione del giudice coinvolto ed eventualmente e – in un momento successivo – la costituzione di un *Review Panel*, il quale deve pronunciarsi circa un eventuale approfondimento degli avvenimenti³⁰. Se il caso presentato è considerato grave, il *Panel*, può proporre l'avvio di un'inchiesta formale.

In quest'ultimo caso, viene costituito un organo *ad hoc* (*Inquiry Committee*), di cui fanno parte alcuni componenti del *Council* stesso ed eventualmente, su sua designazione, anche avvocati con almeno dieci anni di servizio, oltre che alcuni membri designati dal Ministro, (art. 63.3, *Judges Act*)³¹. Questo comitato dà avvio a una vera e propria inchiesta al fine di accertare la veridicità dei fatti e agisce con

²⁸ A. Lamer. *The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Change*, in *UNBLJ*, 45, 1996, 15 ss.

²⁹ Anche per i giudici provinciali è prevista la destituzione dopo una deliberazione della Camera elettiva da parte del Ministro della giustizia provinciale.

³⁰ Nel senso dell'immissione di membri laici nel procedimento, c'è stata solo una timida apertura, in questa fase consentendo dal 2015 che uno dei cinque membri del *Review Panel* fosse un membro laico.

³¹ Per prassi il Ministro della Giustizia nomina nell'*Inquiry Committee* uno o più avvocati, ma la dottrina si è interrogata se in questo organismo potessero essere incorporate anche persone non appartenenti al mondo giudiziario o avvocatESCO, riscontrando però sul punto non poche vischiosità.

poteri analoghi a quelli dell'autorità giudiziaria³² e le sue riunioni possono essere pubbliche o private. Questa fase istruttoria si conclude con una raccomandazione al *plenum* del *Council* che può giungere fino alla richiesta della rimozione del giudice dalla funzione³³. Il Consiglio trasmette al Ministro le conclusioni del lavoro del *committee*, proponendo le sanzioni ritenute opportune³⁴, che possono anche discostarsi da quanto indicato nel rapporto. Le ragioni che possono motivare la rimozione del giudice esclusivamente quelle tipizzate dalla legge e sono: l'età e la malattia, dolosa cattiva condotta; incapacità a svolgere il proprio incarico; incompatibilità e conflitto di interesse. La discrezionalità del Ministro è ampliata anche dalla eventualità prevista che possa richiedere un supplemento di indagini e una nuova relazione da parte del comitato.

Se entrare nel merito delle raccomandazioni del *Council* sarebbe un cimento oltremodo insuperabile, vale la pena registrare come vi sia uno sforzo dell'autorità di rendere il più trasparente possibile la sua azione, emettendo un rapporto annuale in cui si dà conto della sua attività e i casi affrontati (senza però rendere noto i nomi dei giudici coinvolti).

Un valido ausilio per lo svolgimento dell'opera del *Council* è stato prodotto dalle linee guida rubricate come “*Ethical Principles of Judges*”, le quali indicano quali debbano essere i criteri orientatori per la condotta da osservare nello svolgimento delle funzioni³⁵ mentre, comportamenti vietati al di fuori dell'esercizio delle funzioni sono riassunte in circolari o raccomandazioni³⁶.

Queste linee guida e soprattutto la loro rilevanza, attribuita anche dall'*endorsement* adoperato dalla Presidentessa (ora emerita) della Corte suprema, Beverly MacLahlin, nel 2004, ancora una volta mostrano la peculiarità del sistema canadese che affida la tipizzazione delle condotte meritevoli di censure non ad atti giuridici in senso stretto ma a fonti di *soft law* o a convenzioni come quella che stigmatizza interviste o commenti pubblici in merito a cause pendenti³⁷.

³² A titolo esemplificativo i testimoni devono rendere giuramento prima delle loro deposizioni e sono obbligati a comparire di fronte al comitato.

³³ Peraltro, le raccomandazioni in tal senso sono assai rare, anche perché i giudici oggetto di verifica solitamente rassegnano le proprie dimissioni prima del perfezionamento della procedura, P. Atkinson, *The Canadian Justice System: An Overview*, Toronto, 2017, 43.

³⁴ Il *Judges Act* prevede solo due tipi di sanzioni: la sospensione della funzione con retribuzione e la rimozione.

³⁵ Le linee guida declinano la funzione del giudice attraverso: *purpose, judicial independence, integrity, diligence, equality, impartiality*.

³⁶ Ad esempio si invita i giudici a non aderire ad associazioni che in via ordinaria siano coinvolte in azioni legali, oppure si invoca un *duty to restrain* a partecipare ad organizzazioni o iniziative benefiche che sollecitino donazioni; i magistrati non possono essere iscritti a partiti, né fare loro donazioni; inoltre, si sollecita i giudici a prestare attenzione alla libera manifestazione del pensiero al fine di non ingenerare nella pubblica opinione la sensazione che nel momento dell'esercizio della funzione giurisdizionale prevalgano interessi o visioni personali.

³⁷ *Privy Council of Canada, Accountable Government: A Guide for Ministers and Ministers of State*, 2011. Sul punto, B. Cotter, *The Prime Minister v. The Chief Justice of Canada: The Attorney General's Failure of Responsibility*, in *Legal Ethics*, 18, 1, 2015, 73 ss. “Consequently, a judge's freedom of expression may be subject to the scrutiny of a judicial council to ensure that public

3.3. La formazione dei giudici

E' da ritenersi che una formazione continua per i giudici possa essere considerata uno strumento utile per la salvaguardia della loro indipendenza e anche questo settore è stato implementato, benché non vi sia traccia di una regolazione organica, soprattutto perché agli albori del dibattito sul punto non sono mancate le opposizioni. Queste erano autorevolmente sostenute dal *Chief Justice*, Lamer³⁸, il quale ha espresso non poco scetticismo in generale sulla formazione continua, quando negli anni Novanta il *National Judicial Institute* aveva dato avvio a programmi formativi incentrati sull'influenza del genere e della razza nel *decisum*.

Le vischiosità si sono attenuate successivamente grazie a un altro Presidente della Corte suprema, Beverly MacLachlin, la quale in un discorso pubblico ha sostenuto come la formazione costituirebbe un elemento indifferibile per la costruzione di una magistratura autorevole necessaria in uno stato di diritto³⁹.

La logica sottesa è che giudici con solida e aggiornata preparazione non potrebbero che contribuire ad aumentare la fiducia dei cittadini nella magistratura, oltre che garantire loro una maggiore indipendenza⁴⁰.

Nel 2008, il *Canadian Judicial Council* ha adottato linee guida per la promozione della formazione giudiziale e da quel momento in poi le obiezioni circa la questione si sono notevolmente affievolite e pertanto, si è strutturato un sistema di formazione abbastanza consolidato che viene fornito sia dal *National Judicial Institute* che da altri organismi. Tuttavia anche se non sussistono più insofferenze verso l'attività di *training*, non è stato possibile (ancora) imporre alcun obbligo di aggiornamento o di formazione che restano su base volontaria e peraltro, per coloro che vi partecipano non vi sono sistemi di valutazione dell'apprendimento⁴¹. Resta solo l'ipotesi della sanzione disciplinare in caso di negligenza grave.

5057

4. Brevi riflessioni conclusive

Il contributo ha tentato di evidenziare quali siano gli strumenti e gli organi che presidiano l'indipendenza del potere giudiziario in Canada. L'assenza di un organo che assicuri il principio di indipendenza costituisce uno degli elementi più vistosi del sistema canadese, osservato almeno attraverso la lente del giurista europeo continentale, meno sorprendente è invece se allarghiamo lo sguardo a una comparazione più ampia, che tenga conto dei paesi di *common law*, tributari del modello della madrepatria britannica⁴².

confidence in the judiciary is maintained", Inquiry committee, Report of the Inquiry Committee concerning the Hon. P. Theodore Matlow (28 maggio 2008) (n 116) paras 82-3v.

³⁸ R. Devlin, A. Dodek, *'Fighting words': regulating Judges in Canada*, in R. Devlin, A. Dodek (eds.), *Regulating Judges*, Cheltenham, 2016, 87.

³⁹ B. McLachlin, Speech held in the Second International Conference on the Training of the Judiciary, 2004 in <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2004-11-01-eng.aspx>

⁴⁰ R. Devlin, A. Dodek, *'Fighting words'*: cit., 87.

⁴¹ R. Devlin, A. Dodek, *'Fighting words'*, cit., 88.

⁴² Su questo tema, cfr. P.H. O' Russel, D. O'Brien, *Judicial Independence in the Age of Democracy*, Charlottesville, 2001.

Un punto su tutti merita ancora qualche sottolineatura: il sistema giudiziario, pur rispondente al principio di separazione dei poteri, è plasmato dal ruolo che svolge il Ministro della Giustizia (*rectius* il Governo). E' questo organo il *dominus* del sistema, il cui esercizio del potere si dispiega con molta discrezionalità, temperata da alcuni interventi legislativi, convenzioni e giurisprudenza della Corte suprema. L'opera di "contenimento" delle prerogative governative si è snodata soprattutto attraverso la previsione di organi (consigli, comitati, commissioni) che coadiuvino l'organo nelle sue volizioni. Si tratta di organismi settoriali con competenze specifiche, che svolgono funzioni referenti o consultive, lasciando inalterate la posizione di supremazia del dicastero della compagine governativa. La disamina ha evidenziato come sussista un legame quasi "incestuoso" fra potere esecutivo e magistratura, nonostante, soprattutto, dopo il 1982, anno in cui il Canada si dota di una Costituzione rigida, si siano realizzati molteplici tentativi di rendere le attribuzioni del Governo meno unilaterali, affiancandogli alcuni organismi, il cui ruolo può giovare dell'autorevolezza dei propri componenti, piuttosto che dell'incisività delle loro determinazioni⁴³. Nonostante alcune voci in dottrina si siano levate in senso critico sul punto, mai è stato all'orizzonte il progetto di riformare in maniera organica il sistema che, da un punto di vista costituzionale, è risalente al 1867. Il peso della tradizione e della storia è molto rilevante e pertanto gli studi in generale si concentrano sulla necessità di introdurre aggiustamenti e correttivi in merito a singoli profili, senza mai auspicare un disegno di riforma organico.

Tuttavia, ciò che richiama maggiormente l'attenzione nell'esperienza canadese è la rarefazione delle disposizioni costituzionali in merito ad alcuni profili che sono strategici per la qualificazione dell'indipendenza del giudiziario.

Inoltre, lo spessore dei rapporti fra magistratura e governo dipende non solo dalle attribuzioni formali ma anche da una serie di prassi (se non quando convenzioni costituzionali) che vedono il secondo interloquire a vario titolo con il potere giudiziario. Il *trait d'union* è sempre costituito dal Ministro della Giustizia che mantiene e consolida tutta una serie di rapporti con i magistrati sia per garantire la maggior efficienza possibile nell'amministrazione della giustizia, sia in occasione delle nomine.

⁴³ Interessante - sempre nell'ottica dell'analisi del reticolato di organi che interloquiscono con gli organi governativi - è anche il ruolo del *Judicial Compensation and Benefits Commission*, previsto nel *Judge Act*, che ha il fine "*to inquire into the adequacy of the salaries and other amounts payable under this Act and into the adequacy of judges' benefits generally*". La rilevanza di questo organismo federale è tale che la Corte suprema nel *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court* (PEI), cit. ha sancito che ogni Provincia dovrebbe istituire un organismo di tal guisa per confrontarsi con le assemblee legislative sulla definizione del *quantum* retributivo dei giudici provinciali. Nonostante i pareri dell'organo non siano vincolanti, le Camere non possono disattendere i contenuti senza espressa e circostanziata motivazione. Il *Reference* è stato oggetto di penetranti critiche rispetto all'utilizzo del *test* per il vaglio costituzionale della legge sulla riduzione degli stipendi. Non è questa la sede per dibattere sul concetto di "*legitimate reasons*" o "*simple rationality*" per le cui definizioni si rimanda a T. Kahana, *The Constitution as a Collective Agreement: Remuneration of Provincial Court Judges in Canada*, in *Queen's L. J.*, 29, 2004, 445 ss.; J. S. Ziegel, *The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation*, in *Constitutional Forum*, 9, 2, 1998, 31 ss.

Questi rapporti però non sono disciplinati legislativamente e per gran parte del tempo, sono state improntati alla prassi.

Nel tempo, soprattutto a livello provinciale è stata percepita la necessità di procedere a una certa istituzionalizzazione nelle relazioni, per cui alcune Province, come l'Ontario, hanno adottato una legge che regola alcuni profili di raccordo fra l'attività del Ministro della Giustizia e i giudici e, in particolare la *Judicial Commission*, mentre, altri contatti sono stati definiti attraverso fonti di *soft law* come i *Memorandum of Understanding*, che specificamente, riguardano i rapporti fra il *Chief Justice* provinciale e il corrispettivo responsabile provinciale del dicastero della Giustizia.

Permangono, però, ampie zone grigie in tema di indipendenza della magistratura. Quella che maggiormente può destare preoccupazioni riguarda la collocazione in carriera dei magistrati preposti ai vari uffici. Se il criterio dell'imparzialità nell'accesso è stato in qualche modo garantito con l'intervento dei *Judicial Advisory Committee*, la carriera giudiziaria rimane ancora demandata alla piena discrezionalità dell'esecutivo. I giudici sono promossi – meglio “*elevated*” – a un grado superiore di giurisdizione senza che sussistono procedure formali di selezione. Le nomine avvengono attraverso un'istruttoria interna al Ministero della Giustizia, che si avvale però delle informative rese sia dal Ministro della Giustizia provinciale della sede che si vuole andare a ricoprire, sia dal *Chief Justice* provinciale.

Non sono previste infatti valutazioni sull'attività dei giudici nel senso di esaminare la loro efficienza produttiva⁴⁴ (non certo di scrutinare il merito delle decisioni), né l'anzianità in ruolo costituisce un criterio per l'avanzamento professionale. In questo modo, permangono profili di opacità sul sistema di progressione della carriera, a cui la dottrina forse non ha dato ancora la giusta importanza⁴⁵.

Inoltre, la consultazione con gli organi di vertice della magistratura provinciale introduce un ulteriore elemento di criticità in un sistema in cui i giudici sono ordinati gerarchicamente. Infatti, l'ascesa alla Corte d'appello provinciale potrebbe essere condizionata in parte dal giudizio che proprio quell'organo di secondo grado esprime sulle sentenze del giudice di prima istanza, che ha avuto modo di scrutinare. In questa ottica, non sembra difficile immaginare almeno la ritrosia dei giudici delle Corti superiori a contrastare orientamenti consolidati in Appello, preferendo magari incorporare acriticamente precedenti piuttosto che tentare percorsi argomentativi innovativi. In questo modo, la definizione di indipendenza riconducibile alla libertà dei giudici di decidere i loro casi senza subire pressioni dal governo, gruppi di pressione, individui o altri giudici⁴⁶ si eclisserebbe.

⁴⁴ R. Devlin, A. Dodek, *'Fighting words': Regulating Judges in Canada*, in R. Devlin, A. Dodek (eds.), *Regulating Judges*, Toronto, 2016, 76.

⁴⁵ P.H. Russel, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in P.H. Russel, D. O'Brien (eds.), *Judicial Independence in the Age of democracy*, Charlottesville, 2001, 17.

⁴⁶ *Beauregard v. Canada* [1986] 2 S.C.R. 56 [21].

Perplessità di pari tenore emergono anche rispetto alle nomine in Corte suprema, che analogamente hanno goduto di una certa opacità. La disciplina legislativa affida al *Premier* l'individuazione delle personalità da inserire nella Corte (*Supreme Court Act*), senza offrire ulteriori indicazioni sia sui criteri di scelta che la procedura da seguire⁴⁷. Questa indefinitezza ha condotto i vertici di governo a porre in essere procedure diverse, alcune improntate al massimo della riservatezza, altre prevedendo un coinvolgimento più o meno rilevante del Parlamento attraverso l'istituzione di una commissione consultiva e altre ancora votate a una ridda di consultazioni in cui erano coinvolti esponenti del giudiziario e del foro dell'ambito provinciale da cui doveva provenire il giudice ma sostanzialmente senza porre in essere le basi per la nascita di una convenzionale costituzionale. Inoltre, poiché per prassi viene sentito il Presidente della Corte suprema, anche in questo caso, c'è da chiedersi se il suo *placet* possa essere condizionante.

L'attuale *Premier*, Justin Trudeau ha inaugurato un processo selettivo per individuare il giudice della Corte suprema che consta nella formazione di un *advisory board* indipendente ma riconducibile territorialmente alla Provincia da cui deve provenire il giudice, che ha il compito di scrutinare le candidature degli aspiranti al ruolo, che avranno inviato il proprio *curriculum*, secondo quanto previsto dai *Criteria Assessment*. La commissione sottopone al *Premier* una rosa di nomi, formata da un numero minimo di tre a un massimo di cinque, e si impegna a mantenere riservati tutti i documenti esaminati e prodotti. Con questa procedura sono stati individuati i tre i giudici nominati dall'attuale *Premier*, difficile dire se anche i suoi successori si atterranno a queste regole, dando vita a una convenzione costituzionale, realizzando un processo più aperto e trasparente.

Eleonora Ceccherini
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
eleonora.ceccherini@unige.it

⁴⁷ In realtà nel 1875, l'atto era il *Supreme of Exchequer Court Act*, in quanto l'ultimo grado di appello era determinato dal ricorso al *Judicial Committee of the Privy Council* britannico, il quale cessò le sue funzioni come organo di ultima istanza nel 1949. I requisiti previsti per la nomina prevedono tre giudici devono provenire dal Quebec e devono essere avvocati da almeno 10 anni in quella Provincia o a ver ricoperto incarichi giudiziari nelle Corti provinciali; per convenzione altri tre giudici spettano all'Ontario, due alle Province Occidentali e uno alle Province Marittime e possono essere designati se sono in costanza o sono stati avvocati o sono attualmente o nel passato sono stati giudici nella Provincia.

Il “governo” della Magistratura e l’indipendenza del potere giudiziario in India

di Maria Sarah Bussi

Abstract: *Administration of the Judiciary and Judicial independence in India* – The paper analyses the independence of the Judiciary in India according with the development of the basic structure doctrine. The latter offers a key to interpreting the decisions taken by Supreme Court with regard to the appointments of Indian highest judiciary and the control over subordinate courts recognised to High Courts by article 235 of the Constitution. On this ground, one can appreciate both the fidelity to common law tradition and the tension towards a new constitutional identity that characterise Indian legal system.

Keywords: Indian legal system; Judicial review; Independent Judiciary; Judicial appointments and careers; Social justice.

*And I will pick the finest men of Athens,
return and decide the issue fairly, truly –
bound to our oaths, our spirits bent on justice*
[Aeschylus, *The Eumenides*, 503-505, tr. R. Fagles].

5061

1. La giustizia in India tra *nīti* e *nyāya*. Il *judicial review* “volano” della rivoluzione sociale

Amartya Sen, nel presentare la propria teoria della giustizia attraverso un dialogo a distanza con l’opera rawlsiana, oppone alle visioni dominate da un “istituzionalismo trascendentale” una prospettiva centrata sulle “realizzazioni concrete”. Ne *L’idea di giustizia*, al fine di delineare la differenza tra i due approcci, viene richiamata la distinzione tra *nīti* e *nyāya* esistente negli antichi testi sanscriti: l’una che guarda «all’adeguatezza di un’organizzazione e alla correttezza di comportamento», l’altra orientata verso la «giustizia realizzata»¹.

Tale costruzione teorica si rivela di grande interesse onde valutare come un principio cardine del costituzionalismo contemporaneo, quale quello dell’indipendenza della Magistratura, trovi la sua attuazione nell’ordinamento indiano.

¹ A. Sen, *The Idea of Justice*, London, 2009, trad. it., *L’idea di giustizia*, Milano, 2010, 35-37.

Esprimendo la sua forza espansiva ormai non più solo nel diritto interno, essendo da tempo riconosciuta anche in documenti internazionali², si ritiene che l'indipendenza, ai fini di una sua effettiva garanzia, debba accompagnarsi (almeno nelle esperienze europee) all'istituzione di organi di autogoverno della magistratura³.

Appare però opportuno evidenziare che il prototipo di un "governo" del potere giudiziario affidato ad un Consiglio Superiore della Magistratura appartiene esclusivamente al costituzionalismo continentale, rintracciando le proprie origini nelle Costituzioni italiana, francese, portoghese e spagnola, per poi approdare nei paesi dell'area socialista⁴.

Nel panorama del diritto comparato, nell'intento di condurre un'analisi che abbia ad oggetto esperienze fuori dall'orbita della *western legal tradition*, un approccio che si limiti a considerare i profili *strictu sensu* istituzionali, o che dir si voglia "organici", dell'indipendenza della magistratura potrebbe risultare insoddisfacente. Al contrario, appare più proficuo fare riferimento a quei modelli che, in un'ottica di evoluzione storica, sono risultati essere espressivi di diverse interpretazioni del ruolo affidato a colui che è chiamato dall'ordinamento al *dicere ius*⁵.

In questo senso Giorgio Lombardi, nel rievocare le differenze intercorrenti tra il modello di giudice del *common law*, quello dell'*ancien régime* e l'archetipo "post-giacobino", osservava come il primo si caratterizzasse «per la mancanza di carriera, per un'indipendenza che si realizza più nella prassi dei fatti che non in proclamazioni giuridiche di principi, per una notevole capacità di resistere al potere ma con una limitazione di fondo rispetto alla volontà del Parlamento, considerata prevalente nella versione britannica, mentre nella sua declinazione statunitense conosce come limite essenziale soltanto la Costituzione – secondo la celebre frase del giudice Hugues – è quella che la Corte suprema dice che sia»⁶.

² Dal riconoscimento contenuto nell'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, il riferimento è anzitutto ai *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adottati dal *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* del 1985 e approvati dall'Assemblea Generale con le risoluzioni 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, nonché ai *Bangalore Principles of Judicial Conduct* del 2002.

³ Si veda, sul punto, l'art. 13 della *Magna Carta of Judges*, adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) presso il Consiglio d'Europa.

⁴ Come rilevato da G. Ruiz, R. Ruiz, *Indipendenza e governo del potere giudiziario. Indipendenza e imparzialità giudiziaria nell'ordinamento costituzionale spagnolo*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 175 ss.

⁵ L'utilizzo dell'espressione *ius dicere*, considerata la sua etimologia, potrebbe apparire inattuale alludendo all'attività giurisdizionale nel tempo presente, a fronte della ruolo sempre maggiore acquisito dal potere giudiziario nelle democrazie contemporanee dagli anni '90 del Novecento in avanti. Della vastissima letteratura sul tema ci si limita qui a richiamare C.N. Tate, T. Vallinder (Eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, 1995; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 3ª ed., 2011; M. Belov, *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, 2019.

⁶ Così G. Lombardi, *La situazione attuale del potere giudiziario (Profili di diritto comparato)*, in S.

In virtù di tale premessa, è possibile constatare l'assenza nel sistema costituzionale indiano di un organo di autogoverno del potere giudiziario, almeno nel senso precedentemente inteso.

Con riguardo alle magistrature superiori, la carta dedica numerose norme alla nomina, alla cessazione delle funzioni e al trattamento economico dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*, a cui si affiancano quelle relative ai trasferimenti dei secondi. Per quanto attiene, diversamente, alle *subordinate courts*, l'art. 235 della Costituzione attribuisce alle corti statali un potere di controllo sulle carriere dei magistrati che esercitano le proprie funzioni nella *lower judiciary*.

Tali previsioni si inseriscono tuttavia in un più ampio contesto costituito dal riconoscimento dell'indipendenza della magistratura quale principio funzionale alla garanzia, al contempo, della *rule of law* e della separazione dei poteri, canoni mutuati rispettivamente dalla esperienza britannica e statunitense⁷, ma con rielaborazioni e contaminazioni che riflettono l'intento dei costituenti di rendere il giudiziario «a *bastion of rights and of justice*»⁸.

Dal regime coloniale⁹ l'India indipendente si avviò in effetti verso «un percorso di “affrancamento” che segnò il passaggio dal sistema giudiziario imposto dal colonialismo britannico, espressione del colonialismo stesso, ad un sistema giudiziario strutturato per l'attuazione del diritto indiano»¹⁰.

Gli articoli 50 e 368 della Costituzione, costituiscono invero riferimenti obbligati onde valutare il rapporto che intercorre tra giudiziario ed Esecutivo, in un caso, e Parlamento, nell'altro. Dall'analisi di queste disposizioni, in uno con quelle relative all'ordinamento giudiziario, è possibile desumere le ragioni che hanno condotto la giurisprudenza indiana a qualificare l'indipendenza come una *basic feature of the Constitution*, sebbene quest'ultima non abbia fatto proprio in maniera rigorosa il principio della separazione dei poteri¹¹.

Gambino (a cura di), *op. cit.*, 43-44.

⁷ Come rilevato da B.S. Tyagi, *Judicial Activism in India*, New Delhi, 2000, la Costituzione indiana ha fatto propria «a *golden mean between the supremacy of American judiciary and the supremacy of British parliament*» (*ivi*, 5-6).

⁸ Secondo la definizione offertane da G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, 175 ss. Si veda altresì G. Austin, *The Supreme Court and the Struggle for Custody of the Constitution*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, G. Subramaniam, R. Dhavan, R. Ramchandran (Eds), *Supreme but not Infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, New Delhi, 2004, 1 ss.

⁹ Un regime coloniale definito da M. Torri, *Storia dell'India* in *Storia Universale*, volume 29, Milano, 2004, 388 ss., come “Giano Bifronte”.

¹⁰ Così C. Petteruti, *Il sistema giudiziario indiano ed il controllo dei conti pubblici*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pfösl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, 150 ss. (151 per la cit.).

¹¹ In questo senso M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow, 2010, A-51 ss., il quale sottolinea che, a differenza di quanto previsto dalla costituzione statunitense, «*Under the Indian Constitution only executive power is “vested” in the President while provisions are simply made for a Parliament and judiciary without expressly vesting the legislative and judicial powers in any person or body*». Sul punto, rispetto all'esperienza britannica e nell'ambito di una più ampia ricostruzione sugli “idealtipi del costituzionalismo occidentale”, S. Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, ha osservato che in questo caso «la divisione dei poteri consiste in un loro concreto equilibrio

È stato d'altra parte rilevato come «l'architettura complessiva del sistema giurisdizionale indiano sia quella di un ordinamento di *common law* relativamente originale», in quanto mentre l'organizzazione degli organi di grado inferiore ricalca il modello delle corti inglesi, rispetto alle competenze della Corte Suprema si rintracciano analogie anche con il sistema canadese, in particolare con riferimento alla possibilità per il singolo di adire la *apex court* per l'*enforcement* di un diritto fondamentale¹². La scelta di affidare alle giurisdizioni superiori indiane l'attuazione dei diritti fondamentali¹³, ha reso il potere giudiziario, nel complesso degli equilibri costituzionali, «*an arm of the social revolution*»¹⁴, per essere la magistratura un organo chiamato a concorrere alla promozione del *welfare* e a tutelare (in ultima istanza) un ordine sociale in cui, a mente dell'art. 38 della Costituzione, «la giustizia, sociale, economica e politica deve informare tutte le istituzioni della vita nazionale»¹⁵.

È da tale prospettiva che si svilupperanno, nelle pagine che seguono, alcune riflessioni sul valore che il principio dell'indipendenza riveste nell'ordinamento costituzionale dell'India contemporanea, guardando in particolare, per un verso, ai meccanismi di nomina dei giudici della *Supreme Court* e delle *High Courts*, e, dall'altro, al potere di controllo esercitato dalle seconde sulle corti di grado inferiore. Su questo terreno è possibile difatti apprezzare la tensione esistente tra fedeltà alla tradizione di *common law*, anzitutto derivante dall'esperienza inglese, che si è sviluppata intorno al dialogo tra *iurisdictio* e *gubernaculum*¹⁶, e una nuova

di fatto e secondo molti nemmeno è una preoccupazione di fondo del sistema affermarla, o comunque non lo è farne oggetto di attenzione teorica, ma semmai assumerla quale esito complessivo della vicenda evolutiva» (*ivi*, 10).

¹² In questo senso D. Amirante, *Giustizia costituzionale e affermazione della democrazia nell'Unione Indiana*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 758. G. Das, *The Supreme Court: an overview*, in B.N. Kirpal, A. H. Desai, *et al.* (Eds), *op. cit.*, 16 ss., a cui si deve una importante periodizzazione dell'attività della Corte Suprema indiana, evidenzia come la Corte Suprema statunitense e la *House of Lords* del Regno Unito abbiano rappresentato un modello per la prima.

¹³ Invero, il diritto riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione, che va sotto la definizione di «*right to constitutional remedies*», non caratterizza esclusivamente la giurisdizione della Corte Suprema, in quanto l'art. 226 garantisce agli stessi fini l'accesso alle *High Courts* statali.

¹⁴ Così G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, 164.

¹⁵ Il disposto dell'articolo 38 della Costituzione, nella sua formulazione successiva al *Constitution (Forty-fourth Amendment) Act, 1978* introduce alla tematica della *social justice*, termine che nel contesto indiano assume un duplice significato, implicando per un verso «*the rectification of injustice in the personal relations of the people*» e dall'altro, in senso più ampio, esprime l'intento «*to remove the imbalances in the political, social and economic life of the people*», cfr. M. Saxena, H. Chandra (Eds), *Law and Changing Society*, New Delhi, 2007, 190. Sul ruolo della Corte Suprema e del potere giudiziario nel perseguimento della giustizia sociale si vedano, *ex plurimis*, G. Sharma, *Human Rights and Social Justice*, New Delhi, 2007 e N. Jain, *Judicial Activism in India with Special Reference to the Quest for Social Justice*, Delhi, 2013.

¹⁶ La distinzione tra *iurisdictio* e *gubernaculum* si fa risalire a H. De Bracton, *De legibus et Consuetudinibus Angliae* ed è stata illustrata da C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (New York), 1940, trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, come ricordato da A. Torre, *Dalla Corona alle Corti: Magna Carta e common law*, in A. Torre (a cura di), *Magna Carta e Rule of Law nell'ordinamento inglese*, Napoli, 2017, 112, alla cui bibliografia sul tema si rinvia.

“constitutional identity”¹⁷, che si coglie nella lenta ma costante costruzione della teoria della *basic structure of the Constitution*.

2. L'organizzazione giudiziaria indiana e le previsioni costituzionali sullo status dei giudici tra federalismo e parlamentarismo

La carta costituzionale indiana, con il suo carattere di costituzione lunga¹⁸, dedica al potere giudiziario numerose disposizioni che trovano la propria collocazione tanto nella Parte V, al capitolo IV (artt. 124-147) rubricato “*The Union Judiciary*”, che nella Parte VI dedicata agli Stati, al Capitolo V (artt. 214-232) e al capitolo VI (artt. 233-237).

Pur a fronte della natura federale dello stato, la giurisdizione risulta essere unitaria e il relativo sistema di organizzazione giudiziaria unico¹⁹, vedendo la presenza di una Corte Suprema, di venticinque *High Courts* statali e delle corti inferiori, le quali, pur non essendo subordinate alla prima, sono vincolate dai suoi pronunciamenti ai sensi dell'art. 141 della Costituzione, oltre che soggette alla *appellate jurisdiction*²⁰.

Al settimo allegato della carta²¹ è previsto che la costituzione e l'organizzazione della *Supreme Court* e delle *High Courts* spetti al Parlamento dell'Unione (nn. 77 e 78), mentre l'amministrazione della giustizia, come l'istituzione e l'organizzazione delle altre corti, è di competenza concorrente (n. 11-a), fermo restando che la giurisdizione e i poteri delle corti statali e di quelle di grado inferiore spetta all'Unione, agli Stati o ad entrambi seguendo il criterio della collocazione della materia nella rispettiva lista (n. 95 *List I*, n. 65 *List II* e n. 46 *List III*).

In un quadro particolarmente articolato derivante dalla concorrenza – almeno con riguardo alle corti di grado inferiore – della disciplina dell'Unione con quella statale, l'indipendenza viene garantita tramite un *corpus* di norme costituzionali le quali tradiscono, tuttavia, una “primazia” delle magistrature superiori nel complesso degli equilibri istituzionali.

Questa si evince non solo dalla ampiezza della giurisdizione attribuita alla Corte Suprema²², ma altresì, con riferimento alle *High Courts*, dal cosiddetto *power*

¹⁷ Il riferimento è evidentemente alle opere di G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge-London, 2010 e di B. Chakrabarty, *India's Constitutional Identity. Ideological Beliefs and Preferences*, London-New York, 2019.

¹⁸ Si veda, in merito, D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 66 ss.

¹⁹ Cfr. N. Robinson, *Judicial Architecture and Capacity*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford-New Delhi, 2016, 330 ss., nonché G. Ajani, D. Francavilla, B. Pasa, *Diritto comparato. Lezioni e Materiali*, Torino, 2018, 324 ss.

²⁰ In questo senso, M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., 477. L'art. 141 della Costituzione stabilisce: «*The law declared by the Supreme Court shall be binding on all courts within the territory of India*».

²¹ Il *Seventh Schedule* contiene, ai sensi dell'Art. 246, l'indicazione delle materie di competenza legislativa esclusiva del Parlamento dell'Unione (*List I*) e degli organi legislativi statali (*List II*) nonché le materie di competenza concorrente (*List III*).

²² Con riguardo alla composizione e alle attribuzioni della Corte Suprema indiana si veda D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 187 ss. e C. Petteruti, *op. cit.*, ma altresì R. Vakil,

of superintendence che queste esercitano sulle corti e i tribunali dei rispettivi territori²³, a cui si accompagna per entrambe il riconoscimento di un'autonomia amministrativa e finanziaria²⁴.

Inoltre, con riguardo agli organismi giudiziari di vertice degli Stati, l'art. 235 riconosce ad essi un controllo sulla *subordinate judiciary* in ordine ad incarichi, trasferimenti e promozioni, nell'ambito del quale la giurisprudenza ha incluso altresì l'esercizio di poteri disciplinari²⁵, sebbene al reclutamento provveda il Governatore dello Stato previa *consultation* della *High Court* di riferimento²⁶.

Non da ultimo la rilevanza del ruolo delle magistrature superiori nell'ordito costituzionale indiano si desume dall'analisi delle disposizioni volte a disciplinare le nomine e la cessazione delle funzioni dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts* nonché il trasferimento dei secondi, in un contesto in cui è assicurata ai giudici di tutti i gradi della giurisdizione la *security of tenure*²⁷.

L'art. 124 della Costituzione prevede che alla nomina dei giudici della Corte Suprema provveda il Presidente «*after consultation with such of the Judges of the Supreme Court and of the High Courts in the States as the President may deem necessary for that purpose*», ferma la necessità di consultare il *Chief Justice of India*.

Diversamente, per la nomina dei giudici delle *High Courts*, l'articolo 217 stabilisce che il Presidente vi provvederà previa consultazione del *Chief Justice of India*, del Governatore del relativo Stato e del *Chief Justice* della *High Court* di riferimento.

I giudici della Corte Suprema esercitano le proprie funzioni sino al compimento del sessantacinquesimo anno di età, mentre quelli delle *High Courts* fino al sessantaduesimo, tranne nel caso di dimissioni o rimozione. Quest'ultima avviene secondo la procedura prevista dalla *clause 4* dell'art. 124, che trova applicazione anche per i giudici delle *High Courts* in forza del rinvio contenuto nell'art. 218. A tal fine, «*on the ground of proved misbehaviour or incapacity*», è previsto che il Presidente emetta un *order* previo *address* proveniente da ciascuna Camera, votato a maggioranza dei componenti e da non meno dei 2/3 dei presenti²⁸.

Jurisdiction, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 367 ss., nonché, per quanto attiene alla *writ jurisdiction* di cui all'art. 32 della Costituzione, nel medesimo volume, G. Subramaniam, *Writs and Remedies*, 614 ss.

²³ Cfr. art. 227 della Costituzione.

²⁴ Cfr. 146 e 229 della Costituzione.

²⁵ Sul punto si veda N. Robinson, *op. cit.*

²⁶ Cfr. artt. 233 e 234 della Costituzione. Appare opportuno rammentare che attualmente per il reclutamento ogni Stato si avvale di un *Judicial service*, sebbene con il quarantaduesimo emendamento del 1976 sia stato modificato l'art. 312 della Costituzione ai fini dell'istituzione di un *All-India Judicial Service*, che però a tutt'oggi non è stato ancora creato. Il Governo ha tuttavia di recente annunciato la presentazione di un *bill* in tal senso. Su questa tematica si vedano le decisioni rese dalla Corte Suprema nei *All India Judges' Association cases*.

²⁷ M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., A-52 e A-53. Con riguardo al trattamento economico dei giudici delle magistrature superiori si vedano gli articoli 125 e 221 della Costituzione.

²⁸ Unitamente ad alcuni casi di dimissioni, il caso più noto di *impeachment* nei confronti di un giudice della Corte Suprema ha riguardato il *Justice V. Ramaswami*, il cui procedimento –

L'articolo 222 della Costituzione disciplina anche il trasferimento dei giudici delle *High Courts*, prevedendo che questo venga disposto dal Presidente a seguito di consultazione con il *Chief Justice of India*.

Le previsioni relative alle nomine poc'anzi richiamate, delineando nel loro contenuto procedure all'apparenza non particolarmente complesse, in realtà hanno dato avvio ad un contenzioso che ha condotto la Corte suprema all'adozione, a partire dagli anni '80, di una serie di decisioni tramite le quali è stato delineato, in chiave evoluzionistica, lo statuto costituzionale della magistratura in India.

Il presupposto – prima storico, poi giuridico – di tale esito è rappresentato dallo scontro tra Esecutivo e giudiziario maturato con una virulenza senza eguali all'epoca del primo governo di Indira Gandhi²⁹.

Quest'ultimo venne caratterizzato da una sterzata in senso fortemente populista e da un rafforzamento esasperato della *premiership* rispetto all'Esecutivo nel suo complesso, sebbene l'inizio della *emergency era*, con la sospensione delle garanzie democratiche, possa retrodatarsi di qualche anno rispetto alla formale proclamazione dello stato di emergenza del 1975, dettata, come da altri rilevato, anche dalle vicende giudiziarie che vedevano come protagonista il Primo Ministro e connesse alle elezioni del 1971³⁰.

Negli anni tra il 1950 ed il 1967, la Costituzione aveva difatti subito ventuno emendamenti, circostanza che, avendo messo a rischio la democrazia sotto il profilo della stabilità della carta, ha condotto la Corte Suprema ad abbandonare una postura da spettatore silente di fronte ad un eccessivo ricorso al potere di revisione costituzionale³¹.

In un percorso intrapreso con la decisione resa nel caso *Golak Nath v. State of Punjab*, culminato nella pronuncia *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*³² e

avviato in forza del *Judges Inquiry Act, 1958* – non ha portato all'adozione della relativa mozione a causa dell'imponente astensione avutasi in sede parlamentare. Si veda, con riguardo ad esso, F.S. Nariman, *The Ramaswami Case* in V. Grover (Ed.), *Political Process and Role of Courts*, New Delhi, 1997, 313 ss.

²⁹ Tale prospettiva di analisi, con riguardo alle sue premesse, è adottata anche da R. Abeyratne, *Upholding Judicial Supremacy In India: The Njac Judgment in Comparative Perspective*, in 49 *George Washington International Law Review* 569 (2017), disponibile in ssrn.com/abstract=2827793 (ultimo accesso: 19 settembre 2020), alle cui conclusioni tuttavia non si ritiene di poter aderire sulla scorta di quanto si dirà più avanti.

³⁰ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 73 ss.

³¹ In questo senso S.N. Jain, *Parliament and the Judiciary* in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 127.

³² Con la pronuncia resa nel caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* trovava stabile consacrazione la *basic feature theory*, con la quale veniva affermato il principio per cui il potere parlamentare di emendare la carta non potesse spingersi fino ad incidere sulle caratteristiche fondamentali della stessa. Cfr. Supreme Court of India, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461. Sul punto V. Grover, *Courts and the Political Process* in Id. (Ed.), *op. cit.*, 701 ss., ha osservato «no other constitution, not even that of the United States gives to the courts the power to review the constitutional amendments. The Supreme Court of India possesses such a power and it can strike down an amendment if, in its opinion, an amendment destroys or alters the basic structure of the Constitution» (ivi, 702-703). Alla definizione del *Kesavananda case* fecero immediatamente seguito le vicende relative alla nomina del giudice A.N. Ray quale *Chief Justice of India* dell'aprile del 1973, in contrasto con la convenzione sino a quel momento in essere che vedeva prevalere il principio della *seniority* nella scelta del soggetto chiamato a ricoprire tale carica tra i giudici della Corte Suprema. Una ricostruzione puntuale degli eventi è offerta da A.K.

conclusosi con quella relativa al *Minerva Mills case*³³, vengono gettare le fondamenta ermeneutiche degli orientamenti espressi nei successivi giudizi noti come *Judges cases*.

Nel coro a più voci previsto dalle norme costituzionali ai fini delle nomine nelle magistrature superiori, l'elaborazione da parte della Corte Suprema della *basic structure doctrine*, definita come «*the high water mark of judicial activism*»³⁴, ha disvelato nella dinamica tra poteri «*a deep inter-relationship between the two organs of the government*», ovvero il Parlamento ed il giudiziario³⁵. Il susseguirsi di una serie di eventi in cui il complesso delle questioni afferenti alle carriere ha incrociato quella relativa ai poteri di revisione costituzionale spettanti al Parlamento e dunque, in ultima analisi, la funzione di *judicial review*³⁶, ha dato avvio ad una nuova fase istituzionale caratterizzata da un mutato rapporto tra Corte Suprema ed Esecutivo rispetto a quello che aveva contraddistinto in precedenza la storia costituzionale indiana. Le disposizioni relative al potere giudiziario richiedono difatti di essere valutate nel più ampio contesto della forma di governo di questo ordinamento, che ha sposato il modello Westminster, pur a fronte di un sistema partitico dominato da un forte multipartitismo, in un esperimento costituzionale che è stato definito dalla dottrina italiana come modello *Westminster sui generis*³⁷.

Come noto, seppur l'art. 53 della Costituzione stabilisca che «*the executive power of the Union shall be vested in the President*», il Presidente dell'Unione, quale capo dell'esecutivo è titolare di poteri esclusivamente formali, per essere il Consiglio dei Ministri, guidato dal Primo Ministro, pensato dai Costituenti «*to aid*

Chaudhuri, *Appointment of a Chief Justice: The Study of a Controversy in a New Perspective* in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 181-223, V.K. Gupta, *Decision making in the Supreme Court of India*, Delhi, 1995, 17 ss. e A. Kaushik, *Supersession of Supreme Court Judges in India: A Survey of Public Reactions*, in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 232-257.

³³ Si tratta dei giudizi *Golak Nath v. State of Punjab*, AIR 1967 SC 1643 e *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789. Per una approfondita ricostruzione di tale evoluzione giurisprudenziale si veda M. Mate, *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, in 12 *San Diego International Law Journal* 175 (2010), disponibile in digital.sandiego.edu/ilj/vol12/iss1/7 (ultimo accesso: 19 settembre 2020). G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge-London, 2010, 49 ss., nel ripercorrere le vicende del periodo emergenziale, conclude la propria analisi richiamando il noto passaggio della pronuncia *Minerva Mills Ltd v. Union of India*, espressivo delle elaborazioni a cui perveniva la Corte, ovvero: «*Amend as you may even the solemn document which the founding fathers have committed to your care, for you know best the needs of your generation. But, the Constitution is a precious heritage; therefore you cannot destroy its identity*» (*ivi*, 58).

³⁴ Così S.P. Sathe, *Judicial Activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, New Delhi, 2003, 98.

³⁵ In questo senso S.N. Jain, *op. cit.*, 121, che individua tre fattori in virtù dei quali il ruolo del giudiziario assume rilevanza rispetto alle funzioni parlamentari: esso è chiamato ad interpretare la legislazione parlamentare, ha il potere di dichiarare l'eventuale incostituzionalità degli *statutes* ma anche di invalidare, se del caso, gli emendamenti costituzionali.

³⁶ Si veda R. Prakash, P. Sharma, *Constitution, Fundamental rights and Judicial Activism in India*, Jaipur, 1997, 231 ss., in cui gli Autori analizzano la questione degli *amending powers* dalla prospettiva della filosofia sociale che orienta la Costituzione indiana, nella tensione tra ideologia individualista e quella socialista.

³⁷ Secondo la definizione offertane da D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 129 ss.

and advise the President» (art. 74) e politicamente responsabile nei confronti della Camera del Popolo (art. 75)³⁸.

In questo quadro, l'elaborazione della teoria delle *basic features* ha assunto un ruolo essenziale ai fini del superamento dell'emergenza costituzionale, nel corso della quale la Corte ha dimostrato di voler adempiere al ruolo affidatole dai Costituenti, che in tale istituzione avevano individuato «*the watchdog of democracy*», insistendo affinché in ogni aspetto della carriera dei giudici, dalle nomine al trattamento economico, l'Esecutivo avesse il minor peso possibile³⁹.

3. Le nomine dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*: dal *collegium system* ai fasti della *National Judicial Appointments Commission*

Nel corso della storia repubblicana e in particolare in seguito al periodo emergenziale, la Corte Suprema viene chiamata in più occasioni a definire il ruolo che l'Esecutivo riveste nelle carriere delle magistrature superiori, in un percorso giurisprudenziale che, nel corso di quasi un ventennio, consegna all'India una procedura per le nomine che trova ancor oggi applicazione, resistendo finanche alla prova di una riforma costituzionale.

In un trittico ermeneutico che condurrà al definitivo riconoscimento di una primazia del potere giudiziario rispetto al potere esecutivo, la pronuncia *S.P. Gupta v. Union of India*⁴⁰ pare aprire la strada ad una soluzione opposta, riconoscendo la Corte che «*The ultimate power of appointment rests with the Central Government and that is in accord with the constitutional practice prevailing in all democratic countries*»⁴¹.

Il riferimento privilegiato, nella prospettiva del diritto comparato che emerge dalla lettura dell'opinione di maggioranza redatta dal giudice P.N. Bhagwati, è rappresentato dal Regno Unito⁴², per cui la Corte, nell'interpretare il

³⁸ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 133 evidenzia che, rivestendo il Presidente in sostanza un ruolo di garanzia dell'ordinamento costituzionale, i suoi poteri possano assumere la veste di poteri "attivi" solo in situazioni di emergenza.

³⁹ Il riferimento è all'intervento del costituente Shri M. Ananthasayanam Ayyangar, durante i dibattiti relativi al progetto di articolo 103, che osservava: «*The Supreme Court is the watchdog of democracy. It is the eye and the guardian of the citizen's rights. Therefore at every stage, from the stage of appointment of the judges, their salaries and tenure of office, all these have to be regulated now so that the executive may have little or nothing to do with their functioning*», cfr. *Constituent Assembly Debates*, Volume VIII, seduta del 24 maggio 1949, consultabili alla pagina web della Lok Sabha all'url loksabha.nic.in/.

⁴⁰ Si tratta della decisione resa nella controversia *S.P. Gupta v. President of India and Ors.*, AIR 1982 SC 149. Il caso perviene all'esame della Corte Suprema ai sensi dell'art. 139-A della Costituzione, a seguito della proposizione di numerosi ricorsi introdotti presso diverse *High Courts* aventi ad oggetto la medesima questione di diritto dotata di rilevanza generale, ovvero i meccanismi per la nomina ed il trasferimento degli *Additional judges* delle corti statali.

⁴¹ Così al paragrafo 29 della pronuncia. Per un'analisi della decisione si veda U. Baxi, *Courage Craft and Contention. The Indian Supreme Court in the Eighties*, Bombay, 1985, in particolare la *Second Lecture* dal titolo «*The Myth and Reality of Judicial Independence: The Judges Case and All That*», 23 ss., nonché J. Cottrell, *The Indian Judges' Transfer Case*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, Issue 4, 1984, 1032-1045.

⁴² Quella del Regno Unito viene riconosciuta come l'esperienza costituzionale da cui l'India ha ereditato il sistema di amministrazione della giustizia, sebbene vengano evocati altri paesi del *commonwealth* come Canada, Australia e Nuova Zelanda. Tale circostanza dimostra come il

termine “*consultation*” contenuto nella *clause 2* dell’articolo 124 e nella *clause 1* dell’art. 217 della Costituzione, richiama i meccanismi che prima della revisione costituzionale del 2005 prevedevano l’*advice* o comunque la *consultation* del Lord Chancellor per le nomine.

Nel definire il ruolo presidenziale viene infatti rievocata l’opinione resa dal giudice K. Iyer nella precedente decisione *Union Of India v. Sankal Chand Himatlal Sheth*⁴³, secondo cui il dovere del Presidente di consultare il *Chief Justice* si sostanzia in primo luogo in uno scambio di informazioni tra gli stessi, al cui esito il primo renderà al secondo il proprio parere, chiarendo però che «*consultation is different from consentaneity*».

Con questa prima pronuncia la Corte, pur non allontanandosi dai paradigmi che appartengono al passato coloniale e riaffermando un legame con la tradizione di *common law* che affida all’Esecutivo le nomine, inizia a definire i contorni del principio dell’indipendenza della magistratura. Quest’ultima viene qualificata come una *basic feature of the Constitution* tenendo conto del ruolo che è chiamato a svolgere il potere giudiziario nella democrazia indiana e, dunque, del contesto economico-sociale di un paese «*which is marching along the road to social justice with the banner of democracy and the rule of law*»⁴⁴.

Si inizia pertanto a delineare in essa la relazione esistente tra *rule of law*, *social justice* e indipendenza della magistratura, che costituisce la premessa per il riconoscimento di una funzione “creativa” in capo al potere giudiziario e che rintraccia il proprio substrato teorico nelle elaborazioni del giudice Krishna Iyer⁴⁵.

Sarà infatti il principio di *non-arbitrariness*, quale connotato della *rule of law*, a guidare la Corte nel riconoscere successivamente una *primacy* all’opinione della magistratura in materia di nomine, in ipotesi di contrasto con l’*advice* reso al Presidente dal Governo⁴⁶.

ricorso all’argomento comparativo nelle decisioni giudiziarie sia una pratica risalente in India. Su tale tematica si veda P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2014, ma altresì T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013 e G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary constitutional systems*, Leiden-Boston, 2019.

⁴³ Si tratta del caso *Union of India v. Sankal Chand Himatlal Sheth*, 1977 AIR 2328, nel quale tuttavia la Corte aveva affrontato la questione dalla prospettiva dell’art. 222 della Costituzione. Per uno studio sul *First Judge case* anche alla luce dei suoi precedenti si veda B.N. Srikrishna, *Judicial Independence*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 349 ss. e A.K. Ganguli, *Recovering Lost Ground. The Case of the Curious Eighties* in A. Sengupta, R. Sharma (Eds), *Appointment of Judges to the Supreme Court of India. Transparency, Accountability, and Independence*, New Delhi, 2018, *chapter 3*.

⁴⁴ Così al paragrafo 26 della decisione. La dinamica di interdipendenza esistente tra Costituzione e trasformazione sociale in India è analizzata da P. Ishwara Bhat, *Law and Social Transformation in India*, Lucknow, 2009, in particolare 167 ss.

⁴⁵ Sul contributo teorico del giudice Krishna Iyer in tema di giustizia sociale e indipendenza della magistratura si veda K.M. Sharma, *op. cit.*, V. Singh Jaswal, S. Jaswal, *Justice V.R. Krishna Iyer’s Concept of Social Justice*, New Delhi, 2011 e S. Khurshid, L. Malik, *Justice at Heart. Life Journey of Justice V.R. Krishna Iyer*, Lucknow, 2016.

⁴⁶ In questo senso M.P. Singh, *Securing the Independence of the Judiciary – The Indian Experience*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2000, 245-292. Per una

Nella pronuncia *Supreme Court Advocates on Record Association v. Union of India* il procedimento che conduce alle nomine delle magistrature superiori viene definito come un «*participatory consultative process*» ed il *Chief Justice of India* identificato come la figura di maggior rilievo tra i soggetti che il Presidente è tenuto a consultare⁴⁷.

Affinché, tuttavia, l'opinione del *Chief Justice* risulti realmente espressiva della posizione del potere giudiziario è necessario, secondo la Corte, che essa sia il risultato di una determinazione assunta collegialmente. A detti fini, viene statuito che per la nomina dei giudici della Corte Suprema il *Chief Justice of India* sarà tenuto a consultare i due giudici più anziani della stessa, mentre per quelli delle *High Courts*, il *Chief Justice* della relativa corte statale dovrà tener conto dell'opinione di almeno due dei giudici più anziani⁴⁸.

Non da ultimo, sul finire degli anni '90 la Corte, pronunciandosi nel *Third Judges case*⁴⁹, conferma l'applicazione del *collegium system* e si spinge fino ad ampliare il numero dei giudici da consultare nell'ipotesi di cui all'art. 124 (2) della Costituzione, affermando che «*it is desirable that the collegium should consist of the Chief Justice of India and the four seniormost puisne Judges of the Supreme Court*»⁵⁰.

Come da altri rilevato, l'iter giurisprudenziale sin qui delineato ha portato ad un netto ridimensionamento del ruolo dell'Esecutivo in favore del giudiziario, con

ricostruzione del principio della *rule of law* nella elaborazione anglosassone, dalle sue origini all'epoca attuale, si veda T. Bingham, *The rule of law*, London, 2011. Sulla complessità della nozione nel contesto indiano si veda A.K. Giri, *Rule of Law and Indian Society. Colonial Encounters, Post-Colonial Experiments and Beyond*, in *Jura Gentium*, Sezione tematica: Diritto e Politica nell'Asia postcoloniale, disponibile in www.juragentium.org/topics/rol/en/giri.htm (ultimo accesso: 19 settembre 2020) e D. Gilmartin, *Rule of Law, Rule of Life: Caste, Democracy, and the Courts in India*, in *The American Historical Review*, Vol. 115, Issue 2, 2010, 406-427.

⁴⁷ Cfr. Supreme Court of India, *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (1993) 4 SCC 441, e, in particolare, il par. 80. M.P. Singh, «*Merit*» in the appointment of judges, in (1999) 8 SCC (Jour) 1, valuta positivamente la soluzione a cui è pervenuta la Corte Suprema in quanto idonea a garantire l'indipendenza rispetto alla posizione assunta nel *First Judges case*, rammentando sul punto che tra il 1983 e il 1991 sette nomine fossero state effettuate in senso difforme al parere espresso dal *Chief Justice*. Si veda altresì G. Bhatia, *The Primacy of Judges*, (March 8, 2016), disponibile in: dx.doi.org/10.2139/ssrn.2744838 (ultimo accesso: 19 settembre 2020), in cui l'Autore analizza il *Second Judges case* alla luce della successiva decisione relativa al *NJAC case*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Si tratta della decisione *Special Reference No. 1 of 1998, In re*, AIR 1999 SC 1, a cui ha fatto peraltro seguito l'adozione da parte del Governo di due distinti *Memorandum of procedure* per le nomine. Per un commento della decisione alla luce del suo immediato precedente del 1993 si veda Lord Cooke of Thorndon, *Where Angels Fear to Tread*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, et al. (Eds), *op. cit.*, 97 ss.

⁵⁰ Così al paragrafo 19 della pronuncia. Al successivo par. 47 la Corte statuisce, distinguendo tra nomine dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*: «*The Chief Justice of India must make a recommendation to appoint a Judge of the Supreme Court and to transfer a Chief Justice or puisne Judge of a High Court in consultation with the four seniormost puisne Judges of the Supreme Court. Insofar as an appointment to the High Court is concerned, the recommendation must be made in consultation with the two seniormost puisne Judges of the Supreme Court*». Sull'applicazione concreta che ha avuto il *collegium system* e riguardo alle sue criticità si veda A. Jaitley, *The Judicial Collegium. Issues, Controversies, and the Road Ahead*, in A. Sengupta – R. Sharma (Eds), *op. cit.*, chapter 4.

un'esaltazione del principio della *seniority* nella fase di consultazione e quello del merito nelle nomine⁵¹.

Tale quadro è stato però alterato *ratione temporis* dall'entrata in vigore del *Constitution (Ninety-ninth Amendment) Act, 2014*⁵². Si tratta di una riforma che, modificando numerose disposizioni costituzionali vigenti e introducendone delle nuove, era finalizzata all'istituzione di una *National Judicial Appointments Commission*. A tale organo si sarebbe demandata anzitutto la funzione di proporre delle personalità ai fini della nomina del *Chief Justice of India* e dei *Chief Justices* delle *High Courts* nonché dei giudici della Corte Suprema e delle corti statali, ma altresì quella di suggerire il trasferimento dei *Chief Justices* e degli altri giudici delle *High Courts*. Inoltre, in forza del disposto del nuovo articolo 124B della Costituzione, la *NJAC* avrebbe dovuto «ensure that the person recommended is of ability and integrity».

La sua composizione prevedeva la presenza del *Chief Justice of India* quale membro di diritto investito della carica di presidente, dei due giudici più anziani della Corte Suprema e del *Minister of Law and Justice*, anch'essi quali membri *ex officio*; a tali figure venivano affiancate due “*eminent persons*” individuate da un comitato costituito dal Primo ministro, dal *Chief Justice of India* e dal *leader* dell'opposizione o, in ogni caso, del maggiore partito di opposizione presso la *Lok Sabha* ai sensi dell'art. 124 A. È tuttavia proprio il disposto di tale nuovo articolo a portare la Corte a dichiarare incostituzionale la riforma nella sua interezza, in quanto in estrema sintesi essa non “conservava” il primato della magistratura in materia di nomine e trasferimenti, non garantendo una rappresentanza adeguata alla componente giudiziaria nella *NJAC*⁵³.

Alcuni autori rispetto alla pronuncia resa nel *Fourth Judges case* hanno osservato che, diversamente da quanto potrebbe apparire ad una prima analisi,

⁵¹ In questo senso D. Francavilla, *Diversity and the Judiciary in India: Supreme Court judges in Indian society*, in *Federalismi.it*, numero speciale 5/2018, 106-123.

⁵² *The Constitution (Ninety-Ninth Amendment) Act, 2014* ha ricevuto l'assent presidenziale in data 31 Dicembre 2014 e il suo testo è consultabile all'url www.india.gov.in/my-government/constitution-india/amendments/constitution-ninety-ninth-amendment-act-2014. Per una riflessione sul *Constitutional Amendment (120th Amendment) Bill, 2013* ed il *Judicial Appointments Commissioner Bill, 2013* si veda il *Working Paper No. 1/2014 “Recasting the Judicial Appointments Debate”*, a cura del *Centre for Law and Policy Research* disponibile in clpr.org.in/wp-content/uploads/2014/02/Judicial-Appointments-Debate.pdf. Invero, l'ipotesi di una revisione del *collegium system* era stata già in precedenza presa in considerazione, cfr. *Report No. 214 della Law Commission of India “Proposal for Reconsideration of Judges Cases I, II and III”* del novembre 2008.

⁵³ A tale esito si è pervenuti con la decisione resa nel caso *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (2016) 5 SCC 808. R. Abeyratne, *op. cit.*, dopo aver ricostruito il percorso interpretativo seguito dalla Corte, partendo dal *First judges case*, alla luce delle vicende della *Emergency era*, ritiene che «*An institutional account, one that considers this judgment in light of the Supreme Court's role in India's political and historical context, is most persuasive (...) The NJAC Judgment can thus be understood in the broader context of the judiciary seeking to maintain institutional autonomy from the sort of undue political interference that it experienced in the 1970s and 1980s*» (*ivi*, 613). Si veda altresì il volume a cura di A. Sengupta, R. Sharma (Eds), *op. cit.*, che rende conto dei dibattiti scaturiti dall'adozione della pronuncia, offrendo altresì un'analisi in chiave comparata delle nomine nell'ambito di taluni ordinamenti di *common law*.

questa, lungi dal rappresentare una mera applicazione della risalente dottrina delle *basic features*, svelerebbe «*a significant departure from existing doctrine*»⁵⁴. La ragione di tale allontanamento si rintraccerebbe nel fatto che la Corte non si è limitata ad individuare e garantire l'applicazione di un “meta-principio” che, quasi in un rapporto contenuto/contenitore, fa parte della *basic structure* della Costituzione, bensì si sarebbe spinta fino a definire il *quo modo* della realizzazione dello stesso, finendo per «esarcerbare potenziali separazioni tra testo costituzionale e pratiche costituzionali»⁵⁵.

Inoltre, la circostanza che con la pronuncia sia stato “bocciato” un diverso sistema di nomine nella sua interezza, disponendo che tornasse ad essere applicata la procedura prevista in precedenza – in una sorta di reviviscenza – riporta l'attenzione su uno dei nodi gordiani che caratterizzano i dibattiti sul ruolo delle corti nelle democrazie contemporanee.

Rispetto a taluni *dicta* connotati da un certo *judicial activism* ci si domanda, invero, se questi assurgano agli estremi del *judicial overreach*⁵⁶.

4. L'art. 235 della Costituzione ed il controllo operato dalle *High Courts* sulle carriere dei giudici delle *subordinate courts*

La questione delle nomine nelle magistrature superiori indiane risulta intimamente connessa a quella relativa alle funzioni di controllo esercitate dalle *High Courts*, in quanto organi gerarchicamente superiori, in relazione alle carriere dei giudici delle corti di grado inferiore presenti sul territorio dello Stato.

Come in parte già accennato, l'articolo 235 della Costituzione stabilisce che «*The control over district courts and courts subordinate thereto including the posting and promotion of, and the grant of leave to, persons belonging to the judicial service of a State and holding any post inferior to the post of district judge shall be vested in the High Court (...)*».

Queste ultime rivestono evidentemente un ruolo determinante sia con riguardo alle nomine – le quali, pur affidate al Governatore del relativo Stato, richiedono la *consultation* della *High Court* di riferimento⁵⁷ – che ai trasferimenti e alle promozioni, ma anzitutto rispetto alla *disciplinary jurisdiction*, sebbene con modalità differenti rispetto alla figura dei *district judges* e agli altri giudici.

⁵⁴ C. Chandrachud, *Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and The Basic Structure Doctrine in India*, (September 2, 2017), disponibile in ssrn.com/abstract=3031280 (ultimo accesso: 19 settembre 2020), 15 ss., ora in R. Albert, B.E. Oder (Eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Berlin-Heidelberg, 2018.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Nel contesto dell'Unione indiana, i termini del dibattito venivano acutamente sintetizzati, già agli esordi degli anni Duemila, da B.S. Tyagi, *Judicial Activism in India*, New Delhi, 2000, il quale intitolava un capitolo del proprio volume “*Judicial Activism – boon or bane*”. Una risposta a tale interrogativo viene offerta anche da F.S. Nariman, *God Save the Hon'ble Supreme Court*, New Delhi, 2018, 125 ss.

⁵⁷ Sulle dinamiche delle nomine nelle magistrature subordinate si veda N. Robinson, *op. cit.*, che richiama la pronuncia Supreme Court of India, *M.M. Gupta v. State of Jammu & Kashmir*, (1982) 3 SCC 412.

Sotto questo profilo, nell'ambito degli Stati, il *judicial service* è suddiviso di regola tra *regular judicial service* and *higher judicial service*, distinzione che è espressiva peraltro del livello di anzianità⁵⁸.

Come rilevato dalla dottrina indiana, dovendosi richiamare sul punto la decisione *Chief Justice of Andhra Pradesh v. L.V.A. Dixitulu*⁵⁹, il controllo delle corti statali «*is exclusive in nature, comprehensive in extent and effective in operation*», essendo i termini “*posting*”, “*promotion*” and “*leave*” di cui alla lettera costituzionale non esaustivi delle funzioni esercitate⁶⁰. Esso si manifesta difatti in molteplici settori e le sue modalità attuative emergono dall'analisi delle *Judicial Services Rules* di ciascuna *High Court*, a cui è demandata la relativa disciplina.

Per le promozioni, si fa ricorso ad esempio a criteri come quello del *merit-cum-seniority* accompagnato da un test di idoneità oppure coniugando l'anzianità di servizio in base al merito con meccanismi concorsuali ristretti, fermo restando che ai fini del reclutamento nell'*higher judicial service* una quota percentuale è riservata agli avvocati dotati dei requisiti di idoneità⁶¹.

Diversamente, per quanto attiene alle funzioni di natura disciplinare, il loro esercizio rappresenta il risultato di un riconoscimento avutosi anche per la via giurisprudenziale.

Nella recente pronuncia resa nel caso *Dr. P.S. Malik v. High Court of Delhi*⁶² la Corte Suprema, partendo dalla risalente decisione *State of West Bengal v. Nripendra Nath Bagchi*, ha ricostruito sotto il profilo interpretativo la natura del controllo di cui all'art. 235 della Costituzione, riaffermando che quest'ultimo include poteri disciplinari nei confronti dei *District Judges* e degli altri giudici delle *subordinate courts*, trattandosi di una prerogativa volta a garantire l'indipendenza della magistratura.

Rifacendosi ai propri precedenti, l'organo di vertice della giustizia indiana ha inoltre ribadito la differenza intercorrente tra misure sanzionatorie quali *dismissal*, *removal*, *reduction in rank* o il *termination of services*, che richiedono l'adozione di un *order* da parte del Governatore dello Stato e rispetto alle quali la corte statale assume le vesti di *recommending authority*, e la sospensione, che rientra nei provvedimenti disciplinari che la *High Court* emette sulla scorta di poteri di cui quest'ultima è titolare in via esclusiva.

La connessione esistente tra la previsione dell'articolo 235 della Costituzione e il principio dell'indipendenza della magistratura quale sua *ratio* emerge anche dalla lettura della decisione *Madan Mohan Choudhary v. State Of Bihar*⁶³, in cui la Corte, trattando proprio della funzione consultiva esplicata delle alte corti nei

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. Supreme Court of India, *Chief Justice of Andhra Pradesh and Others v. L.V.A. Dixitulu and Others*, (1979) 2 SCC 34.

⁶⁰ Così M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., 682 ss., che elenca in maniera dettagliata tutte le attività in cui si sostanzia questo potere.

⁶¹ A titolo meramente esemplificativo si è fatto riferimento alle *Madhya Pradesh Judicial Services (Recruitment and Conditions of service) Rules*, 2017.

⁶² Cfr. Supreme Court of India, *Dr. P.S. Malik v. High Court of Delhi & Anr.*, 2019 SCC Online SC 1070.

⁶³ Cfr. Supreme Court of India, *Madan Mohan Choudhary v. State Of Bihar*, AIR 1999 SC 1018.

confronti dei vertici dei governi statali, chiarisce che «*though the officers of subordinate judiciary are basically and essentially Government servants, their whole service is placed under the control of the High Court*».

Tale inquadramento consente di cogliere la differenza di *status* sussistente tra i giudici delle magistrature superiori e quelli appartenenti alle giurisdizioni di grado inferiore, che nel prisma del diritto comparato, come già accennato, ripropone modelli risalenti ad esperienze diverse, in parte anche divergenti.

In quest'ottica, la dialettica ancora esistente tra tradizione di *common law* e una diversa identità costituzionale, lungi dal rappresentare (in una riduttiva ottica post-coloniale) un approdo, pare piuttosto costituire l'epifania di una evoluzione che ancora non è giunta ad integrale compimento.

5. La Magistratura indiana tra spinte riformatrici e “*humane legality*”

Osservando il panorama ordinamentale dell'India contemporanea da Ovest, è possibile affermare, a mo' di conclusione, che la pronuncia resa nel *NJAC case* non sembra chiudere la strada a future modifiche volte all'introduzione di un organo a cui sia affidata la gestione delle carriere, in quanto il nucleo forte della riforma ritenuto confliggente con i valori indiani è da ricondursi anzitutto alla rinnegata *primacy* del potere giudiziario⁶⁴.

Una simile considerazione verrebbe confermata dall'attenzione e dall'apertura mostrata dalla Corte con riferimento ai meccanismi di selezione previsti in alcune esperienze straniere, in ordine ai quali la stessa ha osservato che «*in the process of evolution of societies across the globe, the trend is to free the judiciary from executive and political control, and to incorporate a system of selection and appointment of Judges, based purely on merit*»⁶⁵.

Upendra Baxi ha rilevato come in realtà la pronuncia ponga sul tavolo delicate questioni, *in primis* quella della trasparenza e della *accountability*, che richiedono di essere apprezzate in una più ampia riflessione, in primo luogo di matrice filosofica, sulla nozione di giustizia, tenendo peraltro conto dello sviluppo e del consolidamento in India di una «*demosprudential adjudicative leadership*»⁶⁶.

In opposizione alla *jurisprudence* che delinea «principi, precetti, norme, dottrine, massime del diritto e il concetto di diritto», la *demosprudence*⁶⁷, nel

⁶⁴ In questo senso U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism: The NJAC Decision and Beyond*, in 9 *NUJS Law Review* 153 (2016), disponibile all'url nujslawreview.org/.

⁶⁵ Si veda il par. 171 e ss. della pronuncia *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (2016) 5 SCC 808 (par. 178 per la cit.). Sul punto la Corte richiama il lavoro di N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444*, 2008.

⁶⁶ U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism*, cit.

⁶⁷ Il ordine a tale elaborazione teorica si veda U. Baxi, *Law, Politics, and Constitutional Hegemony. The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds.), *op. cit.*, 94 ss., ma altresì, dello stesso autore, Id., *Demosprudence versus Jurisprudence? The Indian Judicial Experience in the Context of Comparative Constitutional Studies*, in 14 *Macquarie Law Journal* 3 (2014).

contesto indiano, assume nuovi significati rispetto a quelli delineati dalle elaborazioni teoriche statunitensi, caratterizzando, da oltre trent'anni, un'epoca in cui «*Justices rediscover/remake people*»⁶⁸, anzitutto tramite la *social action litigation*⁶⁹.

Per altro verso le più recenti vicende istituzionali sembrano denotare una riacuita tensione tra politica e magistratura, ma probabilmente anche la presenza di talune criticità nei rapporti interni allo stesso potere giudiziario⁷⁰.

Nella decisione relativa alla *Suo-Motu Contempt Petition (Civil) No. 1 of 2017*⁷¹, la Corte Suprema ha richiamato l'attenzione sulla necessità tanto di ripensare i processi di nomina a tutti i livelli della giurisdizione quanto di valutare l'introduzione di strumenti sanzionatori diversi dall'*impeachment* con riguardo ai giudici delle magistrature superiori.

Come rammentato da uno dei maggiori studiosi della carta costituzionale indiana, tra le tematiche che più preoccuparono l'Assemblea costituente vi fu quella della indipendenza delle corti⁷². Sotto questo profilo, la Costituzione «*has done everything possible to make the Supreme Court and the High Courts independent of the influence of the Executives*»⁷³, sancendo espressamente, tra l'altro, nella parte contenente i principi direttivi della politica statale, la separazione del giudiziario dal potere esecutivo⁷⁴.

A ben vedere, S.P. Sathe, nel concludere il proprio magistrato lavoro sull'attivismo giudiziario in India, osservava che «*the judiciary is the weakest organ of the State. It becomes strong only when people repose faith in it. Such faith of the people constitutes the legitimacy of the Court and of judicial activism*»⁷⁵.

Esercitando la magistratura una funzione di «*counter-majoritarian check on democracy*»⁷⁶, l'indipendenza, in quanto volta a tutelare il legame esistente tra

⁶⁸ Così U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism*, cit., 166.

⁶⁹ Sull'evoluzione e le peculiarità della *public interest litigation* in India si veda U. Baxi *Taking Suffering seriously: Social Action litigation in the Supreme Court of India*, in R. Dhavan, R. Sudarshan, S. Khurshid (Eds), *op. cit.*, 289 ss; M. Rao, *Public Interest Litigation in India: A Renaissance in Social Justice*, Lucknow, 2002; A.H. Desai, S. Muralidhar, *Public Interest Litigation: Potential and Problems*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, et al. (Eds), *op. cit.*, 159 ss.; A. Bhuvania, *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, New York, 2017. Tra la dottrina italiana si veda M. Caielli, *Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 nov. 2012, disponibile in www.forumcostituzionale.it e P. Viola, «*Giustizia sociale*» e *Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici*, in *DPCE Online*, v. 37, n. 4, 2018, disponibile in www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/585 (ultimo accesso: 19 settembre 2020).

⁷⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla posizione assunta da quattro giudici della Corte Suprema il 12 gennaio 2018 nei confronti del *Chief Justice of India*, su cui in questa sede si ritiene sufficiente rinviare al resoconto offertone dalla stampa periodica.

⁷¹ Cfr. Supreme Court of India, *Suo-Motu Contempt Petition (Civil) No. 1 of 2017, judgment* del 9 maggio 2017.

⁷² G. Austin, *The Indian Constitution*, cit., 164.

⁷³ Così M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., A-53.

⁷⁴ Sul punto l'art. 50 della Costituzione stabilisce che «*The State shall take steps to separate the judiciary from the executive in the public services of the State*», il cui tenore letterale non ha evitato però il sorgere di dubbi di natura interpretativa.

⁷⁵ Così S.P. Sathe, *op. cit.*, 310.

⁷⁶ *Ibidem*. Rispetto alle elaborazioni di tale autore che risalgono agli anni Duemila, più di

potere giudiziario, *rule of law* e dimensione sociale, pare costituire uno dei tasselli della *constitutional identity* indiana, intesa nella sua accezione dinamica⁷⁷.

Da questa prospettiva, uno dei principi cardine del costituzionalismo trova quindi nella dimensione particolare nuove narrative dominate dalla giustizia sociale e dalla “*humane legality*”⁷⁸, in una sorta di riconciliazione tra universalismo e localismo.

Maria Sarah Bussi
Dip.to di Scienze politiche
Università della Campania
maria.bussi@unicampania.it

recente M. Mate, *The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India*, in 33 *Boston University International Law Journal* 169 (2015), il quale, offrendo una lettura dell’attivismo giudiziario dalla prospettiva della *elite institutionalism theory*, ritiene che «*judicial activism in courts around the world need not be viewed through the narrow lens of the counter-majoritarian versus majoritarian debate regarding the role of courts*», ma che «*the roots of judicial activism and assertiveness can be better understood by looking to the institutional context, and the professional and intellectual elite atmosphere of judicial decision-making*» (*ivi*, 224).

⁷⁷ Si veda G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 110 ss.

⁷⁸ Il riferimento è all’espressione utilizzata dal giudice K. Iyer nella pronuncia *Som Prakash v. Union of India*, il cui passaggio è integralmente riportato da M.P. Jain, *The Supreme Court and Fundamental rights*, in S.K. Verma, Kusum (Eds), *Fifty Years of the Supreme Court of India. Its Grasp and Reach*, New Delhi, 2000, 100.

La Gender Equality nei Consigli di Giustizia dell'European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ)

di Andrea Catani

Abstract: The gender equality within the Councils of Justice of the European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ). This article aims to illustrate and comment on the respect of the principle of gender balance within the Councils of Justice which belong to the European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ). First of all, particular attention will be focused on the Italian case, where the percentage of women in the Councils of Justice is very low indeed. Moreover, the States which present a specific legislation on gender equality regarding the composition of the Councils of Justice will be analyzed (i.e. France, Belgium, Spain and Denmark). In fact, the main purpose of this research is to underline the good practices adopted by the legal systems taken into account in order to provide insights to other Members States of the European Union with regard to the improvement of their gender equality policies.

Keywords: Gender balance; Gender equality index; Councils of Justice; European Network of Councils for the Judiciary; European Union; Law

5080

1. Premessa metodologica.

Il presente contributo intende offrire una panoramica sulla composizione degli organi di autogoverno – o, più precisamente, di governo autonomo – della magistratura dell'Unione europea, sotto il profilo dell'equilibrio di genere. Trattandosi di organi che assumono, a seconda dell'ordinamento di riferimento, diverse denominazioni, nel prosieguo si utilizzerà la locuzione Consigli di giustizia, onnicomprensiva dell'intero *genus* e comunemente utilizzata a livello europeo¹.

Per una maggiore coerenza analitica, verranno presi in considerazione solo i Paesi afferenti all'*European Network of Councils for the Judiciary* (ENCJ)² – organo istituito a Roma nel 2004 e ora accreditato presso l'Unione europea – la cui missione consiste nell'agevolare il confronto tra i Consigli di giustizia, al fine di

¹ Cfr. M. Volpi, *I Consigli di Giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in E. Albamonte – P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, Torino, 2009, pp. 3-44. L'Autore ritiene preferibile la definizione "organi di governo autonomo della magistratura" in virtù della considerazione per cui, di regola, la composizione di tali organi comprende membri togati e laici.

² Cfr., sulle origini e sulle principali caratteristiche dell'ENCJ, A. Canepa, *La progressiva "retificazione" dell'Unione europea: il caso del settore giustizia*, in *Riv. dir. pubbl. com. eur.*, 2006, pp. 1033 ss.

facilitare la circolazione e lo scambio delle informazioni, di fornire un sostegno allo sviluppo delle *best practices* e di presentare delle proposte alle istituzioni dell'Unione europea e agli organismi sia nazionali che internazionali.

Come sancito dallo Statuto dell'ENCJ, l'adesione alla Rete è aperta a tutti i Consigli di giustizia nazionali che garantiscono il rispetto del principio dell'indipendenza e dell'autonomia del potere giudiziario rispetto agli altri poteri statali³. L'ammissione di un nuovo membro richiede il voto unanime della *General Assembly*⁴, mentre l'*Executive Board*⁵ può proporre l'espulsione di un Consiglio qualora questi abbia messo in atto comportamenti contrastanti con i principi e gli obiettivi della Rete.

Attualmente, i Consigli che prendono parte all'ENCJ sono 22, per un totale di 20 Paesi membri dell'Unione europea⁶, in quanto l'Italia e la Grecia partecipano ai lavori dell'ENCJ con una duplice formazione consiliare, una per la magistratura ordinaria e una per la magistratura amministrativa⁷.

A seguito di una sintetica rassegna dei principali documenti normativi e programmatici adottati nell'ambito europeo e internazionale in materia di uguaglianza di genere, verrà rappresentata graficamente la percentuale di componenti femminili all'interno degli organi consiliari presi in esame. Le percentuali riportate nei grafici sono frutto di arrotondamenti, per eccesso e per difetto a seconda dei casi.

Successivamente, saranno oggetto di un breve approfondimento alcune esperienze paradigmatiche, con preferenza per gli ordinamenti che prevedono una disciplina espressamente dedicata all'uguaglianza di genere nella composizione del Consiglio di giustizia. Il fine è quello di sottolineare le criticità e di mettere in evidenza, laddove esistano, le *best practices* adottate dai Paesi membri dell'ENCJ.

È bene precisare fin dall'inizio che i Consigli di giustizia della Grecia, pur facendo parte della Rete, non verranno inseriti nell'analisi dei dati, in quanto la

³ Cfr. art. 6, Statuto ENCJ: «*Membership is open to all national institutions of Member States of the European Union which are independent of the executive and legislature, or which are autonomous, and which ensure the final responsibility for the support of the judiciary in the independent delivery of justice*» in *encj.eu*.

⁴ La *General Assembly* individua le politiche e le attività della Rete ed è dotata di tutti i poteri necessari per garantire il perseguimento degli obiettivi prefissati. La composizione dell'Assemblea deve comprendere un rappresentante per Stato membro. La *General Assembly* elegge, al suo interno, un Presidente (artt. 8 e 9, Statuto ENCJ).

⁵ L'*Executive Board* è l'organo esecutivo della Rete: si compone di 8 membri, tra cui un Presidente, eletti dall'Assemblea per un periodo di due anni. Il Presidente agisce in veste di rappresentante dell'ENCJ (artt. 8 e 11, Statuto ENCJ).

⁶ Belgio, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia (sospesa sulla base di una decisione della *General Assembly* del settembre 2018), Portogallo, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna. Con una delibera del giugno 2020, ai Consigli dell'Inghilterra e del Galles, dell'Irlanda del Nord e della Scozia è stato garantito lo status di *observers*, il quale permette di partecipare alle riunioni dell'Assemblea, ma senza diritto di voto (art. 6, par. 7, Statuto ENCJ).

⁷ Per l'Italia, sono membri della Rete il Consiglio superiore della magistratura (CSM) e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (CPGA); per la Grecia, il *Supreme judicial council of civil and criminal justice* e il *Supreme judicial council for administrative justice*.

nomina dei rispettivi componenti avviene per sorteggio tra determinati membri della magistratura ed è rimessa, pertanto, al caso.

Un'ulteriore premessa di carattere metodologico si rende necessaria: dato il carattere innovativo di uno studio sul tema degli equilibri di genere in rapporto ai Consigli di giustizia in Europa, l'analisi si baserà prevalentemente sui dati forniti da organismi sovranazionali o ricavati dai siti istituzionali dei Consigli stessi, nonché sulla disciplina normativa dei singoli ordinamenti⁸.

2. La gender equality in Europa.

Il perseguimento della *gender equality* in tutti i settori della vita sociale, politica ed economica rappresenta un obiettivo strategico dell'Unione europea e costituisce un valore fondamentale dell'ordinamento europeo, sancito – con riferimento alla parità di retribuzione – all'interno dei Trattati istitutivi sin dal Trattato di Roma del 1957⁹ (art. 119, successivamente confluito nell'art. 157 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE)¹⁰.

Ad oggi, molteplici sono le norme europee di diritto primario e derivato che menzionano e favoriscono concretamente l'uguaglianza di genere: l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE), disposizione dalla forte natura simbolica, enuncia tra i valori fondanti dell'UE proprio la parità tra donne e uomini¹¹; l'art. 3 TUE statuisce che l'Unione, nel combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni, promuove *inter alia* la parità tra donne e uomini; l'art. 8 TFUE stabilisce espressamente che l'Unione mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la *gender equality*; gli artt. 10 e 19 TFUE impegnano l'UE nella lotta contro le discriminazioni fondate sul sesso; l'art. 153 TFUE consente all'UE di intervenire nell'ambito più ampio delle pari opportunità e della parità di trattamento nelle questioni relative all'occupazione; l'art. 157 TFUE, oltre a prevedere la parità di retribuzione per i lavoratori di sesso maschile e femminile,

⁸ In dottrina, tra i molti studi in materia di equilibri di genere all'interno della magistratura, si vedano: M. D'Amico – C.M. Lendaro – C. Siccardi, *Eguaglianza di genere in Magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Franco Angeli, Milano, 2017; C.M. Lendaro, *Disuguaglianze, giurisdizione e persistente questione di genere in Magistratura*, in *lavorodirittieuropa.it*, 3/2019; B. Pezzini – A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁹ La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), con la sentenza *Defrenne II* dell'8 aprile 1976 (causa C-43/75), ha riconosciuto l'effetto diretto del principio della parità della retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, stabilendo che tale principio riguarda non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato.

¹⁰ Cfr., per una panoramica generale sul tema, F. Di Sarcina, *L'Europa delle donne. La politica di pari opportunità nella storia dell'integrazione europea (1957-2007)*, il Mulino, Bologna, 2010.

¹¹ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

autorizza l'azione positiva del Parlamento e del Consiglio in materia lavorativa a sostegno del principio della parità di genere.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, la c.d. Carta di Nizza – la quale ha assunto, con il Trattato di Lisbona, il medesimo valore giuridico dei Trattati istitutivi¹² – vieta qualsiasi forma di discriminazione (art. 21) e sancisce esplicitamente il principio della parità di genere, che deve essere assicurato *in all areas* (art. 23).

L'importanza di tale principio è stata ribadita dalla direttiva del Consiglio del 1976 sulla parità di trattamento tra uomini e donne (dir. 76/207/CEE), volta a garantire la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di accesso al lavoro e alla formazione professionale, nonché con riferimento alle condizioni di lavoro e alla sicurezza sociale.

Nel corso del tempo, si è assistito a una sempre crescente attenzione nei confronti del tema nevralgico della *gender equality* da parte delle istituzioni europee, che hanno progressivamente adottato anche importanti interventi in materia di diritti alla maternità e al congedo parentale¹³, di lavoro autonomo¹⁴ e di condizioni lavorative¹⁵.

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – firmata a Roma nel 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa¹⁶ – inserisce tra i propri valori cardine il divieto di discriminare sulla base del sesso (art 14).

Nel 2010 la Commissione ha adottato una Carta per le donne per potenziare la promozione della parità tra donne e uomini, in Europa e nel mondo¹⁷ e nel 2011 l'impegno degli Stati Membri nell'eliminare le disuguaglianze di genere è stato formalizzato nel Patto europeo per l'uguaglianza di genere del Consiglio per il periodo 2011-2020¹⁸.

Negli ultimi anni, il Parlamento europeo ha approvato diversi atti a tutela delle donne. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla risoluzione dell'11 settembre 2018, contenente misure per prevenire e contrastare il *mobbing* e le molestie sessuali sul posto di lavoro, nei luoghi pubblici e nella vita politica dell'Unione europea, oppure a quella del 15 gennaio 2019 sulla parità tra uomini e donne, in cui il Parlamento europeo ha ribadito il forte impegno a favore dell'uguaglianza di genere sia nel contenuto delle politiche, delle iniziative e dei programmi dell'UE sia a tutti i livelli politici, di bilancio, amministrativi ed

¹² Cfr. art. 6 TUE.

¹³ Dir. 92/85/CEE e 2010/18/UE.

¹⁴ Dir. 2010/41/UE.

¹⁵ Dir. 2006/54/CE.

¹⁶ Ad oggi, tutti gli Stati membri dell'UE hanno ratificato la Convenzione.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, del 5 marzo 2010, *Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini – Carta per le donne – Dichiarazione della Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010 – Commemorazione del 15° anniversario dell'adozione della dichiarazione e della piattaforma d'azione della Conferenza mondiale dell'ONU sulle donne, svoltasi a Pechino, e del 30° anniversario della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne*, COM(2010) 78 definitivo – Non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, in *eur-lex.europa.eu*.

¹⁸ Conclusioni del Consiglio del 7 marzo 2011 sul Patto europeo per la parità di genere (2011-2020), in *eur-lex.europa.eu*.

esecutivi dell'Unione. Tali testi, com'è noto, non hanno carattere vincolante, ma sono connotati da un'alta valenza politica, in quanto testimoniano la costante attenzione da parte dell'organo parlamentare alla *gender equality* e si pongono come strumenti volti a stimolare e incentivare l'azione delle altre istituzioni europee, la Commissione e il Consiglio.

Nei primi mesi del 2020, la Commissione europea guidata da Ursula von der Leyen ha presentato la nuova strategia dell'UE per la parità di genere, contenente gli obiettivi strategici e le azioni da perseguire entro il 2025. Tale strategia si basa sul Patto europeo per l'uguaglianza di genere del Consiglio per il periodo 2011-2020, in cui è stato riaffermato l'impegno dell'UE nell'eliminare le disuguaglianze di genere.

Lo scopo della Commissione è porre le fondamenta per «costruire un'Europa garante della parità di genere, in cui la violenza di genere, la discriminazione sessuale e la disuguaglianza strutturale tra donne e uomini appartengano al passato; un'Europa in cui donne e uomini, ragazze e ragazzi, in tutta la loro diversità, siano uguali e liberi di perseguire le loro scelte di vita, abbiano pari opportunità di realizzazione personale e le stesse possibilità di partecipare alla nostra società europea e svolgervi un ruolo guida»¹⁹.

La strategia 2020-2025, seppur incentrata su azioni condotte all'interno dell'UE, è coerente con la politica estera europea in materia di pari opportunità e di emancipazione femminile.

L'UE e gli Stati membri, invero, hanno assunto importanti impegni sostanziali per l'uguaglianza di genere attraverso la stipulazione di trattati e accordi internazionali sui diritti umani, alla cui formazione l'UE ha sovente fornito un contributo fondamentale. La Convenzione delle Nazioni Unite (ONU) sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 (CEDAW)²⁰, la Dichiarazione e la piattaforma d'azione di Pechino del 1995²¹ e l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile²² stabiliscono standard e obiettivi per raggiungere l'uguaglianza tra uomini e donne e per valutare i progressi in Europa.

Anche il Consiglio d'Europa ha di recente rinnovato il proprio impegno in materia di *gender equality*, adottando la nuova Strategia per la parità tra donne e

¹⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, Bruxelles, 5.3.2020, COM(2020) 152 final, p.2, in *eur-lex.europa.eu*.

²⁰ Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, è stata firmata dall'Italia il 17 luglio 1980 e ratificata con legge del 14 marzo 1985, n. 13.

²¹ Adottata dalla Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne: Azione per l'Uguaglianza, lo Sviluppo e la Pace, 4-15 settembre 1995.

²² Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015. L'Agenda consta di 17 obiettivi, di cui uno (il quinto) espressamente intitolato "Raggiungere l'uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e le ragazze", nella consapevolezza che la concretizzazione della parità dei sessi e l'emancipazione delle donne e delle ragazze a livello mondiale, regionale e nazionale darebbe un contributo fondamentale al progresso di tutti gli obiettivi e dei traguardi prefissati.

uomini 2018-2023²³, in cui si ribadisce l'intento di rispondere alle sfide odierne ed emergenti, soprattutto attraverso la rimozione degli ostacoli che impediscono il raggiungimento dell'effettiva parità di genere sia negli Stati membri che all'interno dell'Organizzazione.

La breve rassegna degli strumenti normativi appena esposta dimostra quanto il diritto sovranazionale, sia europeo che internazionale, sia attento alla tematica dell'uguaglianza di genere, riconoscendo in essa una delle colonne imprescindibili per la costruzione di una società democratica di diritto.

3. Percentuali di genere nei Consigli di giustizia dell'ENCJ.

Nella tabella riportata di seguito (fig.1) vengono indicati – in ordine alfabetico – gli Stati membri dell'ENCJ, con la percentuale di presenza femminile all'interno dei rispettivi Consigli di giustizia.

Nell'istogramma (fig.2), invece, si è tentato di rappresentare graficamente – in ordine crescente – le percentuali indicate nella tabella (fig.1), al fine di rendere visivamente più immediata la percezione del fenomeno oggetto di analisi.

Come si può agevolmente evincere, quasi tutti i Consigli – eccetto la Danimarca e la Finlandia – presentano una percentuale femminile inferiore al 50%, punto in cui la “bilancia” della parità di genere può dirsi in punto di equilibrio, salvo i casi in cui è il numero dispari del *plenum* dell'organo consiliare a non permettere che si verifichi una perfetta uguaglianza di genere.

Il dato della Danimarca, seppur isolato, è certamente positivo e testimonia la grande attenzione rivolta dall'ordinamento danese al tema dell'equilibrio di genere nel corso degli anni: secondo il *Gender Equality Index* del 2019 – lo strumento che permette di misurare i progressi in tema di uguaglianza di genere all'interno dei Paesi membri dell'Unione europea²⁴, elaborato dall'*European Institute for gender equality*²⁵ – la Danimarca risulta, con 77.5 punti (10 punti sopra la media europea), al secondo posto nel *ranking*, mantenendo la stessa posizione dal 2005²⁶.

²³ La Strategia 2018-2023 pone l'accento su sei aree strategiche: prevenire e combattere gli stereotipi basati sul genere e il c.d. sessismo; prevenire e contrastare la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica; garantire alle donne un equo accesso alla giustizia; assicurare una partecipazione equilibrata di donne e uomini ai processi decisionali politici e pubblici; proteggere i diritti di donne e ragazze migranti, rifugiate e richiedenti asilo; integrare le dimensioni di genere in tutte le politiche e le misure.

²⁴ Il punteggio finale attribuito a ciascun Paese è il frutto della media dei punti ottenuti in 6 diversi settori: *work, money, knowledge, time, power* e *health*.

²⁵ L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (con sede a Vilnius) è stato istituito nel dicembre 2006 dal Parlamento e dal Consiglio, con l'obiettivo generale di sostenere e rafforzare la promozione della parità di genere, ivi compresa l'integrazione di genere, in tutte le politiche dell'UE e degli Stati membri. L'Istituto si prefigge altresì l'obiettivo di combattere le discriminazioni fondate sul sesso e di svolgere un'opera di sensibilizzazione sul tema della parità di genere, fornendo assistenza tecnica alle istituzioni europee mediante la raccolta, l'analisi e la diffusione di dati e strumenti metodologici.

²⁶ Cfr. *Gender equality index 2019*, in *eige.europa.eu*.

È degna di nota anche la posizione di un altro Paese scandinavo, la Finlandia, che presenta una perfetta parità tra uomini e donne (4 per ciascun genere)²⁷.

Un altro dato che salta immediatamente agli occhi è che il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa italiano rappresenta – con il 6,5 % - il fanalino di coda dei Consigli europei membri dell'ECNJ. Il *ranking* dell'Italia, inoltre, non migliora con la percentuale del Csm, anch'essa gravemente insufficiente (22%)²⁸.

La media di tutti i Paesi si attesta intorno al 33%, ben al di sotto della soglia di equilibrio: il *trend* complessivo risulta, pertanto, estremamente deludente.

Sulla base dei dati riportati, è possibile suddividere i Paesi in 3 *cluster* – contrassegnati da colori diversi (fig.2) – a seconda della percentuale di donne all'interno dei rispetti Consigli di giustizia.

Partendo da sinistra, il primo gruppo è rappresentato dalle esperienze che risultano gravemente insufficienti, con una percentuale al di sotto del 25%.

Al centro, i Paesi che potrebbero essere definiti – adottando una terminologia prettamente economica – “in via di sviluppo”, in quanto si collocano tra il 25% e il 40%.

A destra (al di sopra della linea tratteggiata orizzontale), il gruppo dei Paesi “virtuosi”, in cui la percentuale di genere femminile è pari o al di sopra del 40%. La soglia del 40% è stata mutuata dalla giurisprudenza amministrativa italiana, la quale ha affermato che «l'effettività della parità non può che essere individuata nella garanzia del rispetto di una soglia quanto più approssimata alla pari rappresentanza dei generi, da indicarsi dunque nel 40% di persone del sesso sotto-rappresentato»²⁹.

PAESE	SIGLA	W%
Belgium	BE	41%
Bulgaria	BG	44%
Denmark	DK	72%
Spain	ES	43%
Finland	FI	50%
France	FR	32%
Croatia	HR	27%
Hungary	HU	21%
Ireland	IE	39%

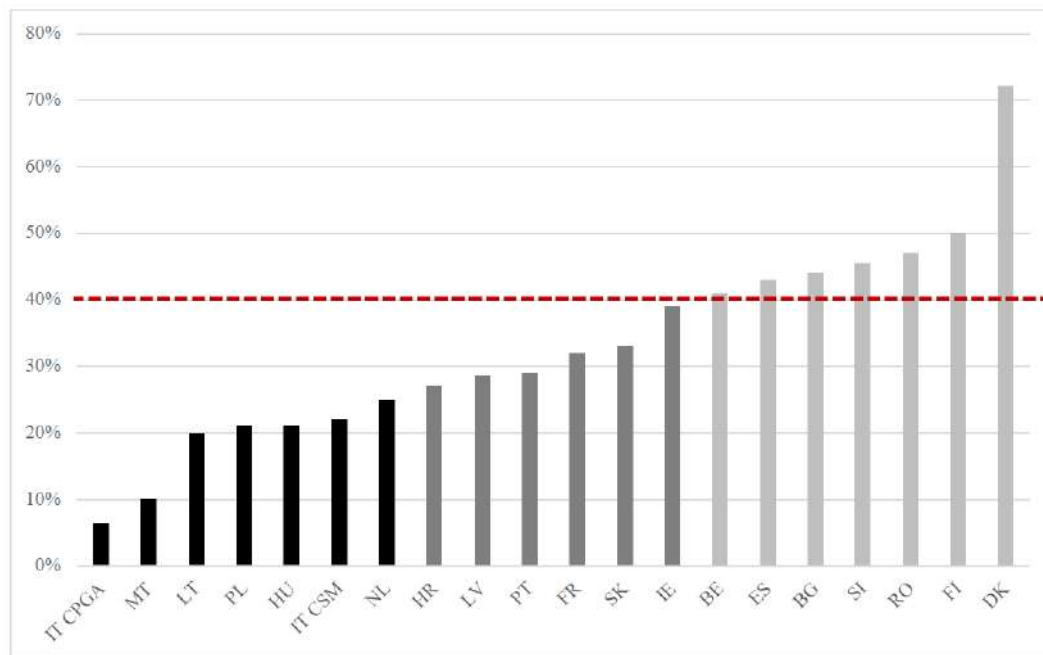
²⁷ Nel *ranking* europeo elaborato dall'*European Institute for gender equality*, la Finlandia si attesta al quarto posto, con un punteggio di 73.5 (6 punti sopra la media europea).

²⁸ L'Italia si trova al quattordicesimo posto della classifica europea del *Gender equality index 2019*, con 63 punti (4.4. punti sotto la media europea).

²⁹ TAR Lazio, Sez. II, sent. 21 gennaio 2013, n. 633 in *giustizia-amministrativa.it*. Nel caso di specie, il Tar ha ricavato tale percentuale dalla proposta di Direttiva della Commissione UE con riguardo ai consigli di amministrazione delle grandi società quotate in borsa. Cfr. TAR Lazio, sent. 11 settembre 2013, n. 8206; Cons. Stato, sent. 21 giugno 2012, n. 3670, in cui si fa riferimento all'eguaglianza di genere «o a una sostanziale approssimazione ad essa»; Cons. Stato, Sez. I, parere 19 gennaio 2015, n. 93: «equilibrio di genere non significa parità di presenze maschili e femminili, quanto piuttosto evitare l'irragionevole preponderanza di un sesso rispetto all'altro».

Italy CPGA	IT CPGA	6,5%
Italy CSM	IT CSM	22%
Lithuania	LT	20%
Latvia	LV	28,5%
Malta ³⁰	MT	10%
Netherlands	NL	25%
Poland	PL	21%
Portugal	PT	29%
Romania	RO	47%
Slovenia	SI	45,5%
Slovakia	SK	33%

(Fig.1) – Elenco, in ordine alfabetico, dei Paesi che afferiscono all'ENCJ, con la percentuale di presenza femminile all'interno dei rispettivi Consigli di giustizia.



(Fig.2) – Rappresentazione, in ordine crescente, della percentuale di donne all'interno dei Consigli di giustizia dell'ENCJ.

3.1. L'Italia.

All'interno del primo *cluster*, il caso italiano merita di essere oggetto di un breve *focus*, in quanto l'analisi del numero di donne nei Consigli di giustizia membri dell'ENCJ fa emergere un dato preoccupante su cui riflettere criticamente.

Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (CPGA) è composto da 15 membri, eletti ogni quattro anni e non rieleggibili (l. n. 186 del 1982): il presidente del Consiglio di Stato, in qualità di presidente del CPGA; 4 magistrati

³⁰ Dato aggiornato al 2012.

in servizio presso il Consiglio di Stato (e 2 magistrati con funzioni di supplenti) eletti da e tra i magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato; 6 magistrati in servizio presso i tribunali amministrativi regionali (e 2 magistrati con funzioni di supplenti) eletti da e tra i magistrati in servizio presso i Tar; 4 cittadini eletti, due dalla Camera dei deputati e due dal Senato a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, tra i professori ordinari in materie giuridiche o tra gli avvocati con venti anni di esercizio professionale.

Sul totale dei componenti, c'è soltanto 1 donna ed è stata eletta tra i magistrati in servizio presso i Tar (6,5%)³¹. Da ciò si ricava che il Parlamento, per la consiliatura 2018/2021, non ha eletto alcuna donna; la situazione non migliora di molto se si prova a volgere lo sguardo alla composizione del CPGA precedente (2013-2017), poiché il numero di donne era pari a 4 (26,5%), di cui soltanto una di nomina parlamentare.

Il Consiglio superiore della magistratura (CSM) si compone di 27 membri, di cui i primi tre sono membri di diritto (art. 104 Cost.): il Presidente della Repubblica, che lo presiede; il Primo Presidente della Corte di Cassazione; il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione; 16 magistrati, di cui 2 che esercitano funzioni di legittimità, 10 che esercitano funzioni giudicanti di merito, 4 che esercitano funzioni requirenti di merito³²; 8 professori ordinari in materie giuridiche o avvocati con almeno 15 anni di esercizio della professione, eletti dal Parlamento in seduta comune. I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

Sul totale dei componenti, sono attualmente presenti 6 donne (22 %). Il dato forse più allarmante, tuttavia, si ricava dall'analisi delle ultime elezioni degli 8 membri di competenza parlamentare: per la consiliatura attuale (2018-2022), le due Camere hanno nominato 0 donne, mentre nel 2014 il Parlamento aveva designato 2 donne³³. Le donne presenti nel CSM, dunque, sono state elette tutte tra le fila della magistratura, risultando il 37,5% della componente togata complessiva.

Tale ultima percentuale si pone in netta controtendenza rispetto alle elaborazioni statistiche – effettuate dall'Ufficio statistico del Consiglio superiore della magistratura³⁴ – relative alla presenza di uomini e donne nella magistratura, secondo cui, al 29 febbraio 2020, su una dotazione organica della magistratura pari

³¹ Anche volendo considerare nel calcolo complessivo i 4 membri supplenti, la media (2 donne su 19 componenti) sale a un deludente 10,5%.

³² I componenti togati sono eletti nell'ambito di tre categorie, che corrispondono a tre collegi elettorali nazionali: uno per eleggere i candidati che svolgono funzioni di legittimità, uno per quelli con funzioni giudicanti di merito ed uno per quelli con funzioni requirenti di merito, così da garantire che nel CSM siedano esponenti delle diverse funzioni in cui si articola la carriera professionale del magistrato. Ogni elettore può esprimere una sola preferenza nominativa per ciascuna delle tre categorie. Gli eletti sono individuati con sistema maggioritario uninominale.

³³ Il Parlamento in seduta comune aveva inizialmente nominato 3 donne, una delle quali è risultata successivamente priva dei titoli necessari per essere eletta.

³⁴ Cfr. *Donne in magistratura (agg. Marzo 2020)*, in *csm.it*.

a 9.787 unità complessive, inclusi i Magistrati ordinari in Tirocinio (MOT), 4.479 magistrati sono di sesso maschile (45,8%) e 5.308 di sesso femminile (54,2%).

Ne risulta, dunque, che la componente femminile togata, pur rappresentando la maggioranza dell'ordine giudiziario, è fortemente minoritaria nel CSM e tale risultanza collima perfettamente con il *trend* negativo – rilevabile dal prospetto redatto dall'Ufficio statistico di seguito riportato (fig.3)³⁵ – di una costante sottorappresentanza di genere nella composizione del Consiglio: sino ad oggi, le donne che hanno assunto la carica di consigliere sono state complessivamente 28, gli uomini 458.

In conclusione, il dato da evidenziare con forza rispetto al caso italiano è come la scarsa o quasi assente rappresentanza del genere femminile all'interno degli attuali Consigli di giustizia sia da imputare – soprattutto, ma non solo – a un Parlamento evidentemente troppo poco attento al tema della *gender equality*.

Consiliatura	% Uomini	% Donne	N. Uomini	N. Donne
1959	100%	0%	29	0
1963	100%	0%	27	0
1968	100%	0%	31	0
1972	100%	0%	29	0
1976	100%	0%	43	0
1981	94%	6%	34	2
1986	94%	6%	34	2
1990	100%	0%	34	0
1994	97%	3%	37	1
1998	89%	11%	34	4
2002	93%	7%	26	2
2006	79%	21%	22	6
2010	93%	7%	27	2
2014	89%	11%	25	3
2018	81%	19%	26	6

(Fig.3) – Percentuali di genere all'interno del CSM dal 1959 ad oggi (fonte Ufficio statistico del CSM 2020).

3.2. La Francia.

Tra i Paesi del secondo gruppo, l'esperienza francese risulta degna di attenzione, in quanto prevede una disposizione volta a raggiungere un'equilibrata

³⁵ Nelle unità indicate nella tabella, sono stati ricompresi tutti i componenti che si sono avvicendati nel corso delle consiliature di riferimento. Il dato appare significativo poiché complessivamente attesta che la sostituzione dei consiglieri uscenti è avvenuta, in maniera preponderante, con componenti di sesso maschile.

rappresentanza tra uomini e donne nell'organo di governo autonomo della magistratura, anche se circoscritta soltanto a una componente del Consiglio³⁶.

Il *Conseil supérieur de la magistrature* (CSM) – disciplinato dall'art. 65 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 – comprende una Sezione competente per i giudici (*"magistrats du siège"*) e una Sezione competente per i pubblici ministeri (*"magistrats du parquet"*).

La *formation compétente à l'égard des magistrats du siège* si compone di 15 membri: il primo presidente della Corte di cassazione, in qualità di presidente della Sezione; 5 giudici; 1 procuratore; 1 consigliere di Stato nominato dal Consiglio di Stato; 1 avvocato con determinati requisiti di professionalità; 6 c.d. personalità qualificate non appartenenti né al Parlamento, né al sistema giudiziario e amministrativo. Il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea nazionale e il Presidente del Senato nominano 2 personalità qualificate ciascuno.

La *formation compétente à l'égard des magistrats du parquet* si compone di altrettanti 15 membri: è presieduta dal procuratore generale presso la Corte di cassazione e comprende, inoltre, 5 procuratori e 1 giudice, nonché il consigliere di Stato, l'avvocato e le 6 personalità qualificate che siedono anche nella Sezione per la magistratura giudicante.

La formazione plenaria, presieduta dal primo presidente della Corte di cassazione, comprende 3 dei 5 giudici della Sezione per la magistratura giudicante, 3 dei 5 magistrati della Sezione per la magistratura inquirente, nonché le 8 personalità esterne comuni a entrambe le formazioni, per un totale di 15 membri.

In materia di *gender equality*, l'ordinamento francese prevede che le nomine delle 6 personalità qualificate debbano sempre concorrere alla *représentation équilibrée* tra uomini e donne (art. 5-2 della legge organica n. 94-100 del 5 febbraio 1994, introdotto dalla legge organica n. 2010-830 del 22 luglio 2010). Per la consiliatura attuale (2019-2023), il Presidente della Repubblica, il Presidente dell'Assemblea nazionale e il Presidente del Senato hanno nominato 1 uomo e 1 donna ciascuno, con la conseguenza che, per quanto riguarda le sei personalità qualificate, la rappresentanza di genere è in perfetto equilibrio (50%).

Il dato parziale, seppure degno di nota, deve essere analizzato con riferimento alle altre componenti del CSM per una corretta esegesi: il numero di donne rimane invariato se parametrato alle 8 personalità esterne (37,5%), sale di sole due unità sul totale della Sezione competente per la magistratura giudicante (33%) e arriva a 6 nella Sezione per la magistratura inquirente (40%).

Sul totale dei componenti del CSM, la percentuale femminile si attesta al 36,5% (8 su 22), annoverando la Francia tra quei Paesi vicini al raggiungimento della soglia del 40%.

3.3. Il Belgio.

³⁶ Secondo il *Gender equality index 2019*, la Francia, con 74.6 punti, risulta terza nella graduatoria europea.

Il primo Paese a comparire nel gruppo dei c.d. virtuosi – ovvero di quelli in cui si assiste a una sostanziale approssimazione all’uguaglianza di genere – è il Belgio³⁷, con una percentuale del 41%. L’ordinamento belga presenta una interessante e complessa disciplina in tema di uguaglianza di genere nella composizione del Consiglio di giustizia.

Il *Conseil supérieur de la Justice* si compone, nell’insieme, di 44 membri, i quali esercitano il proprio mandato per un periodo di quattro anni. Il Consiglio belga si suddivide in un Collegio di lingua francese e in un Collegio di lingua fiamminga, ognuno dei quali comprende 22 membri: 11 membri togati eletti dagli appartenenti alla magistratura; 11 membri laici eletti dal Senato a maggioranza qualificata dei 2/3 (art. 151 Cost.). Ogni gruppo linguistico deve includere, tra gli 11 membri “esterni”, 4 avvocati, 3 professori universitari e 4 esponenti della società civile con particolari requisiti professionali (art. 259 bis1, §1, *Code Judiciaire*).

Il Belgio prevede due diverse discipline in materia di equilibri di genere, una per la componente togata e una per la componente laica.

Per l’elezione dei membri togati, vengono costituiti due collegi, uno francofono e uno di lingua fiamminga, ciascuno comprendente tutti i magistrati in servizio del rispettivo gruppo linguistico. Ogni elettore deve esprimere tre preferenze, di cui almeno una di ciascun sesso (art. 259 bis1, §3, *Code Judiciaire*).

Per i membri “non magistrati”, ogni gruppo linguistico deve contare al suo interno almeno quattro componenti per ogni sesso (art. 259 bis2, §3, *Code Judiciaire*).

L’attuale consiliatura (2016-2020) comprende 18 donne, con una percentuale del 41% rispetto al totale dei seggi³⁸. La componente femminile si divide equamente nelle due formazioni consiliari e, in entrambe, è costituita da 4 donne laiche e 5 togate. Tale dato, certamente positivo, testimonia come il Parlamento si sia limitato al rispetto della normativa in materia di *gender equality*, nominando per entrambi i Collegi il numero minimo di donne richiesto.

3.4. La Spagna.

Interessante è anche la disciplina prevista dall’ordinamento spagnolo, il cui Consiglio di giustizia si attesta al 43%³⁹.

Il *Consejo General del Poder Judicial* si compone di 20 membri (i *vocales*), nominati dal Re per un periodo di cinque anni, senza possibilità di rielezione. Del totale dei componenti, 12 membri appartengono alla magistratura e 8 sono membri laici (scelti tra avvocati e altri giuristi, di riconosciuta competenza e con più di quindici anni di pratica nella loro professione), 4 proposti dal Congresso dei Deputati e 4 dal Senato (art. 122 Cost.). Nella prima seduta, i *vocales* eleggono,

³⁷ Secondo il *Gender equality index 2019*, il Belgio, con 71.1 punti, risulta all’ottavo posto della graduatoria europea.

³⁸ Attualmente i membri sono 43, in quanto risulta vacante un seggio del Collegio di lingua francese; la percentuale di donne sale così al 42%.

³⁹ Secondo il *Gender equality index 2019*, la Spagna, con 70.1 punti, risulta al nono posto della graduatoria europea.

all'infuori del proprio seno, un Presidente, che può essere un esponente del potere giurisdizionale o un giurista di riconosciuta competenza.

Il Congresso e il Senato eleggono 6 membri laici e 4 membri togati ciascuno, con una maggioranza dei 3/5 dei propri componenti.

L'ordinamento spagnolo contiene una disposizione in materia di *gender equality* espressamente riferita all'elezione dei *vocales*: l'art. 567 della Ley Organica 6/1985 del Poder Judicial – introdotto nel 2013 – statuisce che il Parlamento, nell'eleggere i 20 membri del CGPJ, si conformi al “principio della presenza paritaria tra uomini e donne”.

Nell'attuale consiliatura (2013-2018, in regime di *prorogatio*) sono presenti 9 donne, che rappresentano, in riferimento al *plenum* dell'organo, il 43%. Il dato, tuttavia, se parametrato soltanto ai 20 membri di nomina parlamentare, sale al 45%, di una sola unità al di sotto della perfetta parità di genere. La nomina del Presidente, come già ricordato, è demandata ai membri nominati dal Congresso e dal Senato: nella storia del Consiglio generale di giustizia, la cui istituzione risale al 1980, i Presidenti sono sempre stati di sesso maschile.

3.5. La Danimarca.

Il Consiglio di giustizia danese è l'unico, tra i Paesi afferenti all'ENCJ, a superare la soglia del 50%, arrivando addirittura al 72% (8 donne su 11 componenti).

Il *Domstolsstyrelsen* si compone di 11 membri: 1 giudice della Corte suprema; 2 magistrati rispettivamente dall'Alta corte orientale e dall'Alta corte occidentale; 2 magistrati municipali nominati dalla Danish Judges Association; 1 rappresentante del personale giudiziario in tribunale; 2 rappresentanti del personale amministrativo in tribunale; 1 avvocato; 2 membri con una comprovata competenza manageriale e sociale.

I membri che compongono il *Board of Governors* sono nominati dal Ministro di giustizia, su proposta di determinati organi rappresentativi della categoria tra la quale scegliere il rispettivo componente.

Il dato più interessante, oltre alla già menzionata maggioranza femminile, attiene al fatto che per espressa previsione del *Danish Court Administration Act* n. 401/1998 (art. 4, §5), le disposizioni della legge del 2000 (e successive modificazioni) sull'uguaglianza tra uomini e donne nell'occupazione di determinate posizioni nell'amministrazione statale non si applicano alla nomina dei membri del Consiglio di giustizia. Ne consegue, dunque, che una percentuale così alta di donne non è dovuta a una imposizione normativa – peraltro presente in altri settori – ma rappresenta probabilmente il frutto di una ormai maturata e diffusa sensibilità al tema della *gender equality*.

4. Considerazioni conclusive.

Il quadro appena tratteggiato mette in luce come all'interno dei Consigli di giustizia che afferiscono all'*European Network of Councils for the Judiciary* il numero

di donne è (quasi) sempre inferiore alla metà dei componenti e per la maggior parte dei casi inferiore alla soglia del 40%.

Il dato complessivo è estremamente significativo, sia sotto il profilo dell'uguaglianza di genere sia per una ragione di carattere funzionale: come ha affermato il TAR Lazio, «organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un *deficit* di rappresentanza democratica dell'articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale (il che risulta persino più grave in organi i cui componenti non siano eletti direttamente, ma nominati), risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovvisti dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato»⁴⁰.

I numeri sulla presenza femminile nei Consigli di giustizia risultano in controtendenza rispetto alla percentuale di donne all'interno della magistratura giudicante in Europa (fig.4), la cui media si attesta intorno al 51%⁴¹: tale dato conferma – e forse aggrava – la rilevazione sulla sottorappresentanza del genere femminile, segnatamente della componente togata, negli organi di governo autonomo della magistratura. Il dato che salta immediatamente all'occhio è che soltanto in due Paesi (Irlanda e Malta) la percentuale di giudici uomini è superiore a quella delle donne, mentre in altri si arriva a percentuali totalmente a favore del genere femminile (come, ad esempio, il 78% della Lettonia).

I dati raccolti sulla composizione dei Consigli di giustizia portano a condividere le conclusioni del rapporto EIGE del 2019 (emblematicamente intitolato “*Still far from the finish line*”)⁴², secondo cui, a fronte di indiscussi miglioramenti, resta ancora molto da fare per una effettiva parità tra donne e uomini, soprattutto in ambito politico.

A fronte di pochi Paesi dotati di specifiche normative in tema di parità di genere nella composizione degli organi di governo autonomo della magistratura, la maggior parte degli ordinamenti esaminati risulta priva di tali strumenti.

Laddove sia evidente che l'assenza di discipline a tutela della parità tra uomini e donne non viene colmata da prassi istituzionali che si dimostrino sensibili alla tematica dell'equilibrio di genere, si rende imprescindibile l'inserimento di normative *ad hoc*, anche mutuando soluzioni ed espedienti adottati in altri ordinamenti. Il valore culturale dell'uguaglianza di genere, qualora non riesca ad affermarsi per propria forza nel tessuto sociale e nella coscienza civica collettiva, deve poter contare sulla predisposizione di efficaci strumenti giuridici.

Si rendono, pertanto, necessarie delle modifiche alle normative sull'elezione dei membri dei Consigli di giustizia, al fine di riequilibrare la proporzione tra uomini e donne.

⁴⁰ TAR Lazio, Sez. II, sent. 27 luglio 2011, n. 6673. Il caso di specie riguardava la composizione di una Giunta comunale.

⁴¹ Cfr. CEPEJ, *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, 2018 (dati al 2016).

⁴² Cfr. EIGE, *Gender equality index 2019. Still far from the finish line*, in *eige.europa.eu*.

PAESE	M%	W%
Belgium	47%	53%
Bulgaria	NA	NA
Croatia	30%	70%
Denmark	49%	51%
Finland	45%	55%
France	36%	64%
Hungary	31%	69%
Ireland	65%	35%
Italy	46%	54%
Latvia	22%	78%
Lithuania	38%	62%
Malta	58%	42%
Netherlands	42%	58%
Poland	NA	NA
Portugal	41%	59%
Romania	26%	74%
Slovakia	38%	62%
Slovenia	21%	79%
Spain	47%	53%

(Fig.4) – Percentuale di uomini (M%) e donne (W%) all'interno della magistratura giudicante dei Paesi afferenti all'ENCJ (fonte CEPEJ 2018)⁴³.

Andrea Catani
Dip.to di Scienze giuridiche
Università degli Studi di Firenze
andrea.catani@unifi.it

⁴³ La dicitura "NA" ("*not available*") contrassegna i Paesi per cui non è stato possibile rilevare i dati.

Governo autonomo della magistratura: il modello nordico

di Francesco Duranti

Abstract: In the Constitutions of the Nordic Countries (Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden) independence of the judiciary from others powers of State is firmly established, but only starting from 1975 onwards autonomous Courts Administrations have particular responsibility for the administrative management of the Courts, including financial management, human resources, organisation and information technology, competences previously attributed exclusively to the Ministry of justice. Each of these Court Administration (and similar bodies) has its origin in the development of its legal system, which is deeply rooted in a historical, cultural and social context, but all these institutions nevertheless share common experiences and functions and are composed and governed by analogous general principles. The institutional peculiarities of this Nordic model are of special interest in comparative perspective.

Keywords: Nordic Constitutions; Comparative Constitutional Law; Independence of the Judiciary; Court Administration; Denmark; Finland; Iceland; Norway; Sweden

5096

1. Profili introduttivi.

Nel diritto comparato generale sono da tempo consolidate classificazioni sistemologiche che tendono a considerare autonomamente gli ordinamenti nordici – ovvero gli ordinamenti di Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia – nell’ambito della tradizione giuridica occidentale, a causa dei più rilevanti tratti distintivi di tali ordinamenti rispetto alle classiche famiglie giuridiche di *common law* e di *civil law*¹: appare, dunque, possibile individuare una specifica “Scandinavian legal culture” ed un autonomo “Scandinavian (Nordic) law”².

Ciò vale anche per gli ordinamenti costituzionali nordici, che consentono la classificazione di una autonoma “Nordic Family of Constitutional Law”³, senza, in ogni caso, dimenticare che, pur in presenza di forti elementi di analogia tra i vari

¹ Cfr, per tutti, J. Husa, K. Nuotio, H. Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, in J. Husa, K. Nuotio, H. Pihlajamäki (eds.), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, Antwerp, Intersentia, 2007, 5.

² U. Bernitz, *What is Scandinavian Law? Concepts, Characteristics, Future*, in *Scand. Stud. Law*, vol. 50, *What is Scandinavian Law?*, 2007, 28-29.

³ J. Husa, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 168. Analogamente anche J. Nergelius (ed.), *Nordic and Other European Constitutional Tradition*, Leiden/Boston, Brill, 2006.

sistemi costituzionali considerati, esistono anche significativi tratti distintivi tra gli stessi⁴.

2. L'assetto costituzionale.

In relazione all'organizzazione generale del potere giudiziario prevista dalle Costituzioni nordiche, un primo elemento di differenziazione tra gli ordinamenti in questione è relativo alla separazione tra Corti ordinarie e Corti amministrative, che è prevista nei soli ordinamenti di Finlandia e Svezia (ovvero nella Scandinavia orientale), mentre in Danimarca, Islanda e Norvegia (Scandinavia occidentale) esiste un unico ordine di Corti che hanno giurisdizione generale su tutte le materie. Tutti e cinque gli ordinamenti istituiscono, in ogni caso, un triplice livello di Corti, ovvero Corti distrettuali di primo grado, Corti di appello e, al vertice dell'ordinamento giudiziario, le rispettive Corti Supreme⁵.

Differisce, comunque, il grado di dettaglio con il quale le Costituzioni individuano l'organizzazione del potere giudiziario: in Svezia e Finlandia, le due Carte costituzionali si premurano di stabilire una articolata disciplina in tema di gradi di giurisdizione, competenza delle Corti, composizione e funzioni delle Corti Supreme (ordinaria e amministrativa), mentre la Costituzione norvegese e quelle di Islanda e Danimarca sono molto meno dettagliate, prevedendo un largo rinvio all'istituto della riserva di legge in materia.

Tutte e cinque le Costituzioni nordiche accolgono, poi, integralmente il principio della separazione dei poteri, affidando alle Corti il potere giudiziario che deve essere “tenuto separato dal potere esecutivo” (come, ad es., dispone l'art. 62 della Carta danese).

Così come tutte e cinque le Carte nordiche garantiscono espressamente l'indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato⁶ (art. 3 Cost. Finlandia; art. 70 Cost. Islanda; art. 95 Cost. Norvegia; art. 64 Cost. Danimarca; cap. XI, art. 3, Cost. Svezia), nonché l'imparzialità delle Corti (art. 24 Cost. Finlandia; art. 70 Cost. Islanda; art. 61 Cost. Danimarca; art. 95 Cost. Norvegia; cap. XI, art. 6, Cost. Svezia), sì che “the constitutional protection of independence in the act of judging itself is quite similar in the constitutional text of the Nordic

⁴ Come si preoccupano di adeguatamente sottolineare i vari saggi raccolti in H. Krunke, B. Thorarensen (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Hart, Oxford, 2018. Cfr. volendo, già prima, F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁵ In Finlandia, le Corti amministrative sono, tuttavia, strutturate su di un duplice livello (Corti distrettuali e una Corte Suprema Amministrativa), mentre in Islanda il triplice grado di Corti è stato realizzato solo a decorrere dal primo gennaio 2018, allorché è stata istituita un'unica Corte di Appello.

⁶ Sull'indipendenza del potere giudiziario in prospettiva comparata, cfr. ora M. Volpi, *La Magistratura*, in G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2020, 394 ss.

countries, even if the context and history of these provisions differ quite substantially”⁷.

Risulta, poi, costituzionalizzata l'inalterabilità dei giudici ed il divieto di trasferimento senza il loro consenso (art. 22 Cost. Norvegia; art. 64 Cost. Danimarca; art. 103 Cost. Finlandia; art. 61 Cost. Islanda; cap. XI, art. 7, Cost. Svezia), la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 61 Cost. Islanda; art. 64 Cost. Danimarca) e le garanzie relative allo status giuridico ed al trattamento di quiescenza (art. 103 Cost. Finlandia; art. 61 Cost. Islanda; art. 64 Cost. Danimarca; cap. XI, art. 7, Cost. Svezia).

Nessuna delle cinque Carte nordiche istituisce, invece, un Consiglio di giustizia analogo a quello di altri ordinamenti europei⁸ cui affidare il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza del giudiziario dagli altri poteri dello Stato, risultando comune a tutti gli ordinamenti la scelta di rinviare alla legge la concreta disciplina degli istituti e delle modalità attraverso le quali assicurare la predetta autonomia ed indipendenza delle Corti.

Appare, dunque, opportuno un esame analitico dei cinque ordinamenti in ordine alle specifiche caratteristiche istituzionali di ognuno di essi in tema di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario.

3. L'esperienza della Svezia.

La concezione della separazione dei poteri tradizionalmente accolta in Svezia ha, per lungo tempo, assegnato un ruolo di assoluta primazia al Parlamento, istituzione fondamentale di tutto l'assetto costituzionale, in grado di rappresentare in esclusiva la volontà popolare e di delegare alle Corti e all'amministrazione le altre funzioni dello Stato⁹.

Solo con l'approvazione della nuova Costituzione (*Regeringsformen*, 1974)¹⁰ si pongono le basi per un nuovo approccio alla questione dell'autonomia e

⁷ T. Bull, *Institutions and Division of Powers*, in H. Krunke, B. Thorarensen (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, cit., 63.

⁸ Per un'ampia disamina comparativa su ruolo e funzioni Consigli di giustizia in Europa, cfr., in particolare, M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, 948 ss.; E. D'Orlando, L. Montanari (cur.), *L'indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2010, 1603 ss.

⁹ Come ricorda, ancora di recente, M. Zamboni, *Le Corti Supreme in Svezia: da funzionari amministrativi a giudici "veri"?*, in *DPCE online*, 2019/4, 2645, in Svezia è, in passato, ampiamente prevalso il principio della divisione delle funzioni, anziché della separazione dei poteri, sì che “il Parlamento è stato considerato l'unico vero potere (essendo l'unico che rappresenti il popolo) che, a sua volta, delega le altre due funzioni (giudiziaria ed esecutiva) alle corti ed agli enti pubblici a carattere amministrativo”.

¹⁰ Come noto, sin dal previgente assetto costituzionale del 1809, la struttura della Costituzione svedese ha carattere pluritestuale: sono, infatti, ancor oggi, ben quattro le leggi fondamentali che hanno rango costituzionale e che tutte assieme formano la Costituzione della Svezia. Tra queste, un ruolo di assoluto primo piano spetta, in ogni caso, alla Legge sulla Forma di Governo (*Regeringsformen*) che contiene le norme fondamentali in tema di diritti e di organizzazione dei poteri pubblici e che, per questo motivo, viene di solito indicata, nella tradizione giuridica svedese, come la vera e propria Carta costituzionale del Regno di Svezia. Per più ampi svolgimenti sul punto, sia consentito il rinvio a F. Duranti, *La Costituzione della*

dell'indipendenza del potere giudiziario, allorché vengono introdotte nella Carta le specifiche norme di principio in tema di indipendenza, imparzialità ed inamovibilità dei giudici sopra richiamate.

Nel corso del 1975 entra, poi, in funzione un nuovo organo – il primo del genere negli ordinamenti nordici¹¹ – denominato *Domstolsverket* (*National Courts Administration*, nella traduzione ufficiale in lingua inglese), con natura di autorità amministrativa indipendente e funzioni relative alla complessiva amministrazione (anche finanziaria) delle Corti¹².

Il *Domstolsverket* è composto da un *Board* di nove membri, di cui: due eletti dal Parlamento; due eletti dai magistrati; uno designato dal Procuratore generale; tre individuati dalle altre autorità amministrative indipendenti; uno, infine, scelto tra i funzionari giudiziari.

Il *Board* ha la funzione di supervisione e consulenza nei confronti del Direttore generale dell'autorità, nominato dal Governo e responsabile amministrativo di vertice dell'istituzione.

Il *Domstolsverket* ha competenze in materia di distribuzione delle risorse umane e finanziarie alle Corti, formazione dei magistrati, supporto nella gestione delle strutture informatiche e nello sviluppo di innovative prassi amministrative per la maggiore efficienza del carico giudiziario assegnato alle Corti, oltre che di monitoraggio delle performance complessive degli uffici giudiziari del paese¹³.

Per ciò che concerne selezione, reclutamento e nomina dei magistrati, è istituito un altro organo indipendente dall'esecutivo (*Domarnämnden* o *Judges Proposal Board*), composto di nove membri, due dei quali eletti dal Parlamento, cinque individuati dal Governo tra i magistrati in servizio, due tra gli appartenenti alle professioni legali ed uno tra gli avvocati, nominati per un mandato – rinnovabile – di quattro anni, con il compito di selezionare i candidati migliori per i posti vacanti in organico presso le varie Corti.

Come prescrive espressamente la Costituzione, nel procedere alla nomina dei magistrati “solo fattori oggettivi, quali la competenza ed il merito, possono essere presi in considerazione” (cap. XI, art. 6, Cost.), atteso che il reclutamento è aperto anche a soggetti, con adeguate competenze giuridiche, provenienti da altre professioni legali (professori, avvocati, giuristi).

Nella generalità dei casi, la proposta formulata dal *Domarnämnden* al Governo è invariabilmente rispettata dall'esecutivo, che provvede alla nomina conformemente alla proposta ricevuta: “there have been very few cases where the Government has not followed the suggestions it has received”¹⁴.

Svezia (1974), in R. Orrù, G. Parodi (cur.), *Codice delle Costituzioni*, vol. II, *Regno Unito, Austria e altri Paesi europei*, Wolter Kluwer – CEDAM, Milano, 2016, 559 ss.

¹¹ Tale da costituire il modello di riferimento per quelli successivamente adottati negli altri quattro ordinamenti: così J. Nergelius, R. Zimmerman, *Judicial Independence in Sweden*, in A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Berlin Springer, 2012, 189.

¹² J. Bell, *Sweden's Contribution to the Governance of the Judiciary*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50, 2007, 99 ss.

¹³ Sulle competenze e sulle funzioni del *Domstolsverket*, cfr., in generale, *The Swedish National Courts Administration*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, 629-650.

¹⁴ J. Nergelius, R. Zimmerman, *Judicial Independence in Sweden*, cit., 200.

Dopo la revisione costituzionale del 2011, il procedimento di nomina dei magistrati di rango più elevato, ovvero quelli della Corte Suprema e della Corte Suprema Amministrativa – in passato affidato alla esclusiva responsabilità del Governo – è stato riformato nel senso di aprire ancor di più la carriera giudiziaria agli apporti provenienti dalle altre discipline legali, soprattutto l'accademia e la professione forense, oltre che di prevedere la preventiva competenza propositiva del *Domarnämnden*¹⁵.

Per ciò che concerne lo status giuridico dei magistrati di ruolo, la Carta svedese stabilisce numerose garanzie in tema di inamovibilità, divieto di trasferimento e strumenti di tutela contro eventuali provvedimenti di destituzione.

Così, un giudice di ruolo può essere rimosso dall'ufficio solo se ha commesso un reato o per negligenze gravi o ripetute nello svolgimento dei suoi doveri di servizio o se si sia dimostrato palesemente inidoneo a svolgere le funzioni del suo ufficio (cap. XI, art. 7, Cost.).

Sulla rimozione e sulla sospensione dalle funzioni o sulla necessità di sottoporre ad accertamento sanitario obbligatorio un componente della Corte Suprema decide, in via esclusiva, la Corte Suprema Amministrativa; specularmente, è competente la sola Corte Suprema nel caso in cui sia un membro della Corte Suprema Amministrativa ad essere oggetto di rimozione, sospensione o accertamento sanitario obbligatorio: in tutti questi casi, i procedimenti sono attivati ad iniziativa dell'Ombudsman parlamentare o del Cancelliere di Giustizia (cap. XI, art. 8, Cost.).

Nel caso in cui sia rimosso un giudice di ruolo, questi ha diritto di rivolgersi ad un tribunale per il riesame di tale decisione: lo stesso si applica anche nel caso di sospensione dal servizio ed accertamento sanitario obbligatorio (cap. XI, art. 9, Cost.).

In materia disciplinare, i magistrati – alla stessa stregua di tutti i funzionari amministrativi – sono soggetti al giudizio della Commissione statale di disciplina (*Staten Ansvarsnämnd* o *National Disciplinary Board*), organo nominato dal Governo e composto di cinque membri, di cui due (il Presidente ed il Vicepresidente) debbono essere magistrati in possesso di elevata esperienza nell'esercizio della funzione giudiziaria.

La responsabilità disciplinare nei confronti dei magistrati di ruolo – di tutti, ad eccezione dei giudici della Corte Suprema e della Corte Suprema Amministrativa¹⁶ – è attivata ad iniziativa della stessa Corte di appartenenza del magistrato, dall'Ombudsman parlamentare o dal Cancelliere di Giustizia ed i provvedimenti disciplinari che può adottare la Commissione di disciplina sono la censura, l'ammonizione e la riduzione dello stipendio.

Nei confronti dei predetti provvedimenti disciplinari, il giudice soggetto a sanzione può proporre impugnazione innanzi alla magistratura del lavoro: la prassi

¹⁵ Cfr. M. Zamboni, *Le Corti Supreme in Svezia: da funzionari amministrativi a giudici "veri"?*, cit., 2651-2652.

¹⁶ Per i quali valgono le speciali disposizioni costituzionali di cui al richiamato cap. XI, art. 8, Cost.

mostra, tuttavia, che i procedimenti disciplinari avviati nei confronti dei magistrati di ruolo sono, in pratica, quasi del tutto assenti nelle relative statistiche degli ultimi anni¹⁷.

4. L'esperienza della Danimarca.

Per lungo tempo – e pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1953 – l'amministrazione delle Corti è stata soggetta in Danimarca alla esclusiva competenza del Ministro della giustizia.

Solo alla fine degli anni Novanta del secolo scorso prende avvio un processo di riforma del sistema con la nomina di un'apposita Commissione parlamentare di studio, incaricata di formulare proposte di revisione in materia.

Dopo un lungo ed approfondito percorso parlamentare, viene così approvata nel 1998, con voto pressoché unanime del Parlamento¹⁸, una ampia riforma del sistema di amministrazione delle Corti danesi basata sull'istituzione con legge (in vigore dal successivo luglio 1999) di due nuovi organi indipendenti, il *Domstolsstyrelsen* (*Danish Court Administration*) ed il *Danish Judicial Appointments Council*.

Il *Domstolsstyrelsen* è un'autorità amministrativa indipendente composta da undici membri, nominati per un mandato, rinnovabile, di quattro anni, otto dei quali eletti dalle Corti (cinque giudici e tre funzionari amministrativi), uno dalla professione forense e due esperti in amministrazione pubblica (uno dei quali scelto dalla Conferenza dei Rettori delle Università e l'altro dal Consiglio per l'impiego pubblico).

Si occupa di assicurare alle Corti adeguate risorse finanziarie, amministrative e di personale, oltre che di provvedere alle strutture informatiche ed al periodico aggiornamento professionale dei magistrati.

Le decisioni ed i provvedimenti di tale autorità non sono soggetti a possibile revisione da parte del Ministro della giustizia, il quale non ha neppure poteri di indirizzo o proposta nei confronti dell'organo, che gode, dunque, di effettiva autonomia ed indipendenza dall'esecutivo¹⁹.

In materia di selezione, reclutamento e nomine dei magistrati è, invece, competente il *Danish Judicial Appointments Council*, composto da un giudice della Corte Suprema (che presiede l'organo), un giudice di Corte d'Appello (cui è affidata la vicepresidenza), un giudice di Corte distrettuale, un avvocato e due membri laici, che vengono tutti nominati dal Ministro della giustizia previa – vincolante –

¹⁷ Sulle condizioni attuali dell'elevato livello di indipendenza della magistratura in Svezia, cfr. la situazione aggiornata al 30 settembre 2020 in *European Commission - 2020 Rule of Law Report – Country Chapter on the Rule of Law situation in Sweden* (Brussels, 30.9.2020 SWD(2020) 326 final), dove si dà anche conto dell'apertura di un nuovo percorso di ulteriore, eventuale, riforma che dovrebbe completarsi, tuttavia, non prima del 2023.

¹⁸ “Although there was no proof that the then current system had an adverse effect on judicial independence, the Danish Parliament did not want to leave room for even a theoretical possibility that such independence was not beyond question”: così *The Danish Court – An Organisation in Development*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, 582.

¹⁹ Come pure rileva G. Cerrina Feroni, *L'autogoverno della magistratura amministrativa nei Paesi dell'Unione europea. Percorsi di comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2018, 35.

proposta formulata da un'assemblea di giudici della Corte Suprema, delle Corti d'Appello, dei rappresentanti dell'Associazione dei magistrati e dell'Associazione degli avvocati, oltre che dei rappresentanti degli Enti locali danesi²⁰.

Il *Judicial Appointments Council* provvede all'istruttoria sulle nomine per tutti i posti vacanti in organico, ad eccezione della sola posizione di Presidente della Corte Suprema²¹, occupandosi di pubblicizzare i posti disponibili, effettuare le audizioni dei candidati e formulare una graduatoria di merito da inviare al Ministro della giustizia, il quale – nella prassi ormai ventennale in materia – si limita a disporre la nomina formale del prescelto seguendo invariabilmente le proposte avanzate dal Consiglio.

In materia di rimozione e trasferimento dei magistrati, valgono, poi, le norme costituzionali che stabiliscono che i giudici non possono essere rimossi dall'incarico se non per effetto di una sentenza, né possono essere trasferiti contro la loro volontà, “salvo i casi in cui abbia luogo una riorganizzazione delle Corti di giustizia” (art. 64 Cost.).

La destituzione di un magistrato può essere richiesta nei casi di grave e manifesta violazione ai doveri d'ufficio ed è assegnata alla competenza della *Den Særlige Klageret* (*Court of Indictment and Revision*), cui è pure attribuita la giurisdizione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati, composta da un giudice della Corte Suprema (che la presiede), un giudice di Corte d'Appello, un giudice distrettuale, un avvocato (nominato dall'Associazione Nazionale degli Avvocati) ed un professore universitario (indicato dalla *Law Society*).

Così come in Svezia, anche in Danimarca la prassi mostra, in ogni caso, uno scarso ricorso all'attivazione della responsabilità disciplinare nei confronti dei magistrati²².

5. L'esperienza della Norvegia.

In Norvegia, analogamente all'esperienza danese, la questione della complessiva competenza in tema di amministrazione delle Corti è stata tradizionalmente attribuita, sin dall'entrata in vigore della Costituzione del 1814, al Ministero della giustizia e, in particolare, al suo *Department of Court Administration*.

Solo a partire dalla istituzione, con risoluzione parlamentare, della *Norwegian Commission of the Courts* si è iniziato a sviluppare un nuovo percorso volto a riformare l'assetto vigente.

Tale Commissione ha presentato il suo rapporto finale in Parlamento nel 1999, indicando le principali questioni meritevoli di riforma: 1) la creazione di una nuova

²⁰ *The Danish Court – An Organisation in Development*, cit., 586.

²¹ Per la quale è in vigore una speciale procedura, centrata sulla decisiva proposta della sola Corte Suprema stessa: cfr. S. Drugda, *New Appointment to the Supreme Court of Denmark*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Aug. 9, 2019.

²² Sulle condizioni attuali dell'elevato livello di indipendenza del giudiziario danese, cfr. la situazione aggiornata al 30 settembre 2020 in *European Commission - 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Denmark* (Brussels, 30.9.2020 SWD(2020) 303 final).

istituzione indipendente, ovvero la *Domstoladministrasjonen* (o *National Court Administration*); 2) un nuovo sistema di reclutamento e nomina dei magistrati di ruolo; 3) una nuova procedura di attivazione e giudizio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati; 4) la riduzione dell'impiego presso le Corti di giudici non togati; 5) la regolamentazione delle attività extra giudiziali consentite ai magistrati²³.

Tra le più rilevanti motivazioni a favore della riforma, la Commissione suggeriva: a) la necessità di stabilire una più netta linea di demarcazione tra l'attività del Ministero e quella delle Corti; b) l'intento di rafforzare l'autonomia del giudiziario con la creazione di una nuova autorità indipendente in materia; c) l'argomento comparativo, fornito dalle altre esperienze nordiche (in particolare, Svezia e Danimarca), che avevano già istituito, con positivi risultati, analoghe autorità indipendenti sull'amministrazione delle Corti.

Viene, così, approvata la legge di riforma del sistema che entra in vigore nel 2002 e recepisce le principali indicazioni fornite dalla Commissione.

In primo luogo, con l'istituzione della *Domstoladministrasjonen*, con un Consiglio composto da nove membri, di cui cinque giudici e due avvocati nominati dal Governo e da due altri membri laici eletti dal Parlamento, con un mandato di quattro anni, rinnovabile per una sola volta.

Questa nuova autorità si occupa dell'amministrazione delle Corti norvegesi in modo indipendente dall'esecutivo, che non ha mai la possibilità di interferire con le sue decisioni, ma può ad essa impartire direttive amministrative nei soli casi di urgenza e previa consultazione con il suo Consiglio.

La *Domstoladministrasjonen*, che ha il compito principale di assicurare che l'amministrazione del giudiziario norvegese sia condotta "in a defensible and appropriate manner", ha una generale competenza consultiva in materia di amministrazione della giustizia e la possibilità di presentare a Governo e Parlamento proposte di budget finanziario per le Corti, di monitorarne le relative performance amministrative e di proporre l'istituzione di nuovi uffici giudiziari o l'ampliamento degli organici della magistratura²⁴.

In secondo luogo, risulta istituita una speciale autorità per la selezione ed il reclutamento dei magistrati (*Innstillingsrådet* o *Judicial Appointment Board*), composto da sette membri nominati dal Governo per un mandato di quattro anni (rinnovabile una sola volta), tre dei quali giudici (uno di Corte Suprema, uno di Corte d'Appello ed uno di Corte distrettuale), un avvocato, un giurista dipendente pubblico e due esperti di amministrazione.

Il *Judicial Appointment Board* si occupa di rendere pubblici i posti vacanti in organico, valutare comparativamente le esperienze professionali dei candidati e

²³ Sul *Report* e sulle principali linee di intervento proposte dalla *Norwegian Commission of the Courts* cfr., in particolare, A. Rosseland, *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, 609.

²⁴ "The National Courts Administration has been afforded considerable freedom of action as regards setting part objectives and choosing modes of operation within this space and economic framework": così A. Rosseland, *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, cit., 613.

proporre una graduatoria di merito al Governo, il quale provvede poi alla formale nomina dei magistrati di ruolo.

Il Governo ha facoltà di discostarsi dalla lista di candidati proposta, ma – in tal caso – deve previamente sottoporre il nome del soggetto prescelto al *Judicial Appointment Board* che ha così la possibilità di esprimersi di nuovo in merito: la prassi ormai ventennale in materia ha, in ogni caso, mostrato che la scelta del Governo è quasi invariabilmente quella di nominare il candidato indicato per primo nella lista compilata dal *Board*²⁵.

La competenza del *Judicial Appointment Board* si estende a comprendere le nomine relative a tutte le posizioni vacanti nell'organico della magistratura, ivi comprese quelle alla Corte Suprema, per le quali, però, oltre al parere espresso dal *Board*, si aggiunge anche quello espresso dai giudici della Corte Suprema stessa, che vengono all'uopo consultati prima della nomina da parte del Governo.

Ciò non vale, invece, per la nomina del *Chief Justice* della Corte Suprema, per la quale l'esecutivo dispone di un margine più ampio e libero di scelta, atteso che non deve esprimersi in merito il *Judicial Appointment Board*²⁶.

Nella riforma entrata in vigore nel 2002 trova, inoltre, posto anche una profonda modifica in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, in precedenza affidata alla esclusiva competenza del Ministro della giustizia.

Con la riforma viene, infatti, istituita una nuova autorità in materia di responsabilità disciplinare, il *Supervisory Committee for Judges*, composta di cinque membri, di cui due giudici (di Corte Suprema, di Corte d'Appello o di Corte distrettuale), un avvocato e due membri laici, tutti nominati dal Governo per un mandato di quattro anni rinnovabile per una sola volta.

Il *Supervisory Committee* è competente a conoscere della condotta impropria e delle violazioni ai doveri d'ufficio commesse, con colpa o dolo, dai magistrati di ogni ordine e grado e le sanzioni disciplinari che può adottare consistono nella censura e nella ammonizione scritta.

Per le condotte improprie extra-funzionali, possono attivare il giudizio del *Supervisory Committee* le seguenti autorità: la *National Court Administration*, il Ministro della giustizia e il Presidente della Corte ove è incardinato il giudice incolpato.

²⁵ “Under the present system, thus, the task of selecting new judges has effectively been taken away from the minister carrying the political responsibility and handed over to a group of people where judges and other legally trained members outweigh the ‘popular’ element by five to two”: così E. Smith, ‘...destroy all the sense of dependence’: *On the selection and Independence of the Judiciary in Norway*, in H. Ballin, E. van der Schyff, G. Stremler (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2019. Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Springer, Berlin, 2020, 129.

²⁶ Per la nomina del *Chief Justice*, viene costituito dal Governo un Comitato di selezione *ad hoc*, con il compito di individuare il candidato migliore da suggerire all'esecutivo per l'incarico. La Commissione di riforma del sistema giudiziario ha, al proposito, considerato “that the government should have some more leeway in appointing Chief Justices than other Justices and judges”, come ricorda A. Kierulf, *Norway: New Chief Justice Appointed to the Supreme Court*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Mar. 1, 2016.

Per le condotte contrarie ai doveri di ufficio commesse nell'esercizio delle funzioni, alle predette autorità si aggiungono, inoltre, quali soggetti che possono attivare il giudizio di responsabilità disciplinare anche: l'Associazione Nazionale degli Avvocati norvegesi; le parti della controversia, i loro legali e consulenti, oltre ai testimoni e gli altri eventuali soggetti presenti, a vario titolo, nel processo²⁷.

La decisione del *Supervisory Committee* è definitiva in sede amministrativa e può essere impugnata, per soli motivi di legittimità, in via giudiziale innanzi alla Corte distrettuale competente per territorio nel termine perentorio di due mesi dalla pronuncia della decisione²⁸.

La riforma del 2002 si occupa, infine, di disciplinare le attività extra-giudiziali consentite ai magistrati, quelle consentite previa autorizzazione da parte della *National Court Administration* e quelle, invece, vietate per legge: ciò nell'ambito di una completa tracciabilità delle attività stesse, tutte soggette a registrazione presso gli archivi della *National Court Administration*²⁹.

La Costituzione si premura, in ogni caso, di stabilire che i magistrati – analogamente agli alti funzionari civili dello Stato – non possono essere destituiti, né trasferiti contro la loro volontà “se non per decisione giudiziaria” (art. 22 Cost.). Solo con la revisione costituzionale del 2014 nella Carta è stata, infine, introdotta – sulla scorta dell'art. 6 della CEDU – una norma sul diritto all'equo processo, deciso da un “tribunale indipendente e imparziale” (art. 95, comma 1, Cost.) e che lo Stato deve “garantire l'indipendenza dei tribunali e l'imparzialità dei giudici” (art. 95, comma 3, Cost.), conferendo, così, esplicita copertura costituzionale alla riforma introdotta con la legge del 2002³⁰.

6. L'esperienza dell'Islanda.

La Costituzione islandese del 1944 rinvia alla legge “la disciplina del potere giudiziario” (art. 59) e stabilisce che “nell'esercizio delle loro funzioni i giudici sono soggetti esclusivamente alla legge e non possono essere rimossi dalla loro carica se non per decisione giudiziaria, né possono essere trasferiti ad altro ufficio contro la loro volontà, salvo in caso di riorganizzazione della magistratura” (art. 61).

²⁷ Il termine per l'attivazione del giudizio di responsabilità disciplinare è di tre mesi dalla conoscenza della condotta contestata: cfr. A. Rosseland, *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, cit., 624.

²⁸ La prassi mostra, in ogni caso, uno scarsissimo ricorso all'attivazione della responsabilità disciplinare nei confronti dei magistrati: cfr. E. Smith, ‘...destroy all the sense of dependence’: *On the selection and Independence of the Judiciary in Norway*, cit., 131.

²⁹ La complessiva disciplina delle attività extra-giudiziali dei magistrati norvegesi è regolata nell'intero cap. VI del *Court of Justice Act*.

³⁰ Come ricorda E. Smith, ‘...destroy all the sense of dependence’: *On the selection and Independence of the Judiciary in Norway*, cit., 131, “whatever the signification of the new provision might be, the existing lacunae in the constitutional protection of judicial independence has not given rise to major concerns in a system where the personal independence of judges has never been challenged by financial means. In fact, nobody seems to claim that the independence of the judiciary is under serious threat. To the contrary, the ideology underpinning judicial independence seems firmly rooted with the judicial professions as well as in the Norwegian society in general”.

Per lungo tempo, sino all'approvazione di un'ampia legge di riforma del sistema (*Act on Judiciary*, n. 15/1998), l'amministrazione delle Corti è stata affidata alla responsabilità del Ministro della giustizia.

Con la nuova legge, viene istituita una nuova autorità, il *Judicial Council* (*Dómstólasýslan*), composto da cinque membri, di cui due Presidenti di Corte distrettuale, eletti dai propri pari, e due giudici di Corte distrettuale, anch'essi eletti dai propri colleghi, oltre ad un membro nominato dal Ministro della giustizia, con funzioni di Presidente, scelto al di fuori della magistratura.

Al *Dómstólasýslan* vengono attribuite le funzioni in precedenza esercitate dal Ministro, tra cui la proposta di budget finanziario delle Corti da presentare al Parlamento, l'individuazione della consistenza dell'organico complessivo della magistratura e la formazione dei magistrati.

Tutto ciò, però, con esclusivo riguardo alle sole Corti distrettuali, la Corte Suprema rimanendo totalmente esclusa dalla competenza del Consiglio in quanto soggetta ad una speciale disciplina, in parte ancora di competenza del Ministro della giustizia³¹.

Un intervento più rilevante di riforma è poi compiuto, di recente, con la legge n. 50 del 7 giugno 2016, con la quale il Parlamento ridisegna complessivamente l'assetto delle Corti islandesi, introducendo, per la prima volta nel paese, un triplice livello di Corti, con l'istituzione, a far data dal gennaio 2018, di un'unica Corte d'Appello, competente a giudicare sulle impugnazioni delle sentenze rese dalle Corti distrettuali.

Con questa legge viene anche riformato il *Dómstólasýslan*, ancora composto di cinque membri, ma ora scelti diversamente dal passato: uno eletto dai giudici della Corte Suprema, cui viene assegnata la presidenza dell'organo; uno eletto dai giudici di Corte d'Appello; uno eletto dai giudici delle Corti distrettuali; uno eletto dai funzionari amministrativi delle Corti; l'ultimo nominato dal Ministro della giustizia e scelto fuori dai ranghi della magistratura.

Il mandato dei membri del *Dómstólasýslan* è di cinque anni – rinnovabile per una sola volta consecutiva – ma ogni anno avviene, a turno, il rinnovo di un componente del Consiglio.

Con la riforma viene, dunque, ampliata ed estesa la competenza del Consiglio sino a ricomprensivi ora tutti gli organi giudiziari del paese, ivi compresa la neoistituita Corte d'Appello e la stessa Corte Suprema, in passato, come detto, esclusa dalle funzioni del *Dómstólasýslan*.

Oltre all'amministrazione finanziaria delle Corti ed alla competenza in tema di organico e di formazione dei magistrati, al Consiglio viene anche attribuita una generale funzione consultiva e propositiva al Parlamento in materia di legislazione sulla giustizia.

Per ciò che concerne le nomine in ruolo dei magistrati, è, invece, istituito un apposito *Evaluation Committee*, composto da cinque membri, due scelti dalla Corte Suprema, uno designato dal *Dómstólasýslan*, uno individuato dall'Associazione

³¹ Cfr. *Iceland's Judicial System*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, 606.

Nazionale degli Avvocati e l'ultimo eletto dal Parlamento, che restano in carica per un mandato di cinque anni rinnovabile una sola volta.

Il Comitato di valutazione ha il compito di selezionare i candidati in possesso dei requisiti di legge per il posto in organico vacante (ivi inclusi quelli alla Corte Suprema) e di predisporre una lista con la graduatoria di quelli più meritevoli.

Nel caso in cui il Ministro della giustizia intenda discostarsi dalla proposta formulata dal Comitato, ha l'onere di presentare innanzi al Parlamento una specifica mozione – che deve essere votata nel termine massimo di un mese dalla sua presentazione – con la quale chiede di poter nominare un candidato al di fuori della lista, ma comunque in possesso dei requisiti previsti dalla legge per la nomina: nel caso di mancata approvazione della mozione, il Ministro deve nominare il candidato indicato dall'*Evaluation Committee*.

Di particolare interesse è, a questo proposito, il recente caso finito innanzi alla Corte di Strasburgo e relativo alla nomina dei giudici della nuova Corte d'Appello, istituita dalla ricordata legge n. 50/2016 ed attiva a partire dal gennaio 2018.

In base ad una disposizione transitoria della nuova legge, infatti, in deroga alla predetta procedura ordinaria di nomina dei magistrati, la proposta di designazione di tutti i quindici giudici chiamati a comporre l'organico della nuova Corte d'Appello, doveva essere presentata dal Ministro della giustizia al Parlamento per la sua accettazione entro il 30 giugno 2017, previa compilazione della lista dei candidati più qualificati da parte dell'*Evaluation Committee*.

Dopo un'articolata serie di opinioni e pareri resi dai vari attori istituzionali coinvolti nella vicenda – Commissioni parlamentari, uffici governativi, Comitato di selezione – in ordine alla corretta procedura da seguire, il Ministro della giustizia ha richiesto all'*Evaluation Committee* di presentare non già un'unica lista con i nominativi dei quindici candidati più meritevoli a ricoprire l'incarico di giudice d'appello, quanto, invece, una complessiva lista dei candidati che avevano proposto domanda, correlata di valutazioni e giudizi sulle esperienze professionali di ognuno di loro.

Il Ministro ha presentato, quindi, in Parlamento una lista di quindici candidati diversa da quella proposta dall'*Evaluation Committee*, chiedendo all'Assemblea di esprimersi con un voto su tutta la lista in blocco e non già di procedere ad una votazione individuale su ciascun candidato all'incarico.

Dopo un'aspra contesa politica – culminata anche con la presentazione di una mozione di sfiducia individuale nei confronti del Ministro della giustizia – il Parlamento ha infine approvato, a stretta maggioranza, la proposta dell'esecutivo, nominando i quindici giudici indicati nella lista proposta dal Ministro.

La controversia è poi giunta alla Corte Suprema, la quale nella sua pronuncia del 19 dicembre 2017 ha ritenuto che la procedura di nomina fosse parzialmente illegittima per difetto di istruttoria che per violazione della procedura di votazione in Parlamento³².

³² Sulla vicenda e sulla pronuncia della Corte Suprema, cfr., in particolare, R. Helgadottir, H. Porsteindottir, *Iceland: The State of Liberal Democracy*, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, S.

Un cittadino islandese, condannato in Corte d'Appello per il reato di guida in stato di ubriachezza, completata la serie di ricorsi interni, ha presentato ricorso alla Corte EDU sostenendo che il collegio giudicante della Corte, composto da uno dei magistrati prescelti dal Ministro al di fuori della lista compilata dall'*Evaluation Committee*, fosse illegittimo per violazione del principio di indipendenza del potere giudiziario e, pertanto, in contrasto con l'art. 6 della CEDU che prevede, come noto, il diritto di ciascuno ad essere giudicato da un "tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge".

La Corte EDU, ritenuto ammissibile il ricorso, lo ha giudicato anche fondato per violazione del predetto art. 6, osservando che il procedimento di nomina: "was one in which the executive branch exerted undue discretion, not envisaged by the legislation in force, on the choice of four judges to the new Court of Appeal"³³.

La pronuncia, a sezione semplice, della Corte – che ha provocato un vivace dibattito politico e nel paese – è stata impugnata dal Governo islandese innanzi alla Grande Camera della Corte EDU³⁴.

Per quanto concerne, infine, la questione della responsabilità disciplinare dei magistrati, la legge di riforma del sistema giudiziario n. 50/2016 istituisce un apposito organo indipendente, il *Dómarastörf* (*Committee on Judicial Functions*), composto di tre membri, designati uno dall'Associazione dei magistrati islandesi, uno dalle Facoltà di Giurisprudenza e l'ultimo individuato dal *Judicial Council*, che restano in carica per un mandato di sei anni rinnovabile per una sola volta.

Il *Committee on Judicial Functions* si pronuncia in materia di violazioni ai doveri di ufficio commessi da un magistrato nell'esercizio delle funzioni o per inappropriata condotta extra-funzionale, su istanza di parte o del capo dell'ufficio giudiziario da cui dipende il magistrato incolpato.

Il giudizio sulla responsabilità disciplinare si conclude con una decisione del *Committee* – definitiva in sede amministrativa – che può risultare di archiviazione o di ammonizione scritta e che può essere impugnata dall'interessato in sede giudiziaria nel termine di un mese dalla pronuncia in questione.

Un magistrato può essere soggetto a sospensione temporanea dall'incarico se commette una nuova infrazione disciplinare nel termine di tre anni dalla precedente sanzione, e può essere destituito se commette gravi reati per i quali è condannato in sede penale e perde i requisiti previsti dalla legge per conservare la sua funzione giudiziale.

7. L'esperienza della Finlandia.

Drugda (eds.), *2017 Global Review of Constitutional Law*, I-CONnect – Clough Center, 2018, 134-135.

³³ Corte EDU, sez. II, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (ric. n. 26374/18), 12 marzo 2019, par. 123.

³⁴ L'udienza si è svolta il 5 febbraio 2020 e la Grande Camera non ha ancora – al momento in cui si scrive – depositato la sua pronuncia.

Sino a pochi mesi fa, la Finlandia era ancora uno dei pochi ordinamenti in Europa nei quali “the central administration of the Courts is a task for the Ministry of Justice”³⁵.

Pur dopo l’entrata in vigore della nuova Costituzione unitestuale nel marzo 2000, infatti, l’amministrazione delle Corti finlandesi era attribuita alla competenza del Ministro della giustizia, per mezzo del suo *Department of Judicial Administration*, chiamato, in ogni caso, a confrontarsi con l’espresso riconoscimento costituzionale dell’indipendenza del potere giudiziario (art. 3 Cost.) e con il diritto di ognuno alla tutela delle proprie posizione giuridiche soggettive innanzi ad “un tribunale o altro organo giudiziario indipendente” (art. 21 Cost.)³⁶, con la conseguenza di affidare il presidio della garanzia dell’indipendenza della magistratura e del buon funzionamento (amministrativo e finanziario) della giustizia direttamente al componente dell’esecutivo con delega al dicastero competente in materia³⁷.

Il graduale percorso di riforma inizia a prendere avvio con la nomina, nel corso del 2003, di una Commissione parlamentare sul sistema giudiziale per concludersi solo nel 2019, allorché il Parlamento approva la legge n. 209/2019 (di riforma del *Finnish Court Act*) che innova complessivamente il sistema, introducendo – a far data dall’1 gennaio 2020 – una nuova autorità amministrativa indipendente in materia, denominata *Tuomioistuinvirasto* (*Domstolsverket* in svedese, *National Court Administration* nella traduzione ufficiale in lingua inglese), con il precipuo compito di assicurare – ai sensi della legge istitutiva – “that the courts are able to maintain a high level of quality in the exercise of their judicial powers and that the administration of the courts is organised in an efficient and appropriate manner”, oltre che di rafforzare l’autonomia e l’indipendenza delle Corti dagli altri poteri dello Stato.

La nuova autorità si compone di un *Board of Directors* di otto membri, nominati dal Governo per un mandato (rinnovabile) di cinque anni, sei dei quali scelti tra i giudici delle seguenti Corti: uno di Corte Suprema; uno di Corte Suprema Amministrativa; uno tra i giudici di Corte d’Appello; uno di Corte amministrativa; uno di Corte distrettuale; uno di Corte specializzata (commerciale o del lavoro). I restanti due membri – non appartenenti ai ruoli della magistratura – sono così individuati: uno tra il personale amministrativo delle Corti e l’altro tra gli esperti in amministrazione pubblica. Il *Board* elegge nel suo seno un Presidente ed un Vicepresidente e designa un Direttore generale cui affidare la gestione amministrativa del personale assegnato all’autorità.

La *National Court Administration* si occupa di amministrazione finanziaria delle Corti, presentando una proposta al Ministero della giustizia sugli stanziamenti per le spese di funzionamento delle Corti e decidendo sulla successiva assegnazione degli stanziamenti conformità al bilancio approvato dal Parlamento.

³⁵ S. Sarvilinna, *Court Administration in Finland*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, 591.

³⁶ Per il testo in italiano della Carta finlandese, cfr. l’introduzione a cura di G.F. Ferrari, *La Costituzione della Finlandia* (1999), in R. Orrù, G. Parodi (cur.), *Codice delle Costituzioni*, vol. II, *Regno Unito, Austria e altri Paesi europei*, Wolter Kluwer – CEDAM, Milano, 2016, 221 ss.

³⁷ Cfr. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, cit., 954.

Si occupa, poi, assieme al *Judicial Training Board*, di formazione – iniziale e continua – dei magistrati e provvede alle strutture informatiche e comunicative delle Corti.

Ha funzioni propositive e consultive in favore di Governo e Parlamento in relazione alle sue competenze istituzionali e – a partire dall'1 gennaio 2021 – avrà competenze in merito al reclutamento di personale presso le Corti, occupandosi delle questioni relative a tali rapporti di lavoro.

Per ciò che concerne la nomina dei magistrati di ruolo, è istituita (con legge del marzo 2000) altra autorità indipendente, il *Judicial Appointment Board*, nominato dal Governo e composto da dodici membri, nove dei quali scelti dalle Corti, un avvocato designato dal Consiglio nazionale forense, un pubblico ministero scelto dal Procuratore generale ed un componente scelto dal Ministro della giustizia tra i professori universitari in materie giuridiche.

Il *Judicial Appointment Board* pubblicizza i posti vacanti in organico, raccoglie le candidature e le valuta, proponendo al Ministro una lista di candidati classificati in ordine di merito: il Presidente della Repubblica provvede, quindi, solo alla nomina formale dei prescelti, recependo, per prassi, l'indicazione pervenuta al Ministro dal *Judicial Appointment Board*³⁸.

La scelta dei nuovi candidati ai posti vacanti nella Corte Suprema e nella Corte Suprema Amministrativa non è, invece, attribuita al *Judicial Appointment Board*, ma rimessa ad una speciale procedura, nella quale vengono direttamente consultati i componenti delle predette Corti Supreme.

Alla *National Court Administration* non sono, in ogni caso, attribuite competenze in materia disciplinare.

Le sanzioni disciplinari sono di competenza del *Chief Justice* di ciascun tribunale o del Cancelliere di Giustizia e dell'*Ombudsman* parlamentare³⁹.

Ai sensi dell'art. 108 Cost., il Cancelliere di Giustizia si occupa, infatti, tra le altre cose, di "assicurare che le Corti di giustizia, le altre autorità e i funzionari, gli impiegati pubblici e le altre persone che esercitano un incarico pubblico obbediscano alla legge e adempiano ai propri obblighi".

Analoga funzione spetta, ai sensi del successivo art. 109 Cost., all'*Ombudsman* parlamentare, il quale deve parimenti "assicurare che le Corti di giustizia, le altre autorità e i funzionari, gli impiegati pubblici e le altre persone che esercitano un incarico pubblico obbediscano alla legge e adempiano ai propri obblighi".

L'*Ombudsman* parlamentare e il Cancelliere di Giustizia sono, dunque, competenti in via esclusiva ad esaminare gli esposti presentati contro i giudici.

³⁸ Con la nuova legge del 2000, "the main innovation is that the recommendations of the Judicial Appointments Board are supposed to be followed not only by the Minister of Justice but also by the President of the Republic. In fact, this has always also been the case, with a single exception: The Board had voted 6-5 between the two main candidates and the appointment was finally given to the minority candidate": così S. Sarvilinna, *Court Administration in Finland*, cit., 601.

³⁹ Su ruolo e funzioni di questi due organi in Finlandia, cfr. soprattutto B. Thorarensen, *Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive*, in H. Krunke, B. Thorarensen (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, cit., 93.

Le decisioni dell'Ombudsman e del Cancelliere di Giustizia possono includere un rimprovero o un parere, ad esempio, su ciò che costituisca esatta osservanza della legge o corretta condotta giudiziale.

Ai sensi dell'art. 110 Cost, poi, “la decisione di mettere in stato d'accusa un giudice per condotta illegittima nell'esercizio delle sue funzioni spetta al Cancelliere di Giustizia e all'*Ombudsman*. Il Cancelliere di Giustizia e l'*Ombudsman* possono proporre o ordinare una messa in stato d'accusa anche in questioni che ricadono nell'ambito del controllo di legalità che essi esercitano. La legge disciplina il riparto dei poteri tra il Cancelliere di Giustizia e l'*Ombudsman*, senza, tuttavia, limitare la competenza di ciascuno di essi in materia di controllo di legalità”.

Il successivo giudizio è, ovviamente, di esclusiva competenza della magistratura penale.

Il livello di autonomia e indipendenza del giudiziario finlandese è considerato particolarmente elevato secondo i parametri europei ed ora ulteriormente accresciuto dall'introduzione della nuova autorità indipendente di recente istituzione⁴⁰.

8. Conclusioni comparative: i tratti comuni del modello nordico.

L'analisi sin qui condotta delle esperienze dei cinque ordinamenti nordici consente di trarre alcune sintetiche considerazioni conclusive di interesse comparativo.

Ricorrono, infatti, alcuni elementi comuni alle cinque esperienze, tra i quali:

- a) il riconoscimento espresso in Costituzione dell'autonomia e indipendenza del giudiziario dagli altri poteri dello Stato, sì come le connesse garanzie di inamovibilità, divieto di trasferimento e soggezione soltanto alla legge dei magistrati;
- b) l'assenza nelle Carte costituzionali di un organo analogo al Consiglio di giustizia, tipici di altre esperienze europee, ed il rinvio direttamente alla legge per la concreta individuazione dei meccanismi istituzionali volti a garantire la predetta autonomia ed indipendenza del giudiziario;
- c) l'istituzione (a partire dal 1975 in Svezia, per giungere sino al 2020 in Finlandia) di autorità amministrative indipendenti dall'esecutivo – con denominazione differenti, ma sostanzialmente traducibili con il ricorso al termine anglosassone di *Court Administration* – cui affidare il principale compito di provvedere all'amministrazione e alla gestione finanziaria, delle risorse e delle strutture, delle Corti;

⁴⁰ “The Finnish justice system is characterised by a very high level of perceived independence. Even with these high levels of perceived independence of the judiciary, Finland has recently undertaken reforms to further strengthen structural safeguards for judicial independence. A new independent body has been established to safeguard judicial independence. The *National Courts Administration*, which has taken office in January 2020, is an independent agency responsible for the administration of the courts, taking over functions previously exercised by the Ministry of Justice”: cfr. *European Commission - 2020 Rule of Law Report – Country Chapter on the Rule of Law situation in Finland* (Brussels, 30.9.2020 SWD(2020) 325 final).

- d) l'individuazione dei componenti delle predette autorità indipendenti attraverso un criterio misto, in parte elettivo/rappresentativo della categoria ed in parte a mezzo di designazione di esperti o tecnici da parte dell'esecutivo e/o del Parlamento, e, dunque, centrato sull'equilibrata compresenza di togati e laici nei rispettivi Consigli, ma con una (tendenziale) prevalenza di componenti togati;
- e) la contemporanea compresenza di altre autorità indipendenti – anch'esse a composizione mista e individuabili con il termine di *Judicial Appointment Board* – cui attribuire la complessiva competenza in tema di valutazione, selezione e reclutamento dei magistrati;
- f) l'individuazione di ulteriori autorità indipendenti, composte anch'esse con il consueto criterio misto togati/laici – con denominazioni diverse traducibili, in sostanza, con il termine di *Disciplinary Panels* – accomunate tutte (con la parziale eccezione della Finlandia) dalla generale competenza in materia di responsabilità e giudizio disciplinare nei confronti dei magistrati;
- g) l'elevato livello di indipendenza – sia esterna che interna – del giudiziario nei cinque ordinamenti, come registrato concordemente da analisi e *report* delle varie istituzioni europee competenti in materia⁴¹.

Dal complesso di questi elementi comuni, assieme considerati, sembra, dunque, emergere l'individuazione di un possibile modello nordico di autorità indipendenti garanti dell'autonomia delle Corti (*Court Administration*), comparabili ai Consigli di giustizia di altre esperienze europee, ed anzi “costitutive di un modello nord-europeo di Consiglio, distinto da un modello sud-europeo, del quale farebbero parte i Consigli dei paesi latini e quello del Belgio”⁴².

Ciò che, in ogni caso, costituisce il principale ed autentico tratto caratteristico di tale modello è la compresenza di almeno tre distinte tipologie di autorità indipendenti – a composizione mista togati/laici – garanti dell'effettiva autonomia delle Corti, in relazione:

- a) all'autonomia amministrativa, alla gestione finanziaria ed alla formazione dei magistrati (*Court Administration*);
- b) al reclutamento, alla selezione ed alle nomine dei magistrati (*Judicial Appointment Board*);
- c) al sindacato sulla responsabilità disciplinare (*Disciplinary Panels*).

Questo modello – composito e plurale – di autorità garanti dell'autonomia e indipendenza della magistratura negli ordinamenti nordici, pare, del resto, collocarsi in linea di stretta conformità con un nuovo approccio al tema degli assetti istituzionali in tema di governo autonomo della magistratura, in base al quale è necessario ampliare l'orizzonte interpretativo oltre i soli Consigli di

⁴¹ Cfr., in particolare, M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2010, 1754 ss.

⁴² Così M. Volpi, *La Magistratura*, in G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 397-398. Cfr. anche G. Cerrina Feroni, *L'autogoverno della magistratura amministrativa nei Paesi dell'Unione europea. Percorsi di comparazione*, cit., 35; W. Woermans, *Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models*, in F. Fernández Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, 2134 ss.

giustizia, per includervi ogni “judicial self-governance body”, ovvero ogni istituzione “with at least one judge whose primary function, entrenched in a legal norm, is to (a) decide about issues regarding court administration and/or the career of a judge, and/or (b) advise those who decide about such issues” e, dunque, di prendere in considerazione “not only judicial councils, but also judicial appointments commissions and similar bodies, the Court Service, court presidents, Supreme Courts (if vested with court administration), management boards or judicial boards”⁴³.

L’osservazione degli ordinamenti nordici consente, in conclusione, di confermare quanto considerato dall’analisi comparativa delle principali e più solide esperienze di democrazia consolidata in tema di indipendenza del potere giudiziario, ovvero “that judicial independence, observance of the rule of law and separation of powers is not only a matter of legal and constitutional guarantees, but also of something else, possibly a matter of tradition and culture of judicial independence”⁴⁴.

Francesco Duranti
Dip.to di Scienze Umane e Sociali
Università per Stranieri di Perugia
francesco.duranti@unistrapg.it

⁴³ Come suggerisce D. Kosar’, *Beyond Judicial Council: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in *German Law Journal*, vol. 19, no. 07, 2018, 1586-1587.

⁴⁴ Così, condivisibilmente, E. Holmøyvik, A. Sanders, *A Stress Test for Europe’s Judiciaries*, in H. Ballin, E. van der Schyff, G. Stremler (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2019. Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Springer, Berlin, 2020, 307.

I consigli di giustizia in America Latina: un quadro comparativo tra continuità e instabilità dei modelli

di Jacopo Paffarini

Abstract: Judicial Councils in Latin America: a comparative framework between continuity and instability of models. - This contribution proposes a first classification of the Latin American judicial councils based on the characteristics of their composition and functions. The research highlights two opposite trends: one aims at the preservation of the traditional prerogatives of the supreme courts, the other points at strengthen the non-judicial legitimization of the councils. Especially the last trend has produced certain episodes of politicization of judges' responsibility, which have severely compromised courts' independence in some countries. Moreover, while in various contexts judicial councils have struggled to maintain their autonomy, at the international level the recommendations of the *Cumbre Judicial Iberoamericana* have emphasized the importance of ethics for social legitimation of the judiciary.

Keywords: judicial councils; judicial self-governance; Latin America; Cumbre Judicial Iberoamericana; New Latin American Constitutionalism

5114

1. Premessa.

La ricerca riportata nelle pagine seguenti si inserisce nel percorso tracciato dalla letteratura comparativa ed avanza una prima classificazione delle esperienze dei consigli di giustizia latinoamericani. Quest'ultime sono state suddivise in base alle caratteristiche della procedura di composizione dell'organo (istituzioni coinvolte, metodo di scelta, presenza di membri laici), alle qualità delle funzioni riconosciute (ampiezza, esclusività, decisionalità) e alle regole sull'inamovibilità dei membri. Nel corso dell'indagine sono emersi una serie di aspetti propriamente latinoamericani, che hanno progressivamente spostato il fuoco dell'osservazione sulle garanzie di indipendenza interna della magistratura e sui tentativi di controllo degli organi di autogoverno¹. Ad esempio, si è notata una certa insistenza nel legare la funzione giudiziaria alla sovranità popolare, a cui si può ricondurre un duplice ordine di conseguenze: da un lato, la crescita nella varietà dei

¹ A tal proposito si richiamano le riflessioni di M. Carducci, *Costituzionalismo emancipatorio e "ciclo progressista" in America Latina*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2018, 113, per il quale «la democratizzazione dei poteri», ossia l'obiettivo costituzionale a cui aspiravano i governi di sinistra, ha ricevuto solo una attuazione sul piano formale e, soprattutto, è stato «pagato al costo dell'incontrollabilità di una nuova élite professionale - quella dei giudici - "progressista" nei contenuti ma "monarchica" nella mentalità, ossia refrattaria a riconoscere l'autonomia alla politica legittimata dal consenso».

meccanismi di partecipazione, dall'altro, l'applicazione controversa delle norme sulla responsabilità disciplinare dei giudici.

L'autonoma rilevanza dei consigli di giustizia latinoamericani è giustificata dalla specificità dell'organizzazione del potere giudiziario, davanti alla quale le spinte a favore di meccanismi di controllo esterno assumono un significato del tutto peculiare². Le prime costituzioni della regione, pur adottando il modello europeo di reclutamento per la magistratura delle corti distrettuali³, hanno consegnato il governo del sistema giudiziario alle corti supreme, che sono state poste sullo stesso piano degli altri poteri dello Stato e investite del controllo di legittimità sugli atti degli organi politici. L'adesione originaria ad una concezione rigida della divisione dei poteri ha dunque garantito una certa autonomia dei tribunali, almeno fino alle svolte autoritarie⁴.

Questo scritto, pertanto, intende mettere in luce le caratteristiche comuni e le peculiarità delle molteplici soluzioni riscontrate in merito al governo della magistratura, ma senza tralasciare le problematiche emerse in alcuni contesti nazionali dove si sono verificati tentativi di politicizzazione dei consigli. Si proverà, inoltre, a tracciare un bilancio degli esperimenti di dialogo tra gli organi di autogoverno e le corti supreme e di giustizia avvenute in seno alla *Cumbre Judicial Iberoamericana*, prendendo in esame i documenti prodotti dalle commissioni di lavoro che hanno indagato il tema dell'indipendenza dei giudici.

2. I precedenti storici e la costituzionalizzazione dei consigli di giustizia.

Anzitutto, occorre rilevare che i primi modelli di consigli di giustizia sono comparsi in America Latina già nel secondo dopoguerra nell'alveo delle democrazie elettorali - Venezuela (1964) e Colombia (1979) - e durante i governi delle giunte militari - Perù (1969), Brasile (1975), Uruguay (1981). La maggior parte contava su una presenza prevalente di giudici delle alte corti (Brasile, Colombia, Venezuela), mentre in altri contesti la composizione aspirava ad un equilibrio tra i vertici della magistratura e delle procure (Uruguay) o includeva membri del potere esecutivo e legislativo, oltre a rappresentanti dell'ordine degli avvocati e delle università (Perù).

È condivisibile l'osservazione della letteratura che ha riconosciuto in questi esperimenti i prototipi che hanno posto «le basi per le evoluzioni posteriori»⁵, a

² Cfr. L. Lopez Guerra, *Reflexiones sobre los modelos de gobierno de los jueces*, in *Foro Jurídico*, 2, 2003, 167, il quale osserva che il desiderio di «professionalizzare la carriera dei giudici», evitando condizionamenti legati alla conferma dell'incarico da parte delle assemblee legislative o delle Corti supreme, è stato uno dei principali motivi per l'introduzione dei consigli di giustizia.

³ Cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 519, che sottolineano l'importazione, tramite il dominio spagnolo e portoghese, del modello «burocratico-funzionariale» di organizzazione del potere giudiziario.

⁴ In questo senso, L. Lopez Guerra, *Reflexiones sobre los modelos de gobierno de los jueces*, cit., p. 166.

⁵ Si veda H. Zamudio, *Cuadernos para la Reforma de la Justicia. El Consejo de la Judicatura Federal*, Messico, 1996, p. 21-22.

condizione che si limiti lo sguardo all'aspetto formale delle attribuzioni e della divisione dei seggi tra le componenti togate e "laiche". Si rilevi, ad esempio, la sostanziale continuità delle caratteristiche del *Consejo Superior de la Judicatura* colombiano, i cui ampi poteri nella gestione del reclutamento e delle carriere dell'intero corpo giudiziario erano già stati progettati prima della Costituzione del 1991⁶. Dall'altra parte, anche il Perù dopo la transizione democratica non ha modificato le regole di formazione del *Consejo de la Magistratura*. Tuttavia, tali organi sono emersi in un contesto caratterizzato dall'autoritarismo, senza un'autentica progettualità istituzionale, come dimostra la mancanza di previsioni costituzionali a garanzia dell'indipendenza e dell'inamovibilità dei membri⁷. Ad esempio, il decreto legislativo del 18 dicembre 1979 che istituiva il *Consejo* colombiano non ha mai ricevuto attuazione a causa dell'opposizione della *Corte Suprema de Justicia*, che il 3 novembre 1981 ne ha dichiarato l'incostituzionalità. Un'eccezione a tale rilievo è rappresentata dal *Conselho de la Magistratura* del Brasile, introdotto dall'*Emenda Constitucional 7/75* adottata con decreto dell'esecutivo mentre il Congresso era dissolto⁸. Le sue competenze erano però limitate all'esame dei reclami contro la condotta dei magistrati, rispetto ai quali poteva procedere decretando la sospensione o l'allontanamento definitivo dall'incarico. In realtà si trattava di un «organo correzionale» diretto dalla corte di vertice⁹, che perciò non godeva di alcun appoggio tra la magistratura ordinaria (anche per questo la proposta di inserire un consiglio di giustizia nella Carta fondamentale del 1988 non è stata accolta dall'Assemblea Costituente)¹⁰.

Alla luce di tali precedenti si può ipotizzare che l'introduzione di componenti esterne nel governo del giudiziario ha avuto l'intenzione di correggere la natura generalmente corporativista e gerarchica dell'organizzazione della giustizia in America Latina¹¹. Si è trattato di un movimento di rottura con il passato che ha avuto un'intensità variabile a seconda del rigore delle esperienze autoritarie e,

⁶ Cfr. J. Ortiz Gutierrez, *El Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. La paulatina consolidación de un mandato constituyente*, in *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, 5, 2007, 103-111.

⁷ P. Planas, *El Consejo de la Magistratura en America Latina (anotaciones para un estudio comparativo)*, in *Revista Foro*, 2, 1998, 43 ss.

⁸ Il decreto presidenziale di modifica della Costituzione era stato emanato in forza dell'*Ato Institucional 5/1968*, emesso dal governo presieduto dalla giunta militare, con il quale venivano conferiti ampi poteri normativi ed emergenziali al Presidente della Repubblica eletto dal Congresso.

⁹ Il *Conselho Superior de la Magistratura* brasiliano era composto da sette giudici del *Supremo Tribunal Federal*, eletti dalla stessa corte, e dal Procuratore Generale.

¹⁰ L'attuale *Conselho Nacional de Justiça* è stato infatti creato con una legge di revisione costituzionale nel 2004. Sugli sviluppi storici dell'autogoverno della magistratura in Brasile, cfr. F. Pansieri, *Conselho Nacional de Justiça*, in *Enciclopedia Jurídica da PUC*, São Paulo 2017. Disponibile al sito: enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/52/edicao-1/conselho-nacional-de-justica

¹¹ Un ulteriore fattore di crisi del sistema tradizionale di gestione del corpo giudiziario è rappresentato dalla comparsa dei tribunali costituzionali, che ha contribuito ad un forte ridimensionamento del ruolo di riferimento esercitato dalle corti supreme. Si consideri, inoltre, che gli organi di controllo di legittimità sono divenuti parte attiva del processo di nomina dei consigli di giustizia peruviano (nel 2019) e colombiano (nel 1991).

soprattutto, del carattere più o meno radicale dei movimenti che hanno guidato la transizione alla democrazia¹².

Attualmente in tutti i paesi dell'America Latina - con eccezione di Cile, Venezuela, Uruguay e Nicaragua - esiste un consiglio di giustizia dotato di poteri consultivi o decisionali sugli aspetti essenziali della carriera dei giudici¹³. L'analisi comparativa di tali esperienze ci permette di cogliere alcuni profili comuni in merito al fondamento normativo, alle garanzie di inamovibilità e alle funzioni, mentre l'aspetto in cui si registra la maggiore diversità riguarda le modalità di composizione.

Con eccezione di Panama e Costa Rica, negli ordinamenti della regione l'esistenza dei consigli di giustizia viene sancita dalle carte fondamentali, segnando un cambiamento di protezione rilevante rispetto al passato. In alcuni casi la ricezione è avvenuta nell'ambito di estesi processi di riforma dell'ordinamento giudiziario (come, ad esempio, in Argentina e Messico nel 1994 e in Brasile nel 2004), in altri, invece, è stata il frutto del confronto in seno alle assemblee costituenti (come in Colombia nel 1991, in Perù nel 1993 e, per ultimo, in Ecuador nel 2008).

Le costituzioni democratiche hanno esteso ai consigli di giustizia le medesime garanzie di inamovibilità previste per gli organi di vertice del potere giudiziario: i loro membri possono essere allontanati dalla carica solamente con la procedura di messa in stato d'accusa da parte del congresso (*juicio político* o *impeachment*) e per specifiche ipotesi di illecito¹⁴. Ciononostante, nel primo periodo, le principali problematiche seguite alla creazione dei consigli si sono verificate proprio sul piano dei rapporti interni alla magistratura, soprattutto quando le corti supreme sono state private delle competenze sulle carriere dei giudici ordinari¹⁵.

A tal proposito si richiama un'importante vicenda giudiziaria che ha avuto luogo nel 2005 ed ha visto il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano opporsi alla *Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 3367, promossa dall'Associazione Nazionale dei Magistrati e volta a far dichiarare l'illegittimità del *Conselho Nacional de Justiça* creato l'anno precedente. Il sindacato dei giudici brasiliani riteneva infatti un pericolo per la separazione dei poteri l'affidamento di funzioni di controllo sul giudiziario ad un organo che prevede la presenza di membri eletti da organi politici. La domanda è stata tuttavia respinta dalla corte, la quale ha ritenuto

¹² Sul punto, si veda la particolare radicalità delle proposte di riforma della giustizia emerse nel ciclo costituzionale democratico argentino, riportate da R. Gargarella, *In Search of Democratic Justice - What Courts Should Not Do: Argentina (1983-2002)*, in S. Gloppen; R. Gargarella; E. Skaar, *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londra-Portland, 2004, 132-143.

¹³ Per un conteggio più preciso si osservi che in Venezuela ha operato un *Consejo de la Judicatura* fino all'introduzione della Costituzione Bolivariana (1999).

¹⁴ Fa eccezione a questo rilievo l'Argentina, dove l'Art. 7, n. 14, della Ley 24.937 (*Ley del Consejo de la Magistratura de la Nación*) stabilisce un trattamento differenziato per i membri scelti dal Congresso e dal potere esecutivo. Nello specifico, mentre questi ultimi possono essere revocati dagli organi che li hanno incaricati, per i componenti togati e gli accademici è necessaria una delibera a maggioranza di tre quarti dello stesso *Consejo*. Cfr. M. Torricelli, *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, 2016, 381-2.

¹⁵ L. Lopez Guerra, *Reflexiones sobre los modelos de gobierno de los jueces*, cit. p. 168.

infondati i motivi del ricorso nella misura in cui il *Conselho* «non ha poteri giurisdizionali, né dispone di attribuzioni e competenze il cui esercizio interferisca con la funzione giurisdizionale». Sul fondamento normativo dei consigli di giustizia si è espressa, da ultimo, la Corte Costituzionale colombiana (sent. n. 285 del 2016), la quale ha sostenuto l'indefettibilità, nel quadro istituzionale del paese, di un organo di autogoverno della magistratura composto prevalentemente da magistrati e dotato di garanzie di inamovibilità¹⁶.

3. La composizione, i criteri di nomina e le funzioni dei Consigli di giustizia: una proposta di classificazione.

I testi costituzionali dell'America Latina presentano una notevole varietà di soluzioni in merito alla composizione dei consigli di giustizia, tra le quali è possibile disgiungere due opposte tendenze: una, rivolta alla conservazione delle prerogative di controllo delle corti di vertice, l'altra, all'introduzione di elementi esterni di natura non giudiziaria nel governo della magistratura. Lo studio comparativo è pertanto servito a far emergere questa tensione che si ripercuote sulla disciplina delle funzioni e sul rendimento dei modelli. La proposta di classificazione che viene avanzata in seguito è stata dunque realizzata mediante l'identificazione di due estremi che racchiudono lo spettro delle vicende e delle configurazioni relative agli attuali consigli di giustizia.

5118

3.1 I modelli a prevalenza della componente espressa dalle magistrature superiori.

Utilizzando questa chiave di lettura si può distinguere un primo nucleo di esperienze, riguardanti due paesi dell'America centrale, in cui l'introduzione degli organi di autogoverno non ha scalfito il tradizionale monopolio amministrativo delle corti supreme, risolvendosi, pertanto, in un cambiamento "di facciata" dell'organizzazione del giudiziario. Il caso più rappresentativo è senz'altro quello del *Consejo Superior del Poder Judicial* di Costa Rica, i cui membri sono interamente scelti dalla Corte Suprema ogni sei anni. Si tratta di un organo non previsto dalla Costituzione del paese ma introdotto in via legislativa per svolgere funzioni di nomina e di gestione del personale dei tribunali distrettuali. Tuttavia, nell'adempire a tali compiti deve attenersi strettamente alle direttive della Corte Suprema, che stabilisce il budget a disposizione e, tramite il suo Presidente, può

¹⁶ La sentenza si è espressa su una riforma costituzionale che prevedeva la sostituzione del *Consejo Superior de Judicatura*, disciplinato dalla Carta fondamentale del 1991, con un organo composto da giudici e membri non togati soggetti a conferma periodica. È stato inoltre osservato che il caso introduce un limite implicito alla revisione costituzionale: si veda A. Fernando Restrepo, *¿El Consejo Superior de la Judicatura como pilar fundamental de la Constitución? A propósito del principio de autogobierno judicial referido en la sentencia C-285 de 2016*, in *Revista CES Derecho*, vol. 9, 1, 2018, 73-93.

intervenire sul merito delle decisioni adottate¹⁷. L'altro caso è rappresentato dal *Consejo Judicial* di Panama, anch'esso creato con legge ordinaria come «organismo consultivo» incaricato di definire formule e proporre politiche pubbliche per il rafforzamento del sistema amministrativo della giustizia¹⁸.

Un secondo gruppo di ordinamenti si distingue per la maggiore autonomia accordata ai consigli, sebbene le istanze giudiziarie superiori mantengano la prerogativa di nominare la totalità o la maggioranza dei componenti. Presentano tali caratteristiche: il *Consejo Superior de la Judicatura* di Colombia (formato da sei membri, due dei quali sono scelti dalla Corte Suprema, uno dalla Corte Costituzionale e tre dal Consiglio di Stato¹⁹), il *Conselho Nacional de Justiça* del Brasile (composto da quindici membri, di cui nove sono scelti delle corti supreme di tre circuiti della giustizia: federale, ordinaria e del lavoro) e il *Consejo de la Judicatura Federal* del Messico (costituito da sette membri, uno dei quali è il Presidente della Corte Suprema e altri tre sono scelti dal *plenum* della stessa a maggioranza qualificata)²⁰.

Nei tre ordinamenti gli organi di autogoverno assumono attribuzioni rilevanti in merito alla disciplina, alla carriera e al trasferimento dei giudici (art. 256, 3, Cost. Colombia, art. 103-B, §4, III, Cost. Brasile, art. 100, c.4, Cost. Messico), adottano regolamenti sul funzionamento degli uffici e, soprattutto, sull'attuazione dei codici etici della magistratura (art. 103-B, §4, I e II, Cost. Brasile; art. 81, II, *Ley Orgánica del Poder Judicial* del Messico)²¹. È opportuno menzionare anche la funzione di proposta legislativa in merito alla divisione territoriale delle circoscrizioni (art. 257 Cost. Colombia; art. 81, IV-VI, *Ley Orgánica del Poder Judicial* del Messico), ai codici procedurali e sostanziali (art. 257, 4, Cost. Colombia). Infine, si rileva il potere di iniziativa in materia di bilancio

¹⁷ Si veda, in tal senso, l'art. 81 della *Ley del Poder Judicial*. L'art. 167 della Costituzione costaricana attribuisce ai giudici supremi il potere iniziativa legislativa sugli aspetti relativi all'organizzazione e al funzionamento della giustizia, specificando che il Congresso può riformare la proposta soltanto con il voto favorevole dei due terzi dei componenti.

¹⁸ Si vedano gli artt. 212 e 213 della legge 53 del 27 agosto 2015 che è intervenuta a regolare la carriera dei giudici. La legislazione prevede che la responsabilità dei magistrati è valutata da appositi «Tribunali speciali di Integrità e Trasparenza», composti da tre giudici selezionati con un concorso pubblico indetto dalla Corte Suprema, mentre la carriera è competenza del *Consejo de Administración de la Carrera Judicial* integrato da quattro membri espressione delle differenti gerarchie della magistratura.

¹⁹ Per le sole decisioni in materia disciplinare la Sala è composta da sette magistrati eletti dal Congresso, quattro dei quali tra le terne proposte dalla Sala Amministrativa del *Consejo* e tre nell'ambito di terne proposte dal Presidente della Repubblica.

²⁰ A conferma del ruolo preponderante delle giurisdizioni di vertice, in Brasile ed in Messico la presidenza dei consigli spetta di diritto ai presidenti delle massime istanze giudiziarie del paese: rispettivamente, il *Supremo Tribunal Federal* e la *Corte Suprema de Justicia*.

²¹ A tal proposito il *Supremo Tribunal Federal* del Brasile ha stabilito che le risoluzioni del *Conselho Nacional de Justiça* assumono il rango di norme primarie. Si veda la decisione della Corte sull'*Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADC) 12, del 16 febbraio 2006, disponibile al sito portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461

per l'intero settore della giustizia - con l'importante eccezione delle corti costituzionali e supreme (art. 100 Cost. Messico; art. 256, 5, Cost. Colombia)²².

Il principale limite di tali esperienze è rappresentato dalla non esclusività delle attribuzioni dei consigli, soprattutto in materia disciplinare: le Corti supreme di Colombia e Messico mantengono il potere di procedere sui magistrati, mentre in Brasile questa prerogativa spetta a ciascun tribunale a maggioranza assoluta dei membri (art. 93, X, Cost.). Si osservi inoltre che i provvedimenti relativi alla carriera sono impugnabili davanti alle corti federali in Brasile (in prima istanza) e alla Corte Suprema in Messico, in Colombia, invece, è ammesso solo il ricorso in via amministrativa al Consiglio di Stato. È opportuno sottolineare delle differenze tra i tre ordinamenti menzionati in merito al reclutamento dei magistrati: in tutti i casi, infatti, l'accesso alla carriera avviene per concorso pubblico, ma solo in Messico e in Colombia i parametri di merito e la lista dei candidati selezionati vengono elaborati dai *consejos*, mentre in Brasile la gestione dei concorsi è affidata al tribunale che assegna l'incarico.

3.2 I modelli a prevalenza della componente non giudiziaria.

Un terzo gruppo di esperienze ha preso avvio dalla ricerca di un equilibrio tra la componente togata e laica dei consigli, nell'intento di ridimensionare il peso delle magistrature di vertice. Il caso più significativo è rappresentato dal *Consejo de la Magistratura* argentino, introdotto all'art. 114 della Costituzione con la riforma del 1994, come parte del *Núcleo de Coincidencias Básicas* derivante da una lunga sessione di incontri tra le due maggiori forze politiche del paese²³. La formulazione costituzionale, pur non specificando il numero complessivo dei membri, esige che vi sia equilibrio tra quattro istanze rappresentative: politica, giudiziaria, forense e accademica. La volontà dei riformatori non ha però resistito davanti alle pressioni dei partiti che hanno ben presto determinato un cambiamento nei criteri di formazione dell'organo, il quale è attualmente composto da sette membri di derivazione politica, tre magistrati, due avvocati e un docente universitario²⁴. Con riferimento alla componente togata, inoltre, occorre segnalare che l'ordinamento argentino è l'unico in America Latina a stabilire un processo elettorale esteso a tutto il corpo della magistratura, che adotta il metodo proporzionale e garantisce la partecipazione egualitaria dei giudici.

²² Il *Conselho Nacional de Justiça* del Brasile non possiede poteri di proposta in tema di organico e divisione territoriale dei distretti, i quali sono invece attribuiti dall'art. 96, II, della Costituzione al *Supremo Tribunal Federal* e alle corti di circuito.

²³ Sul *Pacto de Olivos* tra il partito radicale e il partito giustizialista si veda N. Sagües, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2019, 104 e ss.

²⁴ Nello specifico, gli artt. 1 e 2 della *Ley 26.080*, fissano a tredici il numero dei membri del *Consejo*, di cui tre giudici, eletti con metodo proporzionale d'Hont su un collegio nazionale, tre deputati e tre senatori, due scelti della maggioranza e uno della minoranza di ciascuna camera; un membro nominato dal Presidente della Repubblica; due rappresentanti degli avvocati eletti con voto delle federazioni; un docente universitario di diritto eletto dal *Consejo Interuniversitario Nacional*.

Possono rilevarsi caratteristiche analoghe osservando la composizione dei consigli di giustizia di El Salvador e Paraguay, nei quali la metà dei membri è espressione dell'ordine degli avvocati e delle università pubbliche e private. In entrambi i paesi la legislazione ordinaria disciplina il processo elettorale interno alle comunità forense e accademica²⁵, con la differenza che nel primo paese l'esito delle votazioni deve passare per la ratifica dell'assemblea legislativa, che decide a maggioranza di due terzi dei componenti²⁶. Più recentemente tale tendenza si è affermata anche in Perù, dove il *Consejo de la Magistratura* – che già contava su una componente maggioritaria di avvocati e docenti universitari – è stato abolito con referendum costituzionale e sostituito da un nuovo organo (*Junta Nacional de Justicia*) nominato attraverso un concorso pubblico, secondo criteri di merito, con la supervisione di una commissione speciale di natura mista²⁷.

Sotto il profilo delle attribuzioni occorre osservare che i consigli di giustizia appartenenti a questo gruppo di esperienze si caratterizzano per le ampie prerogative disciplinari, davanti alle quali le funzioni di nomina, consultazione e iniziativa assumono un carattere residuale. La «*potestad de ratificación*» disciplinata all'art. 35 della *Ley Organica de la Junta Nacional de Justicia* del Perù, costituisce un significativo esempio dell'indirizzo che il Congresso ha voluto conferire al governo del corpo giudiziario. Tale previsione prescrive la conferma periodica dell'incarico dei magistrati, per la quale richiede la verifica dell'idoneità, efficienza e qualità delle prestazioni e una delibera favorevole della *Junta* a maggioranza di due terzi (art. 36). Risulta altresì problematica l'ambiguità delle fattispecie di illecito funzionale previste dalla legislazione argentina, tra le quali spicca il «*mal desempeño de las funciones*» che, secondo una consolidata giurisprudenza, autorizza ad entrare nelle valutazioni di merito espresse dal giudice²⁸.

I profili messi in luce riflettono un indebolimento progressivo della magistratura in tali paesi, testimoniato anche dalle proposte di riforma volte a sottoporre il potere giudiziario a controlli di natura politica. Si ricorda, a tal proposito, la *Ley 26.855* che aveva introdotto il suffragio universale per l'elezione dei membri togati del consiglio della magistratura argentino, e che è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema per l'evidente violazione degli equilibri tra le diverse componenti dell'organo imposti dalla Carta fondamentale²⁹.

Le pressioni per la “democratizzazione” della funzione giudiziaria hanno invece ottenuto un esito ben diverso nella creazione dei Consigli di giustizia di Bolivia e di Ecuador, che per questo meritano una considerazione a parte nella

²⁵ In Paraguay il procedimento elettorale all'interno dell'ordine degli avvocati e delle comunità accademiche è previsto all'art. 262 della Costituzione e regolato dalla *Ley* n. 296 del 25 giugno 2014 che organizza il funzionamento del *Consejo de la Magistratura*.

²⁶ Si veda l'art. 10 della *Ley del Consejo Nacional de la Judicatura* di El Salvador (*Decreto 536* del 27 gennaio 1999).

²⁷ *Ley Organica de la Junta Nacional de Justicia*, n. 30916, 13 febbraio 2019.

²⁸ Art. 14, *Ley* 24.937, del 30 dicembre 1997. La legittimità di tale prassi è stata confermata dalla Corte Suprema (Caso *Moliné O'Connor*, Fallos, 329:3235). Sul punto si veda N.P. Següés, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., 304–5.

²⁹ “Caso Rizzo”, sentenza del 18 giugno 2013 (*Fallos*, 336:760).

classificazione³⁰. Anzitutto, si osservi che le procedure di formazione dei *consejos* non garantiscono la presenza di giudici: la scelta dei candidati è infatti guidata soltanto da requisiti anagrafici, di integrità morale e di competenza. La selezione dei consiglieri è il risultato di un procedimento complesso, che esige il coinvolgimento dei gruppi organizzati espressione delle «nazionalità indigene» e delle entità sindacali, accademiche e professionali³¹. Questo metodo di reclutamento costituisce l'espressione più significativa del principio di «*participación ciudadana*» che le legislazioni di entrambi i paesi pongono a fondamento del sistema di amministrazione della giustizia, ad integrazione dei principi derivanti dalla tradizione liberale³². Tuttavia, esistono diversità importanti tra le due esperienze riguardo alle modalità con cui esso trova attuazione. In Bolivia le entità sociali intervengono nella presentazione dei candidati che vengono sottoposti all'Assemblea Nazionale, la quale, a sua volta, dovrà selezionare una lista di quindici nomi da presentare al corpo elettorale. La legislazione proibisce campagne da parte delle forze politiche a sostegno dei candidati, mentre affida all'*Órgano Electoral Plurinacional* la pubblicazione dei curriculum contenenti la specificazione dei meriti e delle esperienze professionali o come autorità indigena³³. Nell'ordinamento ecuadoriano, invece, l'investitura dei consiglieri è affidata all'organo rappresentativo delle entità sociali e plurinazionali - il *Consejo de Participación Ciudadana e Control Social*³⁴ - il quale è chiamato a scegliere i cinque nomi tra le terne inviate dal Presidente della Corte Nazionale di Giustizia, dal Procuratore Generale della Nazione, dal *Defensor del Pueblo*, dal Presidente della Repubblica e dall'Assemblea Nazionale (art. 179 Cost.)³⁵.

La trasformazione in senso partecipativo delle basi di legittimazione dei consigli è stata seguita dall'ampliamento delle attribuzioni sulla gestione del corpo

³⁰ Tra i più recenti contributi riguardanti gli sviluppi del costituzionalismo di Bolivia ed Ecuador, si vedano le riflessioni di A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2020, 317-362.

³¹ In Bolivia il reclutamento e la gestione dei magistrati e dei funzionari dell'ordinamento giudiziario sono regolati dalla legge n. 025 dell'8 giugno 2010, *Ley del Órgano Judicial*. Tra i principi ispiratori vi è il rispetto per la «parità di genere» e la «plurinazionalità» (art. 21, III e art. 183, IV) che viene perseguito attraverso un apposito sistema di quote nella selezione dei giudici e dei funzionari. L'art. 164, II, della *ley* estende i principi relativi al reclutamento dei giudici al procedimento di elezione dei membri del *Consejo de la Magistratura*.

³² Si veda l'art. 164, II, *Ley del Órgano Judicial* di Bolivia, in cui si stabilisce che il *Consejo de la Magistratura* «*además de los principios establecidos para el Órgano Judicial [...] se rige por el principio de participación ciudadana*». Per l'Ecuador, v. l'art. 36, *Código Orgánico de la Función Judicial*, legge 544 del 9 marzo 2009.

³³ L'art. 194 della Costituzione prevede che l'elezione dei cinque consiglieri avvenga per suffragio universale su un collegio nazionale. La disciplina del procedimento elettorale è contenuta agli artt. 170-174 della *Ley del Órgano Judicial*.

³⁴ Si ricorda che secondo la Costituzione del 2008 la «funzione di trasparenza e controllo sociale» costituisce un potere autonomo dello Stato ecuadoriano (Titolo IV, Capitolo V). Sul punto, tra i molteplici contributi della letteratura, cfr. S. Baldin, *La tradizione giuridica controegemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 143, 2015, 483 e 530.

³⁵ La Costituzione di Ecuador specifica che il procedimento di investitura deve essere pubblico e la scelta del candidato vincitore è retta da criteri di metodo e competenza (art. 180), anche se mancano previsioni più specifiche a riguardo.

giudiziario. Tra queste si evidenziano: la competenza ad avviare e presiedere le procedure di concorso per il reclutamento dei magistrati di tutte le giurisdizioni ad eccezione di quella costituzionale (art. 181 Cost. Ecuador) e a proporre i nomi dei candidati vincitori per la nomina agli organi competenti (art. 195 Cost., 7, Bolivia)³⁶; il potere di decidere in via definitiva sulle infrazioni dei magistrati e dei funzionari, a cui si aggiunge quello di decretare la rimozione per «*faltas gravísimas*» (art. 195, 1 e 4, Cost. Bolivia e art. 109 del *Código Orgánico de la Función Judicial* dell'Ecuador)³⁷. A proposito della responsabilità disciplinare, l'art. 187 della Costituzione dell'Ecuador attribuisce al *Consejo de la Judicatura* il compito di determinare, insieme agli organi del controllo sociale, i «parametri tecnici» per la realizzazione della valutazione periodica delle condotte tenute in servizio. L'attuazione di tale previsione ha dato luogo a rilevanti strumentalizzazioni, come si vedrà in seguito, producendo un impatto fortemente negativo sull'indipendenza della magistratura.

4. Le recenti tendenze degenerative: i casi di Perù ed Ecuador.

Il tema dell'indipendenza del potere giudiziario è attualmente riapparso nella sfera pubblica latinoamericana, scossa dagli episodi di corruzione svelati dall'*Operação Lava-Jato* e dall'instabilità governativa che è seguita al coinvolgimento nelle indagini degli organi di vertice di diversi Stati³⁸. Nei paesi andini, in particolare, si sono verificati i più importanti casi di "politicizzazione della magistratura", con interventi dell'esecutivo sulla gestione del corpo giudiziario che hanno provocato rilevanti asimmetrie nella divisione dei poteri. L'ultima vicenda in ordine temporale riguarda il Perù, dove clamore mediatico generato dalle inchieste sulle nomine pilotate e i traffici di influenze tra i membri del *Consejo Nacional de la Magistratura* ha fornito l'occasione per una profonda riforma dell'organo di autogoverno. A seguito della rimozione dei consiglieri deliberata all'unanimità dal Congresso³⁹, il Presidente Vizcarra si è fatto promotore di una proposta di revisione costituzionale con la quale è stato soppresso il *Consejo de la Magistratura* e sono stati alterati i criteri di scelta dei componenti della nuova *Junta Nacional de*

³⁶ In base all'art. 18 della legge n.25 dell'8 giugno 2010 - *Ley del Órgano Judicial* - il *Consejo de la Magistratura* di Bolivia propone una terna al *plenum* del *Tribunal Supremo de Justicia* per la scelta dei giudici da assegnare ai distretti.

³⁷ La *Ley del Organo Judicial* di Bolivia, prevede all'art. 210, la possibilità di impugnazione al *Tribunal Constitucional Plurinacional* delle decisioni emesse dal *Consejo de la Magistratura* per violazione dei diritti e delle garanzie previste dalla Costituzione.

³⁸ Per la letteratura comparativa si veda: P. Petrillo, *La guerra tra gli organi costituzionali in Brasile e l'impeachment del Presidente dell'Unione*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2016; S. Giannello, *L'(ir)responsabilità giuridica del Presidente brasiliano: il consolidamento di un paradigma costituzionale latinoamericano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2018, 423-452. Si permetta anche il rinvio a J. Paffarini, *L'inchiesta Lava-Jato e l'instabilità governativa in America Latina. Verso una nuova frontiera del controllo parlamentare sui presidenti?*, in *DPCEonline*, 4, 2019, 2935- 2951.

³⁹ La rimozione dei membri del consiglio «*por causas graves*» è prevista dall'art. 157 della Costituzione del 1993 e specificata dall'art. 11 della *Ley Organica del Consejo Nacional da Magistratura*, n. 26397, del 25 novembre 1994.

Justicia. La formazione dell'organo è infatti affidata a una *Comisión especial* integrata da cinque rappresentanti delle istituzioni che esercitano funzioni di controllo sulle attività degli organi politici (il *Defensor del Pueblo*, che la presiede; il Presidente della Corte Suprema; il *Fiscal de la Nación*; il Presidente del *Tribunal Constitucional*; il *Contralor General de la República*) e due rappresentanti del mondo accademico (due rettori, eletti dai propri pari delle università pubbliche e private)⁴⁰.

Secondo la disciplina dalla *Ley Organica de la Junta Nacional*, l'esercizio delle funzioni di nomina deve attenersi a criteri di merito e deve promuovere la partecipazione cittadina: la *Comisión especial* ha l'obbligo di promuovere un concorso pubblico al fine di procedere alla selezione dei candidati alla carica di consigliere, nonché di replicare alle eventuali impugnazioni interposte. Il nodo più problematico della riforma, oltre alla già menzionata «*potestad de ratificación*», è tuttavia rappresentato dalla disciplina della funzione sanzinatoria. Sotto tale aspetto, la *Ley Organica* prevede fattispecie dai contorni piuttosto sfumati⁴¹ che alimentano il rischio di un uso discrezionale del potere di rimozione, già elevato per l'attuale situazione di crisi istituzionale generalizzata.

Proseguendo sulle criticità emerse nel rapporto tra politica e magistratura, si segnala la controversa attuazione del *Consejo de la Judicatura* dell'Ecuador a partire dal referendum costituzionale del 2011, che ha modificato la composizione dell'organo rafforzando la partecipazione dei vertici dei poteri dello Stato all'indicazione dei suoi membri⁴². Il nuovo *Consejo* ha ampliato l'interpretazione dell'«*error inexcusable por falta de fundamentación*», ipotesi che permette l'allontanamento definitivo dei giudici dall'incarico e la revisione dell'esito del processo⁴³. I tentativi di “cattura del potere giudiziario” da parte dell'esecutivo si sono ripetuti nel periodo più recente con la metamorfosi dell'organo a cui la Costituzione del 2008 ha attribuito la funzioni di nomina sugli altri poteri dello Stato, tra i quali il *Consejo de la Judicatura*. Facendo nuovamente appello al corpo elettorale, il Presidente della Repubblica Lenin Moreno ha sottoposto a votazione la proposta di attribuire ampie funzioni di controllo e di censura ad un nuovo *Consejo de Participación Ciudadana e Controle Social Transitorio*, riservandosi la

⁴⁰ Si rinvia all'art. 71, *Ley Organica de la Junta Nacional de Justicia*, n. 30916 del 13 febbraio 2019.

⁴¹ L'art. 41 prevede che si possa procedere alla rimozione dall'incarico per «*la comisión de un hecho grave*» anche quando non costituisca delitto o infrazione alla Costituzione. Secondo il dispositivo legale è infatti sufficiente che la condotta abbia compromesso «*la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público*».

⁴² Nel disegno originario della Costituzione ecuadoriana era previsto che i consiglieri venissero selezionati con un concorso pubblico aperto alla cittadinanza e in base a criteri di merito.

⁴³ Si tratta di una fattispecie prevista all'art. 109, §7, della *Ley Organica de la Funcion Judicial*. Sul punto, cfr. V. Ordóñez-Segarra; C. Navarez-Zurita; J. L. Vazquez-Calle; J. C. Erazo-Álvarez, *Análisis de la independencia judicial en la administración de la justicia en Ecuador*, in *Iustitia Socialis*, n.1, 2020, p. 592. La dottrina ecuadoriana, a tal proposito, segnala che solo nel primo semestre del 2013 sono stati avviati 42 procedimenti disciplinari, 37 dei quali su iniziativa di funzionari governativi, i quali hanno portato alla rimozione di 57 giudici per «*error inexcusable por falta de fundamentación*».

scelta dei componenti. La vicenda ha rappresentato un passo determinante per l'apertura di uno stato d'eccezione durante il quale, a dispetto delle garanzie di inamovibilità stabilite della Costituzione, sono stati sospesi e sostituiti i giudici costituzionali e i titolari delle principali cariche della magistratura⁴⁴.

5. Il contributo della Cumbre Judicial Iberoamericana allo sviluppo di un potere giudiziario indipendente.

A fronte di tali attacchi ai principi dello stato di diritto, occorre segnalare alcuni significativi sforzi per la realizzazione di organismi di dialogo e coordinamento tra gli organi preposti al governo del sistema giudiziario. Il dato più significativo nell'ultimo periodo è senza dubbio rappresentato dal consolidamento organizzativo e dalla crescita delle commissioni di lavoro della *Cumbre Judicial Iberoamericana*, nata nel 2004 con l'intento di predisporre scambi di esperienze e pianificare strategie di cooperazione volte al potenziamento dell'organizzazione e del funzionamento della giustizia. Attualmente aderiscono all'organizzazione i venti paesi dell'America Latina di lingua ufficiale portoghese e spagnola, a cui si aggiungono tre stati europei: Spagna, Portogallo e Andorra.

La comparsa della *Cumbre* consolida un'esperienza già avviata di confronto sui temi della giustizia, la sua struttura rispecchia infatti la fusione di due reti che dal 1990 si riunivano separatamente: quella dei presidenti delle corti supreme e dei tribunali supremi di giustizia e quella dei consigli della magistratura⁴⁵. Tuttavia, le norme interne di funzionamento sono state profondamente rivisitate per ridurre l'informalità che aveva caratterizzato i primi incontri⁴⁶. L'organo decisionale della *Cumbre* è l'Assemblea plenaria, che riunisce i rappresentanti dei ventitré paesi e si esprime sulle proposte elaborate dai gruppi di lavoro che precedono l'apertura dei vertici. La Commissione permanente di coordinamento ha il compito di dirigere i gruppi di lavoro nella preparazione dei documenti da sottoporre a votazione, verificare le difficoltà nell'attuazione delle intese e delle risoluzioni già approvate e formulare raccomandazioni per migliorare l'efficienza dei lavori. Le convocazioni dei vertici hanno seguito fin dall'inizio una cadenza biennale, ma nel periodo più recente sono state chiamate delle "plenarie preparatorie" con il compito di delimitare le tematiche di lavoro in vista delle riunioni ufficiali.

Uno dei "prodotti" più rilevanti della *Cumbre* è lo «statuto del giudice iberoamericano» in cui, per la prima volta, l'Assemblea plenaria ha preso una posizione nei confronti di alcuni aspetti organizzativi diffusi nella regione, anche

⁴⁴ Per una ricostruzione delle vicende giudiziarie e costituzionali dell'Ecuador tra il 2017 e il 2018, v. il report del *Lawfare Institute*, disponibile al link: lawfareinstitute.com/?p=597

⁴⁵ Rispettivamente, la *Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia* e l'*Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura*

⁴⁶ Il vertice di El Quito del 2018 ha riformato le "norme di funzionamento della Cumbre Judicial Iberoamericana", secondo le quali sono parti della struttura organizzativa l'Assemblea plenaria, la Segreteria Permanente, la Segreteria Pro-tempore, i Coordinatori nazionali e la Commissione di coordinamento. Il regolamento della *Cumbre Judicial Iberoamericana* è accessibile al sito: www.cumbrejudicial.org/institucional/normativa

in prospettiva critica. Vale la pena ricordare la rivendicazione dell'indipendenza «interna», intesa come autonomia del giudice rispetto alle istanze giurisdizionali superiori (art. 4), la valorizzazione di criteri obiettivi di merito nel reclutamento dei magistrati (art. 11), la contrarietà verso la politica degli incarichi non permanenti e soggetti a conferma periodica (art. 15); il diritto al giusto processo e all'appello nell'ambito dei processi disciplinari (art. 20).

Merita attenzione il *Código Iberoamericano de Ética Judicial* approvato dalla *Cumbre* del 2014 e presentato come il risultato di uno sforzo comparativo, intenzionato a costruire un'«identità» iberoamericana nel rispetto delle peculiarità dei codici di condotta nazionali⁴⁷. Il testo dispone su molteplici aspetti della funzione giudiziaria che interessano i singoli giudici (come il divieto di interferire sui colleghi, l'obbligo di astenersi nei casi in cui sia compromessa l'imparzialità del giudizio e di decidere secondo i valori dell'ordinamento), ma anche sul funzionamento del sistema di giustizia nel suo complesso. Su quest'ultimo profilo si veda la dichiarazione contenuta all'art. 1, la quale ricorda che le istituzioni che garantiscono l'indipendenza della funzione giudiziaria «non sono finalizzate a mettere il giudice in una posizione di privilegio», ma a proteggere i cittadini dall'arbitrarietà, «a realizzare i valori costituzionali e a salvaguardare i diritti fondamentali». L'ultima parte del Codice è dedicata alla regolamentazione della *Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*, organo formato da nove membri eletti dal *plenum* della *Cumbre* ed avente il compito di esprimere pareri non vincolanti sui quesiti sottoposti dalle corti di vertice o dai consigli di giustizia.

Negli ultimi tempi la *Cumbre* ha dato nuovi sviluppi agli obiettivi originari prestando attenzione, oltre che alla protezione dell'autonomia dei giudici, allo sviluppo complessivo del sistema giudiziario. Quest'intento era già stato fissato nella *Carta dei diritti della persona davanti alla giustizia nello spazio giudiziale iberoamericano* del 2002, dove viene riconosciuto «*un derecho fundamental de la población a tener acceso a una Justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa*». Il tema è stato ripreso dai documenti conclusivi dell'ultima *Cumbre* del 2018, nei quali, per la prima volta, sono stati espressamente accolti gli indirizzi promossi dalle Nazioni Unite, impegnando i paesi membri al compimento dei 17 obiettivi previsti dell'Agenda ONU 2030. Il vertice ha sottolineato il ruolo dei sistemi di giustizia nel rafforzamento della democrazia e nella garanzia di uno sviluppo equo e sostenibile, su cui sono state fondate nuove raccomandazioni⁴⁸. Viene infatti promossa la libertà di associazione e di espressione dei giudici, la ricerca di «legittimazione sociale della funzione giudiziaria» attraverso il rafforzamento degli strumenti di accesso e partecipazione

⁴⁷ Si veda la presentazione del documento (paragrafo II), disponibile al sito: www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/33-codigo-iberoamericano-de-etica-judicial.

⁴⁸ Le dichiarazioni finali dell'Assemblea Plenaria sono accessibili al sito www.cumbrejudicial.org/asamblea-plenaria/documentacion-posterior-asamblea-plenaria-edicion-xix/item/630-acta-xix-asamblea-plenaria-de-la-cji. Tra le dichiarazioni sottoscritte si veda anche «*Objetivos de desarrollo sostenible*»: www.cumbrejudicial.org/content_page/62-conclusiones/633-declaraciones-suscriptas

all'amministrazione della giustizia, l'autonomia della giurisdizione e delle culture giuridiche indigene e, in ultimo, la ricerca della parità di genere nel reclutamento dei giudici⁴⁹.

A partire dallo statuto del 2001, dunque, il concetto di indipendenza del potere giudiziario è stato arricchito di nuovi profili, su cui hanno certamente influito i recenti sviluppi sul piano delle relazioni tra classe politica, magistratura e società civile latinoamericana. Una crescita importante del patrimonio costituzionale della regione, frutto di un dialogo da cui si aspettano ulteriori sviluppi e che, si spera, possa contribuire a consolidare il cammino verso la democrazia e lo stato di diritto.

6. Considerazioni conclusive.

Lo studio comparativo riportato in queste pagine ha messo in luce una problematica ricezione del modello dei consigli di giustizia presso alcuni ordinamenti costituzionali fondati su una concezione rigida della separazione dei poteri. La presente proposta di classificazione intende quindi sottolineare che il concreto funzionamento degli organi di autogoverno della magistratura latinoamericani è fortemente condizionato dalla spartizione dei poteri di nomina dei consiglieri tra i vertici della politica e della giustizia. In tal senso, i modelli organizzativi a prevalenza della componente espressa dalle magistrature superiori hanno svolto un ruolo di conservazione della tradizionale gestione gerarchica e corporativista del corpo giudiziario. In cinque degli undici paesi esaminati, infatti, le alte corti mantengono il controllo della carriera dei giudici ordinari, mentre i consigli hanno per lo più un compito di intermediazione tra i diversi circuiti della giustizia (specialmente in Colombia e in Brasile) e un certo margine per avanzare progetti di legge alle assemblee legislative (in Colombia e in Messico). Sicuramente più variegato è il rendimento dei modelli a prevalenza della componente laica: due dei sei consigli di giustizia che sono stati ricondotti a questa categoria conferiscono una "connotazione democratica" al governo della magistratura, che viene perciò affidato ad un organo espresso dal corpo elettorale o in maggioranza dal parlamento (rispettivamente in Bolivia e in Argentina). Il richiamo alla sovranità popolare, inoltre, è stato usato in altri due contesti per giustificare l'intervento presidenziale che ha soppresso i consigli in carica e ne ha istituiti dei nuovi, ridefinendone i compiti e la composizione (in Ecuador nel 2011 e in Perù nel 2019).

È opportuno osservare, infine, che in occasione dei recenti episodi di instabilità governativa in America Latina i consigli controllati dalle corti superiori hanno tenuto un atteggiamento sostanzialmente passivo⁵⁰. Dall'altra parte, dove

⁴⁹ Si veda la *Declaración de San Francisco de Quito sobre la Independencia Judicial*, sottoscritta durante l'ultima *Cumbre* del 2018: www.cumbrejudicial.org/content_page/62-conclusiones/633-declaraciones-suscriptas

⁵⁰ In tal senso, è stata emblematica la polemica che ha accompagnato la mancata adozione di misure disciplinari nei confronti del giudice Sergio Moro dopo la divulgazione del contenuto

la componente politica è prevalente, l'autogoverno della magistratura è spesso divenuto oggetto di contesa, o addirittura “strumento di offensiva”, mediante un controverso esercizio dei poteri disciplinari sui magistrati.

La diffidenza reciproca che domina le relazioni tra la classe politica e la magistratura (e che costituisce il *trait d'union* delle esperienze latinoamericane) ha dunque impedito ai consigli di giustizia di conquistare una posizione di autonomia e di indipendenza nel quadro istituzionale dei paesi esaminati.

Jacopo Paffarini
Faculdade Meridional
IMED
j.paffarini@gmail.com

di una conversazione telefonica della ex Presidente della Repubblica Rousseff, tra l'altro, non rilevante ai fini del procedimento *Lava-Jato*. Cfr. L. Streck, *Luz, Câmara. Ação: A espetacularização da Operação Lava-Jato no caso Lula ou como o direito foi predado pela moral*, in C. Zanin Martin; V. Teixeira Zanin Martinz; R. Valim, *O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*, San Paolo, 2017, p. 31 e ss.

Governing through uncertainty?

Migration law and governance in a comparative perspective

*di Ginevra Cerrina Feroni, Veronica Federico, Renato Ibrido**

Certainty and predictability are two basic defining features of the law per se, and of the principle of the rule of law. This entails that laws, and the legal framework they are part of, should satisfy the requirements of clarity, stability, and intelligibility. Legal certainty and predictability do not demand for absolute steadiness and reluctance to change; but rather for a balance between stability and flexibility, and for a reasonable marge of discretion in their application to accommodate societal needs.

These fundamental elements of the rule of law are something that law students become familiar with since the very beginning of their university career. Nonetheless, law and decision-makers frequently overlook these very same basic defining features, so that legal complexity, inconsistency and unclearness too often characterise specific legal fields. Migration law is one of these fields. Here, certainty and predictability are jeopardised firstly by the frequent (and not necessarily coherent) changes migration law constantly undergoes throughout Europe. In the past three decades, migration has become a very sensitive political battlefield and each new government is prone to use it as flagship policy-domain. Intelligibility and consistency are, therefore at risk. Secondly, in several jurisdictions the executive has enjoyed quasi-plenipotentiary powers in the field of migration, to the detriment of the legislative and of the classical notion of the separation of powers. Immigration issues are de facto regulated in detail and

5130

* The special issue is the product of a stream of research carried out in the frame of the EU funded research “RESPOND: Multilevel Governance of Mass Migration in Europe and Beyond”, Horizon 2020 Research Programme H2020-SC6-ENG-GLOBALLY-2017; Grant agreement n. 770564 – www.respondmigration.com/. The authors remain the sole responsible for opinions and findings here discussed.

A very preliminary, first draft of the articles has been discussed in the conference “Unpacking the challenges & possibilities for migration governance”, held in Cambridge, Newnham College, 17-19 October 2019.

implemented by a congeries of acts of secondary legislation (by-laws, regulations, ministerial circulars, administrative rules, etc), rather than by proper acts of Parliament. In addition to the erosion of the possibility for democratic scrutiny carried out by Parliament, this creates quite a complex intertwin of rules, which is further exacerbated by the presence of both European laws (mainly directives, but also regulations) and international treaties and customary laws. Thirdly, national migration governance systems are often characterised by the coexistence of a multiplicity of actors (all tiers of government, from the national to the local; the third sector and private companies; courts and also EU and UN agencies) with different, often overlapping, competences. As adequate mechanisms of coordination are often missing, this variety of actors ends up undermining the uniformity of the implementation of the rules as well as the evenness of practices and often results widening the discretionary power of each single office and officer involved in the migration governance system. Therefore, part of the uncertainty permeating migration governance is due to the very nature and structure of migration law, part to its implementation. The articles of the special issue discuss both, contributing to the scholar debate by providing diverse insights and different approaches to the analysis of uncertainty in migration law and governance.

Over a hundred years ago, Roscoe Pound – one of the “founding fathers” of the American legal realism – wrote his famous essay “*Law in Books and Law in Action*”. The goal of Roscoe Pound was to focus attention on the role of law, not just as it exists in the legislative acts or textbooks, but as it is actually applied *in* society *e by* the society. As discussed above, migration law is a privileged terrain where to measure the gap between the two -law in books and law in action-, in order to understand whether this gap is responsible for the breach of certainty and predictability that may undermine the respect of the rule of law. Taking inspiration from Pound’s classical suggestion, our special issue explores the structural lack of certainty which affects migration law, focusing on the following research questions: Which are the consequences of this uncertainty in terms of legal coherence, migration governance, institutional effectiveness and migrants, asylum applicants and refugees’ choices? How does precariousness influence migrants’ trajectories of life? How does uncertainty affect the society as a whole and the entire legal system? Can uncertainty be regarded as a “governance strategy” and/or as a tool of migration containment and control? Which are the fundamental reasons of uncertainty?

There are neither simple nor univocal responses. Building on diverse case-studies (from the discussion of the Global Compact as source of law to the comparative analysis of institutional uncertainty in migration governance in Europe; from the analysis of “solidarity crime” to the insight on the enforcement of the law criminalising irregular immigration in France and Italy; from the discussion of the cases-study of the Italian and Turkish immigration governance to the analysis of statelessness and the (in)coherence between the approaches of EU and its Member States, to end with limits of the EU external action), the

special issue provides the reader a critical overview on how uncertainty permeates migration law and governance.

This kaleidoscope of approaches offers useful insights to identify patterns of explanations for uncertainty and for its impact on the rule of law, the guarantee of fundamental rights and for the capacity of contemporary democratic states to provide a sound governance to the phenomenon of migration.

The special issue starts with an article which analyses how, in Europe and beyond, migration policies and laws play a role in fostering systemic and pervasive uncertainty. Grounding her analysis on data from a number of European and extra European cases, Paola Pannia explores uncertainty through the discussion of the notion of legal status, making reference to the types of legal status provided for by the different jurisdictions, the requirements for obtaining and/or withdrawing a legal status and the rights attached to a specific legal status.

The asymmetries between “migration law in books” and “migration law in action” are accentuated by the expansion of the role of the soft law sources, that is quasi-legal instruments which do not have legally binding force but able to “guide” the behaviours of rules’ followers. Against this background, Ginevra Cerrina Feroni and Andrea Cardone question the nature of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM). Although devoid of binding force, this document has indeed contributed to develop the customary international law as authoritative expression of an *opinio iuris ac necessitatis*. Indeed, even though the provisions of the GCM are not formulated in such a manner as to be interpreted as a sufficiently clear, unambiguous and detailed basis for expressing binding legal obligations, they may generate legal effects on a number of levels. Beyond the issue of the hierarchy of the sources of law, this ambivalent nature of the GCM does not contribute to enhance governance and legal certainty in the field of migration.

The role of the soft law instruments is also stressed by Elif Çetin with regard to the Turkey’s strategies of management of the Syrians under temporary protection. The author highlights that the so-called EU-Turkey statement of 2016 has created an additional layer of structural uncertainty due to the difficulties arising from its implementation. Moreover, it further contributes to the lack of clarity on the application of human rights standards to vulnerable irregular migrants.

The second national case-study of the special issue is the Italian one. Cecilia Corsi maintains that, behind an inflexible semblance, some portions of legislation regarding the condition of foreigners are so detached from the reality of migratory dynamics that they favour, *de facto*, illegality and even the violation of fundamental rights. Migration law is the typical example of a domain that upholds logics of political rhetoric rather than of good government. This is best exemplified by the rules governing entry for work reasons and the rules governing the asylum which become emblematic examples of the contradictions pervading contemporary Italian immigration policies.

From country-studies, the special issue turns to the critical analysis of specific aspects and topics, in a comparative dimension, which provide a series of paradigmatic examples of the complexity of migration law field and of its uneven enforcement.

In the intricate landscape of migration law and governance, the article of Mechthild Roos points to the importance of fundamental national values to shape legal frameworks and policies, despite the process of Europeanisation. With regard to the specific field of healthcare, the attempt to “reconnect” texts and contexts is, therefore, according to the author, influenced by the different normative understandings of health, that is to say as human right, legal standard or social benefit. Looking at the topic through the lens of the concept of “national values”, the article discusses how the health-care policies and regulations in Germany and Sweden are shaped by national conceptions of the fundamentals of society, as well as the roles and responsibilities attributed to state actors and individuals.

The tension between legal text and reality characterizes also the criminalisation of irregular entry and stay. As Matilde Rosina argues in her comparison between France and Italy, the law criminalising irregular migration has been characterised by highly uneven enforcement in the two countries. Here, the causes of uncertainty can be related to both legal and political aspects, and, ultimately, to the problematic nature of the criminalisation of irregular migration itself.

Another contested aspect of the contemporary trends in national legislation on immigration lies in the attempt to criminalize the activities of volunteers, activists and members of civil society organizations engaged in the context of land and maritime European borders. Grounding the analysis on three cases, Juan Pablo Aris Escarcena discusses the concept of “solidarity crimes”, framing the legal prosecutions against humanitarian actors as a technique within the broader process of spectacularizing migration control for political purposes.

Finally, the special issue approaches two aspects pertaining to the European Union involvement in migration governance.

Oleksandra Zmiyenko underlines the ambiguity of the European Union competence system related to the regulation of the statelessness and the (in)coherence between the approaches of EU and its Member States. Building her argument on the comparative analysis of four legal systems: Germany, Italy, Hungary and Poland, the author maintains that, in spite of an apparent lack of EU competences in the field of nationality, there are both international obligations and a legal basis which empowers the EU to take an active role in addressing statelessness. Therefore, action is required from both the EU and its Member States to guarantee sufficient level of protection and to secure legal certainty for *de jure* stateless individuals, who otherwise will remain invisible.

Finally, the uncertainty related to the coexistence of national and supranational dimensions is addressed by Sara Poli. The article focuses on the EU resettlement programmes and the EU-Turkey statement and to the various

initiatives taken by the EU to support the return of people held in detention centres in Libya, to understand if these initiatives contribute providing legal certainty to asylum applicants and migrants who are the target of the EU efforts. Unfortunately, the measures discussed fall short their stated aim.

Ginevra Cerrina Feroni

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli studi di Firenze
ginevra.cerrinaferoni@unifi.it

Veronica Federico

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli studi di Firenze
veronica.federico@unifi.it

Renato Ibrido

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli studi di Firenze
renato.ibrido@unifi.it

“Institutional uncertainty” as a technique of migration governance. A comparative legal perspective.¹

di Paola Pannia

Abstract: Uncertainty can be regarded as one of the most distinctive traits of migration processes. However, uncertainty is not only the result of a congeries of social, demographic and economic factors (including social and cultural uprooting), but sometimes appears also to be the product of governmental laws, policies and practices. Adopting a comparative approach, this paper aims to analyse how, in Europe and beyond, migration policies and laws play a role in fostering systemic and pervasive uncertainty, which permeates migrants’ entitlements to rights and therefore affects their agency and life opportunities. Based on the concept of “foreigners’ legal status”, uncertainty will be explored with reference to: a) the type of legal status; b) the requirements for obtaining and/or withdrawing a legal status; and c) the rights attached to a specific legal status. In order to conduct the analysis, the study will introduce and rely upon a new heuristic framework: that of “institutional uncertainty”.

Keywords: Asylum and immigration; foreigners’ legal status; Institutional uncertainty; comparative legal analysis

5136

1. Introduction.

Uncertainty – needless to say – is one of the most distinctive traits of migration processes. Migrants often have to go through perilous journeys, endangering their life, but even when they reach their destination on the comfortable seat of a first-class flight, they face an uncertain future and reception in the society of the destination country. Put another way, uncertainty is closely interwoven with the condition of those who migrate.

Uncertainty is also one of the most distinctive traits of our modern era. In our everyday life we struggle to put our chaotic reality into orderly structures, in a desperate attempt to control it². However, there is a profound distance between these human conditions: in the case of migration, uncertainty is not only the result of a congeries of social, demographic and economic factors (including social and

¹ This article is based on a presentation I gave at the RESPOND General Conference “Unpacking the Challenges & Possibilities for Migration Governance”, held on 16 – 19 October 2018 at the University of Cambridge. I am grateful to Prof. Veronica Federico, the members of the RESPOND consortium and all the participants for the fruitful debate. I am also indebted to Dr. Elif Durmus, Dr. Matja Zgur and Dr. Lisenne Delgado and the two anonymous referees for their comments. Obviously, the responsibility for the content of this article is mine alone.

² Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma/Bari, 2011.

cultural uprooting), but sometimes appears also to be the product of governmental laws, policies and practices. Uncertainty encompasses, in many instances, every stage of national migration systems, from rescue and aid operations to refugee status determination (hereinafter also RSD) and the set of benefits granted to migrants after they have obtained recognition of the right to protection or the issuance of a residence permit.³

Adopting a comparative approach, this paper aims to analyse how, in Europe and beyond, migration policies and laws play a role in fostering systemic and pervasive uncertainty, which permeates migrants' entitlements to rights and therefore affects their agency and life opportunities. In order to conduct the analysis, the study will introduce and rely upon a new heuristic framework: that of "institutional uncertainty".

This study fits into a precise analytical niche and conceptual framework.

Over the last few years, the complex and mutual relationship between migration governance and the dynamics and characters of migratory movements has gained more and more attention in migration studies.⁴ By devoting their analysis to this aspect, scholars have attempted to grasp the complex factors surrounding the genesis, processes and transformation of migration policies and laws, while revealing how these instruments affect foreigners' identities, life trajectories and rights. Hence, reinvoking his concept of "refugee labelling", Zetter observes that these analyses reveal "how seemingly essential bureaucratic practices to manage the influx of refugees, and thus manage an image, in fact produce highly discriminatory labels designed to mediate the interest of the State to control in-migration".⁵

Adopting this conceptual perspective, scholars have identified a number of strategies enforced by States with the aim of governing migration through containment and control. Processes such as "externalization",⁶ "fractioning of the

³ Migrants stuck in the middle of the Mediterranean sea, under the threat of bad weather and in urgent need of medical care, on board NGO rescue ships to whom permission to anchor at Italian and/or Maltese harbours has been denied for several days. Asylum seekers stuck in reception centres, often without the right to circulate throughout the national territory, waiting for a final decision as to whether they are deemed eligible for protection (and hence may obtain a legal status) or not. Asylum seekers constantly bounced back and forth from one State to another, under the obscure provisions and practices implementing the Dublin III Regulation. Foreigners who turn to Courts (and to the uncertainty of a legal trail) to obtain recognition of fundamental social rights, which the law reserves only to citizens and long-term residents. These images help convey the uncertainty surrounding the legal condition of foreigners.

⁴ A. Geddes, *Europe's border relationships and international migration relations*, in 43 *Journal of common market studies* 4, 787 (2005); H. Crawley and D. Skleparis, *Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'*, in 44 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1, 48 (2018); R. Zetter, *More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization*, in 20 *Journal of Refugee Studies* 2, 172 (2007).

⁵ R. Zetter, *op.cit.*, 184.

⁶ B. Frelick, I. M. Kysel, J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in 4 *Journal on Migration and Human Security* 4, 190 (2016).

label refugees”⁷ and “civic stratification”,⁸ along with measures based on the “temporariness of protection”,⁹ “permanent mobility”¹⁰ and the “continuum of refugehood”¹¹ quite evocatively point at some of the main strategies used by States in governing migration. While acknowledging foreigners’ ability to navigate through legal labels and their constraints, these studies stress migrants’ condition of subjection versus the State’s power to select and restrain access to the national territory, while weakening the rights of those who have already entered the country.

Authors have already explored the role of EU legislation in producing what has been termed a “continuum of precariousness”, that is, a “constant threat of removal” experienced by asylum seekers and refugees.¹² The present study aims to extend the scope of these observations and refine their conceptual bases. To this end, this article will provide evidence to support a similar conclusion (the uncertainty in which migrants are embedded is often produced – directly or indirectly – by legislative provisions) by looking at cases and the national experiences of 11 European countries (Austria, Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Greece, Italy, Poland, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom), plus Turkey and Lebanon. The analysis will adopt a flexible inductive approach combining secondary literature, legal data and evidence drawn from national reports elaborated within the framework of two H2020 research projects: SIRIUS and RESPOND.¹³ The conceptual tool of “institutional uncertainty” will contribute to broadening the picture by going beyond the peculiarities of each national context and the borders of traditional legal labels populating the European *acquis* and national legal landscapes.¹⁴ Although the analysis remains geographically limited to certain European countries (plus Turkey and Lebanon), a similar trend of generalized and prolonged uncertainty has been observed also

⁷ R. Zetter, *op.cit.*; C. Costello and E. Hancox, 2015, *The recast Asylum Procedures Directive 2013/32: Caught between the stereotypes of the abusive asylum seeker and the vulnerable refugee*, in V. Chetail, P. De Bruycker and F. Maiani (Eds), *Reforming the Common European Asylum System: the new European Refugee Law*, Boston, 2016.

⁸ L. Morris, *Managing migration: civic stratification and migrant’s rights*, London, 2002.

⁹ R. Zetter, *op.cit.*

¹⁰ O. Giolo, *Migranti. Diritti in bilico?*, in T. Mazzarese (Ed.), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, 2013, 189.

¹¹ A. Neylon, *Producing Precariousness: ‘Safety Elsewhere’ and the Removal of International Protection Status under EU Law*, in 21 *European Journal of Migration and Law* 1, 1 (2019).

¹² *Ibidem*.

¹³ For further details see the following webpage: SIRIUS <https://www.sirius-project.eu/>; RESPOND: <https://respondmigration.com/>

¹⁴ *Ibidem*, 4.

in other regions of the world, such as Canada and the United States,¹⁵ the Gulf region¹⁶ and South Korea.¹⁷

The article will focus the analysis on institutional uncertainty, based on a notion whose potential is still underexplored¹⁸ despite its centrality in the regulation of migration: the concept of legal status. This concept, which summarizes Arendt's concept of "the right to have rights", identifies the aggregate of rights and duties attributed to a given person, as a subject of law, in a given community¹⁹.

The analysis will start off from the conceptualization of "institutional uncertainty", distinguishing it from other concepts which are often employed in migration studies, such as "precariousness", "discretion" or "arbitrary law". The third section will dissect instances and degrees of "institutional uncertainty" revolving around the concept of legal status. Uncertainty will be analysed and explored with reference to: a) the type of legal status; b) the requirements for obtaining and/or withdrawing a legal status; and c) the rights attached to a specific legal status. Finally, the fourth section will address the concept of institutional uncertainty as a tool of migration governance and attempt to highlight some of the meanings and implications surrounding its use.

2. Conceptualizing "institutional uncertainty".

First of all, as regards the categories of uncertainty, a preliminary caution is needed: uncertainty is one of those concepts which do not have a standard legal definition and whose understanding strongly depends on the contexts, purposes and interests at stake.²⁰ Hence, in the present study the "contextual" meaning of the concept of uncertainty will first be expanded on and evaluated based on a comparison with some of its "close definitional cousins", in particular the concepts of discretion, arbitrariness and precariousness. Secondly, the study will elaborate on the term "institutional" as it relates to "uncertainty", and the elements underlying this terminological marriage, so as to further refine the conceptual tool here proposed.

¹⁵ See C. Dauvergne, *Irregular migration, State sovereignty and the rule of law*, in V. Chetail and C. Bauloz (Eds), *Research Handbooks in International Law series*, Cheltenham, 2014, 75. See also L. Goldring, C. Berinstein and J. K. Berhard, *Institutionalizing precarious migratory status in Canada*, in 13 *Citizenship Studies* 3, 239 (2009).

¹⁶ N. Lori, *Offshore Citizens. Permanent Temporary Status in the Gulf*, Cambridge, 2019.

¹⁷ R. Udor, Institutionalization of Precarious Legal Status, in 48 *Journal of Asian Sociology* 2, 199 (2019).

¹⁸ A. Kraler, *The legal status of immigrants and their access to nationality*, in R. Baubock (Eds), *Migration and Citizenship, Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam, 2016, 33.

¹⁹ "Status" is a highly debated concept, with a broad range of historical variations reflecting its polysemy and multifaceted nature. The notion of status varies depending on the specific branch of law concerned. See P. Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Turin, 2010, 49.

²⁰ R.F. Barsky, *Undocumented immigrants in an era of arbitrary law. the fight and the plight of people deemed "illegal"*, London, 2016

The central role of “arbitrariness” and “discretion” in the governance of migration has been acknowledged by several scholars²¹ in regards to different levels of government and different actors and law enforcement officials dealing with migrants. Like uncertainty, both these concepts deal with the exercise of public power and its limits. However, unlike the other two, arbitrariness is usually considered to fall outside the realm of the rule of law. In this respect, authors point out that a discretionary decision is taken within the given legal limits, whereas an arbitrary decision breaches those limits, variably resulting in irrationality, illegality and discrimination.²² The distinction between these two concepts is marked, to the point that, according to scholars, the aim of the administration is to exercise “the discretional power without arbitrariness”.²³

On the other hand, discretion – and the same can be said for uncertainty – operates in a more blurred, grey area. It is acknowledged that discretion, to a given extent, produces positive outcomes. Flexible and general legal formulas are commonly viewed as one of the main tools through which governments address the complexities of our modern reality, including the challenges posed by large movements of migrants and refugees.

Similarly to discretion, and for the same reasons, uncertainty is an essential and “inevitable” concept of the legal order in general.²⁴ It is a necessary element of a democratic system, being inherently generated by the discretionary spaces in which administrative authorities exercise their legitimate power to take decisions within the limits established by law. However, whereas discretion is usually considered in reference to individual cases and/or individual decision-makers and mostly concerns the implementation of rules, “uncertainty” covers a broader range of circumstances. Indeed uncertainty pertains not only to the everyday practices of individual decision-makers, but also, and particularly, to the way in which laws and policies are conceived, crafted, interpreted and enforced.²⁵

This is especially the case when uncertainty manifests itself as “institutional”. This adjective conveys the idea that uncertainty radically affects

²¹ *Ibidem*; M. Baumgärtel, B. Oomen, E. Durmus, T. Sabchev, S. Miellet, *Strategies of Divergence: Local Authorities, Law and Discretionary Spaces in Migration Governance*, Paper presented at the 16th IMISCOE annual conference in Malmö, 27 June 2019; J. P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in 56 *American University Law Review* 2, 367 (2016).

²² M. Cuono, P. Mindus, *Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2018, 11 and 17.

²³ P.L.M. Lucatuorto, *Reasonableness in administrative discretion: formal model*, in 8 *The Journal Jurisprudence* 2, 633 (2010) cited by R. F. Barsky, *Undocumented immigrants in an era of arbitrary law*, 19-20.

²⁴ K. Hawkins, *The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science*, in Keith Hawkins, *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992, 11.

²⁵ Against an essentialist concept of “State”, often surrounding migration studies (N. Gill, *New State-theoretic approaches to asylum and refugee geographies*, in *Progress in Human Geography*, 34(5) (2010), 626,637), the expression “institutional uncertainty” promotes an all-embracing approach, in which governance is understood as the result not only of laws and policies, but also of the everyday bureaucratic practices whereby such laws and policies are interpreted, implemented and enforced.

migrants' lives in the public sphere and that it does so in a structural and systemic way, shaping the relationship between the State and foreigners. Unlike similar expressions, such as "continuum of precariousness"²⁶, which emphasise the legal condition of migrants, "institutional uncertainty" regards the complex interplay between the governance of migration, society and migration processes. Without neglecting the "migration governance" perspective and its strategies and tools, the heuristic framework proposed here seeks to put the relationship between States and individuals in the foreground.

The next section aims to understand how this relationship is shaped by using the concept of "legal status".

3. Anatomy of the "institutional uncertainty" affecting foreigners' legal status throughout Europe and beyond.

Generally speaking, the legal status of a person can be defined as his or her legal position or condition, that is, the aggregate of rights and duties attributed to that given person, as a subject of law, in a given community.²⁷ More precisely, this term specifically refers here to "foreigners and to the rights afforded or denied by the State to individuals residing on its territory".²⁸ In debates about immigrant integration, the general importance of legal status is increasingly being acknowledged.²⁹ Research on legal status carried out so far has usually focused on one status group,³⁰ and only a few empirical analyses distinguish at least dichotomously between legal and illegal status³¹ or refugee and economic migrant.³² This study, by contrast, intends to address the concept of "legal status" in a more comprehensive way, using it to explore the uncertainty affecting the legal status of foreigners in European countries. Undoubtedly, as highlighted by many, the distinction between those with legal status and those without it is extremely salient.³³ However, this distinction can sometimes appear fuzzy and

²⁶ A. Neylon, *Producing Precariousness: 'Safety Elsewhere' and the Removal of International Protection Status under EU Law*, in *European Journal of Migration and Law*, cit.

²⁷ For the stipulative definition offered in this study, which possesses a strong "relational quality" see P. Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1973, 211; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 70.

²⁸ J. Sohn, *How legal status contributes to differential integration opportunities*, in 2 *Migration Studies* 3, 369 and 371 (2014).

²⁹ *Ibidem*; A. Kraler, *op.cit.*, D. S. Massey, K. Bartley, *The changing legal status distribution of immigrants: a Caution*, in 39 *International Migration Review*, 469 (2005). F. Meissner, *Legal status diversity: regulating to control and everyday contingencies*, in 44 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2, 287 (2018).

³⁰ On refugees with insecure status see, among others, C. Menjivar, *Liminal Legality: Salvadoran and Guatemalan Immigrants' Lives in the United States*, in 111 *American Journal of Sociology* 4, 999 (2006).

³¹ N. Sigona, *'I have too much baggage': the impacts of legal status on the social worlds of irregular migrants*, in 20 *Social Anthropology* 1, 50 (2012).

³² R. Zetter, *op.cit.*; H. Crawley and D. Skleparis, *op.cit.*

³³ C. Costello, *The human rights of migrants and refugees in European Law*, Oxford, 2016, especially 63 f.

inadequate to portray the grey area, the legal limbo in which migrants often languish.³⁴ By looking at entire “legal status systems” governing migration regulation, this paper aims to question the very logic upon which foreigners’ rights rely.

Migration is a “complex issue requiring a complex approach”.³⁵ In this vein, scholars point out that migration laws are often the result of competing interests and conflicting pressures coming from an ample range of actors, such as human rights organizations, employers, political parties and voters.³⁶ Furthermore, a multiplicity of entities are involved in the circuits of governance and migration.³⁷ In such a context of “multiple objectives and competing political agendas of various interest groups”,³⁸ as observed by many, incoherence and inconsistency could be regarded as inherent and intrinsic features of migration legal landscapes.

However, the picture of the migration legal landscapes characterizing European countries contradicts this explanation. In the migration domain, uncertainty often does not serve to instil a dose of flexibility and efficiency into the system in the face of complexity and competing interests, in line with the principle of subsidiarity; nor is uncertainty always an unintended consequence, the result of States’ inability to govern a complex phenomenon.³⁹ Alongside these interpretations, further explanations can be advanced, where uncertainty itself can be seen as a technique of migration governance. In this light, for instance, scholars acutely observe that uncertainty can constitute a tool through which the State attempts to defer the management of migration to sub-national layers of government, thereby devolving its responsibility.⁴⁰ Paradoxically, from a rights-based perspective, the same tool can be regarded as the way through which States reclaim their legitimacy and their power over foreigners. Mechanisms of selection, construction and implementation of foreigners’ legal status contributes to making migration regulation “the last bastion of State sovereignty”.⁴¹

³⁴ See for instance Menjivar, who uses the concept of “liminal legality” to describe the condition of Salvadorans holding a temporary protective status (2006).

³⁵ P. Scholten, *Mainstreaming versus alienation: conceptualising the role of complexity in migration and diversity policymaking*, in 46 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1, 108 and 111. (2020).

³⁶ M. Czaika, H. de Haas, *The effectiveness of immigration policies*, in 39 *Population and Development Review* 3, 487 (2013).

³⁷ Indeed, in most countries, all tiers of government (from the national to the local) are involved in the “multilevel” and subsidiary-based management of migration flows with different, often overlapping, competences. Furthermore, the management of migration sometimes also involves other relevant actors, such as third sector organizations and private companies, the Courts and also EU and UN agencies. See, amongst others, R. Zapata Barrero, T. Caponio, P. Scholten, *Theorizing the ‘local turn’ in a multi-level governance framework of analysis: a case study in immigrant policies*, in 83 *International review of Administrative Science* 2, 241 (2017).

³⁸ M. Czaika and H. de Haas, *op.cit.*, 504.

³⁹ P. Scholten, *op.cit.*, 108; S. Castles, *Why Migration Policies Fail*, in 27 *Ethnic and Racial Studies* 2, 205 (2004).

⁴⁰ T. Caponio, T. Cappiali, *Italian Migration Policies in Times of Crisis: The Policy Gap Reconsidered*, in 23 *South European Society and Politics* 1, 115 (2018).

⁴¹ C. Dauvergne, *op.cit.*, 80.

Authors have pointed out an ample range of legal statuses among foreign nationals⁴² which strongly differ from one another. Some legal statuses are more desirable than others, in the light of circumstances such as the number of rights linked to a specific status or the extent of its stability, its permanent or temporary quality. The proliferation and fragmentation of foreigners' legal statuses create a hierarchy among migrants: a "civic stratification".⁴³ National legal status "regimes" rely upon specific choices undertaken by each legal system with reference to: a) different kinds of legal statuses granted to migrants; b) criteria which the migrant has to fulfil in order to obtain a specific legal status; and c) rights and duties related to this status.

As the overview below is going to illustrate, hypertrophic and continuously changing legislations, legal voids and huge discretionary spaces left and created by gaps in the law, the multiplicity of immigration channels and the obscurity surrounding the requirements to gain access to them (or the circumstances under which a legal status may be withdrawn), as well as the lack of transparency and predictability as to the number and scope of the rights and obligations assigned to each type of residence permit, make it difficult for migrants to control their legal status. From this perspective, legal statuses can be regarded as borders⁴⁴ which migrants attempt to overcome, to navigate through, in search of better opportunities and more rights. Institutional uncertainty makes this legal journey extremely arduous⁴⁵.

a) Uncertainty about the types of legal status.

The difficulty of mapping, in a coherent and consistent way, the plethora of legal statuses which can be attributed to migrants may result from, among other things, confusing, unstable or incomplete legal frameworks.

In most of the countries examined, the legal frameworks governing migration and asylum are extremely complex and hypertrophic. The national legislation of each country has been changed continuously and not necessarily coherently. In the UK, 12 Acts of Parliament regulating immigration issues have been approved in the last 20 years.⁴⁶ In Italy, the Consolidated Law on Immigration is the result of fragmentary legislative provisions, which undermine internal consistency and effectiveness. The very same complexity and rapid evolution is also apparent in the legal frameworks of Greece, the Czech Republic,

⁴² L. Morris, *Managing migration: civic stratification and migrant's rights*, London, 2002; D. S. Massey and K. Bartley, *op.cit.*

⁴³ L. Morris, *op.cit.*, 19.

⁴⁴ P. Cuttitta, *Segnali di confine. Il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Milano, 2007, 52.

⁴⁵ See A. Triandafyllidou, *The Migration Archipelago: Social Navigation and Migrant Agency*, in *International Migration*, 1 (2018).

⁴⁶ C. Hirst, N. Atto, *United Kingdom - Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 27, <https://respondmigration.com/wp-blog/2018/8/1/comparative-report-legal-and-policy-framework-of-migration-governance-pclyw-ydmzj-bzdbn-sc548-ncfcp-5a657>.

Denmark, Germany and Austria. Concerning the latter, Josipovic and Reeger report: “the Aliens Act was created in 1992 as a follow-up to the former Aliens Police Act and merged together with the Residence Act in 1997 – only to be separated again into the Foreign Police Act (FPG) and Settlement and Residence Act (NAG), which form the legal basis of current provisions since 2005.”⁴⁷ In Denmark, from 2002 to 2011, the Aliens Act, one of the main laws regulating immigration, was changed 57 times – and since 2015, more than 85 times.⁴⁸

To add further complexity, in most of the countries analysed, acts of primary legislation only provide a general framework; immigration issues are de facto regulated in detail and implemented through congeries of acts of secondary legislation (by-laws, regulations, ministerial circulars, administrative rules, etc).

This labyrinthine and fast-changing legislation opens up ample spaces of discretion, and hinders a clear and reliable picture of the range of legal statuses provided by law. In Italy, for instance, the Consolidated Immigration Law contains more than 40 different foreigner legal statuses (linked to an equal number of residence permits). The same complexity can also be seen in the UK’s immigration policy and its “points-based system” (PBS), a comprehensive system based on the accumulation of points across different categories (e.g. level of English language proficiency or the amount of savings), which determines the success of foreign visa applications.⁴⁹ Constructed with the aim of injecting greater order and transparency into the national migration system, the PBS has turned out instead to be a complex and expensive mechanism, which has widened the scope for discretion afforded to the authorities.⁵⁰ This system “is also subject to rapid change, with work visa categories regularly being established and discontinued, reflecting the Government’s attempts to both limit immigration, and be responsive to employer demands to have the skilled employees they need”.⁵¹

The lack of clarity and predictability has two main consequences, among others: it reduces migrants’ ability to move from one legal status to another, as well as to emerge from an irregular status. Migrants face obstacles in their attempt

⁴⁷ I. Josipovic, U. Reeger, *Austria – Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 80, <https://respondmigration.com/wp-blog/2018/5/1/201802-austria-country-report-legal-and-policy-framework-of-migration-governance?rq=austria>.

⁴⁸ M. Pace, S. Sen, L. Bjerre, *Denmark*, in V. Federico (Eds), *Legal Barriers and Enablers. SIRIUS WP2 Report*, 2018, 129 and 142, www.sirius-project.eu/sites/default/files/attachments/WP2_D2.2.pdf.

⁴⁹ The PBS currently represents the main system under which a visa may be granted. It comprises five tiers, only four of which are active – Tier 1 includes investor, entrepreneur and exceptional talent visas; Tier 2 includes skilled worker visas; Tier 4 includes student visas, Tier 5 includes temporary worker visas. Family visas instead fall outside the PBS.

⁵⁰ C. Hirst, N. Atto, *op.cit.*, 52. Concerning these features of the PBS system, the authors explain that “the guidance on Tier 2 visas is 75 pages long”, while “fees for applications lodged outside the UK range from £244 for a Tier 5 Temporary Worker visa to £1,623 for a Tier 1 (Investor) visa” (p. 52). On this subject, see also F. Calò, T. Montgomery, S. Baglioni, O. Biosca, D. Bomark, *United Kingdom*, in V. Federico (Ed.), *Legal Barriers and Enablers SIRIUS WP2 Report*, 2018, 439, 463, available at https://www.sirius-project.eu/sites/default/files/attachments/WP2_D2.2.pdf.

⁵¹ C. Hirst, N. Atto, *op.cit.*, 52.

to climb the hierarchy of “civic stratification” in order to benefit from a larger range of rights. Furthermore, when migrants no longer fulfil the requirements set for a certain residence permit, the legal system offers few possibilities for remaining in the country with a regular status.

In this respect, the institutional uncertainty characterizing migration regimes seems to contribute to creating irregularity, instead of reducing it. There is a sort of “downward ramp” leading toward a condition of non-legality.⁵² This tendency shown by national legal frameworks (and the way in which they are enforced by national authorities) is even boosted by the EU. In this respect, the duties of “negative mutual recognition” are quite revealing, since they “amplify the notion of ‘illegality’ to be binding throughout the EU, precluding entry to the entire territory”.⁵³

Beyond these cases, there are circumstances in which migrants may find themselves deprived of a legal status: for a more or less prolonged period of time, their legal conditions, hence their entitlement to rights, is not regulated by law. These “no-rights statuses” result from legal loopholes which mainly concern the vulnerable position of asylum applicants or refugees. A case in point is Lebanon, where, due also to the fact that the country did not sign the 1951 Geneva Convention, a comprehensive framework to regulate the presence and the entitlements of refugees and asylum seekers still does not exist. On 31 December 2014, following the adoption of the so-called “October Policy”, Syrians were admitted into Lebanon only as migrant workers or under the so called “humanitarian exception”. However, both these statuses have proven *de facto* almost impossible for Syrians to access. Indeed, on the one hand, the “humanitarian exception” was restricted to “unaccompanied and/or separated children with a parent already registered in Lebanon, persons living with disabilities with a parent already registered in Lebanon, persons with urgent medical needs for whom treatment in Syria is unavailable, and persons who will be resettled in third countries”. On the other hand, regularization based on work was extremely hard to obtain in practice, due to bureaucratic requirements (such as a valid passport and entry form) which were difficult for displaced people to meet and increased residency fees they were unlikely to be able to afford. A wide margin of discretion enjoyed by the authorities reportedly further complicated the possibility of obtaining a legal status. Meanwhile, the Syrians already registered with UNHCR could not regularize their legal status and were obliged to sign a ‘pledge not to work’, thus remaining excluded from the Lebanese labour market. In 2016 the pledge not to work was replaced by a “pledge to abide by Lebanese laws” and in 2017 residency fees were waived for Syrians who wanted to regularize their status. Nevertheless, to date, the situation remains highly critical, with about 76% of Syrians reportedly being without legal status. As a result, a vast number of Syrians are stuck in a legal limbo, with no access to basic rights and social

⁵² The condition of illegality is made and unmade by law. C. Costello, *The human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford, 2016, 64 f.

⁵³ *Ibidem*, 102.

services, such as healthcare. This condition of legal uncertainty is automatically transmitted to children, who are born into statelessness. Moreover, Syrians without legal status are subjected to a high risk of exploitation and/or abuse.⁵⁴

European countries offer some revealing cases as well. Quite interestingly, the most blatant forms of legal uncertainty are imposed on newly arrived immigrants or those caught immediately at the border. One example of this is the “no-rights status” to which newly arrived asylum applicants are subjected in Austria. Immediately upon arrival, pending the admissibility procedure, asylum applicants receive a “procedure card”, meaning that their stay in Austria is “tolerated” and this “toleration” only applies to the district of the reception centre, from which migrants are not allowed to move. The violation of the district’s borders is punished as an administrative offence and, in some cases, may lead to detention.⁵⁵

Another indicative case can be found in Hungary. As of March 2017, asylum seekers may only submit their application in a transit zone⁵⁶ where they have to remain for the whole duration of the procedure,⁵⁷ without being issued a permit authorizing their stay in the territory of Hungary. Emblematically, the Hungarian government has named the transit zone a “no man’s land”, arguing that it is not part of Hungarian territory, thus putting migrants’ legal status under severe threat. Following this pattern, for instance, the Hungarian government has denied that push-backs of migrants in the transit zone can be qualified as forced returns. In 2017, the European Court of Human Rights ruled that confinements in transit zones are tantamount to unlawful detention.⁵⁸ However, in 2019, this decision was controversially overruled by the Grand Chamber, which stated that the restriction of asylum seekers’ liberty in transit zones did not amount to a deprivation of liberty under Article 5 of the ECHR.⁵⁹

⁵⁴ A. Jagarnathsingh, *Lebanon - Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 27, available at <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248413/FULLTEXT01.pdf>.

⁵⁵ I. Josipovic, U. Reeger, *Austria - Country Report*, cit., 31.

⁵⁶ 80/J (1) of Act LXXX of 2007 on Asylum (hereinafter: Asylum Act).

⁵⁷ 9 80/J (5) of the Asylum Act.

⁵⁸ ECHR, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 47287/15, 14-3-2017.

⁵⁹ Indeed, according to the Court, asylum applicants’ liberty was restricted in transit zones. However, this had to be connected to the processing of asylum claims, as “the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty”. Furthermore, the Court found that asylum applicants were free to move and reach other countries, such as Serbia, without being subjected to a threat to their life. Indeed, although recognizing that “it is probable that the applicants had no legal right to enter Serbia”, the Court maintained that “Serbia was bound at the relevant time by a readmission agreement concluded with the European Union”(para. 238) and by the Geneva Convention (para. 241), and that applicants had the practical and de facto possibility to reach Serbia on their own (para. 238 ff.). In the same judgment the Court found that Hungary had violated Art. 3 of the ECHR for having failed to assess asylum applicants’ risks of inhumane and degrading treatment in the case of return to Serbia. An internal contradiction and incoherence was highlighted with reference to these two parts of the decision. On this subject see V. Stoyanova, *Ilias and Ahmed v. Hungary* (Eur. Ct. H.R.). International Legal Materials, 59(3), 495-553, who stresses “On the one hand, the Court ruled

b) Uncertainty about the conditions for acquiring and losing a certain legal status.

Uncertainty about the requirements to be fulfilled in order to obtain a certain legal status mainly affects the international protection domain, and more precisely, the process through which a migrant is assigned refugee status.

The “hotspot approach” is quite indicative of this tendency. In Greece, as of 20 March 2016, following the EU-Turkey Statement, hotspots were turned into closed detention centres, where new arrivals were confined, waiting for removal to Turkey if they did not seek asylum or their application was rejected. In 2017, the practice of detention was replaced by a blanket geographical limitation, requiring migrants to remain on the island on which they were placed and to reside at the hotspot centre. Waiting periods may last up to 1 year, during which asylum applicants suffer not only from substandard conditions, but also from uncertainty about their status and their future.⁶⁰

Further uncertainty also derives from a lack of clear and comprehensive legal frameworks. In Italy, new arrivals are stuck in hotspot facilities for long periods, sometimes subjected to “de facto” detention for several weeks.⁶¹ This limitation of liberty and the lack of a law regulating it, raises serious questions of constitutional legitimacy in view of the guarantees under Article 13 of the Italian Constitution.⁶² Hence, as pointed out by the Council for the Judiciary,⁶³ as well as

that since the applicants would not be exposed to a direct risk in Serbia, they were not detained in the transit zone in Hungary. On the other hand, it found that Hungary had violated Article 3 of the ECHR since it did not conduct a proper assessment of the risks that the applicants could face if they were to return to Serbia” (496).

⁶⁰ AIDA, *Country Report: Greece*, 2018, available at www.asylumineurope.org/reports/country/greece; E. Guild, C. Costello, V. Moreno-Lax, *Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional protection for the benefit of Italy and Greece*. European Parliament, LIBE Committee, 2017.

⁶¹ Chamber Inquiry Committee on the system of reception, identification and expulsion, on the condition of detention and on pledged financial resources, *Final Report*, 2016, http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/022bis/006/IN_TERO.pdf; Chamber Inquiry Committee on the system of reception, identification and expulsion, on the condition of detention and on pledged financial resources, *Report on the system of identification and first reception within the “hotspots” centres*, 2016, <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/Documenti/DocumentiParlamentari/parser.asp?idLegislatura=17&categoria=022bis&tipologiaDoc=documento&numero=008&doc=intero>.

⁶² Indeed, hotspots in Italy are currently regulated only through standard operating procedures published in 2015 (SOPs - available at www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/hotspots_sops_-_english_version.pdf) while a detailed regulation of operations conducted in hotspots is still lacking at the legislative level. Only recently, Law No. 47/2017 introduced an explicit reference to hotspots, without providing, however, a clear and standardised procedure. See also D. Neville, S. SY, A. Rigon, *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, European Parliament's Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 2016, available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556942/IPOL_STU\(2016\)556942_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556942/IPOL_STU(2016)556942_EN.pdf)

⁶³ Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere, richiesto dal Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13*

ASGI (Association for Legal Studies on Immigration) and Magistratura Democratica,⁶⁴ the problem of a legal basis remains open, with a high fragmentation of the practices applied across hotspot facilities, which have contributed to creating and sustaining a condition of prolonged and generalized legal uncertainty in respect of applicants' entitlement to protection and their rights.⁶⁵

Uncertainty may also affect the conditions which determine the withdrawal of a legal status. Denmark offers a paradigmatic example. In February 2019, the government passed a new immigration bill announcing a 'paradigm shift' from integration to repatriation for refugees. Indeed, Law L140 substantially amends residence rules, allowing permit renewals only when conditions in the home countries are deemed unsafe. Following the reform, the degree of integration into Danish society has ceased to have any relevance when it comes to allowing the stay of international protection holders. It is difficult to predict the concrete effects of this paradigm shift. However, the message conveyed by the law is clear: refugees' stay in Denmark should only be temporary. Even if a softer agenda on migration were adopted by the new government, the idea that refugees will *not* become permanent residents has been recently reiterated by the new Prime Minister, Mette Frederiksen: "When you are a refugee and come to Denmark, you can be granted our protection. But when there's peace, you must go home" she stated.⁶⁶

In other circumstances, uncertainty is intrinsically intertwined with the way in which legal status has been constructed and designed by national legislations.

concernente: "Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale", 2017, available at [www.csm.it/documenti/21768/41479/parere+sul+dl+13+del+2017+relativo+ai+procedimenti+in+materia+di+protezione+internazionale+\(delibera+del+15+marzo+2017\)/d5c25710-1d74-a9d4-6fdf-07b2e8c3d06d](http://www.csm.it/documenti/21768/41479/parere+sul+dl+13+del+2017+relativo+ai+procedimenti+in+materia+di+protezione+internazionale+(delibera+del+15+marzo+2017)/d5c25710-1d74-a9d4-6fdf-07b2e8c3d06d)

⁶⁴ ASGI and Magistratura democratica, *Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale)*, 2017, http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upy/farticolo/md_asgi_dl_13_2017.pdf

⁶⁵ Office of the High Commissioner of Human Rights, *Italy's migrant hotspot centres raise legal questions*, 2016, available at www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/LegalQuestionsOverHotspots.aspx.

⁶⁶ E. Wallis, *Denmark's new government softens line on migration*, 8 July 2019, on www.infomigrants.net/en/post/18031/denmark-s-new-government-softens-line-on-migration. However, on this subject see the case regarding the revocation of or refusal to grant refugee status on grounds of national security. Decision of the CJEU, 14 May 2019, *M and Others v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* available at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0391#t-ECR_62016CJ0391_EN_01-E0001. According to the reasoning of the Court, the revocation of refugee status does not automatically amount to revocation of the rights granted under the 1951 Geneva Convention, by which the EU is bound (indeed the formal recognition of "refugee status" is something different from being a "refugee" according to Article 1(A) of the Geneva Convention). As result, an individual who loses refugee status and the residence permit associated with it will continue to enjoy the rights recognised by the Geneva Convention and can thus continue to reside in the country on another legal basis.

This is the case of national protection residence permits.⁶⁷ The national protection status is meant to provide a complementary form of protection to third country nationals who do not qualify for international protection, but cannot be removed from the country. The grounds for granting this non-harmonized status vary a great deal across EU Member States, ranging from the principle of *non-refoulement* to humanitarian reasons and to climate disasters in the country of origin.⁶⁸ However, the forms of protection provided are conceived as temporary and exceptional. Very short-term residence permits, with documents frequently valid for only a few months, and a lower level of rights afforded are often associated with the attribution of this particular status. This is the case, for instance, as regards Turkish “conditional refugee protection”, which is granted to foreigners who qualify for refugee status, but come from a non-EU country. Beneficiaries of this status are entitled to a short stay (1 year) and a smaller set of rights than beneficiaries of refugee and subsidiary protection status. In particular, the right to family reunification is excluded together with “the prospect of long-term legal integration into Turkey”.⁶⁹ Freedom of movement as well is restricted in the case of holders of “conditional refugee” status, who are required to reside in specific provinces and to regularly report to local authorities. Beneficiaries of this legal status are supposed to stay in Turkey temporarily pending resettlement in a third country. However, in practice, due to the decreasing quotas of safe third countries, refugees under conditional refugee status stay in Turkey for a long time and remain “in limbo”.⁷⁰

National protection statuses are also subjected to frequent legislative changes. Between 2010 and 2018, reforms introduced in 13 EU Member States radically amended or abolished this form of protection.⁷¹

Furthermore, ample discretionary decision-making often affects the granting of a status, also because of the wording used in legislative provisions regulating national forms of protection, which in many cases is generic and

⁶⁷ With reference to the USA legal system, see N. Lori, *Offshore Citizens. Permanent Temporary Status in the Gulf*, which mentions the temporary protection status in the United States; the author clarifies that “TPS is not asylum because it is explicitly designed to not be an avenue for permanent residency” (45). Indeed, “The law explicitly precludes TPS holders from adjusting to lawful permanent residence (LPR) status: Immigration and Naturalization Act, § 244(h). Individuals who are on TPS may qualify for asylum – but by law one may apply for asylum only within the individual’s first year in the United States. Because asylum processing is lengthy and cumbersome, immigration judges and applicants alike often opt for TPS despite its limitations” (45, note 10).

⁶⁸ For further details see EMN, *Comparative overview of national protection statutes in the EU and Norway*, EMN Synthesis Report for the EMN Study 2019, 2020, 5 ff, available at https://ec.europa.eu/home-affairs/content/emn-study-comparative-overview-national-protection-statutes-eu-and-norway_en.

⁶⁹ AIDA, *Country Report: Turkey*, 2018, 97, available at www.asylumineurope.org/reports/country/turkey

⁷⁰ E. Cetin, N. O. Ozturk, N. E. Gokalp Aras and Z. Sahin Mencutek, *Turkey: Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248427/FULLTEXT02.pdf>, 2018, 682.

⁷¹ EMN, *Comparative overview of national protection statutes in the EU and Norway*, cit., 41.

vague.⁷² Clear examples of such indeterminacy are, for instance, the “serious reasons of a humanitarian nature” that must exist in order to obtain humanitarian protection in Italy (before the significant reform of 2018);⁷³ the “exceptional compassionate circumstances” set as a condition for obtaining discretionary leave to remain in the UK;⁷⁴ the existence of “considerable concrete danger to his/her life, limb or liberty” in the destination country which has to be proven in order for the national ban on deportation to be issued in Germany;⁷⁵ the aim “to protect the foreigner or secure a vital national interest”, based upon which the asylum is granted in Poland.⁷⁶

These examples trigger reflection upon legal status and its salience within the management of migration. In national legal systems, when it comes to the room for manoeuvre in creating or modifying the substance of different legal statuses, international protection occupies one end of the spectrum. In fact, in the light of the international legal framework (and first and foremost the Geneva Convention), little margin is left for States to determine the requirements necessary to obtain this status and the legal treatment attached to it. Immigration

⁷² Ibidem, p. 14 ff. See also P. Pannia, V. Federico, A. Terlizzi and S. D’Amato, *Comparative Report Legal & Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 54 f. available at <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1255350/FULLTEXT01.pdf>.

⁷³ This was the reading of Art. 5, Legislative Decree No. 286/1998. Indeed in 2018, following the introduction of the Salvini Decree (N. 113/2018), the humanitarian protection regime was significantly reformed and replaced with a new set of statuses and grounds entitling to protection: (a) “special protection”, grounded on the principle of non-refoulement; b) severe medical issues; c) environmental disasters; d) acts of particular civic value; e) “special cases” targeting victims of trafficking, labour exploitation and domestic violence. The reform resulted in a substantial reduction in the legal guarantees provided to persons in need of protection.

⁷⁴ The “discretionary leave” is a form of permission to live in the UK granted by the Home Office outside of the rules to foreigners who do not qualify for international or humanitarian protection. The granting of discretionary leave encompasses a wide range of exceptional circumstances, such as situations of severe illness when return would constitute inhuman or degrading treatment under Art. 3 of the ECHR and situations involving victims of trafficking or unaccompanied foreign minors who do not qualify for other statuses of protection and cannot be returned to their country of origin. The duration of stay granted depends on the individual case, but generally does not exceed 30 months. The discretionary leave was set out in policy guidance, available here <https://www.gov.uk/government/publications/granting-discretionary-leave>.

⁷⁵ Under Section 60 V and VII of the Act on Residence, deportation is prohibited under the terms of the European Convention on Human Rights or when the foreigner is at risk of “substantial concrete danger to his/her life and limb or liberty” (E. Chemin, S. Hess, A. K. Nagel, B. Kasperek, V. Hänsel, M. Jakubowski, *Germany - Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 161, available at <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248277/FULLTEXT01.pdf>). In practice, this form of protection is often granted on health grounds and beneficiaries are entitled to a residence permit of at least one year (AIDA, *Country Report: Germany*, 2018, 47, available at <https://www.asylumineurope.org/reports/country/germany>)

⁷⁶ Art. 90 of the Law on Protection. This particular form of national protection has been granted, for instance, to Ukrainians with Polish roots fleeing the military conflict in Western Ukraine (M. Szulecka, M. Pachocka and K. Sobczak-Szelc, *Poland - Country Report: Legal and Policy Framework of Migration Governance*, 2018, 18, available at <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1248415/FULLTEXT02.pdf>).

on economic grounds can be placed at the opposite end of the spectrum, as the power to select people who are entitled to enter and stay on socioeconomic grounds lies with the State.⁷⁷

Through the progressive erosion of legal guarantees surrounding the crucial stage of acquisition and withdrawal of international protection status, States attempt to limit access to international protection status, over which they may exercise less control.

c) Uncertainty about the rights attached to a certain legal status.

Finally, institutional uncertainty also affects the set of rights attached to foreigners' legal statuses, which are abruptly downgraded or suspended by new pieces of legislation while becoming more and more subjected to the discretion of public authorities.

In Sweden, beneficiaries of subsidiary protection who applied for asylum after 24 November 2015 were fully excluded from the right to family reunification. This was one of the controversial dictates of the Temporary Law approved by the Swedish government in 2016 with the explicit aim of making Sweden a less attractive destination for asylum applicants.⁷⁸ The legislative provision in question raised a number of concerns as to its compatibility with basic fundamental rights, such as the right to non-discrimination and the right to family life enshrined in the ECHR.⁷⁹ In 2019, the Temporary law was extended until 2021, but the ban on family reunification for beneficiaries of subsidiary protection was removed.

Similar provisions were approved also in Germany, where the right to family reunification has been suspended for beneficiaries of subsidiary protection who were granted the status between 17 March 2017 and July 2018. Since 2018, the right to family reunification has been significantly eroded. A cap of 1000 family visas per month has been imposed by the amended Residence Act (Sections 36a and 104(13)). Furthermore, family reunification applications have to be supported

⁷⁷ C. Joppke, *Selecting by origin: ethnic migration in the liberal State*, Harvard, 2005; Sohn, *op.cit.*, 372.

⁷⁸ Government Offices of Sweden, *Government proposes measures to create respite for Swedish refugee reception*, 24.11.2015, available at <https://www.government.se/articles/2015/11/governmentproposes-measures-to-create-respite-for-swedish-refugee-reception/>.

⁷⁹ This normative provision was considered uncompliant with the human rights international framework by a decision of 2018 of the Migration Court of Appeal, concerning the right of a child to be reunited with his family. See on this AIDA, *Country Report: Sweden*, 2019, 88, file:///C:/Users/paola/Downloads/aida_se_2019update.pdf

by “humanitarian grounds”.⁸⁰ In addition to the legislative restrictions, the right to family reunification is hampered by complicated and lengthy procedures.⁸¹

Legislation introduced in Denmark in 2016 restricted the right to family reunification of foreigners with temporary protection status by requiring them, among other things, to wait three years before applying.⁸² Furthermore, the new law L140 allows the ministry of Immigration and Integration to impose a limit on the number of family reunifications in the event that “asylum applications ‘increase significantly over a short period’, – without specifying what a significant increase would mean”.⁸³ Meanwhile, complicated bureaucratic procedures and the caseload of immigration services result in waiting times of up to two years, which severely affects the actual enjoyment of the right to reunite with family members.⁸⁴

Similarly, in Greece, due to persistent administrative shortcomings, in 2018 only a few refugees were able to initiate a procedure for family reunification.⁸⁵ Moreover, in a highly symbolic way, the Minister of Labour and Social Affairs of the newly (August 2019) installed Greek government cancelled a circular concerning the issuance of social security numbers (AMKA) to migrants, refugees, asylum seekers, unaccompanied refugee children and non-EU nationals. As commentators have observed, the circular “actually codified a law passed under

⁸⁰ See on this AIDA, *Country Report: Germany*, 2020, 140 – 141, available at <https://www.asylumineurope.org/reports/country/germany>. Humanitarian grounds mentioned by law are the following: “1. Long duration of separation of family members, 2. Separation of families with at least one (minor) unmarried child, 3. Serious risks to life, limb or personal freedom of a family member living abroad, 4. Serious illness, need for care or serious disabilities of a family member living abroad”. The law also takes into account the welfare of children and evidence of integration such as knowledge of language. Furthermore, family reunification applications may be submitted only on behalf of “members of the immediate family” (spouses, registered partners, minor unmarried children or parents of unaccompanied children)”.

⁸¹ Ibidem

⁸² See E. Cochran Bech, K. Borevi and P. Mouritsen, *A ‘civic turn’ in Scandinavian family migration policies? Comparing Denmark, Norway and Sweden*, in *Comparative Migration Studies*, 5(7), (2017) 9; as reported by the authors, access to family reunification is granted or denied on the basis of such criteria as knowledge of the language, economic resources, age, the applicant’s domestic violence record and “attachment to country”. The national protection system of Denmark, which opted out of the CEAS, includes a temporary protection status, which is granted to individuals recognized as being in need of protection under the Danish Aliens Act, Article 7 (3) due to a situation of severe instability and indiscriminate violence in their countries of origin (see European database on asylum law, *Denmark. Country profile*, 1.2.2018, available at <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/country-profile-denmark>).

⁸³ FRA (Fundamental Rights Agency), *Migration: Key fundamental rights concerns - Quarterly bulletin* 2, 2019, 4, available at <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/migration-overviews-may->

⁸⁴ M. C. Bendixen, *New restrictions for refugees in the Finance Act*, in *Refugees Welcome*, January 29 2019, available at <http://refugees.dk/en/news/2018/december/new-restrictions-for-refugees-in-the-finance-act-2019/>.

⁸⁵ Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Report of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Dunja Mijatović following her visit to Greece from 25 to 29 June 2018*, 6 November 2018, available at <https://reliefweb.int/report/greece/report-commissioner-human-rights-council-europe-dunja-mijatovi-following-her-visit>

the New Democracy government in 2009”.⁸⁶ In any case, this measure makes it difficult for foreigners to obtain access to social rights, as the AMKA is essential in order to benefit from services in the health, education and labour realms. A very similar provision was approved by the Italian government in 2018, when ‘Security Decree’ No. 113/2018 stipulated that asylum applicants would no longer be allowed enrolment in the Civil Registry or eligible to obtain a residence card (Art. 13). This had serious implications for the recognition of social rights and benefits, as well as making it very difficult or, sometimes, even impossible, for asylum seekers to open a bank account or get a driving licence. In July 2020 the Italian Constitutional Court declared Art. 13 to be unconstitutional because of its incompatibility with the principle of equality and “equal social dignity” enshrined in Art. 3 of the Constitution.⁸⁷ With reference to the latter point, one of the lines of argumentation of constitutional illegitimacy raised by the Tribunal of Milan (which referred the case) is evocative. The first instance Court highlighted that denying asylum applicants’ enrolment in the Civil Registry was tantamount to marginalizing and “confining them to a social and legal nowhere”. This circumstance prevented them from developing their personality in a free and dignified way and participating in the cultural, social and economic life of the community, which is considered a crucial stage of the integration process according to the Italian legislator (Art. 4 of the Consolidated Law on Immigration).

Access to social services and benefits has also been restricted in other countries. In Austria, the fragmentation of competences among different layers of government transformed the migration domain into a battleground between the opposing political forces in control at the federal level (the government and its SPÖ-led social ministry) and in the ÖVP-led provinces, responsible for providing social aid, such as the Needs-Based Minimum Benefit, a service for persons without reasonable subsistence. These political tensions triggered a wave of restrictive measures. Social allowances were cut in the provinces of Tyrol and Vorarlberg. The same also occurred in Upper Austria, Lower Austria and Burgenland, where upper household limits were reduced and the provision of aid was tied to the length of residence. In 2018, the Constitutional Court annulled these provisions (decision G 136/2017), which went against the very aim of the Needs-Based Minimum Benefit, which was to fulfil the social needs of persons without means of subsistence. However, the rulings of the Constitutional Court

⁸⁶ Z. Lefkofridi and C. Sevasti, *The symbolism of the new Greek government*, in *LSE EUROPP Blog*, August 5 2019, available at <https://blogs.lse.ac.uk/euoppblog/2019/08/05/the-symbolism-of-the-new-greek-government/>

⁸⁷ Decision n. 186/2020 of the Italian Constitutional Court. The press release of the decision is available in English at the following page: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/request_20200803143349.pdf, which clarifies that “given the scope and consequences of the provision, including in terms of social stigma – a stigma that is expressed not only symbolically by the asylum seekers’ inability to obtain identity cards – in this case, the violation of the principle of equality enshrined in Article 3 of the Constitution also infringes upon the principle of ‘equal social dignity’”.

do not always perform a counter-majoritarian role. In 2017, a controversial measure, approved in Lower Austria, which excluded beneficiaries of subsidiary protection from the enjoyment of social services was declared lawful by the Court, amid concerns about its discriminatory nature (E 3287/2016).

As these cases suggest, courts also contribute to fueling the structural and pervasive uncertainty surrounding foreigners' status. Indeed, though turning to courts has undoubtedly represented one of the most frequent and successful strategies for protecting migrants' rights, judicial rulings may also result in a further fragmentation and atomization of guarantees. The case of foreigners' entitlement to social assistance in Italy is indicative. Law No. 388/2000 (Budgetary Law) restricts access to social welfare allowances to EU long-term residence permit holders. On several occasions, the Constitutional Court has declared that the limitation is unreasonable.⁸⁸ However, since the Court has declared the unconstitutionality only of specific provisions in relation to certain rights, Italian legislation still maintains a distinction between long-term residents (with an EU long-term residence permit) and migrants who have a short-term permit (one or two years), who are denied a number of social welfare allowances, such as the maternity allowances and childbirth allowances. With reference to the latter, a substantial body of case law of merit courts has extended this right also to foreigners holding a residence permit for work reasons⁸⁹. This means, however, that those who cannot reach the judicial arena are excluded from some social rights and unlawfully discriminated against.

4. Some provisional concluding remarks: institutional uncertainty, State sovereignty and domination.

⁸⁸ See the following decision of the Italian Constitutional: n. 306/2008; n. 11/2009; No. 187/2010; n. 329/2011; n. 40/2013; No. 22/2015; n. 230/2015.

⁸⁹ These Courts applied the principle of equal treatment between nationals of third countries and nationals of the Member States where they reside, as enshrined with regard to the branch of social security by point (e) of Article 12(1) of Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State. The Italian Constitutional Court considered a referral from the Court of Cassation questioning the constitutionality of the rule stipulating that the eligibility of third-country nationals for the childbirth allowance and the maternity allowance is conditional upon the holding of an EU long-term residence permit. The Court decided to refer to the European Court of Justice for a preliminary ruling concerning the direct applicability of Article 12 of Directive 2011/98/EU (order No. 182 of 2020). For further details see https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/EN_Ordinanza_182_2020_Sciarra.pdf. Meanwhile, the draft 2019-2020 European Law bill (No. 2670), currently passing through Parliament, includes amendments, among others, to art. 41 of the Consolidated Law on Immigration (Legislative Decree No. 286/98). According to Art. 2 (1 ter) of the bill, foreigners holding a residence permit for work reasons shall enjoy equal treatment with nationals with regard to family allowances. The bill is available here: <https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2670.18PDL0115510.pdf>

Some constitutional lawyers describe migration law as a “special branch of law”, where traditional principles of the rule of law and historic achievements of constitutional law seem to disappear.⁹⁰ This paper aimed to unravel this “quasi-state of exception” affecting foreigners’ status in many instances, time periods and regions, by looking at the uncertainty characterizing their legal conditions. What emerges is a complex tangle of factors, which cannot be ascribed solely to governments’ failures to address the complexity of migration, or to the multiplicity of entities and competing interests involved. Uncertainty should also be regarded as the intended consequence of a legislation which endorses an authoritarian over a rights-based approach. As has emerged from the overview illustrated above, a lack of stability and predictability often characterizes migration law. This factor (together with gaps in the law and the way in which these spaces are concretely filled) emphasizes how uncertainty structurally permeates the system of foreigners’ legal statuses and leads to their variability, multiplicity and temporariness. In the migration domain, rather than guaranteeing predictability, unity, rationality, and coherence, laws often create uncertainty, instability and discrimination. It is in this sense that uncertainty becomes “institutional”.

This can be partly explained by the very logic underlying the concept of “legal status”, which is considered the main heuristic unit of migration regulation. Indeed, the notion of “status”, historically conceived to legally represent the unequal order of corporations and classes, is currently used as “a practical tool able to create or maintain discriminations and spaces of special law”.⁹¹ A high fragmentation of rights and statuses characterizes the modern era. This does not necessarily represent a dysfunction of the system, or worse, a violation of the principle of equality or of the rule of law.⁹² As the “struggles for recognition” have demonstrated, special laws can be demanded by people in order to protect and promote their cultural, religious and ethnic diversity. Special laws can constitute a legal technique through which the State guarantees “equality in difference”.⁹³ However, this reasoning applies only if some conditions are fulfilled, such as, first of all, the consent of the recipients of these pieces of law.⁹⁴ In the migration domain, by contrast, this requirement can hardly be met, given that foreigners are mostly excluded from the democratic process. Furthermore, the institutional uncertainty surrounding types, requirements and rights tied to legal statuses may also preclude foreigners from resorting to other channels, such as the judicial one.

⁹⁰ M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali* 1, 2017, 1.

⁹¹ G. Cianferotti, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2013, 2 who mentions P. Rescigno, *Status. Teoria Generale*, Enciclopedia Giuridica, XXX, Roma, 1993, 3.

⁹² J. Raz, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford, 1979, 210.

⁹³ In the modern era, the concept of “status” serves to maintain or construct inequalities and special rights grounded on a multiplicity of reasons which include not only privileges, but also claims of protection. G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993.

⁹⁴ According to G. Alpa, *Status e capacità*, cit., the differentiation introduced with status can be legitimate if conceived as self-differentiation (206-207).

Indeed, frequent changes in rules, together with vague, imprecise laws can prevent foreigners from knowing what the law is, causing them to lose their voice. Like other global tendencies characterizing migration governance, such as “externalization” or the growing recourse to informal acts, such as informal agreements, communications, standard operational procedures and circulars,⁹⁵ institutional uncertainty confines foreigners to “no-rights spaces”. Indeed, these mechanisms may *de facto* neutralize judicial intervention and contribute to shaping and reinforcing a “special legal status” of migrants, where basic human rights and procedural guarantees are increasingly replaced by a system of contingent measures and exceptions.

As it has done historically, the concept of “legal status” applied in migration law crystallizes and institutionalizes inequality. Against a “rights-based legal system”, this notion serves to introduce a-priori limitations and restrictions to categories of people, and by doing this, it serves the State’s interest in reinforcing its sovereignty, exercising its selective power to decide who may enter and who may not and with which entitlements, and in reclaiming its legitimacy. In the migration realm, the tension between authority and liberties is still open and far from being resolved. The concept of “institutional uncertainty” contributes to unveiling this anachronistic asymmetry and form of domination. Indeed, the relationship between the sovereign State and foreigners is based on a function-based approach: through the “legal status system”, the State selects foreigners’ rights, which are not meant to protect individual spheres of liberties, but rather to fulfil national contingent interests of a symbolic, political or economic nature. This results in a system of blanket inequality.

Meanwhile, in this context, the debated question about who belongs to the community remains unanswered. Through “institutional uncertainty”, States make and unmake the physical and spiritual borders of the community, depriving foreigners of a clear place within the society and of a definite perspective on when and how they will be able to belong to the community.⁹⁶

A final caveat is necessary. It would be misleading to conceive of the present study as supportive of the classic ideal of “legal(istic) certainty”. The claim against institutional uncertainty is not aimed at restoring the reductionist and mythological paradigm of an “Olympic State”,⁹⁷ which presents itself and its rules as a rational, clear, autarchic system. On the contrary, by illustrating and delving into the conceptual patterns of “institutional uncertainty”, this article stresses the

⁹⁵ A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 139; I. Gjergji, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Milan, 2016.

⁹⁶ This aspect somehow mirrors the arbitrariness of the citizenship-attribution process and of its excluding nature. See P. Mindus, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, 2014. The author mentions the phenomenon of statelessness, which can manifest itself not only “de jure”, but also “de facto”, as in cases of individuals who are left without a citizen status or, to an even greater extent, individuals who are left without any legal status at all, such as undocumented people (156 f.).

⁹⁷ G. Palombella, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006. See also P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

need to (re-)affirm some of the most fundamental principles of the rule of law, such as the predictability, public disclosure and stability of rules: in other words, to increase equality and justice within legal systems, also in the migration domain. It is urgent to reassess the nexus between foreigners and the State, tying it to a strong rights-based, bilateral approach.⁹⁸

Paola Pannia

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli studi di Firenze
paola.pannia@unifi.it

⁹⁸ On this subject see G. Palombella, *Il Rule of Law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2009, 27. According to the author, the rule of law “concerns the ability of legal institutions to prevent the legal system from becoming a mere instrument of domination, a malleable tool in the hands of those who detain political power”.

The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM) and its implications for constitutional law

di Ginevra Cerrina Feroni and Andrea Cardone¹

Abstract: The article discusses the nature, in legal terms, of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, and of its implementing instruments. The negotiating process that led to the genesis of the Global Compact is critically analysed to enquire its non-binding nature (but contributing significantly to the development of customary international law because as authoritative expressions of an *opinio iuris ac necessitates*), its political nature, and its possible use for interpretative purposes both on an international and national level.

Keywords: Global migration compact, structure of the sources of law, migration, national sovereignty

1. The migration emergency as an international law issue. Overview.

The numbers of refugees and migrants in the world warrant attention. The 2019 estimates tell us that they have reached as total of 272 million.² At the end of 2019 there were nearly 80 million refugees: the highest number ever recorded.³ If we shift our focus from the global situation to Europe, we see that, according to the statistics, the European Union (EU) received over one million two hundred thousand asylum applications in 2016—an increase of over 50% compared to 2014.⁴ The total number of applications for international protection fell to 549,000

5158

¹ This study is the product of authors' common research, nonetheless, G. Cerrina Feroni is mainly responsible for sections 2,3 and 4, A. Cardone for sections 5, 6 and 7. For sections 1 and 8, the authors claim joint responsibility.

² United Nations Department for Economic and Social Affairs Statistical Division (UN SD), *International migrant stock 2019*, available at: www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp.

³ UNHCR, *Global trends, forced displacement in 2019*, available at www.unhcr.org/5ee200e37/. More specifically, a total of 79.5 million of refugees. The report clarified that the figure included “26.0 million refugees: 20.4 million under UNHCR’s mandate and 5.6 million Palestine refugees registered with the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA). The global figure also included 45.7 million internally displaced persons (source: IDMC), 4.2 million individuals whose asylum applications had not yet been adjudicated by the end of the reporting period, and 3.6 million Venezuelans displaced abroad” (p. 8).

⁴ See the data provided by Eurostat, *Asylum quarterly report*, available at ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report.

in 2018, only to rise again in 2019 (612,700).⁵ These unprecedented numbers have triggered a lively public debate, with calls for the elaboration and implementation of new policies and new legislative interventions in order to manage what has been defined as “the refugee crisis”,⁶ or, interchangeably—albeit disputably—“the migrant crisis”.

Within this context, the calls for solutions, interventions and programmes have transcended national boundaries and have also been directed at the European Union and the United Nations, in line with a trend of progressive “extra-territorialization”.⁷

The high-level summit on migrants and refugees, convened by the UN General Assembly in September 2016,⁸ represents an attempt to respond to these demands⁹ by addressing the issue of managing mass movements¹⁰ of migrants and refugees. The objective, in other words, was to overcome the fragmentary character and localised application of national migration policies, whose ineffectiveness and insufficiency emerged more and more clearly.¹¹ The framework

⁵ *Ibidem*.

⁶ The expression recurs very frequently in documents from various sources (NGO position papers, scientific articles and even national newspapers). In this regard, see for example the following UNHCR news release, *2015: the Year of Europe’s Refugee Crisis*, 27 January 2016, available at www.unhcr.org/news/stories/2015/12/56ec1ebde/2015-year-europes-refugee-crisis.html. On the use of this expression by the media, see M. Georgiou and R. Zaborowski, *Media coverage of the “refugee crisis”: a cross-European perspective*, Council of Europe report DG1(2017)03, 2017, rm.coe.int/1680706b00. There has obviously been no lack of criticism against the aforementioned expression, as some have stressed that the “crisis” is not a refugee issue, but rather a crisis of Europe and its policies.

⁷ For an analysis of migration governance according to a multi-level approach, see M. Panizzon and M. van Riemsdijk, *Introduction to special issue: migration governance in an era of large movements: a multi-level approach*, in 45 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 8, 1 – 17 (2018).

⁸ United Nations General Assembly Decision no. 70/539 to convene a *High-level plenary meeting on addressing large movements of refugees and migrants* is available at www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.34.

⁹ A visible trace of this aim can be found in par. 2 of the New York Declaration. Moreover, some point out that the New York Declaration can also be seen as a response to the dysfunctions of the Dublin Regulation, as well as the resistance shown by many to the adoption and implementation of the EU Council decision on relocation. See in this regard M. Panizzon and D. Vitiello, *Governance and the UN Global Compact on Migration: Just another Soft Law Cooperation Framework or a new legal regime governing international migration?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 4 March 2019, available at www.ejiltalk.org/governance-and-the-un-global-compact-on-migration-just-another-soft-law-cooperation-framework-or-a-new-legal-regime-governing-international-migration/, 3.

¹⁰ The term “large movements” appears in the New York Declaration, but is not precisely defined. Indeed, it should be noted that the term *large movements* evokes a wide range of considerations and in any case it does not regard regular migratory flows from one country to another, but may rather regard mixed migratory flows that include both migrants and refugees, “who move for different reasons but who may use similar routes” (par. 6).

¹¹ The ineffectiveness of national migration policies and the need for interstate cooperation is frequently underscored and clearly attested in all the documents referenced in this essay. In particular, see the preparatory report: UN General Assembly, *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/70/59, 70th Sess., 21 April 2016, par. 14; UN General Assembly, *New York Declaration for Refugees*

into which this response fits was identified in the 2030 Agenda for Sustainable Development (hereinafter also 2030 Agenda), adopted on 25 September 2015. Under the heading of Goal 10, “reduce inequality”, it clearly outlines the following objective: “[f]acilitate orderly, safe, regular and responsible migration and mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies” (paragraph 10.7).¹² In line with this objective, the plenary meeting of September 2015 focused precisely on global movements of vast proportions, “that are not regular, safe or orderly, and for whom shared responsibility has been lacking” (as is stated in the summit preparatory document submitted by the Secretary General on 21 April 2016¹³). The intergovernmental summit called by the United Nations closed with the General Assembly resolution of 19 September 2016,¹⁴ unanimously approved and better known as the New York Declaration.

2. The New York Declaration of 19 September 2016 and the genesis of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration.

Before going on to illustrate the negotiating process that led to the genesis of the two Global Compacts, of which the New York Declaration represents the initial stage, it is worth briefly considering the contents of the latter. This analysis will provide insight into how and in what terms the challenge of managing the phenomenon of mass migration was placed on the international agenda. To begin with, from the very first lines the “migration issue” is framed within the context of international law, international human rights law, international humanitarian law and international refugee law, to which explicit reference is made on more than one occasion.

In the introductory part, after acknowledging the positive role of migrants in terms of growth and sustainable development (echoing the contents of the 2030 Agenda), the document affirms the obligation to respect the human rights and fundamental freedoms of migrants and refugees, irrespective of their status; emphasis is laid on international cooperation and the need to address the causes of mass migration; manifestations of racism, discrimination and xenophobia are

and Migrants, UN Doc. A/RES/71/1, 19.9.2016, par. 7 and again the *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Final Draft*, 11 July 2018, par. 11.

¹² United Nations General Assembly, Resolution adopted on 25 September 2015, Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, available at www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/Resolution_A_RES_70_1_EN.pdf.

¹³ See the preparatory report: UN General Assembly, *In Safety and Dignity: Addressing Large Movements of Refugees and Migrants. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/70/59, 70th Sess., 21 April 2016, 4, available at www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/59&=E%20.

¹⁴ UN General Assembly, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, UN Doc. A/RES/71/1, 19.9.2016, available at www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_71_1.pdf.

strongly condemned.¹⁵ The first part is followed by a section dedicated to “commitments”: in particular commitments regarding migrants and refugees, considered together (section II) and separately (sections III and IV). As specifically regards the commitments applying to migrants, the declaration recognises that “everyone has the right to leave any country, including his or her own, and to return to his or her country”.¹⁶ However, what at first glance might seem an affirmation of a “human right to migration” is in reality qualified immediately afterwards, when it is recalled “at the same time that each State has a sovereign right to determine whom to admit to its territory, subject to that State’s international obligations”.¹⁷

The Declaration takes into consideration the condition of migrants in a situation of vulnerability (especially separated or unaccompanied minors who do not meet the requirements for obtaining international protection), as well as those who are not entitled to international protection, but are also unable return home due to the existing conditions in their country of origin. In the case of the former, it is proposed to adopt non-binding guiding principles and guidelines, on a voluntary basis; as for the latter, the choice of some States to provide forms of temporary protection receives express approval.¹⁸

In regard to the strengthening of international cooperation, emphasis is again placed on the centrality of repatriation, an objective to be pursued while assuring respect for the principle of non-refoulement and human rights. In this regard, the document underscores the need to abide by and implement existing readmission agreements.¹⁹

As seen, the text of the Declaration includes a number of references that seem almost to imply a willingness to construct a framework of common rules and a unified architecture governing the status to be attributed to migrants. However, in general, the approach adopted in the New York Declaration, in terms of both structure and contents, tends rather to reproduce the paradigms that traditionally govern international migration policies, including the rigid dichotomy between “refugees” and “migrants”.²⁰ Furthermore, and consistently with what was just observed, though there is frequent reference to human rights and the fundamental freedoms of refugees

¹⁵ Ibidem, paragraphs 1 – 20. Again in reference to the framework of international law, in paragraph 48 States are urged to ratify the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, as well as the relevant International Labour Organization conventions.

¹⁶ Ibidem, par. 42.

¹⁷ Ibidem, par. 42.

¹⁸ Ibidem, par. 52 and 53.

¹⁹ Ibidem, par. 58.

²⁰ D. Vitiello, *Il contributo dell’Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugati e migranti: spunti per una rilettura critica dei global compacts*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 3, 2018, 3 – 5. However, others have highlighted the revolutionary approach underlying the Global Compact, defined as a veritable *turning point*. See C. Carletti and M. Borraccetti, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2018. However, a more doubtful view is expressed by M. Buccarella, *Il Global Compact for Migration: una svolta per il futuro della migrazione internazionale?*, in *DPCE Online*, 4, 2019.

and migrants, no precise catalogue clarifying what these rights and freedoms are or who is entitled to them is to be found anywhere in the Declaration.²¹

In this context, other principles specifically regarding economic migration deserve particular attention. They are based on the premise, already alluded to in the Preamble,²² that economic migrants have the right to leave their country and be received by another and that, like refugees, they are entitled to human rights and fundamental freedoms.

It is worth noting that the affirmation of the rights of migrants is accompanied by a proclamation of States' commitment to creating conditions that enable individuals to live in peace and prosperity in their countries of origin. Consequently—it is affirmed—“[m]igration should be a choice, not a necessity”.²³ In particular, based on the consideration that the lack of educational opportunities is often a push factor for migration, especially among young people, States commit to strengthening education and educational institutions in countries of origin and to enhancing employment opportunities in countries of origin.²⁴ The call upon States that had not already done so to consider ratifying or acceding to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and other conventions of the International Labour Organization is therefore consistent with the qualification of migration as a choice.²⁵

This part of the New York Declaration thus fits into the framework of international initiatives aimed at protecting workers' rights, as do two other commitments undertaken by States:²⁶ that of evaluating the possibility of “facilitating opportunities for safe, orderly and regular migration, including, as appropriate, employment creation, labour mobility at all skills levels, circular migration, family reunification and education-related opportunities” and of paying attention to “the application of minimum labour standards for migrant workers regardless of their status, as well to recruitment and other migration-related costs, remittance flows, transfers of skills and knowledge and the creation of employment opportunities for young people”.

Another interesting aspect is that economic migration is not considered exclusively as a problem, but also an opportunity for developed countries, by virtue of the fact that migrants can make positive and profound contributions to economic and social development in the host societies and to global wealth creation, just as they can help to respond to demographic trends, labour shortages and other challenges in the host societies and add new skills and dynamism to the latter's economies.²⁷

²¹ For a critical view, see A. Spagnolo, *'We are tidying up': the Global Compact on Migration and Its Interaction with International Human Rights Law*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 1 March 2019, available at www.ejiltalk.org/we-are-tidying-up-the-global-compact-on-migration-and-its-interaction-with-international-human-rights-law/.

²² Par. 5, but see also paragraphs 41 and 42.

²³ Par. 43.

²⁴ Par. 44.

²⁵ Par. 48.

²⁶ Par. 57.

²⁷ Par. 46.

With respect to sources, moreover, also for the purpose of reconstructing the binding effectiveness of the Global Compact, it is worth mentioning States' commitment to consider developing non-binding guiding principles and voluntary guidelines, consistent with international law, on the treatment of migrants in vulnerable situations, especially unaccompanied or separated minors who are not eligible for international protection as refugees and may need assistance.²⁸ This provision clarifies that the whole approach envisaged has been conceived from the very start with a view to achieving the stated purposes not only through binding rules, but also through soft law instruments.

The New York Declaration concludes, finally, with two annexes announcing the elaboration of a Global Compact on Refugees (Annex I) and a Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (hereinafter also GCM)²⁹ (Annex II). The second annex outlines the “way forward” for the adoption of the GCM.

Summing up briefly, the picture that emerges from the New York Declaration is an approach to migration problems that goes well beyond issues tied to the management of national borders, which—not coincidentally, as we have seen—are left within the exclusive jurisdiction of States, and is largely forward looking in character; in some passages relating to migration as a choice and its impacts on the host countries it even risks appearing unrealistic.

3. The negotiating process leading to adoption.

The working programme provided for negotiations to be led by two co-facilitators³⁰ (together with the Secretary-General's representative), as well as for the broad involvement of civil society, academia and government and non-governmental organizations.³¹ A foremost role was played throughout the negotiation process by the International Organization for Migration (IOM), which underwent an institutional restructuring in order to strengthen its legal and working relationship with the United Nations.³² The goals are also clearly established in Annex II: the contents of the Global Compact—“a range of principles, commitments and

²⁸ Par. 52.

²⁹ In this regard, some critics have observed that the wording contained in the New York Declaration was changed from that of the preparatory report: in the former document, in fact, there is no longer any reference to ‘responsible’ migration. E. Guild, *The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?*, in 30 *International Journal of Refugee Law* 4, 661 (2018).

³⁰ Juan José Gómez Camacho, Permanent Representative of Mexico, and Jürg Lauber, Permanent Representative of Switzerland.

³¹ In this regard, see the Global Coalition on Migration, whose web page may be found at the following address: gcmigration.org/2017/04/what-is-the-global-compact-on-migration/.

³² New York Declaration, par. 50 and Annex II par. 12. On the role of the IOM, see generally C. Carletti and M. Borraccetti, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, cit., 23 ff.; E. Guild and S. Grant, *What role for the EU in the UN negotiations on a Global Compact on Migration?*, CEPS Research Report No 2017/05, 7 ff. (2017) available at www.ceps.eu/publications/what-role-eu-un-negotiations-global-compact-migration and C. Thouez, *Strengthening Migration Governance: The UN as ‘Wing-man’*, in 45 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 8, 1242 (2019).

understandings among Member States regarding international migration in all its dimensions”—will in fact serve to enhance global governance and coordination on international migration.³³

The negotiation process was divided into three phases: a first consultation phase (April - November 2017); a second stocktaking phase (November 2017 – January 2018) and a third phase of intergovernmental negotiations (February – July 2018). In the latter phase, the initial draft of the GCM (presented on 5 February 2018)³⁴ underwent numerous revisions until a final version³⁵ was agreed on. The final draft was presented at the intergovernmental conference held in Marrakech on 10-11 December 2018.

4. Structure, objectives and actions of the GCM.

The final text of the GCM presents itself as a “non-legally binding, cooperative framework”,³⁶ aimed at increasing international cooperation among all relevant stakeholders on migration issues. It is organized as follows: a first part, or preamble, dedicated to principles, a second part, which illustrates commitments and objectives, and, finally, a last part dedicated to implementation and review of the GCM. No fewer than 23 objectives are identified by the GCM; each one is associated with a commitment and concrete actions that States should undertake in order to attain the objectives presented and thereby realise the ultimate goal of safe, orderly and regular migration. It is not possible here to analyse all of the objectives in detail. We will focus on individual objectives or groups of objectives that are similar in purpose or contents. Objective 1 highlights the need to strengthen the systems used to collect and analyse data on migrations, which should serve as a basis for building evidence-based policies (*regulation by information*). Objectives 6 to 10 all refer to the need to eliminate the vulnerabilities that particularly afflict migrants (hence, respectively, 6) labour exploitation; 7) situations of particular need, as in the case of children; 8) the risk of death; 9) smuggling of migrants and 10) human trafficking. Objective 2 consists in combating “the adverse drivers and structural factors that compel people to leave their country of origin”. At the same time, a strengthening of international cooperation will be pursued (objective 23). Objective 5 focuses on enhancing the “availability and flexibility of pathways for regular migration”, whereas objective 13 establishes that, in the context of international migration, detention should be considered as a measure of last resort. Objective 11 relates to the commitment to “manage borders in an integrated, secure and coordinated manner”, whilst objective

³³ Annex II, par. 2.

³⁴ *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Zero Draft*, 5 February 2018, available at refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180205_gcm_zero_draft_final.pdf. For a first analysis of the ‘Zero Draft’ see E. Guild and T. Basaran, *First Perspectives on the Zero Draft (5 February 2018) for the UN Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 272/2018, 14 February 2018, available at ssrn.com/abstract=3123876

³⁵ *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Final Draft*, 11 July 2018, available at: refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf

³⁶ GCM, par. 7.

21 calls for a dual commitment: to cooperate in “facilitating safe and dignified return and readmission” and the “sustainable reintegration” of returning migrants into their countries of origin.³⁷ Objectives 15 to 18 are instead aimed at improving the condition of migrants once they have settled in the receiving countries by ensuring that they have access to basic services (15), social cohesion (16), the elimination of discrimination (17) and recognition of skills (18). The objectives also include improving systems for the transfer of remittances and portability of social security entitlements (objectives 20 and 22).

5. The implementing mechanisms of the GCM.

Instruments for implementing the GCM are likewise considered. Worthy of mention are: 1) The International Migration Review Forum as a “global platform for Member States to discuss and share progress on the implementation of all aspects of the Global Compact [...] with the participation of all relevant stakeholders”. The Forum will be held every 4 years, beginning in 2022, to discuss the implementation of the Global Compact at the local, national, regional and global levels, as well as to allow for interaction with “other relevant stakeholders” with a view to identifying opportunities for further cooperation (paragraphs 48 and 49 of the GCM). The International Migration Review Forum will rely on the Global Forum on Migration and Development, whose task will be “to provide a space for annual informal exchange on the implementation of the Global Compact, and report the findings, best practices and innovative approaches”, whilst Member States are encouraged to develop “as soon as practicable, ambitious national responses for the implementation of the Global Compact, and to conduct regular and inclusive reviews of progress at the national level, such as through the voluntary elaboration and use of a national implementation plan”. 2) The whole-of-society approach, whereby the Global Compact will promote “broad multi-stakeholder partnerships to address migration in all its dimensions by including migrants [...] local communities, civil society, academia, the private sector, parliamentarians, trade unions, National Human Rights Institutions, the media and other relevant stakeholders in migration governance”, as well as “faith-based organizations” (paragraphs 15 and 44 of the GCM). Other actors that may be called on to support efforts of Member States on a continual basis and to help strengthen the capacities of the United Nations in implementing the Global Compact include “philanthropic foundations” (paragraph 43), which (together with other stakeholders), will thus be allowed to provide a financial contribution by initiating a start-up fund, also in the immediate future.

³⁷ As observed by K. Newland, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: an unlikely achievement*, in 30 *International Journal of refugee law* 4, 657 (2018). In particular, objective 21 represents an important example of compromise, which is a feature of the GCM as a whole. The first part responds to the demands of the EU, whereas the second part reflects the demands of the countries of origin.

6. The constitutional impact: can the New York Declaration express principles apt to give rise to rules of international customary law in the community of States?

The analysis of the complex set of circumstances leading to the approval of the GCM raises various questions of constitutional law, whose concrete resolution will largely determine the evolution of the legislative framework in which migration policies will be developed in the coming years, not only in our own country, but also in the European Union as a whole, since the latter must necessarily be considered the territorial context of reference.

A first significant problem emerges if we consider that, as it was attempted to show in the preceding pages, the GCM, despite its provisional nature, is the point of arrival—given the complex system of governance as envisaged thereunder—of a process rooted in the UN General Assembly resolution of 25 September, setting forth the 2030 Agenda for Sustainable Development, as well as the resolution of 19 September 2016, containing the New York Declaration for Refugees and Migrants. This fact should lead us to wonder whether such instruments, in addition to conditioning the subsequent process of formation of the GCM, are to be considered expressions of autonomous constraints on States. It appears above all to be of fundamental importance to understand whether the mandatory scope of those instruments extends to the recognition of subjective legal rights of individuals, and, accordingly, to the attribution of obligations to States vis-à-vis such individuals.

The problem seems to arise essentially for the principles contained in the main body of the New York Declaration, rather than in relation to Annex II of the Declaration, which sets out “steps towards the adoption of a global compact for safe, orderly and regular migration in 2018”, or the 2030 Agenda. On the one hand, the provisions contained in the first of the two documents, as we have seen, have a mainly procedural character and are all aimed at governing the formation and implementation of the agreement; on the other hand, the provisions of the Agenda consist essentially in international obligations States have assumed in the context of the United Nations, albeit with a fundamental contribution of the EU to the negotiations, and which should guide their future policies.

Confirmation of this may be found in the Italian legal system if we analyse the first implementing instruments. In particular, the National Sustainable Development Strategy (*Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile-SNSvS*) was approved by the inter-ministerial committee for economic planning on 22 December 2017. The document set out guidelines for economic, social and environmental policies aimed at achieving the objectives of sustainable development by 2030. These were broken down into five areas: the *People* area, where the aim is to combat poverty and social exclusion and promote health and wellbeing so as to assure conditions conducive to the development of human capital; the *Planet* area, focused on sustainable management of natural resources, as well as measures to combat biodiversity loss and protect environmental and cultural heritage; the *Prosperity* area, relating to the promotion of sustainable production and consumption models that can guarantee

quality employment and training; the *Peace* area, aimed at promoting a non-violent and inclusive society, free of discrimination; and the *Partnership* area, for the definition of integrated interventions in the other four areas. With the aim of achieving the necessary coordination of actions, a directive of the President of the Council of Ministers of 16 March 2018, containing, precisely, Guidelines for the Implementation of the United Nations 2030 Agenda and the National Sustainable Development Strategy (*Indirizzi per l'attuazione dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile*) established, at the Presidency of the Council of Ministers, a national Commission for Sustainable Development, chaired by the Prime Minister and made up of the Cabinet, the President of the Conference of Regions, the President of the Union of Italian Provinces and the President of the National Association of Italian Municipalities. The Commission discusses and approves an annual report on the implementation of the National Sustainable Development Strategy, also with a view to assuring timely updates. For the purpose of conducting its activity, the Commission avails itself of the support of the competent administrative authorities. The document further identifies a system of sustainability drivers defined as “crosscutting areas of action” and “fundamental levers” for launching, guiding, managing and monitoring the integration of sustainability in national policies, plans and projects.

The subject is addressed differently, however, in the case of the New York Declaration, whose provisions, as previously noted, contain a series of rules that regard not only relations between States, but also the internal relations of State communities and thus—potentially—the relations between States and their citizens, as has already occurred numerous times in the practice of the United Nations (one need only consider the Universal Declaration of Human Rights or the resolutions on genocide and the elimination of racial discrimination).

As is commonly acknowledged, the declarations of principle adopted in a UN framework cannot be considered sources of general international law, as the powers of the UN General Assembly are limited essentially to recommendations of a non-binding nature. However, it is equally acknowledged that the declarations contribute significantly to the development of customary international law because, being authoritative expressions of an *opinio iuris ac necessitatis*, if combined with constant, uniform behaviours of States, they give rise to customary rules of general international law. Some declarations, moreover, have the force of veritable international agreements, when they not only set out principles, but also expressly equate the inobservance thereof with a violation of the Charter, thereby binding the States that have approved them. They may thus be considered as agreements in a simplified form.

From a constitutional law perspective, this is a question of considerable importance because if the provisions of the Declaration express principles apt to give rise to rules of customary law within the community of States, we must consider the automatic adaptation clause of Article 10, paragraph I of the Italian Constitution to be applicable in relation to such rules. Accordingly, the latter would have prevalence

not only over any incompatible legislative acts, but also over the provisions of the Constitution itself.

Regarding this point it should be observed that the Declaration affirms respect for international law and international human rights law as regards the treatment of migrants and refugees, regardless of their legal status, as well as international humanitarian law and international refugee law, where applicable.³⁸ Consequently, according to the Declaration, the distinction made between migrants and refugees does not prevent either of the two categories from enjoying universal human rights and fundamental freedoms.³⁹ It contains express reference to the international obligations undertaken by States, giving a series of specific examples, such as situations of armed conflict which trigger refugee flows, human trafficking, situations of vulnerability, assistance to migrant communities abroad, border control, protection of refugees and so on but does not clarify whether the reference to such obligations is to be understood as based on customary international law or treaty law.

In this regard, it may be noted that the Declaration does not provide any definition or list of the human rights to which migrants and refugees are entitled. Therefore, as legal scholars have pointed out, this category of rights remains a subject of controversy in general international law⁴⁰ and thus does not seem to provide any real basis for customary law.

It is worth highlighting, moreover, that the treatment reserved for such individuals is described through a broad, heterogeneous series of rights, which range from the satisfaction of basic needs tied to an individual's life and safety, to civil and political rights, which, given the vagueness of their definition and the necessary legislative intervention of States, do not seem sufficient to serve as a foundation for clearly defined behaviours such as to generate rules of customary international law.

To this we may add that the Declaration insists a great deal on States' right to control and manage their own borders, as the implementation of border control procedures constitutes an element of national security.⁴¹ On the one hand, in the part relating to both migrants and refugees, the Declaration affirms that their right to move must be accompanied by full respect for international rules regarding the protection of individuals and refugees (including, therefore, the principle of non-refoulement); on the other hand, it underscores the right of States to adopt measures to repress illegal border crossings.⁴² Similarly, in the part relating to the commitments vis-à-vis migrants, the Declaration reaffirms the right, again deriving from an international obligation, of every individual to leave any country, including

³⁸ Par. 5.

³⁹ Par. 6.

⁴⁰ On this topic see, among others, B. Nascimbene, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. Carbone, R. Luzzatto and A. Santa Maria (cur.), *Istituzioni di diritto internazionale*, Turin, 2011, 438 ff.; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2012, 214–215; M. Scheinin, *Core Rights and Obligations*, in D. Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, 528; G. Citroni and T. Scovazzi, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milan, 2013, 60–61; C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Turin, 2013, 35.

⁴¹ Par. 24.

⁴² Par. 24.

his or her own, and to return to that country, while at the same time highlighting the sovereign right of every State to have the final word when it comes to allowing access to its territory.⁴³

7. What obligations are legally binding on Italy following the signing of GCM?

A second question, which is central to the perspective adopted here, regards the mandatory force of the GCM. In particular, it is important to clarify whether it should be considered as giving rise to legal obligations that are directly binding on the Italian State, or whether it should instead be regarded as an instrument of international soft law. In this case as well, it is a question of particular relevance from the standpoint of internal constitutional law because, should the GCM be qualifiable as a full-fledged international treaty, its provisions could be used as a parameter of reference in assessments of constitutionality. This ultimately means that it would act as a binding constraint on the Italian legislator in any future interventions in this area.

In this regard it may be pointed out that an analysis of the preparatory work leading to the agreement suggests that the GCM should be considered an instrument that, in itself, does not directly produce any legal effects. Indeed, this was the view expressed by various representatives of the States participating in the Conference of Marrakesh, who highlighted that the purpose underlying the agreement was to rationalize (“tidy up”) the international framework on migration, without implying the assumption of any new obligations and reaffirming the full sovereignty of States in this area.⁴⁴ Above all, on the basis of this argument, it was concluded that the GCM was not intended to bring about an innovation in the current legal framework governing migratory flows. It was indeed stressed that the wording in numerous passages clearly showed that States had no intention of binding themselves legally from an international law perspective, but rather wished to share common policy guidelines for the management of the migration phenomenon.⁴⁵

To this we may add that the provisions of the GCM, as seen, are not formulated in such a manner as to be interpreted as a sufficiently clear, unambiguous and detailed basis for expressing binding legal obligations. Moreover, the fact that the GCM was adopted at the end of an intergovernmental conference does not mean that it can be qualified as an international treaty, since the practice of international law in this area, above all as regards the instruments developed in the framework of the UN, shows that such a procedural route may be taken both in international agreements and in non-binding declarations.

On the other hand, it should be taken duly into account that soft law instruments, both in international law and in internal constitutional law, may generate legal effects on a number of levels which do not imply direct applicability to

⁴³ Par. 42.

⁴⁴ A. Spagnolo, *We are tidying up”: The Global Compact on Migration and its Interaction with International Human Rights Law*, cit.

⁴⁵ A. Peters, *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 21 November 2018, available at www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/.

concrete cases and/or the immediate production of legal obligations. From this point of view, it seems possible to affirm that the provisions of the GCM may produce legal effects on three distinct levels.

A first level is represented by the political nature of the agreement. Indeed, this aspect ensures that, in order to honour the political commitment undertaken in an international forum—and in a UN context to boot—States will have to adopt internal measures that will certainly have legal effect. Therefore, it can reasonably be affirmed that a first legal dimension of the GCM is the indirect one deriving from future migration policies that States will put in place to implement the agreement.

A second legal dimension of GCM may derive from its possible use for interpretative purposes. This could take place both on an international and national level. In the former case, the GCM could be taken into consideration as an interpretative tool in relation to international conventions expressly mentioned among the objectives of the agreement itself—for example, the United Nations Convention on Transnational Organized Crime (cited in objective 10). In the latter case, on the other hand, it cannot be ruled out a priori that the GCM might be used by national courts for the purpose of interpreting international obligations undertaken by the Italian State in other contexts or, as has already been seen in case law relating to other formally non-binding international instruments, as a hermeneutical means for deriving wholly new rights, as occurred, for example, after the Nice Conference and before the Lisbon Treaty with some innovative rulings of the ordinary courts regarding the applicability of the EU Charter of Fundamental Rights.

Finally, a further normative dimension of the agreement could arise from the administrative practice of the national agencies responsible for managing migrant flows. In this realm, indeed, there is a great deal of margin in determining whether policies are oriented in one direction rather than another, and as such forms of administrative discretion have a direct impact on subjective legal positions—we need only consider, for example, the organization of reception centres or the management of push-backs at sea—administrative choices based on the objectives of the GCM could end up producing innovative downstream effects within the national legal system.

8. Some open issues.

It may be useful to touch upon several issues that might arise in relation to the implementation of the GCM and for which no clear solution seems to be provided in the instruments briefly reconstructed thus far.

A first issue regards the regime and the consequences of the margins of discretion of the State with respect to the obligations undertaken. In particular, we might ask whether the internal provisions adopted by the Italian State to implement the GCM, or its inaction as the case may be, can be considered subject to scrutiny by the international governance bodies mentioned earlier. In the author's view, this is a central issue. In fact, the concrete possibility of achieving the political objectives set

in New York Declaration will mostly depend on the implementation of the GCM. However, as migration policy is very sensitive to changes in the parliamentary majority, a control of international governance bodies over the implementation and non-implementation choices of States appears to be fundamental, albeit not unproblematic in relation to the exclusive jurisdiction maintained by States in managing their borders.

A second issue could regard the lack, in the implementing mechanisms provided for, of any difference, in terms of legitimation and scope of implementation, between representative democratic (State) institutions and private stakeholders with a whole variety of interests, promoted by financial backers that are also private. Here a problem arises regarding the compatibility of such a choice with the principle of popular sovereignty enshrined in Article 1 of the Republican Constitution. One possible solution for mitigating this lack of differentiation might be to regulate by law the forms of intervention and implementation adopted by private stakeholders, which would thus find an additional source of legitimacy with respect to that deriving from the agreement.

A third issue remains in the background. It poses more radical problems we can only touch upon briefly here. It is worth asking ourselves, in fact, whether the set of rights attributed by the New York Declaration and the GCM to economic migrants is compatible with the constitutional protection of the rights of Italian citizens. This issue arises essentially in relation to social rights, at least those that the Constitutional Court, through its decisions, has not extended to foreign nationals, whereas it does not seem to pose any particular problems in relation to migrants' rights to liberty, which can be protected without impacting the level of protection of the corresponding rights of citizens. For example, could a budget law set up a special fund for supporting the social rights of migrants which are protected under the GCM?

As noted, this is not the right place for answering such difficult questions, but it is the authors' opinion that we should start asking them, if only to increase awareness that, despite the scant attention dedicated to the GCM by legal scholars, it could soon burst into the life of national constitutional orders.

Ginevra Cerrina Feroni
Department of Legal Science
University of Florence
ginevra.cerrinaferoni@unifi.it

Andrea Cardone
Department of Legal Sciences
University of Florence
andrea.cardone@unifi.it

Uncertainties involved in Turkey's migration management: The case of Syrians under Temporary Protection

di Elif Çetin

Abstract: Turkey hosts 3.6 million Syrians¹ under its 'temporary protection' scheme. Yet, the Temporary Protection regime lacks a concrete timeframe and generates uncertainties for Syrians living in Turkey as, in practice, it does not establish guaranteed and stable rights to them. Moreover, there are additional uncertainties emanating from the EU-Turkey Readmission Agreement, which overlooks that Turkey still reserves geographical restriction to the 1951 Geneva Convention and its 1969 Protocol. Furthermore, there is a certain lack of clarity on the application of human rights standards to vulnerable irregular migrants, casting doubts on the legality of this soft law instrument.

Keywords: Migration governance; Refugees; Turkey; EU-Turkey Readmission Agreement

1. Introduction.

On 22nd July 2019, Minister of Foreign Affairs of Turkey, Mevlüt Çavuşoğlu, announced that the EU-Turkey Readmission Agreement is put on hold² and will no longer be functional until the EU fulfils its promise of visa free travel for Turkish nationals³. As the AKP government announced its decision in the midst of a rising tide of tensions in the Eastern Mediterranean around the issue of gas exploration, some commented that Turkey was instrumentalising migrants and refugees in the country as a bargaining chip in its relations with the EU⁴.

Around the same time, Minister of Interior, Süleyman Soylu, and the Istanbul Governor's Office ordered Syrian refugees to return to the cities where they had been originally registered⁵. On top of that, there were also

¹ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Turkey Fact Sheet*, 2020, available at <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/74387.pdf>.

² Deutsche Welle, *Çavuşoğlu: Geri Kabul Anlaşması'nı askıya aldık* [Çavuşoğlu: we put Readmission Agreement on hold], 22 July 2019, www.dw.com/tr/çavuşoğlu-geri-kabul-anlaşmasını-askıya-aldık/a-49699277.

³ Daily Sabah, *Readmission agreement with EU no longer functional, Ankara says*, 23 July 2019, available at www.dailysabah.com/eu-affairs/2019/07/23/readmission-agreement-with-eu-no-longer-functional-ankara-says.

⁴ Z. Lüle, *Türkiye'ye Doğu Akdeniz kışkacı* [Turkey's eastern Mediterranean quagmire], T24, 11 July 2019, available at www.t24.com.tr/yazarlar/zeynel-lule/turkiye-ye-dogu-akdeniz-kiskaci,23100.

⁵ Hurriyet Daily News, *Unregistered Syrians sent back to camps in Turkey: Interior minister*, 24 July 2019, available at www.hurriyetdailynews.com/unregistered-syrians-sent-back-to-

allegations⁶ that Turkey was deporting hundreds of Syrians back to Idlib⁷. Turkish authorities immediately denied these claims and stated that only the unregistered irregular migrants were being deported and unregistered Syrians were being sent to refugee camps. The timing of these developments is far from being coincidental.

The above statements of Turkish authorities highlighted once again the lack of clarity in the country's management of Syrian migration and uncertainties emerging as a result. Against this background, thus this paper explores the following questions: Why are these statements and policies put forward by Turkish authorities now, even though the country has been following a relatively liberal approach towards Syrians, who escaped the Syrian civil war and have been residing in Turkey for the past eight years? Moreover, what could be the possible meaning and future implications of these developments?

Out of an estimated 5.6 million Syrians, who left their country as refugees since the outbreak of the civil war in March 2011⁸, 3.6 million⁹ of them are being hosted by Turkey under the 'temporary protection' scheme. The dramatic increase in the numbers of Syrians post-2011 created immense pressures on Turkey, leading the country to issue the Temporary Protection Regulation in 2014 as a significant legal response. Yet, temporary protection implies the lack of any long-term structured policy measures regarding the status of Syrians. This paper argues that, based on a logic of hospitality, where Syrians in Turkey are labelled as 'guests', the temporary protection regime lacks a specific timeframe and generates uncertainties for Syrians living in Turkey as, in practice, it does not establish guaranteed and stable rights to have access to the labour market, health care, education and affordable housing. Uncertainties involved in Turkey's migration governance strategies also erect barriers to Syrians' integration to the country, risking the escalation of the already existing tensions between Syrians and local communities. Shortsighted migration policies that does not grant secure status to migrants would motivate them to try to reach Europe irregularly with a hope to have a better future.

On top that, the so-called EU-Turkey deal, which came into force on 18 March 2016, creates another layer of structural uncertainty due to the difficulties arising from its implementation. While the deal recognizes Turkey as a 'safe third country', it appears to overlook the fact that the country still reserves the

camps-in-turkey-interior-minister-145224.

⁶ Washington Post, *Turkey has deported hundreds of Syrian migrants advocates and refugees say*, 22 July 2019, available at www.washingtonpost.com/world/turkey-has-deported-hundreds-of-syrian-migrants-advocates-and-refugees-say/2019/07/22/14114c9c-ac87-11e9-9411-a608f9d0c2d3_story.html.

⁷ The Guardian, *Syrian refugees in Beirut and Istanbul detained and deported*, 29 July 2019, available at www.theguardian.com/world/2019/jul/29/syrian-refugees-in-beirut-and-istanbul-detained-and-deported.

⁸ UNHCR, 'Syria emergency', 2018, available at <https://www.unhcr.org/syria-emergency.html>.

⁹ Directorate General of Migration Management (DGMM), *Temporary protection*, 2020, available at <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>.

geographical restriction to the 1951 Geneva Convention and its 1969 Protocol, meaning that it does not grant full refugee status to people coming from non-European countries, including Syrians. Moreover, there is a certain lack of clarity on the application of human rights standards to vulnerable irregular migrants, casting doubts on the legality of this soft law instrument.

2. Turkey as a recent country of immigration.

An EU candidate country since 1999, and negotiating for full membership since 2005, Turkey now provides both sea and land borders for the EU, which extend nearly 10,000 km in the EU's southeast, in proximity to one of the world's most conflicted regions. It has become a major country of transit and immigration within the context of the changing dynamics in types, flows and destinations of migration that have become more diversified in the last two or three decades¹⁰. Most recently, the increasing pressure of the refugee challenge, particularly the high number of arrivals from Syria, has put the country once again under the international spotlight.

Turkey forms a bottleneck in the Eastern Mediterranean route taken by irregular migrants trying to reach Europe through eastern Greece, southern Bulgaria or Cyprus. Turkey's being a crucial staging post for onward migration does not only pose a major challenge for Europe but also for the Turkish authorities who are seeking to control migration in the region.

According to the data provided by the UNHCR, out of the total number of 356.000 people that are registered with the UNHCR (as of 29 February 2020), most of them are Afghan nationals (46%) followed by Iraqis (39%), then Iranians (9%), Somalis (1%) and others (5%).¹¹ In total, out of 3.9 million people that are of concern for the UNHCR, some 3.6 million are Syrians. Yet, due to the geographical limitation that Turkey maintains regarding the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Convention) and its associated 1967 Protocol, Turkey does not grant refugee status to people fleeing from non-European countries due to conflicts and fear of persecution. Nevertheless, it does provide 'conditional refugee status' along with 'refugee' and 'subsidiary' protection. Therefore, persons who have fled Syria are subject to a separate asylum procedure as specified under the Temporary Protection Regulation (TPR) (2014).

According to the data released by the Directorate General of Migration Management (DGMM), the number of residency permits granted to foreigners per year increased more than three times between 2005 and 2020, from 178.964

¹⁰ International Organization for Migration (IOM), *Transit migration in Turkey*, Genève, 1995; A. İçduygu, *Transit migration in Turkey: Trends, patterns and issues*, Firenze, 2005; B. Kaiser, A. Kaya, *Transformation of migration and asylum policies in Turkey*, in A. Güney, A. Tekin (Eds), *The Europeanization of Turkish public policies*, New York, 2016, 94–115.

¹¹ UNHCR, *Türkiye Kilit Veriler ve Sayılar (Turkey: Key Data and Numbers)*, 2020, available at <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/74424.pdf>.

to 961.267.¹² The top 10 permit receiving nationalities are Iraqis, Turkmen, Syrians, Azerbaijanis, Iranians, Afghans, Uzbeks, Russians, Egyptians, and Libyans.¹³ Up until the end of 1990s, the country had also experienced relatively small numbers of migrant arrivals flows from Greece, Iraq, Bulgaria, Bosnia, Kosovo and Macedonia.¹⁴

The EU has been a central actor in Turkey's efforts to reform its immigration and asylum policy.¹⁵ The crux of the migration and mobility dialogue between the EU and Turkey has always been about controlling and reducing irregular transit migration of third-country nationals through Turkey *en route* to Europe.¹⁶ The EU has been highly concerned about Turkey's ability to manage migration control and implement policies at the southeast gate of Europe in compliance with the EU's migration and asylum regimes. Within the framework of accession negotiations, which has been rather slow and challenging for Turkey, migration and asylum issues are dealt with under Chapter 24, 'Justice, Freedom and Security', which has been blocked by Cyprus since 2009.

In addition to the pressures emanating from diverse forms of migratory movements including irregular migration, transit migration, as well as arrivals of asylum-seekers, refugees and regular migrants, the country's EU membership bid has also significantly motivated Turkey to put some considerable effort in re-organising its immigration and asylum administration structure. One of the most significant policy developments that took place in Turkey under the influence of Turkey's EU membership bid was the entry of the Law on Foreigners and International Protection (LFIP) into force in 2014. Article 91 of LFIP has been of crucial importance regulating the conditions for the granting of Temporary Protection to Syrians who arrived to Turkey as a result of the conflict in their countries.

In terms of recent developments, Turkey's relatively liberal approach towards arrivals from Syria stirred mixed reactions from Europe. On the one hand, it was supported mostly because it was assumed that more Syrians staying in

¹² DGMM, *Residence permits*, 2020, available at <https://en.goc.gov.tr/residence-permits>.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ UNHCR, *Irregular Migration and Asylum in Turkey, New Issues in Refugee Research Working Paper*, n. 89, 2003 available at www.unhcr.org/3ebf5c054.pdf.

¹⁵ S. Lavenex, *EU Enlargement and the Challenge of Policy Transfer: The Case of Refugee Policy*, in 28 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 4, 701–721 (2002); A. İçduygu, *The Irregular Migration Corridor between the EU and Turkey: Is it Possible to Block it with Readmission Agreement?*, *Research Report Case Study EU-US Immigration Systems*, n. 2011/14 B, available at <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/17844>; J. Tolay, *Discovering Immigration into Turkey: The Emergence of a Dynamic Field*, in 53 *International Migration* 6, 57–73 (2012).

¹⁶ A. İçduygu, *Europe, Turkey, and International Migration: An Uneasy Negotiation*, *Paper presented at the Migration Working Group*, Firenze, 2011, available at www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/MWG/201011/01-26-Icduygu.pdf; K. Kirişçi, *The Question of Asylum and Illegal Migration in European Union-Turkish Relations*, in 4(1) *Turkish Studies*, 79–106 (2003); S. Aydın-Düzgit, N. Tocci, *Turkey and the European Union*, London, 2015; A. İçduygu, S. Köşer Akçapar, *Turkey*, in M.L. McAuliffe, F. Laczko (Eds), *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base*, Genève, 2016, available at https://publications.iom.int/system/files/smuggling_report.pdf.

Turkey would be translated into less Syrians arriving Europe. On the other hand, there was some criticism that Turkey's flexible border policy would generate some potential threats and security risks for Europe. Furthermore, many critics asserted that Turkey was using migrants and refugees for political ends and was seeking to gain an upper hand in its relations with Europe, in particular to secure further financial aid from the EU. In the face of these ongoing debates, especially from the summer of 2015 onwards, the migrant and refugee crisis in Europe, and policies to address it have turned into a major issue shaping the dynamics of the EU-Turkey relations, paving the way for the conclusion the EU-Turkey Statement¹⁷ on the readmission of refugees, which is analysed in the following section.

3. The EU-Turkey Statement and uncertainties emanating from it.

The migration crisis in the EU and increased concern around the issue of refugee crisis in the Mediterranean for both the EU and Turkey reinforced the dialogue between them. At the beginning of 2015, the numbers of individuals crossing from Turkey to EU through irregular means have increased up to 880.000 and emerged as a matter of concern.¹⁸ It should be underlined that the EU and Turkey had in 2013 signed a Readmission Agreement (RA). The RA came into force on 1 October 2014¹⁹, however pursuant to Article 24(3) of the Agreement, provisions related to the obligations and procedures for readmission of third country nationals and stateless persons were to become effective three years after the date of entry into force; precisely on 1 October 2017. Therefore, RA was not functional for readmissions from the EU to Turkey at the time when the irregular crossings were taking place intensively in 2015. Yet, the EU-Turkey Statement of 18th March 2016 accelerated the process and the readmission of Third Country Nationals (TCNs) starting by the 4th April in 2016.

In the EU-Turkey Joint Action Plan (JAP) it was agreed that:

For every Syrian being returned to Turkey from Greek islands, another Syrian will be resettled from Turkey to the EU taking into account the UN Vulnerability Criteria. A mechanism will be established, with the assistance of the Commission, EU agencies and other Member States, as well as the UNHCR, to ensure that this principle will be implemented as from the same day the returns start. Priority will be given to migrants who have not previously entered or tried to enter the EU irregularly.²⁰

¹⁷ The EU-Turkey Statement is also known unofficially as the EU-Turkey Refugee Deal, or the EU-Turkey Readmission Agreement.

¹⁸ European Commission, *Managing The Refugee Crisis/EU-Turkey Joint Action Plan: Implementation Report*, 2016, available at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/managing_the_refugee_crisis_-_eu-turkey_join_action_plan_implementation_report_20160210_en.pdf.

¹⁹ European Commission, *Statement of Commissioner on the Entry into Force of the RA between Turkey and the EU*, 2014, available at http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-285_en.htm.

²⁰ The EU-Turkey Statement, paragraph 2, 2016.

Table 1. Number of Syrians who left to the country in the scope of the one-to-one policy

STATISTICAL DATA RELATED TO SYRIAN REFUGEE WHO LEFT COUNTRY IN THE SCOPE OF ONE TO ONE POLICY

COUNTRY	TOTAL
GENERAL TOTAL	26.135
GERMANY	9.501
FRANCE	4.549
NETHERLANDS	4.464
FINLAND	1.950
SWEDEN	1.917
BELGIUM	1.301
SPAIN	754
ITALY	396
CROATIA	250
PORTUGAL	244
AUSTRIA	213
LUXEMBOURG	206
LITHUANIA	102
BULGARIA	85
ESTONIA	59
LATVIA	46
SLOVENIA	34
ROMANIA	31
MALTA	17
DENMARK	16

*by the date of 29.07.2020

Source: Directorate General of Migration Management, available at <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>.

In order to be able to provide temporary protection for Syrians who were returned due to the EU-Turkey Statement, Turkey amended the scope of TPR, by extending it to 'Syrian citizens who irregularly reached Aegean islands from Turkey after 20 March 2016 but were subsequently readmitted to Turkey'. According to DGMM Statistics, 14.529 Syrians were resettled to the EU from Turkey due to the one-to-one resettlement scheme as of 28th June, 2018.²¹

While the re-energised context of the EU-Turkey dialogue within the field of migration indicated the realpolitik playing a greater role than accession process in terms of motivating both sides to cooperate following the refugees crisis, it also triggered a heavy public debate. Some observers have raised some serious concerns regarding the legality, and more importantly, the feasibility of the EU-Turkey deal.²²

²¹ DGMM, *Yıllara Göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler* [Distribution of the Numbers of Syrians Who Are Under Temporary Protection According to Years], Directorate General of Migration Management (DGMM), 28 June 2018, available at http://www.goc.gov.tr/icerik6/gecici-koruma_363_378_4713_icerik.

²² E. Collett, *The Paradox of the EU-Turkey Refugee Deal*, in *Migration Policy Institute Op-Ed.*, 2016, available at <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-eu-turkey-refugee-deal>.

The Action Plan was handed over by the European Commission President Juncker to the President of the Republic of Turkey Erdoğan on 5 October 2015. It tried to address the crisis situation in three ways:

- (1) by addressing the root causes leading to the massive influx of Syrians;
- (2) by supporting Syrians under temporary protection and their host communities in Turkey;
- (3) and by strengthening cooperation to prevent irregular migration flows to the EU.²³

The document puts emphasis on the spirit of burden sharing and identifies a certain set of actions to be implemented simultaneously by Turkey and the EU. The implementation of the Action Plan is jointly steered and overseen by the European Commission and the High Representative/Vice President and the Turkish government through the establishment of the EU-Turkey high-level working group on migration.²⁴

One of the key EU priorities involved in the plan is achieving better cooperation with Turkey against irregular migration from third countries/countries of origin of irregular migrants, in the form of joint return operations, including reintegration measures. The particular EU countries that Turkey is expected to step up cooperation are Bulgaria and Greece with the aim to prevent irregular migration across the common land borders. For that to happen, the importance of effective implementation of the tri-partite agreement signed in May 2015 establishing a common centre in Capitan Andreevo is underlined.²⁵ On this point, the key EU expectation is the accelerated readmission of irregular migrants by Turkey who reached to Europe via Turkey and are not in need of international protection.

Readmission constitutes to be one of the challenging and critical issues in the EU-Turkey relations. The EU sees cooperating with Turkey and sending back all irregular migrants who have entered the EU through Turkey as a very tough and crucial target in terms of its fight against irregular migration.

For Turkey, the full and effective implementation of the readmission agreement is highly dependent on the EU's incentives to be clear and credible on visa liberalisation and cooperation regarding migration and asylum issues. However, since the suspension of the accession negotiations, the EU's credibility and influence in Turkish politics is low and the EU has failed to enhance trust. The 2016 joint action plan indicated the commitment of the European Commission to complete the preparatory work for the opening of some chapters in the first quarter of 2016. This demonstrated that instead of the accession process, which had been stagnated for years, the unprecedented migration crisis in Europe revitalised not only the migration cooperation between Turkey and EU but also

²³ European Commission, *The EU-Turkey Joint Action Plan*, European Commission Press Release, 15 October 2015, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_en.htm.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

the accession process itself. Yet the EU-Turkey joint action plan suffers a number of major limitations.

To begin with, the EU-Turkey deal is far from being a long-term solution. As the German Chancellor Angela Merkel herself also once said ‘You can only reduce the number of refugees as a result of joint action with Turkey, Greece and the EU, you have to tackle the causes’.²⁶

Moreover, it is vulnerable to European resistance over visa liberalisation. To qualify for visa liberalisation, Turkey needs to improve its border management, establish an asylum system in line with international standards, effectively combat irregular migration and organised crime, and implement adequate forms of police and judicial cooperation with the EU. Nonetheless, at this point, it should also be noted that Art. 41 of the Additional Protocol to the Association Agreement between the European Economic Community and Turkey (1973) contains a standstill clause, which indicates that contracting parties are not allowed to introduce any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services. Many decisions of the European Court of Justice involving Turkish citizens refer to this article, as demonstrated by the crucial ‘Soysal’ case of February 2009. From Turkey’s perspective, Turkish citizens are actually already in possession of the rights they are not able to enjoy due to the political resistance coming from the EU Member States.

Another point of difficulty regarding the implementation of the EU-Turkey refugee deal concerns Turkey’s worries regarding the risk of a huge burden that may result if Turkey cannot send returned third-country nationals back to their countries of origin. While the EU priority was to make Turkey agree on the readmission clause of the deal, Turkey’s priority is to sign readmission agreements with source countries on its eastern and southern borders. Turkey has already signed readmission agreements with several countries from its neighbourhood, such as Greece (2002), Kyrgyzstan (2004), Ukraine (2005), Russia (2011), Bosnia (2012) and Belarus (2013). Yet, the progress is often extremely slow since third countries, especially those that are in a position of being the countries of origin, have little incentive to cooperate because such cooperation will increase their share during the process of dealing with migrants.

Furthermore, the EU-Turkey deal also led to criticisms with respect to its implications for the human rights of refugees. While the European Union position significantly shifted from rhetoric about creating ‘a large-scale mechanism to ship back irregular migrants arriving in Greece to Turkey’²⁷, to an assessment process

²⁶ Reuters UK, *Bavarian leader criticizes Austria and Merkel over refugees*, 27 October 2015, available at <http://uk.reuters.com/article/uk-europe-migrants-germany-idUKKCN0SL1F420151027>.

²⁷ European Council, *Remarks by President Donald Tusk after his meeting in Ankara with Prime Minister Ahmet Davutoğlu*, 3 March 2016, available at https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/03/tusk-remarks-davutoglu-ankara/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Remarks+by+President+Donald+Tusk+after+his+meeting+in+Ankara+with+Prime+Minister+Ahmet+Davuto%c4%9flu.

respecting the asylum rights of each individual reaching Greece, concerns are still looming over the implementation of the deal (Collett, 2016). The speed and uncharted nature of the implementation may mean rules are set aside in favour of expediency. Some of the observers accused the deal as an attempt on the side of the EU to push the migrant problem beyond its boundaries so that ‘the EU leaders can pretend it's not there’²⁸.

Additionally, Turkey has its own issues, and have been suffering from political volatility that can complicate the implementation of the deal. Furthermore, migration has been increasingly turning into a salient issue in Turkish politics, and in particular, the issue of Syrian refugees has become highly politicised. For instance, some Turkish media and members of the main opposition party, the Republican People’s Party (Cumhuriyet Halk Partisi; CHP), claimed that Syrian refugees were going to vote in the municipal and national parliamentary elections²⁹, which were later proven to be unfounded. Likewise, as his election promise, CHP’s leader, Kemal Kılıçdaroğlu promised to expel Syrians from Turkey back to their homeland.³⁰ Such an increasingly politicised environment exerted limitations on the implementation of the EU-Turkey deal that would comply with the EU priorities. Instead, challenging the hierarchical power asymmetry, which has long characterised Turkey’s relations with the EU, Turkish authorities seek to instrumentalise migration issues as bargaining chips while negotiating with the EU.

4. Legal status of Syrians in Turkey.

As Turkey still preserves its geographical limitation to the 1951 Geneva Convention and its associated 1967 Protocol, there are two different asylum regimes in Turkey with distinct sets of procedural rules, reception provisions and detention considerations that apply to European and non-European asylum-seekers, where the latter can receive international protection³¹ under the ‘conditional refugee status’. Nonetheless, Syrians, who arrived to Turkey directly from Syria as a result of the civil war in their country, constitute a separate case. Different than the experiences of the EU countries, Syrian mass arrivals to Turkey started as early as 2011, when LFIP was still being designed. The situation of

²⁸ K. Malik, *The EU's stinking refugee deal with Turkey*, *Al Jazeera*, 27 October 2015, available at www.aljazeera.com/indepth/opinion/2015/10/eu-stinking-refugee-deal-turkey-151026093515679.html.

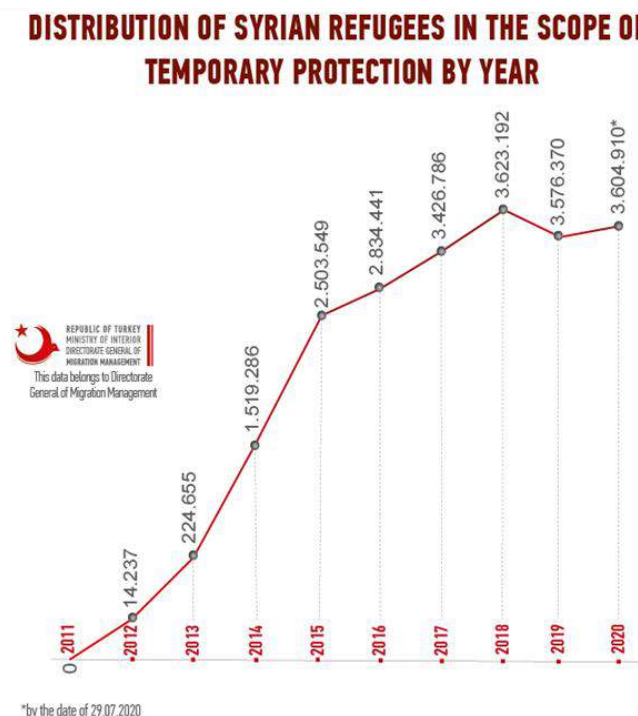
²⁹ Cumhuriyet, *Tekin: Suriyeliler Oy Kullanacak!* [Tekin: Syrians will vote!], 24 November 2013, available at www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/12677/Tekin__Suriyeliler_oy_kullanacak_.html#.

³⁰ Daily Sabah, *CHP's latest election promise of sending back Syrian refugees in Turkey comes under criticism*, 23 April 2015, available at www.dailysabah.com/politics/2015/04/23/chps-latest-election-promise-of-sending-back-syrian-refugees-in-turkey-comes-under-criticism.

³¹ LFIP defines the following three types of international protection statuses: (i) refugee status (Article 61-1); (ii) conditional refugee status (Article 62-1); and (iii) subsidiary protection status (Article 63-1). Conditional refugee status is the outcome of Turkey’s geographical reservation towards the 1951 Convention and enables it to not grant full refugee status to non-European asylum-seekers.

these Syrians were therefore initially managed with reference to the 1994 Regulation³², which was the only relevant legal tool available back then laying down the principles and procedures regarding population movements and foreigners arriving in Turkey either as individuals or in groups wishing to seek asylum either from Turkey or to request residence permission in order to seek asylum from another country. Yet, the numbers of Syrians in the post-2011 era continued to increase dramatically. For instance, while the numbers of arrivals were about 10.000³³ in 2011, in 2012 this number skyrocketed to over 100.000³⁴, exerting immense pressures on Turkey. These pressures eventually led the Temporary Protection Regulation to be issued by the Council of Ministers in October 2014 as a significant legal response that applies only to Syrians.

Figure 1: Number of Syrians under temporary protection by year



Source: Directorate General of Migration Management, available at <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>.

³² By-law of 14-09-1994 on the Principles and Procedures concerning Possible Population Movements and Foreigners Arriving in Turkey either as Individuals or in Groups Wishing to Seek Asylum either from Turkey or Requesting Residence Permission in order to Seek Asylum from another Country, n. 94/6169, the Official Gazette, n. 22127, 30 November 1994, available at <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1994-Yonetmeligi.pdf>.

³³ DW, *Suriyeli sığınmacılara kapımız açık* ["Our doors are open to Syrian refugees"], 15 June 2011, available at www.dw.com/tr/türkiye-suriyeli-sığınmacılara-kapımız-açık/a-15155526.

³⁴ Sabah, *Mültecî sayısı psikolojik sınırı aştı* ["Numbers of asylum-seekers went above the psychological threshold"], 16 October 2012, available at www.sabah.com.tr/gundem/2012/10/16/multeci-sayisi-psikolojik-siniri-asti.

As displayed in Figure 1, the number of Syrians under temporary protection in Turkey gradually increased since the outbreak of the Syrian civil war in 2011, with the exception of a minimal decrease from 2018 to 2019 during which Turkey adopted voluntary return framework in a more pronounced way (discussed later in this paper).

In particular, there was a significant increase in the numbers of temporary protection granted between the years 2014 and 2015. Apart from the growing numbers of Syrian arrivals, temporary permit increases were tightly connected to the DGMM's increased efforts to 'conclude the registrations by the end of 2014 with technical assistance from the UNHCR'³⁵. Previously, Turkish authorities regarded the presence of Syrians in Turkey as a permanent situation and did not consider systematic registration a necessity. Problems affiliated with the registration of Syrians grew further as their numbers increased and as it became clearer that the conflict would not come to an end in the near future³⁶, pushing Turkish authorities to increase their efforts to register Syrians, almost as a reactionary response.

As the situation of Syrians, who arrived to Turkey directly from Syria, are regulated by the TPR, they are not required to apply for 'international protection' in Turkey. An extension of this rule is that, while persons, who arrive to Turkey seeking for 'international protection' first approach UNHCR before they register with DGMM, persons arriving directly from Syria need to first go to DGMM.³⁷ In other words, Syrians under temporary protection cannot approach UNHCR, and in that sense, when compared with those who are under international protection, Turkish authorities deal with the situation of Syrians separately. Yet, Syrians, who arrived to Turkey from a third country, may apply for 'international protection, if they fear their deportation back to a third country will put their lives under risk'.³⁸

Syrians under TPR have access to certain health and education services, in addition to having access to labour market, social assistance and interpretation services.³⁹ While Turkey also issued several secondary administrative regulations in order to improve Syrians' access to public services, who are under temporary protection, these still fall short of rights and benefits resourcing from international protection.⁴⁰

³⁵ M. Erdoğan, *Türkiye'deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum Araştırması* [Syrians in Turkey: Social Acceptance and Integration], 2014, 53, available at <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/46184>.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Refugee Rights Turkey*, 2016, available at www.mhd.org.tr/images/yayinlar/MHM-14.pdf.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ TPR, Articles 26-31.

⁴⁰ For a detailed analysis of benefits and rights resulting from temporary protection and international protection see; N.Ö. Öztürk, *Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme* (An Analysis on the Consistency of Temporary Protection With International Protection Regime), in 66 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Journal of Ankara University Faculty of Law) 1, 201-263, (2017).

Based on a logic of hospitality, where Syrians are labelled as ‘guests’, the temporary protection regime lacks a well-defined timeframe and generates uncertainties for Syrians living in Turkey as, in practice, it does not establish guaranteed and stable rights to have access to the labour market, health care, education and affordable housing.

Moreover, Syrian’s freedom of movement is also limited, as they need to remain in cities where they register. In order to go to another city, they need to receive a ‘travel permit’ (*yol izin belgesi*) from the branch offices of the Directorate General of Migration Management in their respective cities or from the units that provincial governorships will guide them to. Yet, due to the high number of arrivals, there have been gaps in the implementation of the rule. As a result, most of the Syrian population in Turkey is concentrated in Istanbul, even though; the first city where they registered might be different.

5. Disconnect between public opinion and political approaches.

Despite the significant number of arrivals from Syria, migration did not automatically turn into a highly salient domestic political issue in Turkey. Until very recently, politicians from the ruling AKP have been engaging with a predominantly positive meaning production process regarding Syrians in Turkey. For AKP, the primary reference point has been a romanticised interpretation of a common Muslim Ottoman past where the need to welcome ‘Sunni brothers and sisters’⁴¹ would be constantly underlined.

It should be noted that there has been a significant disconnection between public reactions, especially in cities with sizeable Syrian population, and the ruling party’s sensemaking strategies. In cities where Syrians constitute a significant percentage of the population, such as Kilis (%76,8), Hatay (%26,7), Gaziantep (%21,7), Şanlıurfa (%20,2)⁴², financial and social challenges of migration are particularly prominent creating considerable levels of anxiety among host communities. In fact, registration of temporary protection beneficiaries has been halted in cities, such as Istanbul⁴³ and Hatay⁴⁴ that are already accommodating quite high numbers of Syrians. The DGMM announced that this decision was

⁴¹ S. Ergin, *Erdoğan ve Tarih (2): Dış politikada ecdadı sahiplenme doktrini* [“Erdoğan and History (2): the doctrine of owning historical ancestors in foreign policy”, *Hürriyet*, 1 December 2012, available at www.hurriyet.com.tr/erdogan-ve-tarih-2-dis-politikada-ecdadi-sahiplenme-doktrini-22051883].

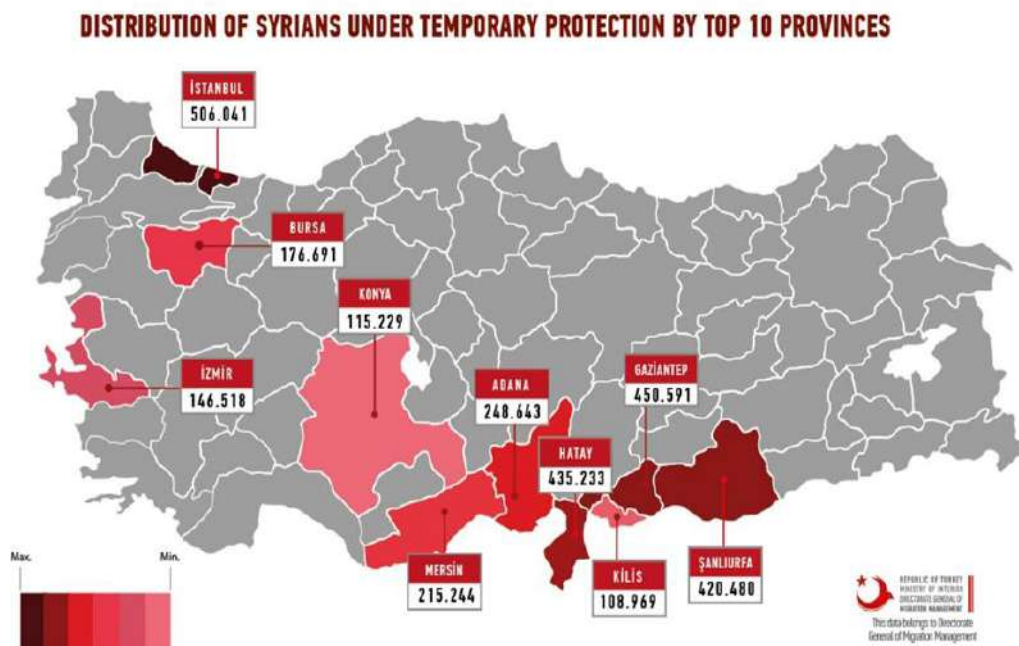
⁴² Mülteciler.org, *Türkiye’deki Suriyeli Sayısı: Temmuz 2020* [Numbers of Syrians in Turkey: July 2020], 2020, available at <https://muletciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/>.

⁴³ Deutsche Welle, *Suriyelilerin İstanbul’a kaydı durduruldu* [Syrians’ registration in Istanbul has been halted], 6 February 2018, available at www.dw.com/tr/suriyelilerin-istanbula-kayd%C4%B1-durduruldu/a-42465450.

⁴⁴ Human Rights Watch, *Türkiye Suriyeli Sığınmacıları Kayıt Altına Almayı Durdurdu* [Turkey Stopped Registering Syrian Refugees], 16 July 2018, available at www.hrw.org/tr/news/2018/07/16/320295.

taken in order to continue to provide services available to Syrians in a 'healthy and sustainable fashion'⁴⁵.

Figure 2: Distribution of Syrian refugees in the scope of temporary protection by top ten province



Source: Directorate General of Migration Management, available at <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>.

According to the results of a recent research titled Syrian Barometer (*Suriyeliler Barometresi: Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi*), for instance, only 11,4% of Turkish society believes that they can peacefully live together with Syrians.⁴⁶ The same study also underlines that the host communities have a perception of high social distance from Syrians, as about 80% of all respondents think that Syrians are culturally and socially very different from Turkish citizens.⁴⁷ Therefore, there has been a certain time lag between the politicisation strategies of the AKP and growing public worries regarding Syrians in the country.

In contrast with the dominant rhetoric of the AKP, the two main opposition parties, self-proclaimed centre-left Republican People's Party (CHP) and ultra-nationalist Nationalist Movement Party (MHP), deliberately avoided using any political language, which would include references to common religious and/or cultural heritage between Syrians and Turkish people.

⁴⁵ Deutsche Welle, *Suriyelilerin İstanbul'a kaydı durduruldu*, cit.

⁴⁶ M. Erdoğan, *Suriyeliler Barometresi* [Syrian Barometer], İstanbul, 2017, 27.

⁴⁷ *Ibidem*.

In addition, the opposition has occasionally put the discourse of returning Syrians back home forward. The leaders of these parties have been making calls⁴⁸ to the AKP government to create safe zones in Syria so that Syrians in Turkey could be sent home as soon as possible.⁴⁹ Still, there is no anti-immigration party in Turkey that capitalises primarily on the issue of migration in general, and on Syrian refugees in particular.

In addition to the public opinion-government rhetoric gap, there has also been a divide between the discourse adopted within the domestic context and the international one. Despite the seemingly unpoliticised nature of migration and refugees within the national setting, these issues have already been politically significant items on the table for Turkish authorities in their negotiations with the EU officials. In February 2016, for instance, the euro2day.gr financial news website published what it said were minutes of a quite tense meeting between Jean-Claude Juncker, Donald Tusk and Recep Tayyip Erdoğan that appears to have taken place after a G20 summit meeting in Antalya, Turkey.⁵⁰ In the document, Erdoğan was quoted to tell the EU officials that Turkey ‘can open the doors to Greece and Bulgaria anytime’ and can send refugees to the EU ‘in buses’.⁵¹ The contents of the document was confirmed by Erdoğan where he stated that he was proud of what he said which he claimed to be in defence of the ‘rights of Turkey and refugees’.⁵² Tensions between the EU and Turkey continued to escalate towards late 2019, when Erdoğan accused the EU for not providing the financial aid it once promised in connection with the Readmission Agreement, and stated that if the efforts to create a 450 km ‘safe zone’ in Syria fail, then Turkey ‘might be obliged to open the [national] borders’ to let refugees and migrants move in the direction of Europe.⁵³

Eventually, these threats turned into concrete action when on 28 February 2020, Erdoğan announced that Turkey opened its borders to Europe⁵⁴ by adding

⁴⁸ Radikal, *Kılıçdaroğlu: ‘Suriyeli kardeşim git kendi ülkende çalış’ diyeceğiz* [Kılıçdaroğlu: We will say ‘Syrian brother/sister go work in your own country’], 10 February 2015, available at www.radikal.com.tr/politika/kilicdaroglu-suriyeli-kardesim-git-kendi-ulkende-calis-diyecegiz-1290399/.

⁴⁹ Sözcü, *Bahçeli’den Suriyelilerle ilgili acil çağrı!* [Bahçeli’s emergency call about Syrians], 27 July 2019, available at www.sozcu.com.tr/2019/gundem/bahceliden-suriyelilerle-ilgili-acil-cagri-5252555/.

⁵⁰ Reuters, *Turkey’s Erdogan threatened to flood Europe with migrants: Greek website*, 8 February 2016, available at www.reuters.com/article/us-europe-migrants-eu-turkey-idUSKCN0VH1R0.

⁵¹ Euobserver, *Erdogan to EU: ‘We’re not idiots’, threatens to send refugees*, 11 February 2016, available at <https://euobserver.com/migration/132233>.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Deutsche Welle, *Turkey threatens to ‘open the gates’ to Europe for refugees*, 05 September 2019, available at <https://www.dw.com/en/turkey-threatens-to-open-the-gates-to-europe-for-refugees/a-50317804>.

⁵⁴ The New York Times, *Erdogan Says, ‘We Opened the Doors,’ and Clashes Erupt as Migrants Head for Europe*, 29 February 2020, available at www.nytimes.com/2020/02/29/world/europe/turkey-migrants-eu.html.

that millions of migrants and refugees would soon arrive at European borders⁵⁵. About 35,000 migrants arrived at Greek border⁵⁶ only to be pushed back by Greek authorities. Stuck in between borders under difficult conditions, refugees, once again, became victims of an ‘unprecedented humanitarian crisis’, as the Council of Europe Commissioner for Human Rights Dunja Mijatovic described.⁵⁷ Erdogan’s decision to open borders received criticism from several European leaders and EU officials.⁵⁸ Yet, since the EU suffers from a solidarity crisis and is not ‘fully equipped to help those Member States most exposed to migratory movements’⁵⁹, it continued to approach the refugee deal with Turkey as a viable option. The EU received criticism for relying on Turkey in order to externalise its border controls and for rewarding a rent-seeking⁶⁰ government, which seeks to profit out of the situation of migrants and refugees by using them as political and financial pawns without creating much value for these individuals.⁶¹

While the recent EU-Turkey migration spat is to a certain extent related to the fact that the EU is not pulling its weight in terms of hosting refugee population of the world, it was Ankara, which triggered problems related to thousands of migrants and refugees stranded at the European frontiers. It could be argued that the AKP government’s decision to lift controls at Turkey’s sea and land borders with Greece was to a certain extent connected to the death toll Turkish military suffered in Idlib in late February 2020, where at least 34 soldiers died.⁶² Turkish authorities were concerned that ‘intensified combat in Idlib would push nearly one million more Syrians into Turkey’⁶³, increasing the already existing migration pressures and running the risk of lowering down public support for the government’s Syrian refugee policy. The volatility of Turkey’s approach towards the EU-Turkey deal once again brings forth how Turkey’s migration management strategy lacks a concrete framework and is marked by uncertainty.

⁵⁵ BBC News, *Turkey says millions of migrants may head to EU*, 2 March 2020, available at www.bbc.com/news/world-europe-51707958.

⁵⁶ Reuters, EU, *Turkey in stand-off over funds to tackle new migrant crisis*, 6 March 2020, available at www.reuters.com/article/us-syria-security-turkey-eu/eu-turkey-in-stand-off-over-funds-to-tackle-new-migrant-crisis-idUSKBN20T1RH?il=0.

⁵⁷ AP News, *Child dies as migrants rush to cross Greek-Turkish border*, 2 March 2020, available at <https://apnews.com/e37fd2d4e629bdc1fab13fe229080bda>

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ European Commission, *Communication on migration*. COM 248 final, 2011, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0248&from=EN>.

⁶⁰ G. Tsourapas, *How Migration Deals Lead to Refugee Commodification*, *News Deeply*, 13 February 2019, available at <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2019/02/13/how-migration-deals-lead-to-refugee-commodification>.

⁶¹ D. De Vries, *Refugees as Pawns, a short history of the 2016 EU-Turkey deal until now*, EEPa, 12 March 2020, available at <https://www.eepa.be/?p=3669>.

⁶² B. Mandiraci, *Sharing the Burden: Revisiting the EU-Turkey Migration Deal*, *International Crisis Group*, 13 March 2020, available at www.crisisgroup.org/europe-central-asia/western-europemediterranean/turkey/sharing-burden-revisiting-eu-turkey-migration-deal.

⁶³ *Ibidem*.

Moreover, the added nationalist tones of AKP's discourse in its dialogue with the EU, together with the shift in its approach towards Syrians in Turkey from a predominantly laid back approach to that of a more control-oriented one within the national context also appears to coincide with the party's loss of mayoral seats in three main cities, namely Istanbul, Ankara and Izmir, as a result of the local elections held in March 2019. Even though the Readmission Agreement does not only apply to Syrians, in the public mind these two are tightly connected. There is a growing sense of public insecurity and people are worried that those readmitted will be predominantly composed of Syrians who will add up to the already existing challenges that the communities are going through.

6. Concluding remarks.

Turkey's migration governance is mainly guided by a logic of temporality, which also characterises its Temporary Protection Regulation that applies to Syrian refugees in the country. However, temporary protection is not, and should not be regarded as, an alternative to international protection since it is an emergency measure developed in response to sudden increase in the numbers of Syrian refugee arrivals, and does not offer any framework for either Syrians' long-term settlement or integration. The Council of Ministers has wide discretionary powers in defining the scope and implementation of temporary protection, which grants a certain level of flexibility to political authorities, and deepens uncertainties in Syrian refugees' lives further. Since temporary protection is short of providing the rights and benefits of international protection, it also carries the risk of turning Syrians in Turkey into protracted refugees.

In addition, the issue of Syrian refugees in Turkey has been having an impact on the EU-Turkey relations and it is now highly salient in Turkish domestic politics as well. While the decision to halt the Readmission Agreement appears to be a policy tool used by Turkish government to create a new momentum in its relations with the EU, and to exert power in the Eastern Mediterranean energy fight, the recent call for Syrians to relocate back to where they initially registered is aimed at soothing increasing public concerns. Syrians are scapegoated for the things that do not go well in the country, including recent fluctuations in Turkish economy.

Public discontent of government policies towards Syrians were reflected in the results of the 2019 local elections, triggering the government decision to demand Syrians registered elsewhere in Turkey to leave Istanbul. In most cases, the cities Syrians initially registered are those that are close to Syrian border. When compared with Istanbul, these cities' economies are not as vibrant and job opportunities are a lot less, meaning Syrians relocating may end up living under unsustainable conditions in these areas and may even seek to go to Europe via irregular means. Instead of a forced relocation, it would be both more humane and rational, to allow Syrians, who have been living and working in Istanbul with their families for the past couple of years, to continue staying in Istanbul. These people

should also be offered better integration opportunities, which, first and foremost, have to include improved access to Turkish language courses and work permits. Integration is never a one-sided process where the responsibility solely remains with migrants and refugees. More established communities should also be better prepared for co-existence in order to avoid the rise of rampant racism and discrimination.

Apart from that, Turkish authorities have started to encourage Syrians to voluntary return to Syria by signing voluntary return forms; an action that creates question marks regarding the nature of its political approach and long-term plans towards Syrian refugees. It is difficult to consider Syria as a safe place, even though there are ‘occasional ceasefires and de-escalation zones under Turkish, Russian and Iranian control, fighting and violence continue across Syria’⁶⁴. Furthermore, the extent to which Turkish authorities inform Syrians about the consequences of signing voluntary return forms is quite vague. Once Syrians sign these voluntary return forms and go back to Syria, they actually waive their claims for asylum protection and cannot legally return to Turkey.⁶⁵ It is difficult to imagine that one would be willing to return to a country that lacks stability, peace and adequate physical infrastructure. Therefore, this raises suspicions that the level of uncertainty experienced by Syrians in Turkey due to factors, such as lacking full refugee status, unemployment, exploitation in undocumented economy and growing tensions with the host communities, might be pushing them to return to Syria. Instead of a temporary protection status without any concrete timeframe, designing and implementing longer-term policies that will clarify Syrian’s future prospects in Turkey will also help with their integration into their new communities.

Elif Çetin
Von Hügel Institute, St Edmund’s College,
University of Cambridge, UK.
ec409@cam.ac.uk

⁶⁴ Z. Şahin Mencütek, *Encouraging Syrian Return: Turkey’s fragmented approach*, in 62 *Forced Migration Review*, 2019, 30.

⁶⁵ *Ibidem*.

Between declared rigour and actual precariousness: rhetorical profiles of legislation

di Cecilia Corsi

Abstract: This essay aims to highlight how some portions of legislation regarding the condition of foreigners reveal, behind aspects of declared rigour, a detachment from the reality of migratory dynamics, with the consequence of giving rise to a context of uncertainty that ends up favouring situations of illegality, as well as the violation of fundamental rights. Order, security, lawfulness, the fight against irregular immigration: these words have been bandied about to justify the legislative policy choices of the past few decades, but in an ideological and abstract manner, relying on the rigidity of rules to uphold logics of political rhetoric rather than of good government. The rules governing entry for work reasons and the rules governing the asylum are emblematic examples of the contradictions pervading immigration policies.

Keywords: immigration policies; entry for work reasons; asylum; humanitarian protection; security decree

5190

1. Introduction.

This essay aims to highlight how some portions of legislation regarding the condition of foreigners reveal, behind aspects of declared rigour, a detachment from the reality of migratory dynamics, with the consequence of giving rise to a context of uncertainty that ends up favouring situations of illegality, as well as the violation of fundamental rights.

I have chosen to focus, in particular, on the rules governing entry for work reasons and the abolition of humanitarian protection as emblematic examples of the contradictions pervading immigration policies. In the pursuit of an abstract rigour, no room has been left for legislation with a sufficient degree of elasticity, as would be necessary to regulate complex phenomena that cannot be too tightly regimented. The consequence of much political and hence legislative rhetoric is often to increase illegality, people's vulnerability, and a sense of insecurity shared by everyone, citizens and non-citizens. A further consequence is the fragmentation of the legislative framework, which is becoming more and more confused and obviously creates uncertainties and disparities in treatment, as well as rules and practices that are in contrast with the Constitution and international law.

Amid the tightening of rules and provisions that are mostly rhetorical in nature, policy makers have ended up abandoning any attempt to rationally govern the migratory phenomenon. The choices made have often proven ineffective and

disorienting on the one hand and detrimental to the fundamental rights of individuals on the other.

2. Entry for work reasons between legislation and reality.

Italy experienced a major wave of immigration starting from the end of the 1970s: it was a mostly irregular and “spontaneous” influx, unlike the migratory flows towards central-northern Europe in the 1950s and 1960s, which were guided and encouraged by the destination countries themselves with the aim of procuring the manpower necessary for post-war reconstruction and the subsequent period of structural expansion.¹ From the mid 1970s, also as a result of the closing of borders decided by northern European countries, Italy became an alternative for a disoriented army of migrants, most of whom reached our country illegally, eventually finding precarious and irregular employment.²

Up to the 1980s, however, no *ad hoc* legislation was adopted to regulate the entry, stay and access to employment of foreign nationals. The only existing provisions were the ones contained in the Consolidation Act on Public Security of 1931, upon which an administrative practice based on circulars was built; it was only with the adoption of Law no. 943 of 1986 (so-called Foschi law) that the placement and treatment of non-EC workers were regulated for the first time³ and a regularisation of pre-existing work situations was decided. The reform was completed by Decree-Law no. 416/1989, converted into Law no. 39/1990 (Martelli law), which, in addition to laying down provisions related to the entry, stay and expulsion of foreigners, provided for a further regularisation. And just a few years later, in an attempt to amend some aspects of the 1990 law, a series of decree-laws was issued; these were never converted into law, except for provisions relating to the regularisation of illegal workers (Law no. 617/1996).

New comprehensive legislation was finally approved in 1998 (the so-called Turco-Napolitano law, Law no. 40 of 1998). It was then incorporated into Consolidation Act no. 286 of 1998, which, as stated in the accompanying report, had the objective, among other things, of implementing a policy of limited, planned, regular entries through a system of yearly quotas, whereby immigrant workers would be channelled towards production activities and services in which there was a need for labour, thus preventing uncontrolled, chaotic flows and laying the basis for a planning policy. To this end, every three years the government

¹ U. Melotti, *Specificità e tendenze dell'immigrazione straniera in Italia*, in M.I. Maciotti (cur.), *Per una società multiculturale*, Napoli, 1995, 73. L. Zanfrini, *I nodi irrisolti del rapporto tra immigrazione e democrazie europee*, in S. Polenghi, M. Fiorucci, L. Agostinetto (cur.), *Diritti Cittadinanza Inclusione*, Lecce, 2018, 26: with the end of the 1960s, recruitment devices gave way to so-called “stop policies”. From that time, precisely when the project for a single European market was taking shape, immigration from regions outside Europe would become subject to a “restrictive orthodoxy”.

² G. Bolaffi, *Una politica per gli immigrati*, Bologna, 1996, 31 f.

³ The law established rules regarding “unavailability”, whereby foreign nationals were allowed access to a specific occupation where there was a shortfall in the national labour force; the assessment of worker unavailability was limited to the provincial level.

would have to approve a planning document laying down the general criteria for defining the inflows into the territory of the State.⁴ On this occasion as well, new regularisation measures were adopted following the approval of the legislative reform.

The Consolidation Act of 1998 was amended just a few years later with the so-called Bossi-Fini law (Law no. 189 of 2002), though the mechanism of yearly quotas was not substantially modified.⁵ Among the various new provisions introduced, I shall only mention the rules concerning the so-called *contratto di soggiorno* (residence contract), an expression that refers to an employment contract entered into by a foreign worker, which represents a prerequisite for obtaining a residence permit for employment purposes and must contain a guarantee on the employer's part that accommodation will be made available to the worker⁶ as well as a commitment to pay travel expenses for the worker's return to the country of origin.⁷ This was intended to emphasise an automatic link between the possibility of remaining in Italy and the existence and maintenance of the contract. It was touted by the political forces as an instrument for keeping a foreigner's stay firmly anchored to the continuing existence of an employment contract; in reality the expression was largely rhetorical, because this automatic mechanism could not and cannot work, as the loss of one's job does not constitute grounds for revocation of a residence permit (see ILO Convention 143/75 and Article 22, para. 11 of Consolidation Act no. 286⁸).

Moreover, the implementing regulation illegitimately required the conclusion of a residence contract for employed foreign workers who were already legally present in our country, not only in the case of those entering Italy for the first time.⁹ This regulatory provision was eventually repealed in 2014,¹⁰ but incredibly, still today, on the government's website we read that, although a residence contract is no longer required to establish a new employment relationship, the obligations borne by the employer with respect to

⁴ See Art. 3 of the Consolidation Act on Migration Policies. The last planning document approved by the government dates back to the three-year period 2004-06.

⁵ Regarding the breaks and continuities in centre-right policies in the years 2001-2006 compared to the policies of the previous years, see L. Einaudi, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Bari, 2007, 306 f.

⁶ This requirement was later made even more restrictive with Art. 35 of the implementing regulations because workers were also burdened with the obligation of exhibiting a certificate of suitable accommodation.

⁷ See Art. 5-bis of the Consolidation Act. L. Calafà, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2012, 109 f.

⁸ The 2002 reform had also confirmed the principle that, in the event of losing their job, workers would maintain their residence permit until its natural expiry. However, the maximum period of unemployment was reduced to 6 months; it was later increased to one year with Law no. 92 of 2012.

⁹ Regarding the necessary equality of treatment among Italian and foreign workers and the various illegitimate aspects of the regulatory provision see W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013, 190 f.

¹⁰ Art. 36-bis, Presidential Decree no. 394/1999, repealed by d.lgs. 4-3-2014 n. 40 transposing Directive 2011/98/EU on the single permit.

accommodation and repatriation expenses remain; this amounts to an attempt to restore an abolished, illegitimate regime by obliging employers to complete a form in which they must essentially commit themselves to fulfilling the same obligations as before.¹¹

I shall note, finally, that the Bossi-Fini law had the effect of repealing one of the most promising new provisions of the 1998 law: the authorisation to enter Italy in order to join the labour market, which aimed to enable prior contact between employers and workers and could have given rise to realistic legal channels for the entry of foreign workers.

As is by now clear, however, the mechanism for managing inflows for purposes of employment is founded not only on a system of yearly quotas,¹² but also on two wholly unrealistic assumptions: employers would have to plan out their recruitment needs many months in advance (given the length of the hiring procedure¹³) and would also have to hire a worker they have never met before. The legislation envisages, in fact, two forms of recruitment: a) a request naming a specific worker residing abroad; b) a numerical request for workers who have already been included in the lists of foreign nationals seeking employment in Italy (lists kept by the Italian consular authority in the country of origin and created on the basis of bilateral agreements). For easily understandable reasons, numerical requests have hardly ever been used, except for seasonal work: it is very rare for an employer to hire a person he or she does not know. Requests naming specific workers mostly regarded foreign nationals who had already worked for that employer (often undeclared work) and who returned to their country of origin for

¹¹ These obligations are assumed upon completing specific sections of a mandatory hire reporting form (“Unificato-Lav”) or, in the case of domestic work, in the notification submitted to the INPS (National Social Security Institute), cf. <http://www.integrazionemigranti.gov.it/normativa/procedureitalia/Pagine/Lavoro.aspx#contenuto4>, 15 June 2020.

¹² According to Art. 21, para. 4 of the Consolidation Act: “The yearly decrees shall take account of the indications provided by the Ministry of Labour and Social Security on occupational trends and unemployment rates at a national and regional level, broken down by skills or jobs, as well as the number of foreign nationals not belonging to the European Union who are included in employment registers”. With the Bossi-Fini law it was added that “the yearly decree and interim decrees shall moreover be drawn up on the basis of data on the actual demand for labour, broken down by region and provincial catchment areas, collected in a computerised civil registry database established by the Ministry of Labour and Social Policies...”.

Art. 27 of the Consolidation Act sets rules governing entry for work in particular cases outside the quotas.

¹³ One need only consider that the Bossi-Fini law reintroduced the rule regarding the necessary verification, in order for work authorisation to be issued, of the unavailability of a worker already present in the national territory to occupy the position for which a hire request was submitted, though the employer was free to reject the available worker. Under an amendment introduced in 2013, the issuance of work authorisation was allowed only in the event of unavailability of workers present in the territory.

the sole purpose of collecting their entry authorisation and then legally re-entering Italy.¹⁴

We can gather, therefore, that the mechanism conceived by the legislator, which is mainly based on the assumption that the first meeting between the supply of and demand for labour takes place when migrants are still in their own countries, has never worked.

To this we may add that for a number of years the decrees establishing quotas were very restrictive in relation to the actual needs of our labour market and the solution of a visa and residence permit for job seekers, an approach that might have been worth trying out in order to establish viable pathways of entry,¹⁵ was eliminated by the Bossi-Fini law in 2002 and thus never implemented in practice. All this resulted in the need to rely on a series of regularisations also after the approval of the 1998 law, one of the aims of which was precisely to create a system of planned, regulated flows. It should be noted, in fact, that a new regularisation campaign was already launched in 2002,¹⁶ which resulted in the legalisation of the status of over 600,000 workers.

Furthermore, on a number of occasions it has been necessary to resort to the use of the flows decrees themselves as masked regularisations, as occurred in 2006 and in 2007-2008.

The decree of February 2006¹⁷ authorised foreign workers in Italy up to a maximum quota of 170,000, but by May employers had already submitted a considerably higher number of applications for the grant of authorisations for non-seasonal employment; it was thus decided to adopt a further decree “in order to meet the requirements of the labour market and avoid penalising the national production system, as well as the domestic work and care sector”,¹⁸ resulting in the authorisation of an additional quota of 350,000 entries. The following year, the decree for 2007 authorised the entry of 170,000 foreign workers for non-seasonal employment, but no fewer than 683,000 applications were received. The flows decree for 2008 declared in the recitals that “the high number of hire requests sent to the immigration offices, which were not satisfied after the exhaustion of the quotas related to the provisional planning for the year 2007, express a socially relevant need, with particular reference to the home care sector, which it is believed must be satisfied”, so that quota set for 2008 could be filled through the excess applications already submitted for 2007. However, as was clear to everyone,

¹⁴ A. Guariso, *Art. 22*, in G. Savio (cur.) *Codice dell'immigrazione*, Rimini, 2012, 209 f. See also V. Pinto, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in S. D'Acunto, A. De Siano, V. Nuzzo (cur.) *In cammino tra aspettative e diritti*, Napoli, 2017, 249 f.

¹⁵ With the aim of enabling prior contact between employers and workers, the law had established two ways for job seekers to gain entry to Italy; the first was the so-called sponsor approach, whereby private or public entities could assure the foreigner's maintenance in Italy for a certain period, until he or she found a job; the second, subordinate option was to allow entry to foreign nationals who demonstrated to have sufficient means to live in Italy for a certain period of time in which they would seek employment.

¹⁶ D.l. 9-9-2002 n. 195, converted into l. 9-10-2002 n. 222.

¹⁷ Decree of the President of the Council of Ministers, 15 February 2006.

¹⁸ Recitals of the Decree of the President of the Council of Ministers, 25 October 2006.

a large majority of the foreigners for whom authorisation was requested already lived in Italy and were irregularly employed and it was likewise evident that the flows decrees served as a regularisation measure.¹⁹ I will note further that the following year, in 2009, a further regularisation was undertaken, though limited to domestic helpers and caregivers;²⁰ this was followed by another two: one in 2012 and another that is still in progress (see *infra*).²¹

It may thus be concluded that planning through flows decrees has proven to be not only inconsistent but also an obstacle to overcoming situations of irregular employment: if employers were allowed to submit requests for an entry authorisation irrespective of the decree, the government would have an indication of the number of undeclared workers ready to be regularised.²²

Finally, up to the first decade of the 21st century the flows decrees together with the mechanism of recruiting workers by name had shown to be insufficient and ineffective in regulating the influx of foreign workers. Nonetheless, in the subsequent years, due to low economic growth on the one hand and the arrival of large numbers of refugees on the other hand,²³ yet another requirement was introduced for the issuance of authorisation to hire a foreigner, namely the unavailability of workers already present within the national territory.²⁴ Furthermore, the yearly decrees have essentially blocked the inflows of so-called “economic migrants” (despite the fact that a structural demand for foreign workers exists in certain sectors²⁵). The decrees have almost exclusively regarded seasonal workers and only marginally regulated, if at all, the possibility of converting seasonal or other types of permits into permits for “subordinate employment”.²⁶ Only family reunification²⁷ remains one of the main channels of legal entry,

¹⁹ Cf. M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Bari, 2017, 137 f.; S. Briguglio, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in *Questione giustizia*, sez. *Diritti senza confini*, 28 May 2020 who mentions the queues of foreign workers (officially in their own countries!) in front of post offices, waiting to submit applications for authorisation to enter. Later, when Decree-Law no. 89/2011 ruled out the issuance of an expulsion order (and consequent prohibition of re-entry) against foreign nationals whose irregular status emerged from border police checks at the time of their exit from the national territory, it was evident that the intention was to facilitate the exit and subsequent re-entry of workers already present in Italy.

²⁰ D.l. 1-7-2009 n.78 converted into l. 3-8-2009, n. 102.

²¹ For a precise reconstruction of the regularisations that have taken place since 1986, see S. Briguglio, *op. cit.*

²² Cf. S. Briguglio, *op. cit.*

²³ M. Colucci, *Foreign immigration to Italy: crisis and the transformation of flows*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 2019, 429 f.

²⁴ Art. 22, par. 2 Consolidation Act as amended by d.l. 28-6-2013 n. 76 converted into l. 9-9-2013, n. 99. See also note no. 13.

²⁵ See W. Chiaromonte, *Regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso*, in M. Savino (cur.), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, 2018, regarding the employment data for foreign workers in certain sectors of the labour market also during the years of economic crisis.

²⁶ F. Pastore, *Zombie policy: politiche migratorie inefficienti tra inerzia politica e illegalità*, in *il Mulino*, 2016, 598.

²⁷ See Art. 29 of the Consolidation Act, which allows reunification for the so-called nuclear family: spouse, children who are minors and only in particular cases for dependent adult

confirming the desire of many foreigners to settle in our country.²⁸ But in the past decade, and above all in the years of the so-called humanitarian crises, migration policies have undoubtedly focused on the arrivals by sea, so much so that the world of immigration not tied to this reality and to this image has begun being relegated to the background.²⁹

The influx of migrants seeking protection is a phenomenon that has been viewed with growing concern, and indeed the legislation on the right of asylum has been marked by continuous restrictions.³⁰ In order to comprehend, among the various legislative interventions, the impact of the repeal of the legislation governing humanitarian protection, which was broad in scope, with a good degree of elasticity, we need to reconstruct, albeit summarily, the trials and tribulations tied to the (non-)implementation of Article 10, paragraph 3 of the Italian Constitution.

3. Entry for asylum: a history of non-implementation.

Given a constitutional provision viewed as “undoubtedly broad and favourable to foreigners” and the awareness of the members of the Constituent Assembly “of having undertaken to regulate a particularly advanced institution within the framework of the *very fundamental principles* of the Constitution of the new legal order”,³¹ Italian lawmakers have never really taken on the task of implementing Article 10, paragraph 3 of the Constitution through an organic body of legislation.

As is well known, the Geneva Convention was ratified in 1954, with the time and geographical limitations then provided for,³² but it is equally well understood that the definition of refugee³³ is much more restrictive than the definition of those

children and dependent parents. Regarding the numerous problems connected to the right to family unity, see P. Morozzo della Rocca, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero. Categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Torino, 2020.

²⁸ On the evolution of the reasons at the basis of residence permits in the five-year period 2011–2016, see M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Roma, 2018, 176–177.

²⁹ M. Colucci, *Storia dell'immigrazione*, cit., 171.

³⁰ See the Minniti decree of 2017 and the “security decrees” of the Conte government and, finally, Decree n. 150 of 7 April 2020, which declared Italian ports “unsafe” for vessels under foreign flags for the duration of the health crisis. In addition to abolishing humanitarian protection (see *infra*), d.l. 4–10–2018, n. 113 also heavily impacted the procedures for gaining recognition of international protection by increasing the reasons for disqualification and cases in which applications would be considered manifestly unfounded or inadmissible, with a broadening of immediate and frontier procedures and the introduction of a list of safe countries of origin.

³¹ M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale*, Padova, 2007, 28

³² It could be applied to events occurring in Europe prior to 1951, and it was only with the amending Protocol of 1967, ratified in 1970, that the time limitation was set aside and later, with the so-called Martelli law of 1990, the geographical limitation was also removed.

³³ According to the Convention, refugee status is granted to anyone who is outside his or her country of citizenship because of a well-founded fear of being persecuted on grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinions and is unable or, due to that fear, unwilling to ask that country for country; or to any stateless person who is outside his or her country of residence as a result of such circumstances is unable or, due to the aforementioned fear, does not want to return there.

entitled to the right of asylum under Article 10, paragraph 3 of the Italian Constitution. Therefore, the constitutional provision remained unimplemented and this later led, above all starting from the end of the 1990s, to courageous decisions on the part of the ordinary courts, which aimed to lend effectiveness to the constitutional provision. It was argued that given the directly effective character of the constitutional provision, it had to be possible for an individual – absent an implementing law – to apply directly to a court in order to gain recognition, pursuant to the aforesaid Article 10, of his or her right of asylum through a ruling.³⁴

Notwithstanding a subsequent³⁵ (and, it is worth noting, not always clear) *revirement* of the Court of Cassation, it should be underscored that, both among legal scholars and in case law, there was a growing conviction that the constitutional provision on its own gave foreigners a right of asylum, and that it identified the denial of the exercise of democratic freedoms as grounds justifying that right, while indicating the actual ability or inability of the asylum seeker to exercise such freedoms in the home country as the criterion for assessing the situation concerned.³⁶

Given this uncertain legislative and jurisprudential framework, the most important new developments in those years were taking place at a European level following the communitisation, with the treaty of Amsterdam, of the rules on asylum, together with those regarding visas, immigration and other policies connected to the free movement of persons. This was followed by the approval of important directives,³⁷ including the “Qualification Directive”, which is of particular interest here, because besides specifying the characteristic features of acts of persecution which entitle individuals to refugee status under the Geneva Convention, it introduced the principle of subsidiary protection. Such protection would be due where, despite the requirements for the recognition of refugee status not being met, there were well-founded reasons to believe that if the person were to return to his or her country of origin (or, in the case of a stateless person, to the country of habitual residence), he or she would run the risk of suffering serious harm (Art. 2(e)). As the same Directive specifies, the following are to be considered serious harm: a) the death penalty or execution; b) torture or another form of inhuman or degrading punishment of an applicant in his or her country of origin; or c) a serious and individual threat to a civilian’s life or person arising from indiscriminate violence in situations of internal or international armed conflict.

³⁴ Cf. Court of Cassation, Joint Divisions, 26-5-1997 n. 4674; Court of Cassation, Joint Divisions, 17-12-1999, n. 907. Deserving of mention is the decision handed down by the Court of Rome on 1-10-1999, which recognised the right of asylum of Ocalan (leader of the Kurdistan Workers’ Party - PKK) pursuant to Art. 10, para. 3 Const., though he was no longer in Italian territory.

³⁵ Cf. Court of Cassation, 25-11-2005 n. 25028 and Court of Cassation, 2-12-2005 n. 26278.

³⁶ Court of Cassation, Joint Divisions, 26 May 1997 n. 4674. For a general overview of the case law, see M. Benvenuti, *op. cit.*, pp. 39 f.

³⁷ Dir. 2001/55/EC of 20-7-2001 on temporary protection; Dir. 2003/9/EC of 27-1-2003, so-called Reception Directive; Dir. 2004/83/EC of 29-4-2004, so-called Qualification Directive; Dir. 2005/85/EC of 1-12-2005, so-called Procedures Directive.

However, States were and are left with the option of introducing or maintaining more favourable provisions; in this regard, as early as 1993³⁸ the Italian legal system embraced a provision, contained in the law authorising the ratification of the Schengen Convention, which prohibited the denial of a residence permit where there were serious grounds of a humanitarian nature or reasons deriving from constitutional or international obligations which precluded such a denial. This provision was reaffirmed in the Turco-Napolitano law of 1998 and then transposed into Article 5, paragraph 6 of Consolidation Act no. 286, according to which: “the denial or revocation of a residence permit may also be adopted on the basis of international conventions or agreements, rendered executive in Italy, when a foreign national does not fulfil the conditions of residence applicable in one of the contracting States, except where serious grounds exist, in particular of a humanitarian nature or resulting from constitutional or international obligations of the Italian State”.

An explicit connection between this provision and issue of asylum was made only ten years later with Legislative Decree no. 25 of 2008, implementing the so-called “Procedures Directive”, which established³⁹ that in cases where the territorial commission rejected an application for international protection, but judged that there might be serious concerns of a humanitarian nature, it should send the relevant documents to the police commissioner, who had the option of issuing a residence permit pursuant to Article 5, paragraph 6 of Consolidation Act no. 286.

Three forms of protection came to be defined as a consequence: refugee protection, subsidiary protection and humanitarian protection.

Could it finally be said that the constitutional provision (Article 10, paragraph 3) was duly implemented?

Although the issue continued to be debated among legal commentators, the courts confirmed that the right of asylum could be considered “entirely implemented and regulated through the definition of the final situations envisaged with the three forms of protection in the comprehensive provisions of Legislative Decree no. 251 of 2007... and Article 5, paragraph 6 of the Consolidation Act..., hence there appears to be no margin of residual direct application of the constitutional provision”.⁴⁰ Therefore, the idea that the legislative framework

³⁸ Art. 14, l. 30-9-93 n. 388, which supplemented Art. 4, para. 12 of l. 28-2-1990 n. 39.

³⁹ Art. 32, para. 3, d.lgs. 28-1-2008 n. 25.

⁴⁰ Court of Cassation, 26-6-2012 n. 10686 and Court of Cassation, 4-8-2016 n. 16362. This reconstruction, agreed with and supported by some legal commentators (P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2008, 13 f.), was criticised by other authors, who doubted that the legal systems at the various levels – international, European, national – had been successfully harmonised or reciprocally completed one another, such as to contribute to the joint construction of an asylum system and full implementation of Art. 10, para. 3 Const. It was highlighted that legislation conceived in supranational contexts with different aims did not reflect the principles inspiring the constitutional provision and the legal scope thereof (M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2 2010, 39). See also M. Benvenuti, *La forma dell'acqua*, in *Questione giustizia*, 2 2018, 19 f.

deriving from the transposition of European directives and the provision for humanitarian protection represented an effective implementation of the constitutional provision increasingly gained ground. And precisely the open and not wholly standardisable nature of the conditions for the recognition of entitlement to humanitarian protection appeared clearly consistent with the broad scope of the right of asylum contained in the constitutional provision.⁴¹

It should in any case be pointed out that a residence permit on humanitarian grounds could either be granted following an international protection request procedure or directly issued by the police commissioner irrespective of the existence of a situation in some way tied to asylum, provided that there were serious grounds, in particular of a humanitarian nature or resulting from constitutional or international obligations of the Italian State.⁴²

When it came to humanitarian protection, therefore, it was left up to the territorial commissions and police departments and, in the event of an appeal, to the ordinary courts to lend substance to a provision having such broad legal scope. It is thus worth pointing out, solely by way of example, some of the most innovative trends in case law regarding the interpretation of Article 5, paragraph 6 of the Consolidation Act.⁴³

One interesting and debated issue regarded the degree of social integration achieved by the asylum seeker: for example, it was highlighted by the ordinary courts that the refusal to grant a permit for humanitarian reasons could result in an abrupt interruption of a process of social inclusion or a work activity already engaged in, with serious repercussions on a person's life,⁴⁴ or else emphasis was laid on the risk of breaking emotional bonds that had come to be created.⁴⁵ The Court of Cassation, in its judgment no. 4455/2018, ruled that the social integration of an asylum seeker in our country, though it could not become an exclusive factor for making an assessment, should be considered in comparison with the social, political or environmental context of the country of origin in order to evaluate the risk associated with a possible repatriation. Repatriation that might result in the denial of the exercise of core human rights below a level necessary to guarantee personal dignity as compared to the situation of integration reached in the host country.⁴⁶

However, the possibility of relying on the parameter of social integration was again called into question within the Court of Cassation itself, once it was observed to have a very fragile legislative basis in the absence of provisions that made express mention of this aspect. The comparative evaluation was itself vague and indefinite

⁴¹ See Court of Cassation, 23-2-2018 n. 4455, § 4.4.

⁴² N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2018, 7 f.

⁴³ On the developments in case law on the subject of humanitarian protection, see M. Acierno, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, 104 f.

⁴⁴ *Ex multis* cf. Court of Trieste, 22-12-2017 (<https://bit.ly/2Fyw9fr>).

⁴⁵ Court of Appeal of Florence, 17-9-2018 (<https://bit.ly/2JCMxf8>). C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Questione giustizia*, 14 March 2018.

⁴⁶ Cf. also the Court of Cassation, 15-5-2019 nn. 13079 and 13096; 20-1-2020 n. 1104.

in terms of content.⁴⁷ But in a recent important judgment, the Joint Divisions of the Court of Cassation⁴⁸ arrived at the conclusion that, for the purpose of recognising entitlement to humanitarian protection, it was necessary to make a comparative assessment of the applicant's subjective and objective situation in the country of origin versus the current situation of integration in the host country. This comparison would in fact enable whoever was interpreting the case to verify whether repatriation was likely to result in the deprivation of the ability to exercise core human rights below the level necessary to guarantee personal dignity, without giving relevance solely to the degree of social integration in Italy.

Another issue that was debated among legal scholars and in the courts was the possibility of granting humanitarian protection on the grounds of a condition of severe poverty and social marginalisation in the country of origin, where the severe compression of rights in the economic and social spheres could be considered an infringement of the fundamental rights of the individual.⁴⁹ The previously mentioned Court of Cassation judgment no. 4455 of 2018 affirmed that a situation of vulnerability could arise not only from conditions of political and social instability that exposed individuals to situations endangering their personal safety, but also from a very severe political and economic situation resulting in extreme impoverishment due to the lack of basic necessities or a geopolitical situation offering no guarantee of life inside the country (drought, famine, etc.).

In conclusion, what needs to be highlighted is that whereas the recognition of refugee status or granting of subsidiary protection requires an individualisation of the denial of fundamental rights (associated with persecution and serious harm) and thus a specific infringement, this requirement is not so strict in the case of recognition of the right of asylum (and to humanitarian protection, which was an

⁴⁷ Cf. interim order 3-5-2019 n. 11750.

⁴⁸ Court of Cassation, Joint Divisions, 13-11-2019 n. 29460. See also Court of Cassation, Division I, 20-1-2020 n. 1104. Despite the fact that Art. 5, para. 6 of the Consolidation Act was repealed by the Security Decree, there is still a great deal of case law on the subject of humanitarian protection, given that the provisions of the decree were not retroactively applicable; therefore, applications submitted prior to the entry in force of the Decree-Law are dealt with on the basis of the previous rules.

⁴⁹ E. Castronuovo, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2018, 8: "some judges have ordered the issuance of permits on humanitarian grounds to citizens of countries in which a current situation of a major natural disaster or famine or a severe food emergency certified by international bodies explained their fleeing from the country or would have in any case placed the life and food security of the person in concrete danger in the event of repatriation, which would have also constituted a violation of the right to life or inhumane treatment prohibited by Arts. 2 and 3 ECHR". Cf. Court of Appeal of Bologna, 9-4-2019 n. 1194 (<https://bit.ly/2Vrkgya>), which, in recognising humanitarian protection, underscored that "the difficult experiences of life that the appellant had to endure above all in Chad and Libya enable us to affirm without a doubt that it was the situation of poverty and the need to find means of subsistence that drove him... to leave his country, as the situation which Guinea Conakri was and is still experiencing did not offer him other alternatives". A different ruling was reached by the Court of Cassation, no. 23757/2019, according to which "situations of even extreme economic and social difficulty are not sufficient in themselves, in the absence of specific situations of vulnerability, to justify the issuance of a residence permit on humanitarian grounds".

implementation thereof); and although the case law of the Court of Cassation has been divided on this point,⁵⁰ precisely the fact that Article 5, paragraph 6 was like “an open catalogue, not necessarily founded on *fumus persecutionis* or the threat of serious harm to one’s life or mental and physical integrity”⁵¹ made it possible to argue that Article 10 of the Constitution had been implemented.

As is well known, the residence permit on humanitarian grounds was abolished with the introduction of the “security decree”.⁵² According to the report accompanying the draft text of the law converting the decree, the Government deemed it necessary and urgent to intervene in order to counter the anomalous disproportion between the number of cases in which forms of international protection were granted and the number of residence permits issued on humanitarian grounds.⁵³ This disproportion was allegedly due to the legislative definition of humanitarian protection, “of uncertain scope, which left ample margins for an extensive interpretation that was in contrast with the aim of providing temporary protection”. Following the repeal of Article 5, paragraph 6 of the Consolidation Act, the legislator introduced some specific resident permits for victims of a calamity,⁵⁴ for acts of civic valour⁵⁵ and for health reasons, as well as a permit for special protection, which simply confirms, however, the prohibition of *refoulement* already provided for in Article 19 of the Consolidation Act⁵⁶ (practically speaking, therefore, no new type of residence permit was introduced). Permits for victims of violence or severe exploitation, victims of domestic violence and labour exploitation remained unchanged.⁵⁷

Many of these “special residence permits” already existed in our legal system and were not introduced by the security decree. Even the permit for health reasons does not add much, as the obligation to receive and prohibition against expelling foreign nationals with serious health conditions has long been established.⁵⁸ The

⁵⁰ Cf. N. Zorzella, “Nota, in Rassegna Asilo e protezione internazionale”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2019.

⁵¹ Court of Cassation, Div. VI, 27-11-2013 n. 26566.

⁵² D.l. 4 October 2018 n. 113, converted, with amendments, by l. 1-12-2018 n. 132.

⁵³ Court of Cassation, Joint Divisions, 13-11-2019 n. 29460.

⁵⁴ When the country a foreigner is supposed to be returning to is experiencing a contingent, exceptional calamity that precludes his or her re-entry and stay in conditions of safety, the police commissioner issues a residence permit on grounds of calamity (art. 20-*bis*).

⁵⁵ If a foreign national has performed exceptional acts of civic valour, the Ministry of the Interior, on a proposal from the competent provincial authority, will authorise the issue of a special residence permit.

⁵⁶ Article 19, Consolidation Act: 1. In no case whatsoever may an alien be expelled or rejected towards a State in which he might be subjected to persecution due to race, gender, language, citizenship, religion, political opinions, or personal or social conditions, or may risk being sent to another State in which he is not protected against persecution. 1.1. Rejection, expulsion or extradition of a person to a State is not allowed when there are reasonable grounds to believe that that person is at risk of being subjected to torture. The assessment of reasonable grounds shall also take into account the existence, in that State, of serious and systematic human rights violations.

⁵⁷ Cf. Articles 18, 18-*bis*, 22-*quater* and 19 of the Consolidation Act.

⁵⁸ C. Corsi, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2019, 45 f.

only “new” residence permits, therefore, are the ones granted to persons fleeing a calamity and for outstanding acts of civic valour (the latter reflects a different logic, however, being a form of reward).

The abolition of a provision that had been viewed as implementing a constitutional principle, precisely by virtue of its open and residual character, thus clearly raises some doubts regarding its legitimacy. As the Court of Cassation pointed out, “the protected interests cannot remain constrained by rigid rules and strict parameters which limit the possibilities of their mobile, elastic adaptation to constitutional and supranational values”. And, again in the view of the Court of Cassation, it is the horizontal nature of human rights that “promotes the evolution of the elastic principle of humanitarian protection to a general provision of the system, capable of favouring human rights and laying roots for their implementation”.⁵⁹

For their own part, legal scholars have highlighted their doubts as to the compatibility of the reform with Article 10 of the Constitution and with international humanitarian law and have proposed an extensive interpretation of the new residence permits introduced with the security decree, suggesting that the task of providing a constitutionally oriented interpretation of the new provisions should be entrusted to above all to the ordinary courts.⁶⁰ Moreover, the Constitutional Court itself has underscored that the interpretation and application of the new residence permits are necessarily bound to strict observance of the Constitution and international rules, notwithstanding the elimination of the explicit reference to them previously contained in Article 5, paragraph 6 of the Consolidation Act.⁶¹ Therefore, we may conclude that either the new provisions eliminating humanitarian protection are constitutionally illegitimate, or that forms of protection

⁵⁹ Court of Cassation, Joint Divisions, 13-11-2019 n. 29460. Cf. also Court of Cassation, Div. I, 15-5-2019 n. 13079: “it is not correct to ‘standardise’ the subjective categories in which to place individuals deserving of ‘humanitarian’ protection, which, on the contrary, has an atypical and residual character, in that it covers a whole series of situations, to be identified case by case, where, although the prerequisites for the grant of typical protection (refugee status or subsidiary protection) are not met, no order of expulsion may be given and, therefore, an applicant who is in a situation of ‘vulnerability’ must be granted reception”. Cf. also Constitutional Court, 24 July 2019 n. 194, para. 7.6.

⁶⁰ M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2019; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d’incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. ‘decreto sicurezza’)*, in *Federalismi*, 22, 2018, 7; S. Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d’asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018; A. Masaracchia, *La protezione speciale sostituisce il permesso per motivi umanitari*, *Guida al diritto*, 45, 2018, 21 f.

⁶¹ Cf. the letter sent by the President of the Republic to the Prime Minister at the time the decree-law was enacted: “the constitutional and international obligations of the State continue to apply, even if not expressly mentioned in the legislative text, including, in particular, what is directly provided for in Article 10 of the Constitution and the obligations ensuing from the international commitments undertaken by Italy”.

still remain in any case (beyond the special cases provided for), as a result of constitutional obligations (including asylum) and international obligations.⁶²

I shall not delve further here into the possible conflicts of the 2018 decree with the constitutional provision and supranational law,⁶³ or the spaces for an extensive interpretation of the new permits, because I am interested in focusing on a more global assessment.

On the one hand, in fact, our legislators appear never to have taken Article 10 of the Constitution seriously: they have never really been concerned about comprehensively defining the “conditions established by law” referred to in the article in question. And, with the provisions contained in the security decree, they have “dismantled” a legal framework that seemed in some respects, and with great delay, to have implemented the right of asylum. And also the decree-law no. 130 of 21 October 2020 (approved pending publication of this essay) which has restored the explicit reference to “the constitutional and international obligations of the Italian State” in the art. 5, par. 6, has non restored the reference to the serious grounds of a humanitarian nature. The new provision which recognizes the permit for special protection in the cases in which an expulsion results in a violation of the right to respect for private and family life (although it is certainly appropriate) does not seem to fill the gap following the abolition of the humanitarian protection with reference above all to art. 10, paragraph 3 of the Constitution.

4. Rigidity and uncertainty: two sides of the same coin.

Order, security, lawfulness, the fight against irregular immigration: these words have been bandied about to justify the legislative policy choices of the past few decades, but in an ideological and abstract manner,⁶⁴ relying on the rigidity of rules to uphold logics of political rhetoric rather than of good government.⁶⁵

It is clear that lawfulness and an orderly civil existence are essential values that should be shared by the various political actors and should be duly pursued by lawmakers and governments, but when legislation, rather than channelling a complex reality replete with social tensions towards paths of legality, brandishes these values, transforming them into slogans, and unreasonably tightens rules, it ends up only creating uncertainty, insecurity and marginality.

⁶² Cf. C. Favilli, *Il Re è morto lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Riv. dir. int.*, 2019, 164 f.

⁶³ See C. Corsi, *The Right of Asylum after the 'Security Decree'. The Abolition of Humanitarian Protection*, in *Italian journal of public law*, vol. 11, 2, 2019, 574 f.; A. Algostino, *Il decreto sicurezza e immigrazione (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 176 ff.

⁶⁴ Cf. A. Guariso, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *D&L. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2006, 35.

⁶⁵ Cf. M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria*, Bari, 2020, 131: “the measures in respect of immigration, especially those that go in the direction of closure, generally have high political resonance and a low economic cost. They can even convey the idea of savings for the State treasury. They thus offer an ideal subject for governments that need to show themselves to be effective and strengthen consensus, but have few resources to draw on in the coffers”.

As has been pointed out, “irregular immigration, like regular immigration, is the outcome of a process of political construction, which implies the identification of a boundary and the conditions for physically or metaphorically crossing it. Not coincidentally, the growth of irregular migration has historically gone hand in hand with the increasing rigidity of the criteria for crossing the borders of nations.”⁶⁶

Entry into a State’s territory must certainly be regulated, but in the past decade there has been a substantial closure of the legal channels for entry for work reasons, and requesting asylum was the only possible way to obtain a resident permit.⁶⁷ We should also take into account that today the distinction between “economic migrants” and “seekers of protection” is not always that clear: many flee from situations of extreme poverty, war, or unliveable environmental conditions, and the phenomenon of “mixed flows” is increasingly frequent,⁶⁸ so much so that “the bipartition seems no longer to regard the different manifestations of the phenomenon, but rather to regard their regulation.”⁶⁹

As has been noted, this policy of restricting access to work has sparked a vicious cycle: in the countries of origin it does not incentivise the development of selection and training processes, and in the destination countries it produces illegality (in terms of both the irregular presence in a country’s territory and work relationships).⁷⁰

It would have thus been desirable to restore the routes of entry for work reasons by replacing the present “rigid and cumbersome” regime; however, the first Conte government deemed it necessary and urgent to intervene to combat the anomalous numerical disproportion between the grants of forms of international protection and the issuances of residence permits on humanitarian grounds;⁷¹ in reality, from the data published in the dossier prepared by the Senate Research Service,⁷² it emerges that although it may be true that, among the major forms of protection, our country has seen a significant percentage of permits granted on humanitarian grounds, the percentage of recognition of refugee status and the right to subsidiary protection, which offer much more solid guarantees and safeguards to the applicant, is on average much lower than in other European countries.

It was chosen to increase the rigidity of a legislation that had – precisely in the repealed Article 5, paragraph 6 of the Consolidation Act – an elastic provision that allowed protection to be granted in situations where protection was

⁶⁶ L. Zanfrini, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Bari, 2016, 21.

⁶⁷ Cf. M. Savino, *Le condizioni per una credibile politica europea dell’immigrazione e dell’asilo*, in *Per una credibile politica europea*, cit.; the author highlights the circuit of illegality and crime that is created in the absence of legal channels of entry.

⁶⁸ L. Zanfrini, *op. ult. cit.*, 25. S. Bontempelli, *Da ‘clandestini’ a ‘falsi profughi’. Migrazioni forzate e politiche migratorie italiane dopo le primavere arabe*, in *Meridiana*, 86, 2016, 169 f. and 178: “the economic and political reasons constantly intertwine and overlap”.

⁶⁹ M. D’Onghia, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 465.

⁷⁰ M. Savino, *Il diritto dell’immigrazione: quattro sfide*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 391.

⁷¹ Cf. Illustrative report accompanying the draft law converting d.l. 4-10-2018, n. 113, downloadable at: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01076594.pdf>.

⁷² Downloadable at: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01076617.pdf>.

warranted.⁷³ Article 5, paragraph 6 was conceived, therefore, as a safeguard clause within the rigid system delineated by the Consolidation Act in respect of foreigners' stay and expulsion. Its repeal has certainly not resulted in a more certain or well-ordered framework: paradoxically, it has opened the doors to a more uncertain and confused situation. The measures taken, besides raising issues of compatibility with the constitutional and supranational frameworks, have ended up increasing distress and, also taking into account the difficulties tied to the effectiveness of repatriation measures, favoured an increase in the number of individuals without a residence permit, who will be denied access to any legal channel for obtaining residency status, and will be forced to survive by obtaining employment in the informal economy.⁷⁴

Many studies have highlighted the relationship between immigration and the shadow economy. It is no coincidence that the problem of irregular immigration regards above all countries traditionally more inclined to tolerate undeclared work.⁷⁵ To this we may add the paradox that the current rules, seemingly aimed at combating irregular immigration and undeclared work, in reality – due to their abstractness and rigidity – end up narrowing the scope of action of regular immigration.⁷⁶

Moreover, migrants (including those holding resident permits) are frequently employed in sectors where the circumventions of labour protection laws are greatest, that is, in the realm of so-called 3DJobs (dirty, dangerous and demanding). This is also favoured by some of the rules regarding, for example, social security rights, which are not conducive to legality and actually represent a deterrent to the establishment of a regular employment relationship. We need only consider the social security regime for seasonal workers and the failure to refund the contributions paid by foreign workers in the event of repatriation.⁷⁷

Civil society itself is rife with contradictions: as one author has observed “citizens who fear and reject the immigrant, understood as an abstract and threatening figure, then hire the immigrant, a concrete person, without worrying too much about the possession of permits.”⁷⁸ It is clear that the migratory phenomenon

⁷³ See M. Balboni, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, in F. Curi (cur.), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, 2019, 30, on the need for a flexibilization clause.

⁷⁴ N. Zorzella, *Editoriale. Il disordine sociale del decreto sicurezza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2019.

⁷⁵ L. Zanfrini, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, cit., 107: “it is not irregular immigration that causes undeclared work to grow, but rather the possibility of engaging in undeclared work which attracts irregular immigration”.

⁷⁶ W. Chiaromonte, *Regolazione del lavoro immigrato e diffusione del lavoro sommerso*, cit.

⁷⁷ M. D'Onghia, *op. cit.*, 470-471. In relation to seasonal work, only some forms of mandatory social security and welfare are applied to foreign nationals; family allowances and insurance against involuntary unemployment, contributions for which – in any case due from the employer – are paid to the INPS (National Social Security Institute), and are expressly intended for social security and welfare measures in favour of foreign workers.

⁷⁸ M. Ambrosini, *Migrazioni*, Milano, 2017, 54. We need only consider immigrant women employed as domestic workers; controls directed at them have long been abolished.

brings out aspects of the political and social organisation of the host country; it becomes a sort of mirror, because it tells us a lot about our societies.⁷⁹

If this is the situation, we should not be surprised if the number of irregular immigrants continues to grow, so much so that, also as a result of the health emergency, the government has felt the need to introduce an urgent measure calling for a new regularisation. As these foreign workers were unable to leave their homes, certain sectors experienced a crisis and, moreover, the conditions of vulnerability of these persons were exacerbated. Decree-Law no. 34 of 19 May 2020,⁸⁰ despite being the result of “arduous mediation between different political visions”,⁸¹ laid down rules for a procedure of regularisation of undeclared work in reference to some sectors of activity (agriculture⁸², livestock and husbandry, fisheries and aquaculture and activities connected to care and domestic work). This is not the right place to go into the details of the numerous questions and inconsistencies arising from the decree, also in relation to the legislator’s declared aim to regularise undeclared work and combat exploitation; here I shall limit myself to criticising the restriction of the field of application to only a few sectors, leaving out, for example, the building, textile and restaurant sectors. It would indeed be desirable to regularise many other situations.

Over the years, choices have been made that have increased the phenomenon of irregularity, rather than reducing it: more elastic legislation, in place of the combination of rigidity and uncertainty, could give rise to virtuous and realistic paths of regularisation, without there being any need to wait for the cyclical “amnesties” that have characterised Italian policy, also because (despite the proclamations) the objective difficulties of repatriating people are well known. Moreover, as has been observed in reference to the people likely to be present in the country illegally, “bandying about the numbers of landings, going back in time and making us believe that 600,000 people have remained hidden somewhere in Italy is a gross falsification”;⁸³ many have entered with a proper entry visa, and then, upon the expiration of their permit, which they were unable to renew, they decided to remain.

Reintroducing a permit for job seekers, facilitating the conversion of other types of residence permits into work permits, strengthening the cooperation

⁷⁹ M. Ambrosini, *Migrazioni*, op. cit., 68: “l’immigrazione irregolare trova sponde all’interno della società ricevente”.

⁸⁰ Art. 103, d.l. 19-5-2020 n. 34 “Urgent measures on health, support to employment and the economy, and social policies related to the COVID-19 epidemiological emergency”.

⁸¹ M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del coronavirus*, in *Questione giustizia*, sez. *Diritti senza confini*, 28 May 2020.

⁸² W. Chiaromonte, ‘Cercavamo braccia, sono arrivati uomini’. *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Giornale del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 321 f.

⁸³ M. Ambrosini, *L’invasione immaginaria*, cit., 25-26. A further example of a legislative act that is illegitimate on the one hand and “rhetorical” on the other is the “security decree bis”, cf. F. Scuto, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2020, 63 f. See also Court of Cassation, 20 February 2020 n. 6626 of regarding the non-validation of the arrest di Carola Rackete.

agreements with third countries, developing a labour immigration policy at a European level,⁸⁴ launching effective resettlement programs,⁸⁵ exploiting the possibility offered by Article 25 of the Visa Code, which authorises a Member State to issue a visa on humanitarian grounds, for reasons of national interest or because of international obligations, restoring sufficiently elastic legislation that would enable a permit to be granted to persons who have managed to arrive in our country, but are in a situation of particular vulnerability: these are all measures that would lend greater certainty to the legislative framework and would pursue the objective of regulating entries in observance of international obligations and human rights.

Cecilia Corsi

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli studi di Firenze
cecilia.corsi@unifi.it

⁸⁴ Regarding the failure to adopt the directive concerning the conditions of entry and residence of non-UE citizens who intend to undertake employment and self-employment (Com (2001), 386 def., of 11 July 2001), see L. Calafà, *op. cit.*, 107 f.; C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quad. cost.* 2018, 365 f. and F.L. Gatta, *Vie legali economiche e migrazione ai fini lavorativi: il ritardo della politica comune dell'Ue*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 33 f.

⁸⁵ Cf. M. Savino, *Le prospettive dell'asilo in Europa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 557 regarding the necessity of a European permanent resettlement programme, binding for Member States and proportionate to the economic and demographic weight of the EU.

The impact of national values on health-care provisions for asylum seekers and refugees in Germany and Sweden

di Mechthild Roos

Abstract: An important aspect of refugees' mid- to long-term integration into a host country's society is their access to the respective health-care system. This article sheds light on the regulation of this access in Germany and Sweden, i.e. two main destination countries in Europe. Drawing on the concept of national values as defined by Marmor et al. (2006), the article identifies different sets of norms and values in, and their impact on, national asylum and health policies. Specifically, the article discusses in a comparative analysis how these policies are shaped by national values regarding the general normative fundamentals of society, as well as the roles and responsibilities attributed to state actors and individuals in the context of health care.

Keywords: Refugees; health-care system; incorporation system; asylum policy; values

5208

1. Introduction.

At the European Council's meeting on 21-22 March 2019, migration was not on the agenda for the first time in years. The reason was not only the dominating uncertainty over Brexit, which stood in the centre of discussion, but also the fact that migration was perceived not to "qualify as a crisis any longer".¹ This change of perception at the governmental level in EU member states implies a gradual change of migration governance in Europe, both at the national and the EU level: short-term crisis management has increasingly been replaced by mid- to long-term policies aimed at the stabilisation and controllability of immigration, and at the integration of those who arrived.

This article focuses on the phase of migration governance following short-term political crisis management. Namely, it sheds light on the regulation of refugees' and asylum seekers' access to different EU member states' health-care systems as an important aspect of their mid- to long-term integration into host countries' societies. More specifically, drawing on the concept of *national values* as defined by Marmor et al.,² this article identifies different sets of norms and values

¹ Council official, cited in POLITICO Brussels Playbook, 20 February 2019 (<https://www.politico.eu/newsletter/brussels-playbook/politico-brussels-playbook-orban-splits-the-epp-china-finally-on-europes-agenda-decisions-and-consequences/>, last visit 4 August 2020).

² T. R. Marmor et al., *Values, Institutions and Health Politics*, in C. Wendt, C. Wolf (Eds), *Soziologie der Gesundheit*, Wiesbaden, 2006, 383-405.

in, and their impact on, national migration and health policies, focusing specifically on Germany and Sweden, as elaborated further below. In so doing, this article seeks to help remedy a noteworthy lacuna in migration health research, and indeed in migration studies more generally: “Migrant health research has been predominantly concerned with mental health and infectious diseases, or with health inequalities between specific migrant groups and host populations, whereas policy and systems issues have been sidelined”.³

The following analysis focuses on the area of health policy for two main reasons. On the one hand, this policy area has a multifold bridge function: “It is where biological and social factors, the individual and the community, and social and economic policy all converge”;⁴ moreover, it has a crucial integration function, in that a country’s health-care system regulates citizens’/residents’ (more or less) equal access e.g. to social security, education and the labour market.⁵ On the other hand, health policy has a strong symbolic dimension: a country’s health policy makes visible who is considered an insider or outsider within the given legal system, what criteria determine deservingness of help and support, and what responsibilities a state has towards the people living on its territory. This article aims to demonstrate to what extent certain normative understandings of health – e.g. as human right, legal standard, or social benefit – influence policy provisions for refugees’ and asylum seekers’ health-care access beyond basic checks performed upon arrival in a host country, and emergency care. It also discusses how related policies are shaped by national values regarding the state’s general role in the provision of health care, individuals’ claims to and common perceptions of health services – e.g. as a benefit which has to be deserved, or as an element of universal protection. In so doing, it assumes with Beckfield et al. that “observing which individuals and groups are considered worthy of assistance (e.g., universal versus targeted benefits) provides researchers with insight into the broader culture of a society and into what its members expect of their healthcare system (e.g., how it should provide services and to whom)”.⁶ This culture – and its constituting values – plays a “key role in defining the possibilities available to policy makers, practitioners, and other stakeholders in a particular society”.⁷

Not least with regard to this cultural dimension, national health-care systems in Europe are shaped in very different ways, albeit sharing a certain common basis. Namely, every person, regardless of their nationality, is legally entitled to emergency care in all EU member states, based on the fundamental right to health care as laid down in Article 35 of the Charter of Fundamental

³ K. Bozorgmehr, R. Jahn, *Adverse health effects of restrictive migration policies*, in 7 *The Lancet Global Health* 4 (2019), E386.

⁴ J. Frenk, *The New Public Health*, in *Annual Review of Public Health*, 14 (1993), 469.

⁵ J. Phillimore, *Approaches to health provisions in the age of super-diversity*, in 31 *Critical Social Policy* 1, 20 (2010); C. Wolf, C. Wendt, *Perspektiven der Gesundheitssoziologie*, in C. Wendt, C. Wolf (Eds), *Soziologie der Gesundheit*, Wiesbaden, 2006, 20.

⁶ J. Beckfield et al., *Comparative Perspective: Classification, Convergence, Institutions, Inequalities, and Five Missed Turns*, in 39 *Annual Review of Sociology*, 137 (2013).

⁷ *Ibidem*, 138.

Rights of the EU. This article does not, however, grant full access to the respective national health-care systems; indeed, the right to health as provided by Article 35 “could mean anything from a general right to be healthy, to a right to a basic package of medical treatments; to a right to social insurance or tax-based access to health care (either in general, or a specific set of health care entitlements, such as emergency treatment)”.⁸ Consequently, national legislators have much room of interpretation when it comes to the regulation of third-country migrants’ (including asylum seekers’ and refugees’) rights in the area of health care. Given that the majority of asylum seekers wait months, at times even years for the final decision on their legal status, they become part – even if as a segregated group – of the host states’ administrative and social system for a notable period already prior to the determination of their status. During this period, asylum seekers and refugees may have to, or wish to, undergo medical treatment or enter preventive health-care schemes beyond what emergency care can provide. Hence, states need to provide a legal framework for these persons’ access to health services. This legal framework may be strongly influenced by norms and values beyond mere political or party preferences, as this article shows for the cases of Sweden and Germany.

By comparing these two countries, this article constitutes what is termed in comparative politics research a most different case study: Sweden’s and Germany’s immigration policies and their welfare and health-care systems differ considerably in a number of structural and political aspects, such as centralisation, the relevance of citizenship, and individual preconditions for the utilisation of health and welfare services.⁹ Consequently, it could be expected that their response to crises and other forms of unintended events requiring political (re-)action would equally differ significantly. Yet, during the increased influx of asylum seekers 2015–17, both countries underwent similar processes of initial demonstrative openness to incoming refugees, presenting themselves as ‘moral superpowers’¹⁰ in comparison to other European countries, and taking in high numbers of people, but later changed their stance towards refugees and asylum seekers under (perceived) pressure through a shift of public opinion.

These similar reactions despite significantly different systems show that an analysis purely focussed on systemic differences, i.e. the functioning and organisation of different welfare, health-care and incorporation regimes cannot sufficiently explain national reactions to incisive events such as the above-mentioned increased influx of asylum seekers. Rather, the self-referencing to the

⁸ T. Hervey, *Health Equality, Solidarity and Human Rights in European Union Law*, in A. Silveira et al. (Eds), *Citizenship and Solidarity in the European Union*, Brussels, 2013, 354.

⁹ Extensively discussed by D. Sainsbury, *Welfare States and Immigrant Rights. The Politics of Inclusion and Exclusion*. Oxford, 2012.

¹⁰ H. Bradby, *Refugee and Migrant Health: A Perspective from Sweden*, in A. Krämer, F. Fischer (Eds), *Refugee Migration and Health. Challenges for Germany and Europe*, Cham, 2019, 185–193; C. Fernández, *Cosmopolitanism at the crossroads*, in E. M. Gozdzik et al. (Eds), *Europe and the Refugee Response. A Crisis of Values?*, London/New York, 2020, 220–235.

role of a ‘moral superpower’ common to both countries under examination suggests a strong normative dimension of their respective behaviour. Consequently, this article applies a normative approach – the concept of national values – in its pursuit to contribute to a better understanding of the basis on which Germany’s and Sweden’s reaction to the 2015-17 ‘crisis’ was built.

Specifically, the following analysis of national values sheds light, amongst other issues, on commonly shared perceptions regarding rights and claims, deservingness and insiders/outside in the context of asylum seekers’ and refugees’ integration in host societies. The area of health policy provides particularly clear insights on these perceptions and their tangible consequences: the analysis of any access to health services beyond emergency care offers an understanding of the role attributed to asylum seekers and refugees by legislators, political actors more generally, and societies as a whole. These attributed roles range from a group of persons under general suspicion of welfare fraud, to persons seeking temporary shelter but being expected to leave the host country again in the foreseeable future, to potential new members of the labour market and the society, and hence potential contributors to the state’s economy, wealth, and welfare system as well as – in the most open approaches – to its future cultural development. This article studies historically developed national values which are at the basis of such role attributions, and which have a significant impact on policy-makers’ actions with regard to the adoption and interpretation of incorporation and health policies in recent years.

Following a section outlining the theoretical conceptualisation of national values, the article provides an overview of national value frameworks in Germany’s and Sweden’s welfare, health-care and incorporation regimes. All three are relevant regarding the issue at hand, given that the access of refugees and asylum seekers is regulated at their intersection (as demonstrated by Sainsbury (2012) in her broader study of immigrants’ social rights, and outlined in more detail below). In the compilation of the respective national values, this article draws on existing literature on the three above-mentioned regime types in Germany and Sweden from different disciplines, namely political science, sociology and law, and furthermore on national legislation regulating these areas.

2. Theoretical approach: national values in asylum seeker- and refugee-related health policy.

Policy-making within the remit of the welfare state is rarely driven by rationalist cost-benefit motives alone, such as financial or economic considerations.¹¹ The

¹¹ W. van Oorschot et al., *The culture of the welfare state: historical and theoretical arguments*, in W. van Oorschot, M. Opielka, B. Pfau-Effinger (Eds), *Culture and Welfare State. Values and Social Policy in Comparative Perspective*, Cheltenham/Northampton, 2008, 2.

same applies to incorporation regimes,¹² defined here with Sainsbury as “rules and norms that govern immigrants’ possibilities to become a citizen, to acquire permanent residence, and to participate in economic, cultural and political life”.¹³ Indeed, Phillimore calls migration “possibly one of the most politicized areas in the EU, if not the world”.¹⁴ Studying health policies concerning asylum seekers and refugees as a highly politicised and normatively charged area, the following analysis builds on van Oorschot et al.’s finding that political actors are influenced in their related policy-making by “doctrines, values, and ideals in relation to the welfare state”, and that “[t]he cultural values and ideals that predominate in welfare cultures do tend to restrict the spectrum of possible policies of a welfare state”.¹⁵

In its study of such values and ideals with an impact on health-care provisions for refugees and asylum seekers in Germany and Sweden, this article applies the concept of national values. With Marmor et al., they are here defined as “summation across a broad population of varied individuals’ general and potentially conflicting”¹⁶ views about what is “worthy or important”,¹⁷ which – despite existing conflicts – have the potential to unite and guide the action of a community and its decision makers. Such values, as Marmor et al. emphasise, are “*general*. They do not dictate preferences for particular institutional structures at any level of detail”.¹⁸ Moreover, they are “relatively stable over time, changing only very gradually”¹⁹ once they are incorporated into collective identities and narratives, “reinforced on a recurring basis by political agents, and – most importantly – [...] embedded in political institutions and policy regimes”.²⁰ National values socialise residents of the respective territory as well as political actors. Once they are commonly accepted, national values rule out certain policy choices as incompatible with resulting logics of appropriateness.²¹

In the area of health care, Marmor et al. identify “universal protection against being ruined financially by the costs of treatment”²² as a dominant value which is largely uncontested in Western welfare states. Beyond this basic value, however, health-care systems may be embedded in sets of national values which differ quite significantly across countries. These values usually stand in some

¹² F. Boräng, *National Institutions – International Migration. Labour Markets, Welfare States and Immigration Policy*, London/New York, 2018, 6; D. Ruedin, *Citizenship Regimes and the Politicization of Immigrant Groups*, in 46 *ÖZP – Austrian Journal of Political Science*, 1 (2017).

¹³ D. Sainsbury, *op. cit.*, 16.

¹⁴ J. Phillimore, *op. cit.*, 6.

¹⁵ W. van Oorschot et al., *op. cit.*, 11.

¹⁶ T. R. Marmor et al., *op. cit.*, 385.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*; emphasis by T. R. Marmor et al.

¹⁹ *Ibid.*, 387.

²⁰ K. Banting, W. Kymlicka, *Introduction*, in K. Banting, W. Kymlicka (Eds), *The Strains of Commitment. The Political Sources of Solidarity in Diverse Societies*, Oxford, 2017, 3.

²¹ J.G. March, J.P. Olsen, *The Logic of Appropriateness*, in R.E. Goodin (Ed), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford, 2011.

²² T. R. Marmor et al., *op. cit.*, 386.

relation to key characteristics of welfare states as outlined by Esping-Andersen, such as notably the provision of services based on deservingness or means, the extent of privatisation and corporatism, the level of redistribution, and state-market-family relations.²³ Rothgang has developed Esping-Andersen's welfare regime model further, with a focus specifically on the analysis of health-care systems (rather than welfare systems more generally).²⁴ In his typologisation, he examines a series of dimensions of such systems which may equally be closely connected to health care-related national values, and are hence highly relevant for the following analysis, namely:

- Financing (state funding vs. insurance contributions vs. private funding),
- Service provision (privately vs. publicly operated; profit vs. non-profit),
- Regulation (role and powers of stakeholders, such as financing institutions, service providers, beneficiaries), and
- The normative basis of the respective institutional arrangement.

Taking these dimensions into consideration, Rothgang presents three ideal types (in the Weberian sense) of health-care regimes, namely the state/public health-care system (for which Sweden can be used as case study), the social insurance system (with Germany as a typical example), and the private health-care system (which does not, in its 'ideal' form, appear in any EU member state).²⁵ Esping-Andersen's welfare regime typology and Rothgang's health-care regime typology are compatible and can be fruitfully combined: states with a social democratic welfare regime – of which Sweden is usually named as prime example – typically have a state/public health-care system; conservative-corporatist welfare regimes – with Germany as typical example – usually come with social insurance health-care systems.

The two countries in the focus of this article are furthermore examples for different incorporation regimes. Sainsbury distinguishes between inclusive and restrictive incorporation regimes, and identifies Sweden as an example of the former and Germany of the latter.²⁶ The two incorporation regimes have different takes on the balance of inclusion and exclusion, on the rights of 'insiders' and 'outsiders'. These tendencies may mirror a similar "leaning towards the more inclusive or the more exclusive"²⁷ in the respective welfare systems. This article

²³ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990.

²⁴ H. Rothgang, *Die Regulierung von Gesundheitssystemen in vergleichender Perspektive*, in C. Wendt, C. Wolf (Eds), *Soziologie der Gesundheit. Sonderheft*, Wiesbaden, 2006, 301 f.; R. Freeman, H. Rothgang, *Health*, in F.G. Castles et al. (Eds), *The Welfare State*, Oxford, 2010, 370 f.

²⁵ H. Rothgang, *op. cit.*, 304.

²⁶ D. Sainsbury, *op. cit.*, 16. While this classification is generally shared in the literature, F. Boräng (*op. cit.*, 143) points out that "when it comes to access to health care for asylum seekers, Sweden has been more restrictive than the United Kingdom" since the 1990s – with the UK being typically considered to have one of Europe's most restrictive incorporation regimes. See e.g. S. Castles, C.-U. Schierup, *Migration and Ethnic Minorities*, in F.G. Castles et al. (Eds), *The Welfare State*, Oxford, 2010, 289. On health provisions for migrants in different European countries, see also I. Beauclecq et al., *Overview of Migration and Health in Europe*, in A. Krämer, F. Fischer (Eds), *Refugee Migration and Health. Challenges for Germany and Europe*, Cham, 2019.

²⁷ F. Boräng, *op. cit.*, 10.

shows through the lens of national values that, in legislation as well as in the political discourse, differing fundamental attitudes towards immigration – and specifically towards asylum seekers and refugees as persons who initially cost the state more than they can contribute – are clearly discernible in the two countries under examination. This is particularly interesting considering that both states, despite the different fundamental values underlying their incorporation, welfare and health-care systems, adopted policy measures in the wake of the 2015–17 ‘crisis’ which are to some extent quite similar. In this context, it should be noted that national values – or “collective (typically national) identities and narratives”²⁸ – are not entirely immune to change:

“Attitudes of mutual support may change slowly, but they are not immutable and need continuous reinforcement. Moreover, as societies become diverse, historic forms of solidarity need to be stretched to incorporate newcomers.”²⁹

Indeed, while the implementation of national values through concrete policy measures may be comparably easy in periods of limited and controllable refugee migration, they come under stress in times of (perceived) crisis. As Bilecen finds, “when asylum seekers flee their countries of origin in great numbers [...], it [...] leads the societies receiving them to question and reshape their own norms and values, as well as their institutional and social structures”.³⁰ In other words, when policy makers are under the impression that a critical status quo cannot be managed based on existing legal and institutional structures, they may question the applicability and timeliness of established values. They may nurture such doubts particularly when the implementation of existing incorporation legislation – even if firmly embedded in a set of national values – has the potential to undermine (equally value-based) sets of rights of the respective country’s citizens, for instance through a (perceived) overload of parts of the social system. Such questioning of established norms and values may lead to an increased visibility of these norms and values, given “that core parts of historical narratives are crucially pulled together under *crisis conditions*”.³¹ Such increased visibility through an intensified discourse on rights, responsibilities and deservingness etc. facilitates the analysis of national values and their impact on health-care provisions for asylum seekers and refugees in the most recent period perceived by political actors as ‘migration crisis’.

3. National values in the German and Swedish welfare, health-care and incorporation regimes.

²⁸ K. Banting, W. Kymlicka, *op. cit.*, 33 f.

²⁹ *Ibidem*, 23.

³⁰ B. Bilecen, *Social Transformation(s): International Migration and Health*, in A. Krämer, F. Fischer (Eds), *op.cit.*, 40.

³¹ K. Borevi, *Diversity and Solidarity in Denmark and Sweden*, in K. Banting, W. Kymlicka (Eds), *The Strains of Commitment. The Political Sources of Solidarity in Diverse Societies*, Oxford, 2017, 369; emphasis by Borevi.

This section identifies three sets of national values underlying German and Swedish incorporation and health policies. At a general level, it discusses national values which frame broader societal aims and principles, i.e., values which are perceived as the fundamentals of the respective state and society, such as solidarity, equality, and universality. With regard to actors in policy making and legislation, this section sheds light on national values assigning certain roles and responsibilities to the state and to state actors with regard to incorporation and health care. Finally, it discusses national values constructing certain roles of different groups of individuals – citizens, residents, asylum seekers and refugees – and responsibilities attributed to them. By highlighting these three sets of national values, this section provides at the same time an inter-disciplinary overview of the state of literature on norms and values in the Swedish and German incorporation and health regimes, and their intersection.

The dominating values underlying Sweden's health-care and incorporation system are largely the same, in that they are considered as constitutive element of the state more generally. Namely, based on a Social Democratic welfare tradition,³² and of the welfare state as a crucial element of the “national identity and self-image”,³³ these dominating values are solidarity, universality and comprehensiveness of social welfare (including health care),³⁴ and social equality.³⁵ Traditionally, this system of values comprises anyone living within the Swedish state, including immigrants, specifically those considered ‘forced’ and in need of protection, i.e. asylum seekers and refugees. This inclusive approach builds on the role attributed to incoming persons: in Sweden, refugees and asylum seekers are traditionally seen as potentially permanent residents and members of the Swedish society.³⁶ As a consequence of this inclusive approach, Sweden's “postnational membership model [...] is often ranked as the most immigrant-friendly in Europe”.³⁷

This universal and comprehensive system of the above-mentioned values on which the Swedish societal model builds has characteristically been named ‘*folkhem*’ (people's home). The concept of the ‘*folkhem*’ – which has an equally normatively charged health-related dimension, the ‘*folkhälsa*’³⁸ (people's health, further discussed below) – has significantly shaped Swedish welfare and health policies with its underlying values, even though “[i]n Sweden, the notion of

³² P. A. Hall, *The Political Sources of Social Solidarity*, in K. Banting, W. Kymlicka (Eds), *The Strains of Commitment. The Political Sources of Solidarity in Diverse Societies*, Oxford, 2017, 217 f.

³³ K. Borevi, *op. cit.*, 364.

³⁴ Such comprehensiveness of health care is understood in the Swedish health-care system as “health in the form of access to housing, education, employment, leisure and exercise facilities. In addition to physical and mental health, the idea of health as a quality supported by social participation informs the system of provision” (H. Bradby, *op. cit.*, 188).

³⁵ H. Bradby, *op. cit.*, 187; W. van Oorschot et al., *op. cit.*, 9; T. R. Marmor et al., *op. cit.*, 386.

³⁶ D. Sainsbury, *op. cit.*, 278.

³⁷ C. Fernández, *op. cit.*, 225.

³⁸ K. Johannisson, *The People's Health: Public Health in Sweden*, in D. Porter (Ed), *The History of Public Health and the Modern State*, Amsterdam-Atlanta, 1994, 181.

‘people’ was more or less dropped from the political vocabulary”³⁹ after the Second World War. This is important with regard to this analysis, because as a part of the process of abandoning the ‘folk’ notion, membership of the community was defined increasingly via residency rather than citizenship. This implies that any legal resident – including refugees and asylum seekers granted a residence permit, be it permanent or temporary – is traditionally included in the welfare and health care system for the duration of their residence in Sweden.

The constitutive power of the ‘*folkhem*’ and ‘*folkhälsa*’ approach for the national identity becomes evident also in Sweden’s regularly referenced self-understanding “as a pioneering ‘moral superpower’ and ‘leading actor’ in international refugee work”.⁴⁰ Such superiority in asylum policy is supposed to be achieved through “generous” protection beyond Convention provisions and international agreements,⁴¹ i.e., a level of protection in which Swedish standards surpass the country’s obligations with regard to refugees’ international rights and legal claims.⁴² Indeed, Sweden has prided itself with having “an immigration policy that prioritizes humanitarian needs over national self-interest and profitability”.⁴³

In Germany, no concept comparable in symbolic strength or normative impact to the Swedish ‘*folkhem*’ and ‘*folkhälsa*’ exists. The German welfare state – typically “pointed to as the prototype of the conservative corporatist welfare regime”⁴⁴ in the literature, following Esping-Andersen’s welfare state model – builds on a very different tradition than the Swedish one. The Bismarckian social insurance system had as its main objective “to safeguard the standard of living of the insured”,⁴⁵ closely connected to a fundamental normative understanding of the provision of social welfare based on a person’s individual deservingness. Although the German welfare state has developed a certain level of redistribution over time, the issue of deservingness can still be considered a constitutive national value underlying the German welfare and health care system.

Its broader impact is also visible in Germany’s incorporation regime, which differs significantly from the Swedish one in a variety of ways, including its normative dimension. This concerns for instance the fundamental attitude of the state vis-à-vis immigrants. It is quite telling that, whereas Sweden declared to be a country of immigration as early as 1968, Germany acknowledged the same only in 2004.⁴⁶ Furthermore, in contrast to the Swedish perception of asylum seekers and refugees as potential future members of society, this group of persons, while considered to be in need of temporary protection and support, is expected in the

³⁹ K. Borevi, *op. cit.*, 372.

⁴⁰ H. Bradby, *op. cit.*, 185; see also K. Johannisson, *op. cit.*, 165; K. Borevi, *op. cit.*, 374; C. Fernández, *op. cit.*, 220 f.

⁴¹ F. Boräng, *op. cit.*, 121 and 129.

⁴² *Ibidem*, 152.

⁴³ C. Fernández, *op. cit.*, 220.

⁴⁴ D. Sainsbury, *op. cit.*, 54.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ D. Sainsbury, *op. cit.*, 55 and 214.

German system to stay only for a limited period of time, and then to leave again e.g. so as to return to their country of origin.⁴⁷ These different perceptions contribute to distinct normative bases of the respective integration policies. Namely, the Swedish system traditionally seeks to integrate those who arrived into the state and society (including into the concepts of *‘folkhem’* and *‘folkhälsa’*),⁴⁸ whereas the German system focuses first and foremost on helping those who deserve protection to deal with their current situation, while also seeking to enable them to return as soon as safely possible.

Such differing perceptions regarding the level of integration of asylum seekers and refugees in the respective country of arrival lead to equally differing perceptions regarding individual deservingness of social support. Namely, in the case of Germany, asylum seekers have an obligation to prove that they are not only *in need of help*, but that they are also *entitled to receive help* – for instance in the form of health care beyond emergency care, as discussed below. This question of asylum seekers’ claim to be deserving arose repeatedly in the context of German legislation changes from the late 1970s. Especially the restriction of asylum seekers’ right to work – and hence to contribute to the social insurance system – potentially “reinforced Germans’ impressions that asylum seekers were fake refugees living on welfare at the expense of the taxpayers”.⁴⁹ The debate about asylum seekers’ eligibility to become part of the social system has been, and remains, a very controversial one, notably as regards the extent to which asylum seekers should be integrated into the welfare and health-care systems.⁵⁰ In this debate, the individual’s deservingness of social support is measured not only with regard to their social or health needs, but also with an eye on the contribution this individual has already made to the system, and thus to the community. On this basis, it is judged whether the individual level of contribution justifies the expense arising through the coverage of the individual’s declared need.

This normatively charged contribution-deservingness calculation is closely related to the question of how welfare and health care are financed, or – more simplified – who pays for whom. In congruence to the deservingness question, the German health-care system is largely based on contributions of the individual members to different health insurances. The level of these contributions is determined on the one hand by the individuals’ income, and on the other hand by the respective insurance, which the insured can choose relatively freely.⁵¹ In other words, in Germany, it is evident to individuals what they themselves paid into the

⁴⁷ J. Butenop et al., *Future Challenges for the Public and Curative Health Sector*, in A. Krämer, F. Fischer (eds), *op.cit.*, 125.

⁴⁸ This changed in the context of the recent increased influx of asylum seekers, following which the Swedish government introduced among other (initially temporary) measures “various changes in the migration laws to offer temporary rather than permanent residence permits” (H. Bradby, *op. cit.*, 186).

⁴⁹ D. Sainsbury, *op. cit.*, 202.

⁵⁰ See e.g. M. A. Eger, A. Bohman, *The political consequences of contemporary immigration*, in *Sociology Compass*, 10 (2016).

⁵¹ M. Lisac et al., *Access and choice – competition under the roof of solidarity in German health care*, in *5 Health Economics, Policy and Law* 1 (2010).

health system, and what they – and others, who possibly did not contribute anything (yet) – get out of it, largely limiting solidarity to members of the social insurance schemes.⁵² This restricted solidarity is clearly visible in the legal stipulation of asylum seekers' access to social services and health care in German asylum and social law. As a general rule, the *Asylbewerberleistungsgesetz* (*AsylbLG*, law regulating asylum seekers' access to social welfare) provides for social services which are principally at a level below those services available to members of the German social system.⁵³

The Swedish health-care system, in comparison, is financed largely by taxes, namely statutory and municipal taxes and social security contributions via the income tax, and to a limited extent through small patient fees.⁵⁴ The tax basis of the Swedish system implies that all individuals in the state contribute similarly to the latter's overall functioning, part of which is a properly running health-care system. Consistent with the concepts of '*folkhem*' and '*folkhälsa*', the Swedish health-care system is consequently based on a fundamentally *collective* approach. As an important element thereof, the concept of '*folkhälsa*' assigns a certain level of responsibility to the individual for the entire societal body.⁵⁵ This collective responsibility, in turn, has taken shape for instance in state initiatives seeking to restrain unhealthy behaviour of the people, such as the consumption of alcohol (via the alcohol monopoly *Systembolaget*), and the tradition to eat sweets only on Saturdays (the so-called *lördagsgodis*, based on a state-commissioned study from the 1940s finding that eating sweets once a week would be healthier than smaller amounts in a more regular frequency).⁵⁶ In the German health-care system, state-initiated incentives and sanctions seeking to motivate individuals to lead a healthy life are in comparison very fragmented and rudimentary.⁵⁷

The national value of collective responsibility underlying the Swedish welfare and health-care system traditionally includes immigrants, and among them asylum seekers and refugees. Given that they are considered future members of the Swedish society, they are expected to contribute to the common health-care and welfare system in the long run, and hence to pay back to the system over time their share of the costs caused by them shortly after their arrival. Thus, not the same deservingness conflict as in the German case arises.⁵⁸ Indeed, the long-term

⁵² D. Sainsbury, *op. cit.*, 278.

⁵³ G. Kuhn-Zuber, *Sozialleistungsansprüche für Flüchtlinge und Unionsbürger*, Baden-Baden, 2018, 53; M. Lehnert, M. Pelzer, *Diskriminierendes Sondergesetz: Warum das Asylbewerberleistungsgesetz verfassungswidrig ist*, in 43 *Kritische Justiz* 4 (2010).

⁵⁴ H. Bradby, *op. cit.*, 187.

⁵⁵ Van Oorschot et al., *op.cit.* 9 speak of "mutual responsibility" as one of the main values underlying the Social Democratic welfare regime, of which Sweden is often named as the prototype, as discussed above.

⁵⁶ E. Bommenel, *Sockerförsöket. Kariesexperimenten 1943–1960 på Vipeholms sjukhus för sinnesslöa*, Lund, 2006.

⁵⁷ L. F. Neumann, K. Schaper, *Die Sozialordnung der Bundesrepublik*, Frankfurt/New York, 2008, 212.

⁵⁸ In the light of the recent "crisis", however, a similar debate on deservingness and exploitation of the social system through 'outsiders' has taken increasing space in the Swedish public and political discourse on immigration and integration. See e.g. P. Marx, E. Naumann,

integration of asylum seekers and refugees into the state, society, labour market and welfare system has been “presented and defended as a win-win, morally justifiable and self-serving at the same time”,⁵⁹ and thus as contributing a significant share to Sweden’s prosperity.

Such a normative framework of collective responsibility is not compatible with the German health-care regime, and consequently also with the regulation of asylum seekers’ and refugees’ access to health care in Germany. The main reason lies in the vast landscape of private and statutory health insurances in Germany – instead of a central state-organised structure – which cover health services to different extents. The resulting system of competition and choice contributes to individuals’ perception of having to pursue their own health coverage in contact with the respective insurance, rather than of the state taking care collectively of those living within its remit of responsibility. The basic value underlying this system is to answer each person’s individual needs, which implies a high level of freedom of choice and individual, rather than collective, responsibility.⁶⁰ Namely, it is up to the individuals within the health-care system to decide to what extent and through what measures they wish to improve their health – or put it at risk. This freedom of choice is visible not least in the wide range of services covered by health insurances, including for instance ‘alternative’ curing methods⁶¹ such as homoeopathy, which is not covered in many other European health-care systems such as Sweden, and most recently France.⁶²

The fundamental normative difference of responsibility attribution – in the German case of individuals first and foremost for themselves (and, through the principle of subsidiarity, to some extent for those closest to them, as explained below), and in Sweden for the preservation of ‘*folkhälsa*’ – connects once more to the question of deservingness. If individuals make health decisions largely by and for themselves, there is a lower overall willingness of society to collectively share the costs of these individual decisions, which implies a stronger questioning of the individual’s deservingness to receive certain aid measures/reimbursements. This

Do right-wing parties foster welfare chauvinistic attitudes? A longitudinal study of the 2015 ‘refugee crisis’ in Germany, in 52 *Electoral Studies* (April 2018), for the case of Germany, and M. Dahlstedt, A. Neergaard, *Crisis of Solidarity? Changing Welfare and Migration Regimes in Sweden*, in 45 *Critical Sociology* 1 (2019), for the case of Sweden.

⁵⁹ C. Fernández, *op. cit.*, 224.

⁶⁰ M. Lisac et al., *op. cit.*; G. Hensen, P. Hensen, *Das Gesundheitswesen im Wandel sozialstaatlicher Wirklichkeiten*, in G. Hensen, P. Hensen (Eds), *Gesundheitswesen und Sozialstaat. Gesundheitsförderung zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Wiesbaden, 2008, 21–23.

⁶¹ A list of such ‘alternative’ curing methods covered by many health insurances in Germany has been assembled by “Krankenkassen. Deutschland”, an ‘independent information portal’ (self-description in the legal notice of the website) on health insurance companies and coverage in Germany: <https://www.krankenkassen.de/krankenkassen-vergleich/gesetzliche-krankenkassen/alternative-medizin/> (last visit 17 September 2019).

⁶² In the French health care system, coverage for homeopathic medicine will be progressively removed until 1 January 2021. See press statement by French Minister of Health Agnès Buzyn, 10 July 2019 (<https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/medicaments-homeopathiques-agnes-buzyn-suivra-l-avis-de-deremboursement-rendu>, last visit 17 September 2019).

becomes particularly visible when examining persons at the fringes of the health-care system: to the group of persons in the focus of this article, only part of the value of individual responsibility seems to apply. Namely, up to the point when asylum seekers receive a legal status allowing them to stay,⁶³ their freedom of choice and self-determination regarding health services is restricted in a number of ways. For instance, during their stay in reception centres, they have no free choice of the doctor treating them in case of medical needs, whereas members of the German health-care system can usually make this choice individually.⁶⁴ Moreover, and more significantly, in some *Bundesländer* asylum seekers have to obtain a certificate of medical treatment whenever they require such treatment. These certificates are not issued by medical personnel, but by administrative staff working at the respective authority responsible for asylum seekers.⁶⁵ In other words, asylum seekers have to demonstrate before the state that they are in need of, and have a claim to, health services. This procedure thus connects again to the above-mentioned values of individual responsibility and deservingness. It should be mentioned, however, that it is not applied nation-wide: in some *Bundesländer*, such certificates are issued for a determined time period (typically a quarter year), rather than for every single use of medical services; in yet others, asylum seekers receive a health card similar to those held by members of German health insurances, which grants them relatively free access to the catalogue of health services provided for asylum seekers under the *AsylbLG*.⁶⁶

Generally, it would be too simplified to assume that the German health-care system would be devoid of solidarity – this solidarity is merely situated at another level than the collective societal solidarity in Sweden. Namely, a distinct value underlying the German system in this regard is the principle of subsidiarity, i.e. of dealing with arising issues at the most immediate level, whereas the next highest level only steps in if an objective cannot be sufficiently achieved by the previous one.⁶⁷ The principle of subsidiarity is thus perceived to facilitate and

⁶³ German asylum law distinguishes three main legal statuses allowing asylum seekers to stay, namely as refugee, as person under subsidiary protection, or as person entitled to political asylum (see *Asylgesetz*, §§ 2-4, https://www.gesetze-im-internet.de/asylvfg_1992/BJNR111260992.html - last visit 30 July 2020). In addition, asylum seekers may get a (temporary) residence permit if their deportation is suspended due to potential danger to their health, life and liberty, (see *Aufenthaltsgesetz*, § 60, https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/BJNR195010004.html - last visit 30 July 2020). The above-mentioned restrictions of asylum seekers' access to health care are also lifted if the asylum procedure takes longer than 18 months (see *AsylbLG*, § 2, <https://www.gesetze-im-internet.de/asylblg/BJNR107410993.html> - last visit 30 July 2020).

⁶⁴ G. Kuhn-Zuber, *op. cit.*, 49.

⁶⁵ *Ibidem*, 49 and 87 f.

⁶⁶ J. Wenner, Y. Namer, O. Razum, *Migrants, Refugees, Asylum Seekers: Use and Misuse of Labels in Public Health Research*, in A. Krämer, F. Fischer (Eds), *Refugee Migration and Health. Challenges for Germany and Europe*, Cham, 2019, 53-54.

⁶⁷ R. Reiter, *Normative Grundlagen, Strukturen und internationale Einordnung der Sozialpolitik in Deutschland*, in R. Reiter (Ed), *Sozialpolitik aus politikfeldanalytischer Perspektive. Eine Einführung*, Wiesbaden, 2017, 51-84.

improve social and health care via non-centralisation and the principle of self-help in the German system.⁶⁸

Subsidiarity is an inherent characteristic of the German federal system more generally, dividing responsibilities among the national level, the *Bundesländer*, and the communes. In the case of welfare and health-care provisions for asylum seekers and refugees, for instance, general standards are set in national-level legislation, but it is up to the *Bundesländer* to implement these often rather superficial or vague legal provisions.⁶⁹ Especially in the area of welfare and health care, however, the principle of subsidiarity reaches beyond the distribution of responsibility among state actors: responsibility is borne here not only by the state, but also – in fact, traditionally first and foremost – by the family as the ‘nucleus’ of society. This ‘nucleus’-level solidarity is visible for instance in the fact that (unemployed) spouses and children are insured via the health insurance of the working spouse/parent, without having to pay contributions themselves.⁷⁰ Indeed, van Oorschot et al. name the understanding of “society as an organic whole cherishing hierarchical group relations and professional, communal and family bonds in particular”⁷¹ as one of the main values underlying conservative-corporatist welfare states like Germany. Thus, the German social and health-care system is also built on a strong dimension of solidarity, albeit focussed at society’s smallest entities, rather than invoking a responsibility for society as a whole, as implied in the Swedish ‘*folkhälsa*’.⁷²

Table 1 provides an overview of the national values identified in this article. The following conclusion summarises and discusses the main normative differences between Germany and Sweden, but also their common ground.

Type of national value	Germany	Sweden
Normative fundamentals of state, society & health-care system	• Distributed solidarity (subsidiarity principle) • Support based on individual needs and deservingness	• Collective solidarity (<i>folkhem</i>, <i>folkhälsa</i>) • Universality of welfare and health care

⁶⁸ L. F. Neumann, K. Schaper, *op. cit.*, 62.

⁶⁹ J. Butenop et al., *op. cit.*, 119.

⁷⁰ L. F. Neumann, K. Schaper, *op. cit.*, 213.

⁷¹ W. van Oorschot et al., *op. cit.*, 9.

⁷² R. Reiter, *op. cit.*; F. Rau, *Der Sozialstaat: Prinzipien, Konstituenten und Aufgaben im Gesundheitsbereich*, in G. Hensen, P. Hensen (Eds), *Gesundheitswesen und Sozialstaat. Gesundheitsförderung zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Wiesbaden, 2008, 44; J. Frerich, *Sozialpolitik. Das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Munich/Vienna, 1996, 32.

Role and responsibilities of state actors	• Preservation of the individual's status; provision of health care according to individual needs • Provision of state aid for those who need and deserve help/support	• Ensure and finance all residents' equal access to health care • Guidelines, incentives and sanctions to uphold collective healthy lifestyle (preservation of 'folkhälsa')
Role and responsibilities of individuals	• Demonstration of individual need of and claim to health care • Individual responsibility for one's own health; Family as 'nucleus' of society bears some responsibility in health care provision • Refugees and asylum seekers as temporary residents in need/search of help and protection	• Equal access to public health care via residency • Individual responsibility to contribute to collective 'folkhälsa' • Refugees and asylum seekers as potentially permanent members of society

Table 1: National values underlying German and Swedish health-care provisions concerning asylum seekers and refugees

4. Conclusion.

Global political, economic, military and ecological developments fuel the assumption that migration movements, including of persons seeking asylum, will not decrease in the foreseeable future, rather to the contrary. Consequently, immigration and the mid- to long-term integration of those who arrive is unlikely to disappear from political agendas anytime soon. National legislation frameworks of immigrants' rights and their integration will have to be adapted accordingly, not only in the context of (perceived) crises like the recent increased influx of persons seeking asylum in Europe and beyond, but on a regular basis.

This article has shown within what normative framework policy makers are adapting legislation in Germany and Sweden, i.e. the two EU member states which most demonstratively opened their doors to asylum seekers during the 2015-17 'crisis', but both of which subsequently restricted incorporation policies and arriving persons' rights to a significant extent. Examining specifically the

regulation of asylum seekers' and refugees' access to health care as an important aspect of their mid- to long-term integration, the article identified different sets of national values which have a significant impact on related legislation. Namely, this article traced values concerning (1) the normative fundamentals on which the respective state, society and health-care system are based; (2) the roles and responsibilities assigned to state actors in the provision of health care; and (3) the roles and responsibilities assigned in this context to individuals living on the state's territory. Table 1 above summarises the main findings for each of these three sets of values.

Across the three examined dimensions, certain values were shown in the analysis to constitute a particularly dominant element in the normative framework underlying the respective health-care and asylum policies. Namely, the Swedish health-care and incorporation regime traditionally builds on a strong notion of collective responsibility and universality, whereas its German counterpart puts an emphasis on individual responsibility, based on the subsidiarity principle and intertwined with the question of individual deservingness. Such fundamental differences in the values underlying the respective regimes are not so surprising, as they mirror fundamental systemic differences among Germany's and Sweden's health-care and incorporation regimes.

In addition to such differences, however, this article also shed light on a range of similarities, which may help explain the similar behaviour of policy makers in both countries in the context of the recent increased influx of asylum seekers. Namely, the health-care and incorporation regimes in both countries are based on a fundamental – albeit differently applied – principle of solidarity. In Germany, this solidarity is situated at various levels, namely, generally the most immediate level able to provide assistance (in accordance with the subsidiarity principle). In Sweden, the solidarity principle encompasses society as a whole, epitomised in the concepts of *folkhem* and *folkhälsa*.

Importantly, in both Germany and Sweden, this solidarity is generally limited to members of the social security and health-care system. In both countries, asylum seekers and refugees can become members of this system, albeit based on different prerequisites and with a varying scope of access to health care, resulting from the different fundamental normative perceptions of asylum seekers and refugees in both countries. Namely, in Sweden, they traditionally receive relatively comprehensive access to the health-care system with the objective of turning them into members of society, i.e. to improve their social status from persons depending on state aid and protection to contributors, both in an economic and ideational sense. In the German welfare system, which builds on the principle of preservation of the individual's status, asylum seekers are included in the system with the objective first and foremost to provide them with the help that they temporarily need, which does not necessarily imply a level of social security and health care equal to members of the German society. If seeking to become full members of this society and the German welfare system, asylum seekers and refugees are expected to lift their own status either by demonstrating their claim

and deservingness of permanent residence and the social rights coming with it, or by becoming themselves contributors to the system.

The common value of solidarity based on membership of the social system – be it temporary or permanent – may help explain the two examined countries' similar reactions to the recent increased influx of asylum seekers, despite the systemic differences among their health-care and incorporation regimes. Namely, assuming the role of moral superpower – in the sense of providing more help than demanded by legal conventions and international agreements, and more than other countries in Europe – both Germany and Sweden admitted high numbers of asylum seekers and refugees into their social systems. The fundamental value of solidarity with those in need of protection played a prominent role in this context. However, the notion of solidarity could also be invoked by policy-makers in the course of the political turn towards the restriction of access (traceable in both countries after 2015/2016), based on the argument that the members of the respective system would suffer if the system became overburdened, and hence membership would have to be restricted.

This article has shown in a comparative analysis that the examination of different sets of values underlying national health-care and asylum legislation allows to gain a better understanding of asylum seekers' and refugees' varying access to the examined health-care systems. Its findings may provide relevant insights with regard to our general – growing – understanding of the nexus of incorporation and health-care regimes. More specifically, this article may serve as a basis for further studies analysing what factors influence and determine legal change and state actors' behaviour in the context of incisive events, such as the increased influx of asylum seekers in Europe between 2015 and 2017.

Criminal law and migration: The sources and implications of uncertain sanctioning regimes

di Matilde Rosina

Abstract: This article investigates the role of uncertainty, in the context of the criminalisation of irregular entry and stay in Europe. Specifically, it examines the adoption and enforcement of the norm making irregular migration a crime in Italy and France, arguing that implementation has been highly uneven in both countries. While the roots of such uncertainty may be related to both legal and political aspects, and, ultimately, to the problematic nature of the criminalisation of irregular migration itself, its implications range beyond individual cases, potentially leading to counterproductive outcomes for both migrants and migration-reception systems.

Keywords: Migration; criminalisation; uncertainty; Italy; France

1. Introduction.

5226

Uncertainty is today a key characteristic of migrants' irregular journeys to Europe. From the precariousness of crossing the Sahara Desert, to that of surviving Libyan detention centres and the journey across the Mediterranean; from the unsureness of obtaining asylum status, to that of being sanctioned or expelled for failing to meet entry requirements:¹ All the steps along the journey are frequently characterised by intense uncertainty.

In this context, significant insecurity derives from the lack of certainty of whether sanctions for irregular entry or stay will be applied once in Europe, and how. Indeed, despite the high emphasis on governments' attempts to deter irregular migratory flows to the region (an emphasis that arguably intensified during and after the so-called 'migration crisis' of 2014-6), there is evidence that the implementation of restrictive measures has not always been consistent. This is exemplified by the case of Italian policemen avoiding registering migrants (in the hope that they would apply for asylum in another European state), which was not uncommon,² until at least the

¹ For data on migrants' deaths and on asylum recognition rates, see IOM Missing Migrant project, <https://missingmigrants.iom.int>, and MPI Asylum Recognition Rates in the EU/EFTA by country, 2008-2017, <https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/charts/asylum-recognition-rates-euefta-country-2008-2017>.

² P. Fargues, S. Bonfanti, *When the Best Option Is a Leaky Boat: Why Migrants Risk Their Lives Crossing the Mediterranean and What Europe Is Doing about It*, Firenze, 2014, 13.

introduction of hotspots in 2016.³

To what extent is the migration-sanctioning system in Europe characterised by uncertainty? Why does a lack of uniform implementation occur, and what are the implications of it, both for migrants and receiving societies more broadly? This article focuses on the above questions, addressing specifically the uncertainty involved in the criminalisation of irregular migration. The aim of the study is thus to discuss the effects of uncertainty, not so much in relation to migrants' access to legal provisions, but rather to their sanctioning, following irregular entry and/or stay.

Indeed, although the criminalisation of irregular migration has not been widely studied, its effects are worth investigating: Since the criminal law should only be used as a last resort,⁴ criminalisation bears significant consequences for migrants, who are faced with severe sanctions and find their criminal records negatively affected. This is especially the case as irregular migration has often been described as a *mala prohibita*, that is to say an infraction that neither harms society nor is morally wrong, but that is simply declared illegal by statute.⁵

To analyse and compare the role of uncertainty across countries, the article considers the specific cases of Italy and France, two member states that are characterised by a particular severity of the sanctions foreseen: While the former is among the EU countries imposing the highest sanctions for irregular entry and/or stay (up to 10,000 euro), the latter is among the few foreseeing a double punishment, including both a fine (of 3,750 euro) and imprisonment (of up to a year).

The study combines criminological analyses on deterrence and criminalisation, with the literature on migration governance, resulting in an interdisciplinary approach that is better able to address the complexity of the issues discussed. To enrich the analysis, the research also relies on official statistics, as well as over 50 elite interviews with magistrates, politicians and police officers, carried out in 2017-8 in the two studied countries.

The discussion is structured as follows. In the first part of the article, the theoretical context underpinning criminalisation and uncertainty is presented, building upon both criminological and migration studies. Subsequently, the history of criminalisation in the two countries is briefly introduced, together with the goals of the norm and a number of key aspects that differentiate the two legal contexts. Data on the use of the criminal law is then analysed, in order to assess the extent of uncertainty involved. Finally, the last section considers the roots and implications of such lack of predictability.

³ See Commissione Parlamentare di Inchiesta sul Sistema di Accoglienza, di Identificazione ed Espulsione, nonché sulle Condizioni di Trattenimento dei Migranti e sulle Risorse Pubbliche Impegnate, *Relazione sul Sistema di Protezione e di Accoglienza dei Richiedenti Asilo*, Doc. XXII-bis n. 21, 2017, 58.

⁴ Gisti (Ed), *Immigration: Un Régime Pénal d'Exception*, Paris, 2012, 2.

⁵ M. Thornton, *Social Harm*, in McLaughlin and Muncie, *The SAGE Dictionary of Criminology*, London, 2001, 277; E. Ryo, *Less Enforcement, More Compliance: Rethinking Unauthorized Migration*, in 62 *UCLA Law Review*, 641 (2015).

Overall, the article argues that significant uncertainty has characterised the implementation of the crime of irregular entry and stay, both in Italy and France. While the causes of such uncertainty can be related to both legal and political aspects, and, ultimately, to the problematic nature of the criminalisation of irregular migration itself, its implications range beyond individual cases, potentially leading to counterproductive outcomes for both migrants and the migration-reception systems.

2. Criminalisation and (un)certainty.

Although a broad understanding of the meaning of the ‘criminalisation’ of migration is often followed in the literature,⁶ this article refers to it as the use of the criminal law, to sanction migration-related offences. A narrower definition is preferred here, in light of the greater symbolic value and different standards of proof implied by the criminal law.⁷ In this sense, criminalisation is an example of the ‘securitisation’ of migration, a trend that has developed in Europe since the late 19th century, and that relates to the ‘social construction of migration as a security question’.⁸ Indeed, by associating migration to offences that need sanctioning through the criminal law, the link between migration, crime, and security is created and reinforced.

From a criminological perspective, the criminalisation of a certain conduct is a strategy to increase compliance with the law, through two distinct mechanisms.⁹ First, by relying on the moral voice of the criminal law, states convey the message that the unwanted behaviour is morally wrong.¹⁰ Second, by introducing legal costs (in the form of fines, prison terms, and other), states leverage the threat of punishment, to instrumentally alter potential offenders’ decision-making process.¹¹ This second mechanisms represents deterrence, which thus becomes both a key goal of criminalisation, and a justification for the ensuing sanctions.¹²

In this context, according to multiple criminological studies, the certainty of punishment represents a key aspect for deterrence to work. Already in the 18th

⁶ In the broader interpretation of criminalisation, detention and other administrative practices are also included. See, for example, H. Jacobson, *The Criminalization of Irregular Migration in Italy*, in *Mediterranean Migration Mosaic*, 2016, <http://blogs.dickinson.edu/mediterraneanmigrationmosaic/files/2016/04/HylaJacobsonFinalIS.pdf>; V. Mitsileglas, *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, London, 2015.

⁷ M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 80/February 2015, 3.

⁸ J. Huysmans, *The European Union and the Securitization of Migration*, in *38 Journal of Common Market Studies* 5, 752(2000).

⁹ A.P. Simester, A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs On the Principles of Criminalisation*, Oxford, 2011.

¹⁰ *Ivi*, 12-13.

¹¹ *Ivi*, 14-15.

¹² *Ivi*, 6.

century, Cesare Beccaria suggested that three factors are key in affecting the success possibilities of deterrent strategies: Certainty, severity, and celerity.¹³ While evidence for celerity was not uniform, the other two parameters have become key for following criminological studies.¹⁴ In particular, Beccaria argued that certainty plays a key role in increasing deterrence, even in the face of less severe sanctions,¹⁵ and following studies have endorsed such hypothesis.¹⁶ Among others, Nagin for example finds that a 10% increase in the presence of police leads to a 3% decrease in crime, thus arguing that the presence of police officers, acting as sentinels, can strengthen compliance with the law.¹⁷ While the relevance of severity is not the focus of the current article, it is important to note that increasing it has not been found to consistently improve law-abiding behaviour, but rather to potentially lead to counterproductive effects.¹⁸ Indeed, should severity be perceived as excessively high, courts may be less willing to enforce the foreseen sanctions, thus weakening the overall certainty of the norm.¹⁹ Finally, it is interesting to note that studies since the 1970s have focused not only on severity and certainty, but also on how these are perceived by potential offenders, in an attempt to avoid assumptions of perfect information among potential offenders.²⁰

The above criminological arguments find support in migration studies too, where the certainty of incurring punishment has often been argued to be a key factor. Among others, Carling and Hernández-Carretero maintain that, insofar as a successful migration journey is perceived as a matter of luck by potential newcomers, deterrent strategies are likely to bear limited effects.²¹ Similarly, Lopez-Sala and Godenau argue that the effectiveness of deterrence is directly related to the proportion of failed border-crossing attempts,²² and Cornelius and Salehyan that the likelihood of successful entry (rather than the adversity of border patrols) may shape migrants' decisions.²³

¹³ C. Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, Milano, 1973 [1764].

¹⁴ See D.S. Nagin, *Deterrence in the Twenty-first Century: A Review of the Evidence*, Carnegie Mellon University Research Showcase @ CMU, 2013, 10.

¹⁵ C. Beccaria, *op.cit.*

¹⁶ See D.S. Nagin, *op.cit.*; A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burney, P. Wikström, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Oxford, 1999, 6.

¹⁷ D.S. Nagin, *op.cit.*, 45.

¹⁸ D.S. Nagin, *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in 23 *Crime and Justice*, 1-42 (1998); A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burney, P. Wikström, *op.cit.*

¹⁹ D.S. Nagin, *Deterrence in the Twenty-first Century: A Review of the Evidence*, *cit.*, 20.

²⁰ See, for example, A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burney, P. Wikström, *op.cit.*, 33. For a more complete discussion of deterrence and migration, see M. Rosina, *Globalisation and Irregular Migration: Does Deterrence Work?*, in L.S. Talani, R. Roccu (Eds), *The Dark Side of Globalisation*, Cham, 2019, 85-120.

²¹ J. Carling, M. Hernández-Carretero, *Kamikaze Migrants? Understanding and Tackling High-Risk Migration from Africa*, Sussex, 2008, 56.

²² D. Godenau, A. López-Sala, *Multi-layered Migration Deterrence and Technology in Spanish Maritime Border Management*, in 31 *Journal of Borderlands Studies* 2, 4 (2016).

²³ W.A. Cornelius, I. Salehyan, *Does Border Enforcement Deter Unauthorised Immigration? The Case of Mexican Migration to the United States of America*, in 1 *Regulation & Governance* 2, 139-153 (2007).

Overall, looking at both criminological and migration studies, the perceived certainty of incurring punishment emerges as a key factor for deterrence to work. To assess how this unfolded in the context of the criminalisation of migration in Italy and France, in the next sections, I first discuss the history and goals of the introduction of the crime of irregular migration in the two legal systems, and then examine its implementation, to understand whether it may be described as ‘certain’, and what the sources and implications of such results are.

3. Turning migration into a crime: History, goals and features.

Today, the criminalisation of migration is widespread across Europe, with 26 out of 28 member states considering either irregular entry or stay (or both) as criminal offences, as of 2014.²⁴ Despite its diffusion, however, its origins vary significantly across countries. In this section, I first provide an overview of the introduction and evolution of the norm in Italy and France, to then discuss the respective goals, and relevant legal differences.

Considering the Italian case first, irregular migration was criminalised only relatively recently, through the 2009 ‘Security Package’. Indeed, while the introduction of a *reato di clandestinità* (crime of irregular migration) had been discussed for long, especially by the more far-right wings of the Parliament,²⁵ it was only in 2009 that the centre-right governing coalition adopted a law establishing it. By amending the *Testo Unico sull’Immigrazione*, the 2009 Security Package introduced article 10-bis, according to which unauthorised entry or stay is a criminal offence, to be sanctioned by a fine ranging from 5,000 to 10,000 euros.²⁶ The article also foresees the possibility for justices of the peace to substitute the fine with an expulsion order.

Since its introduction, the law has met significant opposition, with prominent figures opposing its adoption first,²⁷ and calling for its repeal then.²⁸ Yet, it has not seen any major modifications, as of today. Indeed, by October 2009, a case had already been raised to the Italian Constitutional Court, calling into

²⁴ FRA, *Criminalisation Of Migrants In An Irregular Situation And Of Persons Engaging With Them*, Wien, 2014.

²⁵ See, for example, Italian Parliament, Law Proposal n. 5808, *Modifiche al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, emanato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286, presented on 15 March 1999. For a discussion of the adoption of the norm in Italy, see M. Rosina, *What it takes to become a crime: Italy and the criminalisation of irregular migration*, in L.S. Talani, M. Rosina (Eds), *Tidal Waves? The political economy of populism and migration in Europe*, Bern, 2019.

²⁶ Art. 1, l. 15-7-2009 n. 94, *Disposizioni in Materia di Sicurezza Pubblica*.

²⁷ See A. Caputo et al, *Appello di Giuristi contro l’Introduzione dei Reati di Ingresso e Soggiorno Illegale dei Migranti*, in *Magistratura Democratica*, 2009; A. Camilleri et al., *Appello contro il Ritorno delle Leggi Razziali in Europa: Alla Cultura Democratica Europea e ai Giornali che la Esprimono*, in *Repubblica*, 2 July 2009.

²⁸ See A. Pansa, *Interview with Repubblica: “Reato di clandestinità, Pansa: ‘Abolirlo? Meglio riformarlo’*”, in *Repubblica*, 10 January 2016; G. Canzio, *Intervento del Primo Presidente Dott. Giovanni Canzio per la cerimonia di inaugurazione dell’anno giudiziario*, in *Corte Suprema di Cassazione*, 28 January 2016.

question the legitimacy of the new law, on the basis of its incompatibility with both the EU Return Directive and the Italian Constitution. The Court, however, supported the compatibility of the norm with both legal texts,²⁹ an opinion that was subsequently endorsed by the European Court of Justice (ECJ) too.³⁰ Despite the several calls for abrogation, and a parliamentary proposal supporting decriminalisation,³¹ the law criminalising irregular entry and stay is thus still in place, at the time of writing.

Looking now at the case of France, it is possible to appreciate that criminalisation has a much longer history there, dating back to 1938. It was then that the government headed by Daladier introduced the crime of irregular entry and stay.³² Today, the *Code de l'Entrée et du Séjour des étrangers et du Droit d'Asile* (Ceseda) foresees a fine of 3,750 euro, and up to a year of imprisonment.³³ The possibility of courts to sanction an expulsion order, to be executed at the end of the prison term, is also foreseen.³⁴

Differently from Italy, the norm has seen several modifications through time. Not only did the fines and prison time increase from 1938 to 2004, but a ban from the French territory was also introduced in 1981, for repeated offences.³⁵ Importantly, part of the law criminalising migration has recently been repealed, following rulings by the ECJ and by the French Supreme Court. Indeed, in the Achughbabian case, the ECJ found the French crime of irregular stay to be in contravention with the Return Directive: By sanctioning the imprisonment of irregularly-staying foreigners before they could be repatriated, the former conflicted with the latter's requirement that EU member states prioritise the return of third country nationals found in irregular situations.³⁶ Despite significant resistance by the French administration and security apparatus,³⁷ the crime of irregular stay was thus eventually repealed in December 2012.³⁸ That of irregular entry, however, is still in place.

Notwithstanding the different times of the introduction of the norm, in both Italy and France this had a double goal of: (1) Deterring further irregular

²⁹ Constitutional Court, 8-7-2010 n. 250/ 2010.

³⁰ CJEU, 6-12-2012, C-430/11, *Sagor*,

³¹ Art. 2, c. 3, lett. B, l. 28-4-2014, n. 67, *Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*.

³² French Parliament, *Décret sur la police des étrangers*, in *Journal Officiel* of May 1st, 2nd, 3rd 1938, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k20313224/f23.image>, art. 2.

³³ French Parliament, *Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit d'Asile* (Ceseda), art. L.621-1 and L.621-2.

³⁴ French Parliament, *Décret sur la police des étrangers*, cit. art. 2.

³⁵ Art 4, French Parliament, Law 81-973, *Relative Aux Conditions D'entree Et De Sejour Des Etrangers En France*, in *Journal officiel de la République française*, 30 October 1981.

³⁶ CJEU, 6-12-2011, C-329/11, *Achughbabian*.

³⁷ P. Henriot, *Dépénalisation Du Séjour Irrégulier Des Étrangers: L'opiniâtre Résistance Des Autorités Françaises*, in *La Revue des droits de l'homme* 3, 1-14 (2013).

³⁸ Art. 2 and 8, French Parliament, Law 2012-1560, *Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressée*, 31 December 2012,.

migration, and (2) facilitating the return of unauthorised migrants to third countries. Starting with the former goal, the law proposing the introduction of the norm in Italy directly stated that irregular entries would decrease by 10%, following the criminalisation of the infraction.³⁹ Similarly, though less explicitly, in France, not only did the goal of reducing migration often figure in Daladier's rhetoric in the 1930s,⁴⁰ but the penal code also foresaw the prevention of further infractions as being among the goals of the criminal law.⁴¹

Concerning the latter objective, both Italy and France also aimed to employ the criminalisation of migration as a tool to increase the repatriations of third country nationals. The way in which they hoped to do so, however, varied considerably. In Italy, criminalisation was intended to exploit an exception foreseen by the EU Return Directive, according to which Member States may decide not to apply the Directive to third country nationals who 'are subject to return as a criminal law sanction or as a consequence of a criminal law sanction'.⁴² Through this exception, the delay for voluntary return could have been avoided, and forced expulsions be used extensively.⁴³ In France, on the contrary, criminalisation was meant to enable law enforcement authorities to employ criminal custody (*garde à vue*) when apprehending migrants. In this way, they could withhold foreigners in irregular situation during document checks, so as to prevent them from absconding, and subsequently transfer them to detention centres, from where they would eventually be expelled.⁴⁴

Before proceeding to the analysis of the implementation of the norm, two differences between the Italian and French systems need to be highlighted. First, while public prosecutors are required to pursue infractions to the criminal law in Italy, this is left to the discretion of individual magistrates in France.⁴⁵ Second, migrants who are apprehended as entering or staying irregularly can be held in criminal custody in France,⁴⁶ but are left free to move in Italy. The above differences have important repercussions, since the non-enforcement of the norm is in contrast with national provisions in Italy, whereas this is not necessarily the case in France. Moreover, the lack of custody in Italy implies further difficulties to locate the migrants, inform them of the trial, and bring them to compliance. In

³⁹ Italian Parliament, Law Proposal n. 733, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, communicated to the President on 3 June 2008, 9.

⁴⁰ See T. Maga, *Closing the Door: The French Government and Refugee Policy, 1933-1939*, in 12 *French Historical Studies* 3, 424-442 (1982).

⁴¹ French Penal Code, as of 1 January 2017, art. 130-1.

⁴² European Union, *Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, in O.J. L 348/98, 24th December 2008, art. 2, para. 2, let. B.

⁴³ See Italian Parliament, *Audizione del Ministro dell'interno, Roberto Maroni, in merito alle misure avviate per migliorare l'efficacia della normativa in materia di immigrazione*, 15 October 2008, http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015/s000r.htm.

⁴⁴ See, for example, D. Lochak, *Pénalisation*, in *L'étranger et le Droit Pénal*, *AJ Pénal*, 2016, 10-12.

⁴⁵ Italian Constitution, art. 112; French Code of Criminal Procedure, art. 79.

⁴⁶ See French Code of Criminal Procedure, art. 62 and 63; and French Ministry of the Interior, *Circular INTK1300159C*, 18 January 2013.

the more northern country, therefore, the criminal process starts with custody. Even there, however, it should be noted that there may be plenty of scope for foreigners to remain irregularly in the country, as exemplified by the number of apprehensions of unauthorised stay (which are among the highest in the EU).⁴⁷

With the above remarks, I now turn to the analysis of the implementation of the criminalisation of irregular migration, based on data from national statistical institutes, Ministries of Justice and of the Interior, and police departments. Specifically, I examine data on initiated trials and condemnations, to examine the degree of certainty involved. I then build on such analysis to investigate the roots and implications of such uncertainty.

4. Certainty and uncertainty in the criminalisation of migration in Italy and France.

4.1. Trends.

Assessing the degree of certainty involved in the criminalisation of irregular migration necessitates the quantification of the number of cases of irregular entry and/or stay that were registered, and that of the people who were condemned for the offence.

Starting the analysis with registered cases, it is possible to see a significant difference between numbers in Italy and in France. Indeed, in the latter country, until the repeal of the crime of irregular stay in 2012, police officers were registering significant numbers of cases, averaging a very high 112,687 per year in 2006-12.⁴⁸ Following the decriminalisation of irregular stay in 2012, and the ensuing impossibility to use *garde à vue* for the now administrative infraction,⁴⁹ however, registered cases dropped significantly, and became closer to the Italian average of 13,251 recorded offences per year in 2010-15.⁵⁰ While it is interesting to compare such data, it must be noted that the number of registered cases in Italy is not reflective of the actual number of migrants apprehended, as trials for art. 10-bis may (and often do) involve multiple individuals.⁵¹ It becomes therefore important to include figures on actual condemnations.

Looking at the number of people who were condemned for irregular entry and/or stay, it soon becomes apparent that these were not very high, in either

⁴⁷ See Eurostat, migr_eipre, 2018, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_eipre&lang=en.

⁴⁸ French Government, *Chiffres départementaux mensuels relatifs aux crimes et délits enregistrés par les services de police et de gendarmerie depuis janvier 1996* (Departmental figures registered by police and gendarmerie), 2018, <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/chiffres-departementaux-mensuels-relatifs-aux-crimes-et-delits-enregistres-par-les-services-de-police-et-de-gendarmerie-depuis-janvier-1996/>.

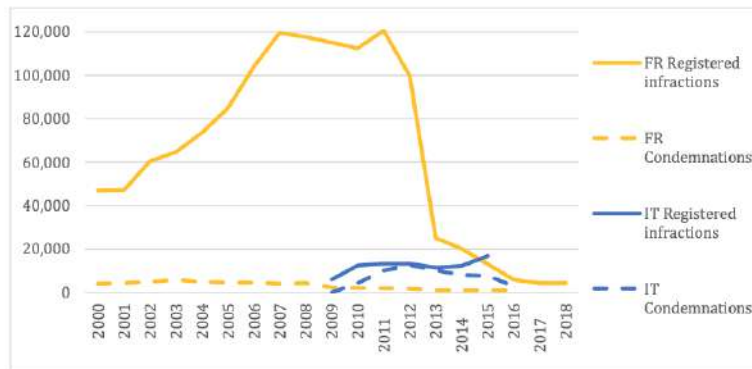
⁴⁹ French Cour de Cassation, 5-6-2012, Arrêt n. 965 (11-30.530), C100965, 2012.

⁵⁰ ISTAT, *Data related to article 10-bis TUI, 2009-2016*, 2018.

⁵¹ See, for example, Agrigento Justice of the Peace, *Settlement 12/11/2016, related to process N. 20/2012*, 2016.

country. Even during the years of intense registration of cases, France only condemned an average of 2,700 people per year, for infractions of irregular entry or stay.⁵² Indeed, this seems to support the so-called ‘instrumentalisation’ hypothesis, according to which the crime of irregular migration was used instrumentally in the country, in order to increase expulsions (as will be further argued later).⁵³ Due to the differences in the Italian legal system mentioned in the previous section, the instrumentalization thesis does not apply to Italy, where indeed condemnations are closer to the number of initiated trials. Even there, however, the number of people convicted for unauthorised entry or stay was not very high (especially when compared to that of landings), peaking at 12,646 in 2012, and dropping to less than 3,000 in 2016.⁵⁴

Figure 1 Registered crimes and condemnations for irregular entry and/or stay, in Italy and France, 2000-2018



Author's elaboration on Departmental figures registered by police and gendarmerie (2018), Condemnations by infraction (2016), and ISTAT (2018).

How likely was it for third country nationals to be condemned for irregular entry or stay, in the two countries? In other words, how do the above numbers compare to the actual figures of migrants in irregular situation? To shed light onto this, I compare the number of condemnations with that of: (1) Migrants who may be subject to the norm in Italy,⁵⁵ and (2) migrants who are in situation of irregular stay in France. What emerges is that in neither country certainty was significant. In Italy, condemnations regarded a yearly average of 15% of the total number of migrants who may have been subjected to it, in 2009–2016.⁵⁶ In France,

⁵² French Ministry of Justice, *Condamnations selon la nature de l'infraction de 2009 à 2016* (Condemnations by infraction), 2016, <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/donnees-statistiques-10302/les-condamnations-27130.html>.

⁵³ D. Lochak, *op.cit.*

⁵⁴ ISTAT, *Data related to article 10-bis TUI, 2009-2016*, cit.

⁵⁵ The number of third country nationals (TCNs) subjectable to art. 10-bis is calculated as follows: TCNs in irregular situation, either through entry or stay, minus those who requested international protection.

⁵⁶ Based on: Ismu, *Sbarchi e Richieste di Asilo: Serie Storica Anni 1997-2014*, 2014, <http://www.ismu.org/wp-content/uploads/2015/02/Sbarchi-e-richieste-asilo-1997->

uncertainty was even starker, as convictions never overcame 4% since 2008.⁵⁷

As the above data demonstrates, certainty of incurring punishment for irregular entry or stay was very low both in Italy and France. In particular, the number of condemnations appears as limited, when compared to that of migrants apprehended in a situation of irregular entry or stay. What are the reasons for such lack of certainty, given the importance of the parameter to ensure compliance with the law? Equally, what are the implications of the uncertainty with which criminalisation is applied? The next section addresses such questions, before moving on to the conclusions of the study.

4.2. The roots and implications of uncertainty.

When trying to understand the reasons behind the uncertainty of the enforcement of the crime of irregular entry and stay, the first aspect that appears evident is that, in both Italy and France, local actors had significant discretion. As an example, following the sentences of the Supreme Court and of the ECJ, ruling that the French crime of irregular stay contravened the Return Directive,⁵⁸ a period of high uncertainty followed, in which criminal custody was used in a very uneven way by local actors.⁵⁹ Local actors' discretion is even more evident in the Italian case, where magistrates often avoided pursuing criminal offences, despite the above-mentioned requirement to do so. Indeed, the trend in the latter country is exemplified not only by the quantitative data shown above, but also by the interviews carried out by the author with prosecutors, police officers and justices of the peace, several of whom reported deciding not to apply the measure even in cases in which they would have been supposed to, due to either legal concerns on the suitability of the law, or a substantial lack of belief in its effectiveness.⁶⁰ In some cases, local actors reported deliberately putting files aside, waiting for them to fall into prescription.

Assessing the reasons for the uneven implementation by local actors, in turn, it might be possible to interpret this as a pragmatic response to an emerging *trade-off* between the certainty of the implementation of the norm, and its efficiency. Understanding efficiency as the ratio of 'inputs to intended effects',⁶¹ it is indeed possible to argue that, in the case of criminalisation, the more widespread the enforcement of the norm was (and hence certain its sanctions), the less efficient

2014.xls; Italian Ministry of the Interior, *Cruschetto Giornaliero*, 31 Dicembre 2017 and 31 December 2018; EUROSTAT, *migr_eipre* and *migr_asyapp*, 2018; ISTAT, *Data related to article 10-bis TUI, 2009-2016*, cit.

⁵⁷ Based on EUROSTAT *migr_eipre*, 2018; and French Ministry of Justice, *Condamnations selon la nature de l'infraction de 2009 à 2016*, cit.

⁵⁸ French Cour de Cassation, Arrêt n. 965 du 5 juillet 2012, cit.

⁵⁹ Henriot, *Dépénalisation Du Séjour Irrégulier Des Étrangers: L'opiniâtre Résistance Des Autorités Françaises*, cit.

⁶⁰ See, for example, interview with Senior official of the Italian National Police, phone, 11 December 2017; Interview with Deputy Public Prosecutor, Italy, 27th July 2018.

⁶¹ European Commission, *Better Regulation "Toolbox"*, 2015 ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_en, 278.

the use of resources resulted, and vice-versa. In Italy, the trade-off stems from the fact that, when a foreigner is apprehended in an irregular situation, criminal and administrative processes start in parallel, both aimed at expelling the person. In a context of often-lamented lack of financial resources and personnel,⁶² public prosecutors thus often find themselves in the situation of having to process up to hundreds of cases per day in some instances (especially in Southern regions),⁶³ which may lead to an overwhelming of their offices. In France, on the other hand, the requirement to enforce returns only at the expiration of the prison term, involved a significant duplication of costs. To provide an idea of the expenses involved, maintaining a person in a French prison for a day cost, on average, 99 euro, in 2013.⁶⁴ As for expulsions, their costs were estimated in 2008-10 to range between 10,000 and 27,000 euro, per person.⁶⁵

Overall, therefore, while the trade-off between certainty and efficiency was caused by different factors, it assumed prevalence in both Italy and France. In the former country, the trade-off was initially solved by opting for the greater certainty end of the spectrum, although the judicial apparatus soon moved away from it, as the data above shows (indicating a change following 2012). In France, on the other hand, preference was generally given to the more sporadic enforcement of criminal trials, from earlier on. Uncertain enforcement might thus be understood as a strategy employed by local actors, in an attempt to respond to incoherent policy tools.

Why did such incoherence occur, in the first place? Further unpacking the origins of the policy incoherence related to the criminalisation of migration, it may be possible to see that, while in France this was related to the *instrumentalization* of the criminal law, in Italy it was connected to a *deliberate malintegration* of migration policy goals.

On one hand, in France, the criminal law was indeed often employed to increase expulsions (rather than to pursue criminal trials), in what has been referred to as the *instrumentalisation* of the criminal law. Indeed, earlier studies⁶⁶ have argued that, while registering migrants as infringing the criminal law

⁶² G. Ferrero, *Contro il Reato di Immigrazione Clandestina: Un'Inutile, Immorale, Impraticabile Minaccia*, Roma, 2010, 62; Public Prosecutor Siracusa, *Relazione Annuale sull'Andamento della Giustizia nel Distretto di Catania (Periodo 1 Luglio 2016 – 30 Giugno 2017)*, 15 October 2017; Italian Parliament, *Resoconto Stenografico del Senato n. 14, Indagine Conoscitiva sui Temi dell'Immigrazione*, 8 July 2015, 6; Interview with Deputy Public Prosecutor, Italy, 21 February 2018.

⁶³ Interview with Deputy Public Prosecutor, Italy, 21 February 2018; Interview with Justice of the Peace, Italy, 23 February 2018.

⁶⁴ French Senate, *Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi de finances pour 2015*, (Avis n. 114/2014), http://www.senat.fr/rap/a14-114-8/a14-114-8_mono.html#toc144, 42.

⁶⁵ See J.P. Gourevitch, *L'immigration en France: dépenses, recettes, investissements, rentabilité*, in *Contribuables Associés*, 2012, 54-63; M. Harzoune, *Combien coûte une expulsion?*, 2012, histoire-immigration.fr/questions-contemporaines/politique-et-immigration/combien-coute-une-expulsion.

⁶⁶ D. Lochak, *op.cit.*

enabled the police to make use of the *garde à vue*, criminal trials were then only rarely started, as the involved actors would opt to pursue administrative expulsions instead. The data discussed above importantly supports such argument, showing a decisive gap between the cases registered, and those actually pursued, especially evident between 2006 and 2012. Indeed, the incentive to use the criminal law instrumentally appears to be related to the expulsion targets introduced by Sarkozy since the early 2000s,⁶⁷ following which, law-enforcement officials had a strong stimulus to employ a variety of tools, in order to meet such objectives. Overall, therefore, the political prioritisation of returns meant that the incentive for local actors was not so much to systematically pursue criminal trials, but rather to instrumentally employ the *garde à vue* that criminalisation enabled.

In Italy, on the other hand, the above did not apply, due to the different legal context (discussed above). Instead, the uncertainty intrinsic in the norm seems to stem from the latter's apparent aim to convey different messages to different audiences. Indeed, if criminalisation was meant to prioritise the increased perception of security, by promoting a symbolic and visible measure to address migration, it simultaneously avoided to substantially affect specific sectors' reliance on foreign (and often irregular) labour.⁶⁸ This becomes especially evident when considering the regularisation adopted by the government right after the introduction of the crime of irregular migration in mid-2009,⁶⁹ and the intentional reduction in work-site inspections, in the same year.⁷⁰ As a consequence, while, at the political level, the uncertainty of sanctions was not necessarily a strategy in itself, it seems however likely that it represented the result of contradictory measures (of a *deliberate malintegration*⁷¹), meant to simultaneously appease different interests.

In light of the above, the roots of uncertainty emerge as deeply intertwined with the incoherent nature of the norms themselves. From foreseeing foreigners' imprisonment, while aiming for their expulsion, in France; to symbolically sanctioning migrants, while letting employers rely on them to meet labour demands, in Italy: In both countries, the criminalisation of migration was affected by deep incoherences. In this context, local actors in both member states emerged as key, often opting for an uncertain enforcement of criminal trials and penalties, possibly in response to such contradictions.

Having discussed the causes of uncertainty, I now offer some final thoughts on its implications. Indeed, for some commentators, the uncertainty involved in

⁶⁷ See J. Henley, *France sets targets for expelling migrants*, in *The Guardian*, 28 October 2003; S. Marthaler, *Nicolas Sarkozy And The Politics Of French Immigration Policy*, in 15 *Journal of European Public Policy* 3, 382-397 (2008).

⁶⁸ M. Rosina, *op.cit.*

⁶⁹ See G. Ferrero, *op.cit.*, 62.

⁷⁰ See Italian Ministry of Work, Health and Social Policies *Documento di Programmazione dell'Attività di Vigilanza per l'Anno 2009*, 2008, <http://www.dplmodena.it/Documento%20di%20programmazione%202009.pdf>, 4-5.

⁷¹ C. Boswell, *Theorizing Migration Policy: Is There a Third Way?*, in 41 *International Migration Review* 1, 75-100 (2007).

the Italian and French sanctioning regimes may be regarded as positive, insofar as it enables costs to be contained, and migrants to avoid being criminally condemned for a ‘victimless crime’. However, insofar as uncertainty is a strategy meant to limit policy incoherence, the underlying problematics are not resolved, and may instead lead to negative consequences for both the migration-system in receiving countries, and migrants themselves.

To begin with, uncertainty means not only that the outcome of decisions is very unsure for migrants, but also that the law is not being properly implemented. This, in turn, worsens the coherence of the overall criminal justice system, and negatively affects the principle of certainty of the rule of law, potentially in other areas too. This emerged as especially relevant in the Italian case, where prosecutors are meant to pursue criminal offences. Furthermore, insofar as certainty is often depicted as a key element of deterrence strategies, its absence might contribute to reducing the efficacy of criminalisation. As seen above, condemnations concerned only small proportions of the migrants who may have been subjected to the penalties, both in Italy and France, in the first two decades of the 21st century. At the same time, with migration being criminalised, landings peaked at over 180,000 in 2016 in Italy,⁷² and France was still among the top-five EU member states by number of irregular stays, in 2008-2018.⁷³ While the efficacy of criminalisation is, in fact, problematic for factors that range beyond the uncertainty of its implementation (first of which, its inability to address the structural drivers of migration),⁷⁴ criminological studies suggest that uncertainty may further reduce effectiveness. If deterrence is weak, however, the justification and goal of criminalisation are themselves eroded, thus leading to us to question the relevance of maintaining a crime of irregular migration. Indeed, as long as criminalisation is maintained, the uncertainty inherent in its enforcement may also to contribute to perpetrating vicious cycles of insecurity, by increasing migrants’ reliance on irregular networks. Being in a situation of limbo - not punished but criminalised, not sentenced but stigmatised - migrants are pushed to the sides of society, closer to irregular networks. In this way, a self-fulfilling prophecy may take place, in which their exclusion from society leads them to get involved with illegal activities, in the absence of alternatives.⁷⁵

Overall, as the above highlights, the uncertainty involved in the criminalisation of migration weakens the rule of law, and has the potential to reinforce vicious cycles of insecurity. The problematics involved in the criminalisation of migration, however, go beyond the uncertainty with which this is enforced, being deeply related to the contradictions inherent in the measure itself, including the use of the norm to pursue secondary goals – be them more

⁷² Italian Ministry of the Interior, *Cruscotto Giornaliero*, cit.

⁷³ Eurostat, *migr_eipre*, 2018.

⁷⁴ See M. Rosina, *op.cit.*

⁷⁵ Cf. H.S. Becker, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963, 34; E. Reyneri, *Immigration and the Underground Economy in New Receiving South European Countries: Manifold Negative Effects, Manifold Deep-rooted Causes*, in 13 *International Review of Sociology* 1, 117-143 (2003).

expulsions, or wealth accumulation.

5. Conclusion.

Uncertainty greatly permeates many of the irregular journeys to Europe today. Aiming to add to the discussion of the present special issue, and of the broader academic debate on the topic, this article has examined the extent to which the criminalisation of migration in Italy and France is characterised by uneven enforcement, as well as the roots and implications of such lack of predictability.

Building upon primary and secondary sources, the article has shown that criminalisation emerges as greatly affected by uncertainty, in both countries. Taking condemnations as an example, these were found to be extremely low, both in absolute numbers, and as a proportion of migrants in irregular situations, thus suggesting a very low degree of predictability.

Considering the roots of the uneven implementation that characterised both countries, this paper has argued that this emerged as strictly related to the incoherences involved in the norms themselves. Specifically, a *trade-off* between the certainty of sanctions, and the efficiency of the use of resources, emerged. In this context, local actors had substantial discretion and, when deciding whether or not to enforce sanctions, they often opted to solve the certainty-efficiency trade-off by selecting the lower enforcement level, likely as a way to address a number of contradictions inherent in the norms themselves. Specifically, in the case of France, the scarce use of criminal trials was related to law-enforcement officials' goal of meeting expulsion targets, in a clear *instrumentalization* of the criminal law. While previous studies had discussed such trend, the present research has provided empirical evidence in support of the argument, by showing the significant divergence between registered infractions and individuals condemned. Due to a different legal context, such an argument does not apply to the case of Italy. There, uncertainty seems to emerge instead as a result of a policy of *deliberate malintegration*, in which the goal of symbolically strengthening deterrence was coupled with that of avoiding to negatively affect those economic sectors that vastly rely upon foreign labour.

To conclude, considering the implications of the uncertain implementation of the norm, the uneven enforcement of the sanction might enable local actors to promote a more efficient use of resources. Yet, the lack of predictability also affects the overall coherence of the criminal systems, and likely contributes to strengthening vicious cycles of insecurity, by reinforcing migrants' dependence on irregular networks.

Matilde Rosina

European Institute

London School of Economics and Political Science

m.rosina1@lse.ac.uk

Punishing solidarity. The crime of solidarity at the land and sea borders of the European Union.

di Juan Pablo Aris Escarcena

Abstract: This article analyzes how judicial prosecution for “solidarity crimes” has been exercised against different civil society actors. The analysis is based on three cases studied ethnographically: the cases of Cedric Herrou, of Bastien (of the so-called “Three of Briançon”) and of the sea rescue NGO PROEM-AID. Throughout the article, the differentiated application of prosecution is shown in the context of land borders (between France and Italy) and maritime borders (Aegean Sea). It is argued that the practices of judicial prosecution can be analyzed from the paradigm of the spectacle, understanding prosecution as a concrete technique within the broader processes of the “politics of exhaustion”.

Keywords: Solidarity crime; borders; humanitarian aid; civil society; criminalization

1. Introduction.

5240

The development of a humanitarian logic in the border governance of the European Union (EU) has consolidated in the last ten years. The discourses on the need to “save lives” and the need to protect “vulnerable migrants” has become institutionalized¹. Interception procedures in the Mediterranean Sea are now counted by rescued persons. Migrants intercepted by the Libyan Coast Guard are counted in European statistics as rescued migrants², even after the UN Security Council's condemnation of Abd Al Rahman Al-Milad, leader of the regional unit of the Zawiya Coast Guard that had been trained by Frontex and funded by the EU, for smuggling persons and sinking boats of migrants in the Mediterranean³.

Humanitarian borders⁴ have developed rapidly in the EU during the so-

¹ European Union, A European Agenda On Migration, Com(2015) 240 final. (2015). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1485255362454&uri=CELEX:52015DC0240>

² European Commission, Fifth Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, Brussels, 2018, retrieved from https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_fr/31673/Fifth_Progress_Report_on_the_Partnership_Framework_with_third_countries_under_the_European_Agenda_on_Migration.

³ United Nations Security Council, *Summary L.Yi.026 Abd Al Rahman Al-Milad*, 2018. Retrieved from www.un.org/securitycouncil/node/34191.

⁴ W. Walters, *Foucault and Frontiers: Notes on the Birth of the Humanitarian Border*, in U. Bröckling, S. Krasmann, T. Lemke (Eds), *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*, New York, 2011, 138-164.

called “refugee crisis”. The political reorganization of the borders as zones of humanitarian governance has consolidated with the construction of new geographies of “emergency”, new forms of knowledge about migratory movements towards the EU, and in close relation with other political logics that operate in the construction of the EU borders, especially the logics of resistance (the “counter conducts” or “undergrounds”⁵) and the prevailing logic of security in European states and supranational institutions. The intimate relationship between the humanitarian and securitarian dimensions in the construction of the EU border regime has crystallized in the current “War on Smuggling” of migrants⁶.

The paradox of humanitarianism as a particular governmental strategy materializes in the concept of “crime of solidarity”, and is embodied by the actors of humanitarian assistance. The “crime of solidarity” is the expression with which civil society has defined the prosecution of humanitarian actors by European governments. The existence of this type of judicial process, in which humanitarian actors are prosecuted by European States, is paradoxical for three reasons: (1) As a general rule, humanitarian practices carried out by civil society are tolerated and even promoted by European governments, who understand them as a social innovation⁷. (2) Activities that have been prosecuted as crimes of solidarity are carried out in the same contexts and in the same time frames of the humanitarian activities tolerated and/or promoted by governments. (3) The crime of solidarity has not been charged exclusively to humanitarian actors or volunteer-based organizations (those representing “volunteer humanitarianism”⁸) but also to bona fide services providers or individuals⁹. In this sense, the configuration of the border landscapes, as a *milieu*¹⁰, is what determines what type of actors have been prosecuted. Therefore, the present analysis differentiates between the prosecution of humanitarian actors in European territory and the prosecution of actors operating in the Mediterranean.

In this article it is argued that the prosecution of “solidarity crimes” should be analyzed in relation to the forms of spectacularization of migration control¹¹ in border landscapes, and in relation to other forms of “politics of exhaustion”¹² that jointly impact on migrants and the support networks that have been created in the

⁵ L. Queirolo Palmas & F. Rahola, *Underground Europe. Lungo le rotte migrant*, Milano, 2020.

⁶ M. Albahari, *From Right to Permission: Asylum, Mediterranean Migrations, and Europe’s War on Smuggling*, in 6 *Journal on Migration and Human Security* 2, 126 (2018).

⁷ E. Swyngedouw, *Governance innovation and the citizen: The Janus face of governance-beyond-the-state*, in 42 *Urban Studies*, 11 (2005).

⁸ E. Sandri, ‘Volunteer humanitarianism’: *Volunteers and humanitarian aid in the jungle refugee camp of Calais*, in 44 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1, 65–80 (2018).

⁹ M. Stierl, *A Fleet of Mediterranean Border Humanitarians*, in 50 *Antipode* 3, 704–724 (2018).

¹⁰ M. Foucault, *Security, Territory, Population. Lectures at the Collège de France*, New York, 2009, 20.

¹¹ N. De Genova, *Spectacles of migrant ‘illegality’: the scene of exclusion, the obscene of inclusion*, in 36 *Ethnic and Racial Studies* 7, 1180–1198 (2013).

¹² L. Ansems de Vries, E. Guild, *Seeking refuge in Europe: spaces of transit and the violence of migration management*, in 0 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 0, 1–11 (2018).

European civil society. Solidarity crimes are analyzed as a governance technique in which judicial prosecution is instrumentalized to disrupt the dynamics of social interaction between migrants and civil society; a strategy to block the dynamics of autonomy of migration¹³ and acts of citizenship¹⁴. Thus, these judicial practices are analyzed as part of a broader socio-political process.

The analysis is based on a multi-site ethnographic fieldwork along the European border landscapes carried out between 2015 and 2019. During this fieldwork, the author met humanitarian actors who were being prosecuted for a “crime of solidarity”. A qualitative methodology is applied for the ethnographic analysis. The author starts from an intersubjective description of the prosecution for crimes of solidarity. The presentation of the cases is based on the protagonists’ self-representation of the facts. In presenting each case, this article does not intend to reproduce the discourse of the protagonists, who will be quoted; the description included in the article is the author’s selection of the issues considered fundamental to understand, through the analysis of the concrete cases, the dynamics and strategies of governance that are at the basis of the European border regime. Starting from this analysis, the documentary *Solidarity Crime: the borders of democracy*¹⁵, currently in the selection process of different international festivals, was born.

This article will present a comparative analysis based on three cases that are part of the author’s ethnography. The first is the case of Cedric Herrou, a French farmer living in the Roya valley, who has become a symbol of social mobilizations in France for the defense of the rights of migrants. The ethnographic data on Cedric’s case are based on the fieldwork carried out at the French-Italian border between October and December 2017, where he was interviewed at his farm. Interviews and participant observation were also conducted with other members of the “Roya Citoyenne” organization. Cedric’s case will be compared with the second case, which focuses on the proceedings of the so-called “Three of Briançon”, three young activists (Eleonora, Theo and Bastien) of different nationalities (Italian and Swiss) who have been prosecuted for their participation in a demonstration. Bastien, one of the accused, was interviewed in his native Geneva in March 2018. On the other hand, this article will analyze the case of the charges brought upon three members of the organization PROEM-AID, an NGO that carries out maritime rescue in the Mediterranean Sea. This organization was born among the firefighters of the fire station of Mairena del Aljarafe (Seville, Spain). Its proximity to the author’s study centre allowed for a close observation of their prosecution process since the beginning, including through meeting with several

¹³ S. Mezzadra, B. Neilson, *Border as Method, or, the Multiplication of Labour*, Durham and London, 2013.

¹⁴ C. Aradau, J.E.F. Huysmans, V. Squire, *Acts of European Citizenship: A Political Sociology of Mobility*, in 48 *Journal of Common Market Studies* 4, 945–965 (2010).

¹⁵ The documentary was directed by the author, together with the filmmaker Nicolás Braguinsky Cascini. The trailer and several interviews to some of its protagonists are available to watch on the Youtube channel of the Project: www.youtube.com/channel/UCJkPodKYjE6UoNIKIMa1sLg

of its members and participating in public events promoted by the organization since its early creation.

2. Legal bases and governmental modes of implementation.

“Solidarity crime” is a term used to refer to the judicial prosecution of volunteers, activists and members of the civil society who exercise an activity of selfless assistance and are accused of a crime for facilitating the entry, transit or stay of irregular migrants. It has been used by civil society to refer more generally to the repression by security forces of humanitarian activities or other support for groups of migrants. In the working paper “Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update”¹⁶, requested by the LIBE committee and Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs of the European Parliament, the authors configured the concept of “policing humanitarianism” to refer broadly to government techniques based on “intimidation, harassment and disciplining” of civil society actors involved in assisting migrant groups in the EU. The author chose to maintain a narrow definition of solidarity crime in the present article in order to show the relationship between the judicialization of certain concrete cases and the general government dynamics that are included within the “policing humanitarianism”. It is argued that there is an unexplored heuristic potential in the analysis of the “solidarity crime”, narrowly interpreted as judicial prosecution, and understood as a particular form of spectacularization of the punitive dimension of border regimens and as a technique used in the creation of “politics of exhaustion”, which finds its strength not the judicial process itself nor in its result, but in the immediate spectacle effect.

The legal basis for the criminal prosecution of humanitarian actions is to be found in European law, in particular in the “Facilitators Package”, established by the European Union in 2002, which includes the “Facilitation Directive” (Directive 2002/90 /EC) and the related “Framework Decision 2002/946 /JHA on the Strengthening of the Penal Framework to prevent the facilitation of Unauthorized Entry, Transit and Residence”. In contrast with the definition of the crime of “smuggling” that can be found in Article 6 of the “UN Protocol against the Smuggling of Migrants” (2000), in the “Facilitation Directive” the crime of “intentionally assist[ing] a person who is not a national of a Member State to enter, or transit across, the territory of a Member State in breach of the laws of the State concerned on the entry or transit of aliens” does not contemplate the element of “financial or other material benefit” as a requirement necessary for the imposition of sanctions (Article 1(1)(a) of the EU Facilitation Directive). The element of “financial gain” is only required for the intentional facilitation of

¹⁶ S. Carrera, L. Vosyliute, J. Allsopp, G. Sanchez, *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update*. Retrieved from [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608838/IPOL_STU\(2018\)608838_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608838/IPOL_STU(2018)608838_EN.pdf).

residence of an irregular migrant (Article 1(1)(b) of the EU Facilitation Directive). Nor the EU Directive provides for the exceptions to avoid the criminalization of migrants themselves, including the exception for people helping their relatives in an irregular situation.

However, in relation to the conduct described in Article 1(1)(a), the Facilitation Directive provides member States with the discretionary possibility to exclude from prosecution the individuals helping the entry or transit of migrants “where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned” (Article 1(2) of the EU Facilitation Directive). Nevertheless, most of the EU States have not included this exemption in their domestic laws: “Legislation in 26 EU Member States does not require financial gain or profit for it to be a punishable offence”¹⁷. Prosecutions based on the Facilitation Directive have developed in very different ways across EU member States. Even among the countries that have subsequently included clauses exempting humanitarian actors from prosecution (the so-called “humanitarian clause”), in 2018 “out of seven EU Member States that have exempted humanitarian actors, prosecutions of CSAs were reported in at least five of them – Belgium, Greece, Italy, Malta and the UK”¹⁸.

The configuration of the Facilitation Directive was based on the humanitarian ideal of “protecting the vulnerable”; in the construction of the European border regime the Facilitation Directive has become a cornerstone through which to impose criminal sanctions on civil society actors. The instrumentalisation of the Facilitation Directive is based both on the text of the law (and its literal interpretation) as well as on other types of situational choices. The fact that even in cases where the humanitarian clause has been transposed, this Directive has been used as basis to prosecute civil society actors and organisations, illustrates the situationally and discretion with which it has been instrumentalised by EU member States.

The application of the Facilitation Directive is related to the spectacularisation of the prosecution of civil society actors, although other non-judicial techniques have been preeminent in the control and expulsion of these actors. Judicial prosecution has been used only in particular cases, as a spectacle on the criminality of certain civil society actors, and as part of a broader strategy. Through this spectacular representation the main techniques of control, which are non-judicial, were legitimated.

The prosecution of civil society actors for “solidarity crime” is an outstanding technique within the application of the “politics of exhaustions”. Judicial proceedings cause a significant burden to be born both by the prosecuted individuals and by the civil society movements that work with them and/or

¹⁷ FRA, E. U. A. for F.R., *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna., 2016, 9. Retrieved from <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

¹⁸ S. Carrera, L. Vosyliute, J. Allsopp, G. Sanchez, *op.cit.*, 31.

support them before and during the process. In certain cases (such as that of C. Herrou), the solidarity of the civil society for the accused also involves an economic support to cover the costs of the defence, and all the expenses related to the long legal and administrative processes. The wear and tear are physical, social and symbolic. These processes have a considerable emotional impact on the accused as well as on the organizations to which they belong: the inevitable alteration of the associative practices to support the proceedings, the rupture of the interactions with the migrant community, the need to fight against the social appreciation of criminality that is imposed on them in a spectacular way, are namely elements that can lead to the exhaustion sought with this technique.

In this sense, it is interesting to link these prosecution practices with the development of what J. Stumpf¹⁹ called *crimmigration*, the “fusion” of the legal systems concerning immigration and criminal law. The author wanted to show how laws regulating the government of migration have increasingly incorporated penalties, such as detention and deportation: the “violations of immigration law are now criminal when they were previously civil, or carry greater criminal consequences than ever before”²⁰ (2006: 382). The prosecution of the crime of solidarity, as a common practice at European level, can be analyzed in relation to the expansion of these dynamics.

3. The solidarity crime in the construction of land borders: Cedric Herrou and the Three of Briançon.

Cédric Herrou is a French farmer living in the Roya Valley, in the municipality of Breil-sur-Roya. It was in this municipality that Cédric, together with several friends, reactivated the “Roya Citoyenne” Association and then founded the “Collectif Roya Solidaire”, in order to create an entity that would bring together all citizens who wanted to participate in one way or another in helping and collaborating with migrant groups. Since 2015, this municipality had been particularly affected by the re-establishment of border controls between France and Italy: the quiet valley of the “Alpes Maritimes” became a central node in the route of irregular migrants. The re-establishment of border controls was justified on the need to carry out anti-terrorist security controls, a position that consolidated in November 2015 after the attacks in Paris and the declaration of the “État d'urgence”. However, the main activity carried out by the police forces and the army troops deployed to the border between France and Italy was migration control.

This process had a very recent history. The border with Ventimiglia, the nearest Italian city to the border, had already been closed in 2011 to contain migrants exiled from the conflicts known as “Arab Springs”. This had important

¹⁹ J.P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, 56 *American University Law Review* 2, 367-419 (2006).

²⁰ *Ivi*, 382.

consequences at the European level: S. Hess & B. Kasperek²¹ points out that the re-establishment of border controls within the Schengen area by France on its border with Ventimiglia was the trigger for a political process that would eventually result in the modification of the Schengen Border Code.

In early 2016 Cédric met a family walking along the road between Ventimiglia and Breil-sur-Roya, took them home and accompanied them to the train station a few days later. On their journey to Nice, the family was arrested by the French authorities and deported to Italy; it is the usual procedure of the French authorities for migrants in an irregular situation who are detained on trains and stations between Italy and France, as far along the border as Marseilles. It was then when Cédric began the activity that would make him famous among migrants' communities, among the French authorities and later the international community. When Cédric found out what had happened, he decided to drive to Ventimiglia, pick up the family who had just been deported and bring them home. From the beginning of 2016 to the end of October 2016, Cédric helped families, women (alone or with their children), and minors to cross the border. Periodically he went to the "Sant'Antonio delle Gianchette" church in Ventimiglia, which served as an improvised reception centre on the initiative of the local parish priest. Little by little, as the reception practice became known among the groups of migrants, they began to autonomously reach Cédric's house.

Cédric and the group of citizens from the Roya Valley who worked with him sought ways to help the migrants they received to apply for asylum in France. They first went to the authorities, sent correspondence to the prefecture of Nice to request an appointment for the asylum seekers hosted. The standard practice of the government was the detention and deportation of irregularized migrants from France to Italy, without allowing them to apply for asylum or taking into account reasons of vulnerability such as being an unaccompanied minor. Amnesty International France submitted a report gathering testimonies and evidence on these practices²² as well as other organizations like Anafé²³. To address this violation of the rights of migrants, Cédric and his colleagues devised a political action with an Eritrean family they had hosted in Cédric's house. They would go to Nice, having informed by email the authorities of their identity and that they were going to seek asylum. They knew that they would be detained, and they knew that they would be deported to Italy. So it was. Cédric picked them up again in Ventimiglia and brought them back to his house. To Cedric this is a crucial

²¹ S. Hess, B. Kasperek, *De- and Restabilising Schengen*, in *The European Border Regime After the Summer of Migration. Cuadernos Europeos de Deusto* 56, 47–78 (2017).

²² Amnesty International, *Des controles aux confins du droit. Violations des droits humains à la frontière avec l'Italie*, 2017, retrieved from <https://www.amnesty.fr/refugies-et-migrants/actualites/frontiere-franco-italienne-des-controles-aux-frontieres>.

²³ Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers (Anafé), *Persona Non Grata - Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*, Paris, 2009, retrieved from https://drive.google.com/file/d/15HEFqA01_aSkKgw05g_vfrcP1SpmDAtV/view.

moment, because he decided “to help migrants in an irregular situation because of their irregular situation, to do things that can be illegal because it is important to do it”.

At the same time, legal proceedings were initiated against the prefect of the Maritime Alps for violation of the right to asylum. The court condemned the prefect for a “serious violation” on the fundamental right to asylum²⁴. It was the second time in less than six months that Cédric and his group had obtained a conviction against the prefect Georges-François Leclerc for the same reasons, being the first in April 2017²⁵. However, this second occasion had much more media coverage, because of the indignation provoked in part of the society by the reiterated violations of law in the government dynamics. As Cédric points out:

“We didn't do it to prove anything; we did it to help the people. But by helping those people, we have demonstrated many things. We have shown that the (French) State can use the police and give them illegal orders. We have shown that borders cannot close; perhaps they can be controlled but cannot be closed. And unfortunately we have shown that democracy in France is limited.”

From this moment on, police forces and military forces were established in the Roya Valley, and people who participated in any activity supporting migrant associations were criminalized²⁶. The judicial prosecution against Cédric intensified. He had already been detained on several occasions and subsequently released, but in August 2017 the Appeal Court confirmed the conviction of the first instance. In July 2017, two weeks before this sentence, during a police raid in Canne, Cédric had been arrested with two hundred migrants while he was accompanying them by train to request asylum. A huge media spectacle followed, focusing on Cédric's arrest and prosecution.

The spectacular arrest and prosecution of Cédric Herrou was a message to all groups involved in the assistance of migrant groups. However, it did not bring about a significant change in the dynamics of the border regime. The fundamental objective was to show the criminality of Cédric's actions, intimidate other citizens and break social dynamics of self-organization in defence of the fundamental rights of migrants.

As M. Cervera-Marzal points out, the French State, through the police forces, is in direct contact with thousands of citizens who are involved in actions of support (humanitarian and other) to migrant communities²⁷. And yet the State

²⁴ R. Lecadre, *Le préfet des Alpes-Maritimes de nouveau condamné pour violation du droit d'asile*, in *Libération*, 2017, retrieved from https://www.liberation.fr/france/2017/09/04/le-prefet-des-alpes-maritimes-de-nouveau-condamne-pour-violation-du-droit-d-asile_1594111.

²⁵ L. Fessard, *Le préfet des Alpes-Maritimes condamné pour «atteinte grave au droit d'asile»*, in *Mediapart*, 2017, from <https://www.mediapart.fr/journal/france/050417/le-prefet-des-alpes-maritimes-condamne-pour-atteinte-grave-au-droit-d-asile?onglet=full>.

²⁶ L. Giliberti, *La criminalizzazione della solidarietà ai migranti in Val Roja: note dal campo*, in *Mondi Migranti* 3, 161–181 (2018).

²⁷ M. Cervera-Marzal, «Cédric Herrou a été condamné plus pour la visibilité de ses idées que pour l'illégalité de son action», in *Le Monde Tribune*, 2017, retrieved from https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/08/10/cedric-herrou-a-ete-condamne-pour-la-visibilite-de-ses-idees-plus-que-pour-l-illegalite-de-son-action_5170926_3232.html#8fc38olIMXyzKeA2.99.

has only exceptionally prosecuted volunteers or activists. The paradigm of spectacularization is analytically useful to understand this exceptional use of prosecution of solidarity crimes within the dynamics of the border regime. Following De Genova the spectacularity of border control has a paramount importance in the socio-cognitive realm since it makes self-evident a social distinction that is purely artificial, solely legal²⁸. The demonstration by Cédric and his colleagues on the violation of laws and fundamental rights by the State posed a threat to the border regime. It was a disruption of the social imagination of reality²⁹, and it endangered the naturalization of the processes of differential inclusion and exclusion. Judicial prosecution is a response to this threat, that imposes the stigma of criminality on the members of the civil society who mobilize in defence of migrants. This is self-evident in the case of its most prominent figures such as Cédric Herrou.

This is not a lineal process, but rather a struggle for the sense of legality and political legitimacy. This struggle moved into the legal sphere when the Constitutional Council³⁰ pronounced itself against the crime of solidarity in its decision n° 2018-717/718 QPC of 6 July 2018. In its decision the CC held that no humanitarian activity could be considered a crime on the basis of the constitutional principle of solidarity, however only applicable to persons present on French territory. Aiding to entry foreigners in an irregular situation was therefore still punishable. This judgment is ambivalent. On the one hand, it strengthens the position of humanitarian organisations operating within France. On the other hand, it legitimises an exclusionary border regime by stating that fraternity is not applicable as a principle to the aid of those “on the other side”. The core of selective humanitarianism of European humanitarian borders has not been hindered by such decision, which accentuates the spectacle of exclusion at the borders.

The comparison with the case of the “Trois de Briançon” (Three of Briançon) is relevant to our analysis because, although very different in factual term, it is a case with many conceptual similarities. Bastien is one of the first three young people prosecuted in the trial that was initially known as the accusation of the “3 de Briançon”, after the “3 + 4 de Briançon” and so on, as the French government progressively increased the number of people prosecuted for the events of April 22, 2018. Unlike Cédric, Bastien was a young man who was only temporarily on the Franco-Italian border. He had gone with his friend Theo from his native Switzerland, to take part in conferences and debates on the solidarity movements originated throughout history in the cross-border region of the Alpes.

On Saturday, April 21, while these conferences were taking place, a French xenophobic group called “Génération Identitaire” burst into the region to spectacularly close and fence the border line between France and Italy. They appeared with a helicopter; unfurled a giant banner on the slope of the mountain

²⁸ N. De Genova, *Spectacles of migrant ‘illegality’: the scene of exclusion, the obscene of inclusion*, in 36 *Ethnic and Racial Studies* 7, 1180–1198 (2013).

²⁹ M. Godelier, *The mental and the material: thought economy and society*, London 1986.

³⁰ Conseil Constitutionnel, déc. n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

to take aerial photos that were broadcasted on social media; installed a fence with a plastic net to take further aerial images on the mountain “Col de l’Échelle”; spent the day and left. The next day, the people participating in the forum, including Bastien, spontaneously decided to suspend the original programming and hold a demonstration. It was a symbolic response, for Bastien a solidarity response, to show the support of citizens and to oppose exclusion and borders. During the course of the demonstration, some migrants joined in. At the end of the demonstration in Briançon, on the other side of the border, Bastien, Theo and Eleonora were stopped by the police while returning for their car and were held in police custody for the following 36 hours. They were then transferred to the “Baumettes” prison in Marseille, where they spent over a week in pre-trial detention.

“This march was born to show solidarity, and we realised that the repression we endured was a political response of the State, to show us that they ‘cannot allow this to happen’, and to repress as much as possible these movements of solidarity, so that they stop existing ... to frighten the people involved, those who engage in demonstrations.” (Bastien)

At the end of May 2018 they had the first hearing of their proceeding, which was limited to an identification of the accused and the presentation of the charges by the prosecutor: they were accused of “aiding the entry of migrants in an irregular situation in an organized gang” for which the maximum penalty was 10 years in prison and a €750,000 fine. On 13 December 2018, the Court of Gap sentenced them guilty. Bastien’s sentence was the lowest, six months of suspended prison sentence as he had no criminal record; two among the other defendants were sentenced to 12 months in prison, and were deprived of their liberty for 4 months³¹.

The judicial process created a precedent that hindered the relationship and coordination of networks among civil society entities from different places and European countries. The nucleus of the solidarity movements of Briançon in France is composed of small groups of inhabitants of these rural areas, as well as of the neighbouring municipalities in Italy such as Bardonecchia; the same applies to the movements of the Roya valley where Cédric Herrou lives. Creating an imaginary that demobilises the support of other civil society groups is part of the politics of exhaustion. Moments of collective encounter such as those that gave rise to the demonstration, have great potential for the construction, articulation and revitalisation of links between the different networks of civil society. The spectacular nature of judicial prosecution distances many potential participants from these meetings and, above all, from the most innovative and powerful political actions.

The border governance is based on a complex arithmetic between the exhaustion of certain networks of civil society actors, the tolerance towards other

³¹ H. Lucas, *Condamnation des “sept de Briançon”*: “Nous continuerons à résister tant qu’il y aura des frontières qui tuent”, in *Libération*, 2018, retrieved from https://www.liberation.fr/france/2018/12/13/condamnation-des-sept-de-briancon-nous-continuerons-a-resister-tant-qu-il-y-aura-des-frontieres-qui-_1697724.

types of humanitarian actors (such as Catholic organizations in Ventimiglia), and the promotion of other actors (such as the Red Cross on both sides of the border). In the configuration of the milieu, the securitarian dynamics of the State sought support from the humanitarian dynamics that were mainly exercised through non-state organizations, to whom the State demanded collaboration. For years, at least since 2011, the border regime between France and Italy and the migration governance has endured these tensions thanks to the work of humanitarian organisations of all kinds (voluntary, professional and religious). It is only due to the daily activities of the humanitarian organisations that these two central EU States and their politicians have been able to maintain their humanitarian discourse on migration governance and represent themselves as responsible actors, overwhelmed by the “crisis” situation. Even when ad hoc legal provisions were created to criminalize humanitarian assistance, such as the ordinance of the local government of Ventimiglia prohibiting food distributions to migrants in public spaces³², these were not always applied and some humanitarian actors were tolerated. In this milieu, the prosecution for solidarity crimes has been intensified: *“If we look a Little at the jurisprudence of the past 10 years, we see that we have passed from simple fines to a few months of suspended prison sentences and then we have been the first to have an unconditional imprisonment sentence, preventive it’s true, but unconditional”* (Bastien).

4. The solidarity crime in the construction of maritime borders: the fire-fighters of PROEM-AID.

5250

As its co-founder José Antonio Reina explains, the NGO PROEM-AID (Professional Emergency Aid) was born as a consequence of the spectacle, *“from a stimulus prompted by the media, from a visual stimulus. In 2015 you saw every day refugees suffering an ordeal”*. The photo of Aylan Kurdi, who was Onio’s son’s age, was something he will always remember. At the end of 2015, in the fire station of Mairena del Aljarafe (Seville), three fire-fighters decided to spend their holidays and days off work to go to the Greek islands as a rescue team and founded PROEM-AID. At the end of 2015 they had already a presence in Lesbos. The project which initially aimed at a single three-week mission, ended up involving more than 30 missions that lasted until the end of August 2016 and during which “the fire-fighters” (as they were known on the island and in Spain) have assisted 50,000 migrants arriving in Lesbos and have rescued 1,000 people shipwrecked in the 14-21 km separating the Turkish coast from the Greek island. However, when PROEM-AID started its activity in Lesbos in November 2015, the representation of arriving refugees was already transforming. As several authors point out, the initial welcoming speech quickly became a discourse of suspicion marked by the

³² J.P. Aris Escarcena, *La paradoja del taxista: Ventimiglia como frontera selectiva*, in *Mondi migranti* 2, 99–114, (2018).

prominence of the securitarian concern³³; something that even affected the iconic figure of Aylan Kurdi³⁴.

On 15 October 2015, the EU established its strategy of action together with Turkey to stop the arrival of migrants in Greece by blocking their departure. The EU-Turkey Joint Action Plan³⁵ was the beginning of a joint policy that involved the replacement of rescue NGOs by police and military forces in search and rescue functions. This substitution was made through the increased presence of Greek and Turkish police force ships, as well as of EU agency Frontex and of NATO military ships. The States and supranational authorities demanded exclusivity in their exercise of humanitarian work in the Aegean Sea, maintaining a double discourse as responsible actors, capable of facing the humanitarian consequences of the shipwrecks³⁶ and at the same time addressing the security challenges that migratory movements imply, due to their potential links with criminal networks³⁷. This model of border regime, in which Frontex and NATO present themselves as the new actors in charge of humanitarian functions while maintaining their fundamental security objective, was born with the Joint Operation Poseidon (Frontex) and the participation of the Standing NATO Maritime Group 2 (SNMG2) in the Aegean area³⁸. This model has become a reference and similar policies have been applied both in the Central Mediterranean³⁹ and in Central Europe, in the migration control projects of the Visegrad Four (V4) Member States⁴⁰.

However, the process of militarization and securitization of the border regime in the Aegean did not lead to a voluntary withdrawal of NGOs and civil society organizations that had travelled to the Greek islands. Onio points out that:

³³ L. Chouliaraki, *Symbolic bordering: The self-representation of migrants and refugees in digital news*, in 15 *Popular Communication* 2, 78–94 (2017); B. Vollmer, e S. Karakayali, *The Volatility of the Discourse on Refugees in Germany*, in 16 *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 1–2, 118–139 (2018).

³⁴ N. De Genova, *The “migrant crisis” as racial crisis: do Black Lives Matter in Europe?*, in 41 *Ethnic and Racial Studies* 10, 1765–1782 (2018).

³⁵ European Union, *EU-Turkey joint action plan*, 2015. Retrieved from http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5860_es.htm

³⁶ Frontex- Focus: *The role of Frontex in Search and Rescue*, 2016. Retrieved from <https://frontex.europa.eu/media-centre/focus/the-role-of-frontex-in-search-and-rescue-EQYKeH>; NATO -Topic: *Assistance for the refugee and migrant crisis in the Aegean Sea*. Retrieved from https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_128746.htm?selectedLocale=en.

³⁷ Frontex-Focus: *Joint Operation Poseidon (Greece)*, 2016. Retrieved March 18, 2019, from <https://frontex.europa.eu/media-centre/focus/joint-operation-poseidon-greece--3ImFxdNATO>

- News: *NATO Defence Ministers Agree on NATO support to assist with the Refugee and Migrant Crisis*, 2016. Retrieved from https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_127981.htm

³⁸ D. Ghezelbash, V. Moreno-Lax, V., N. Klein, B. Opeskin, *Securitization of Search and Rescue at sea: the response to boat migration in the Mediterranean and offshore Australia*, in 67 *International and Comparative Law Quarterly* 2, 315–351 (2018).

³⁹ NATO – Topic, *Operation Sea Guardian*. Retrieved from https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_136233.htm?selectedLocale=en

⁴⁰ B. Nemeth, *Militarisation of cooperation against mass migration – the Central European Defence Cooperation (CEDC)*, in *Defense and Security Analysis* 1, 1–19 (2018).

“so much expectation had been generated, so many consciences had been shaken up that hundreds of people moved to help. The only way they could stop the arrival of volunteers was by increasing police presence and control. The searches, the identification of people at every moment, along with the arrest of colleagues were measures to try to have fewer volunteers in the Greek islands.”

In January 2016, three members of PROEM-AID (Manuel, Julio and José) were arrested by the Greek authorities after having gone out in search of a ship that they never found. They were accused of “attempted human trafficking” and possession of weapons (the cable cutter pliers of their life jackets). They were released on bail and were finally prosecuted a year and a half later. A maximum sentence of 10 years’ imprisonment and a minimum fine of €20,000 were requested against them. They were found innocent and all charges were dropped at a time when there were no longer any rescue NGOs working in the Greek islands.

For M. Tazzioli⁴¹ the Mediterranean, where criminalized actors carry out rescue operations, *“has become the site of a sort of naval battle in which the obligation to rescue migrants in distress is no longer the priority”*. M. Tazzioli points out that this context of criminalisation of NGOs occurs at the same time as new pacts are signed with Libya and as the role of the Libyan Coast Guard in rescue missions increases; *“as a consequence of this agreement”* she highlights, *“being rescued means being captured and contained”*⁴². The argument that the present article wishes to propose is that the criminalization of rescue NGOs is not the result of a change of phase. On the contrary, there are elements that suggest that the criminalization of rescue NGOs is a structural governmental technique used in the current configuration of the border regime in the Mediterranean.

First of all, because the criminalization of rescue operations at sea goes back a long time. The case of Cap Anamur⁴³ has been one of the most notorious in recent history, but can be compared with many cases of criminalization of fishermen, both Italian (e.g. Mazara del Vallo) and Tunisian⁴⁴.

Secondly, the armed conflict in Libya has been an interlude in which migration control pacts have been disrupted. The humanitarian actors were able to work exclusively during this interval, while the humanitarian/security discourse of the current “War on Smuggling” was consolidated. The construction of the “refugee crisis” established an incentive for the development of rescue activities by NGOs, supported by civil society. In this context, rescue activities by

⁴¹ M. Tazzioli, *Crimes of solidarity. Migration and containment through rescue*, in 2 *Radical Philosophy* 1, 5 (2018).

⁴² See also: V. Moreno-Lax, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The ‘Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection’ Paradigm*, 56 *Journal of Common Market Studies* 1, 119–140 (2018).

⁴³ P. Cuttitta, *Repoliticization Through Search and Rescue? Humanitarian NGOs and Migration Management in the Central Mediterranean*, 23 *Geopolitics* 3, 632–660 (2018); S. Mezzadra, B. Neilson, *op.cit.*

⁴⁴ S. Bellezza, T. Calandrino, *Criminalization of Flight and Escape Aid*. In Idem (Eds), *Borderline-Europe*, Hamburg, 2017, 59–66.

NGOs can be analysed as “Social Innovation” practices⁴⁵ and understood as a mercantile outsourcing of States’ rescue obligations.

My argumentation and that of M. Tazzioli are close. However, I believe that the analytical approach to this process at humanitarian borders should not be seen as a suppression of the humanitarian dimension and as a rise of militarisation. Arguably, a processual interpretation of the situational co-optation⁴⁶ of humanitarian activities carried out by NGOs on behalf of governments is more appropriate. This interpretation allows us to explain the judicial prosecution through the theoretical framework of the politics of exhaustion and spectacularity, emphasizing the symbolic dimension of these processes, seeing their interaction with the other exhaustion practices that ended up expelling civil society from the Greek islands and the Mediterranean.

Thus, the criminalisation of Mediterranean rescue NGOs through the “solidarity crime” has been a spectacular expulsion. It was carried out to represent the rescue, not carried out by the authorities, as a potentially criminal activity or as a practice in collusion with the main culprits of the “migration crisis” and of migrants’ vulnerability in the EU official discourse: the smuggling networks. It is interesting to draw parallels with developments in other contexts, such as the context of the USA-Mexico border, where the authorities began to criminally prosecute humanitarian organisations claiming for themselves the exclusive power to carry out humanitarian actions⁴⁷.

Little does it matter that the judicial process against the members of PROEM-AID ended with the dismissal of the charges and their acquittal; the spectacle of the judicial prosecution can be considered in itself a political objective and a technique of governance. This is corroborated by the comparison with the historical cases of Cap Anamur and the rescues carried out by the fishermen. In all the cases of judicial prosecution against the Italian and Tunisian fishermen, the courts ended up ruling in their favour and even compensating them for the damages derived from the seizure of their vessels and fishing permits; however, the impact of these spectacles has served as a deterrent for the community of fishermen who saw how to fulfil their rescue obligation at sea could bring them economic ruin and prosecution as criminals. For the rescue NGOs, this spectacle has represented them as suspicious before civil society. The political actors who were against migration could not attack these humanitarian organizations openly without exceeding the limit of political correctness, since humanitarian logic is a structural part of the migratory regime. However, the stigma of criminality has served to question and interrupt their work. The expulsion of NGOs and the resumption of rescue work by European States (through militarised operations

⁴⁵ B. Jessop, F. Moulaert, L. Hulgård, L., A. Hamdouch, *Social innovation research: a new stage in innovation analysis?* In F. Moulaert, D. MacCallum, A. Mehmood, A. Hamdouch (Eds), *The International Handbook on Social Innovation Collective Action, Social Learning and Transdisciplinary Research*, Cheltenham, 2013, 110–130.

⁴⁶ W. Walters, *op.cit.*

⁴⁷ M.L. Cook, “Humanitarian Aid Is Never a Crime”: *Humanitarianism and Illegality*, in *Migrant Advocacy. Law & Society Review* (2011).

such as EUNAVFOR MED Sophia) is legitimised as a coherent response to the humanitarian demands to “save lives” and the security demands to “combat smuggling and irregular immigration”⁴⁸.

The withdrawal of NGOs that carried out rescue operations in the Mediterranean (for example, the abandonment of the Aquarius by SOS Méditerranée in December 2018) shows how this type of judicial prosecutions, as spectacles, has an exhaustion effect on civil society organisations. In February 2019, when the socialist government of Spain blocked the ProActiva Open Arms NGO boats docked in Barcelona, for the first time in five years there was no NGO ship carrying out rescue work in the central Mediterranean⁴⁹. This was justified by pointing out that the closing of ports in Italy and Malta created a threat to security and forced the government to reconsider its rescue strategy and its position on rescue NGOs.

The operations of rescue NGOs in the Mediterranean did not end because of the judicial proceedings for solidarity crimes; it was not a result of the accusation of aiding the entry of migrants in an irregular situation or of smuggling of migrants. As shown by the observation reports of the European Union Agency for Fundamental Rights⁵⁰, the NGO vessels were released after the first investigation procedures and the crew was found innocent. The NGOs have been expelled through other non-judicial methods of persecution, such as the delay of administrative permits for the ships or their blocking (as in the case of PROEM-AID and ProActiva Open Arms blocked by the socialist government of Spain for national security reasons). This shows that judicial prosecution is not the main technique to achieve governments’ concrete objectives, but rather a symbolic technique whose main value is the spectacularization of criminality. The various European governments could have de facto ended the operations of the NGOs without resorting to judicial prosecution; but this prosecution was necessary as a symbolic act, because it undermined the legitimacy of the NGOs and allowed the persecution of these by other means without suffering a de-legitimization of the humanitarian strategies of the EU and its Member States.

In addition, although EU Member States may have decided to introduce the humanitarian clause in their national legislation to exempt civil society actors and NGOs involved in humanitarian activities from further persecution, a change at the implementation level has never occurred, despite the existence of favourable jurisprudence on the matter. Without a meaningful change, governments have

⁴⁸ European Union. A European Agenda On Migration. Com(2015) 240 final, 2015. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1485255362454&uri=CELEX:52015DC0240>

⁴⁹ L. Abellán, *La disputa de Fomento con las ONG deja el Mediterráneo central sin barcos de rescate*, in *El País*, 2019. Retrieved from https://elpais.com/politica/2019/02/02/actualidad/1549133333_714516.html

⁵⁰ FRA, E. U. A. for F. R., *Fundamental rights considerations: NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and criminal investigations*, 2018. Retrieved from <https://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migration-borders/ngos-sar-activities>.

maintained recourse to judicial prosecution as a fundamentally symbolic technique.

5. Conclusions. Solidarity crime: a spectacle for the exhaustion.

Carrera, Allsopp, & Vosyliūtė have used the concept of “policing the mobility society” to explain how civil society organizations and NGOs who engage in humanitarian practices in relation to migrant communities are placed in situations of suspicion and illegality, “(which) might be implied, not necessarily replicating completely the logic of criminal law and penalties but through a wider set of practices”⁵¹. The cited authors set out three different modalities: (1) Intimidation and suspicion; (2) Disciplining; and (3) Formal criminalization. Within this latter modality, they include both prosecution and the imposition of fines and other related instruments. The present article focused on prosecution for solidarity crimes, which would be a more particular technique than the one outlined in modality number three. Arguably, this concrete technique has a central symbolic importance in the construction of the spectacle of illegality.

Prosecution has been applied differently in the context of humanitarian land borders (within the EU) and maritime borders (in the Aegean and the Mediterranean in general). The way in which it has been instrumentalised in the different contexts has been determined by its dynamic interaction with other techniques applied in the process of “policing the mobility society” or “politics of exhaustion”, as defined by L. A. de Vries & E. Guild⁵². As M. Stierl⁵³ says, “*through its seemingly benevolent but selective border practices, humanitarianism is extended only to particular subjects within particular zones, enabling Europe to cloak its maritime militarisations with a politics of life*”. Prosecution for solidarity crimes has become a fundamental technique to configure humanitarianism as a dominant strategy of the border regime. It has made possible to delegitimize actors who did not embody the selective nature that makes humanitarianism compatible with a migration regime based on the differential exclusion/inclusion of migrants.

The instrumentalization of judicial prosecution for solidarity crimes has been defined by the construction of the specific milieu of these humanitarian borders. They have been applied for their great symbolic load and their capacity to alter the social relations that took place in the border landscapes.

On the border between France and Italy, judicial prosecution has served to refute the discredit that the border regime’s policies had suffered from civil society actors such as Cédric Herrou. As an ad hominem fallacy, the French government has defended itself from accusations of the illegality of its border practices by applying on Cédric the stigma of criminality/illegality through spectacular

⁵¹ S. Carrera, J. Allsopp, L. Vosyliūtė, *Policing the mobility society: the effects of EU anti-migrant smuggling policies on humanitarianism*, in 4 *International Journal of Migration and Border Studies* 3, 261 (2018).

⁵² L. Ansems de Vries, L., E. Guild, *op.cit.*

⁵³ M. Stierl, *op.cit.*, 708.

judicial prosecution. On this border, prosecution has also been used to spectacularize the criminality of autonomous forms of civil society organization, whose practices and existence based on networks of solidarity and mutual support posed a threat to the symbolic foundations of the border regime. This is the case of the activists of Brinçon.

Meanwhile, in the Aegean and the Mediterranean in general, judicial prosecution for solidarity crimes against rescue NGOs was carried out as a mechanism for co-opting humanitarian activities. The authorities of the different Member States and the EU have applied judicial prosecution as part of a strategy to delegitimize the activity of NGOs during a concrete historical process. The Mediterranean border regime was reconfigured under the monopoly of State authorities on humanitarian functions, which were included between the objectives of the operations of the military and police forces following the expulsion of NGOs in the Aegean and the Mediterranean. The symbolic stigmatisation was linked to the legitimisation of the regime and the current milieu. It was a concrete technique for the legitimisation of its “Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection” Paradigm⁵⁴ in which being rescued is synonymous with being arrested and returned to countries such as Turkey and Libya⁵⁵, where the right to asylum is denied and human rights are violated.

The “solidarity crime” as a specific device of the dynamics of migration governance and border regimes is of great relevance, because it highlights the paradoxes of the security-humanitarian logic. Its interpretation from the paradigm of spectacle and the analysis of its instrumentalization in specific socio-historical contexts may have the heuristic potential to allow us to delve into the configuration of border regimes as forms of domination and into the interrelation of power strategies used to confront mobility strategies and resistance strategies in the border landscapes.

Juan Pablo Aris Escarcena
University of Seville
jaris@us.es

⁵⁴ V. Moreno-Lax, *op.cit.*

⁵⁵ M. Tazzioli, *Border displacements. Challenging the politics of rescue between Mare Nostrum and Triton*, in 4 *Migration Studies* 1, 1–19 (2016).

Acquis or not acquis: statelessness in the context of forced migration

di Oleksandra Zmiyenko

Abstract: In all the complexity of issues arising in the context of forced migration, statelessness remains a hidden phenomenon. Yet, this violation of the human right to a nationality should be equally understood as a consequence of, or a catalyst for conflicts, crises and forced displacement.

Despite unresolved endemic statelessness in certain EU member states, most of the legislation provides safeguards related to prevention; thus, it should not be possible to be born stateless in the 'area of freedom, security and justice'. The external cases not covered by prevention mechanisms are more complex, especially when they complicate asylum procedures and throw a shadow on what might come after: from family reunification to potential return. The question arises is to what extent the EU can address statelessness in the context of forced migration. The answer might concern various aspects on governing through uncertainty arising from ambiguity related to competences of the EU in the question to uncertain status of persons concerned.

Within the framework of the notion of *de jure* statelessness, and comparing the four EU national systems, the paper would aim to identify the policy (in)coherence between the EU and Member States and the policy gaps in addressing statelessness, in particular arising within the context of forced migration. Departing from the ambitious UNHCR's intent to bring an end to statelessness by 2024, the paper would aim to explain the necessity of the 'right to have rights' in the area of free movement and would focus on what can be done by the EU to show its welcoming of the UNHCR campaign on the policy level.

5258

Keywords: Statelessness; forced migration; European Union; CJEU

1. Introduction.

Remaining in shadow of other disciplines and gradually established as a separate research area¹, statelessness imperceptibly appeared in a wider public discussion long after gaining its distinctive place in academia. The situation of Rohingya refugees and the people of India's north-eastern state of Assam attracted international attention in 2019, while the outbreak of COVID-19 crisis later on only aggravated the situation. Territorial shifts in conflict-affected areas, the growing risk of climate change-related movement caused by disappearing island states², and other factors contributing to forced displacement occur in the context

¹ See M. Manly, L. Van Waas, *The State of Statelessness Research. A human Rights Imperative*, in 19 *Tilburg Law Review* 1-2, 2014, 3-10.

² J. McAdam, *Climate Change-related Displacement of Persons*, in K. R. Gary, R. Tarasofsky, C. Carlane (Eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016.

of securitization of migration, while the worldwide changes anticipate legislative developments. Against this backdrop, the phenomenon of statelessness, invisible as stateless persons in a citizen register, becomes more apparent. The legal vacuum, which represents the gravest violation of human right to a nationality, gradually emerges on the policy-making agenda.

Considering the instances of unresolved endemic statelessness, the question is whether the European Union can address *de jure* statelessness in the context of forced migration, given the fact that this context retains a prominent place on the political scene. Acknowledging the methodological challenges of interdisciplinary research, this paper limits its scope to mainly legal analysis. Aiming to identify policy (in)coherence between the EU and its Member States and the policy gaps in addressing statelessness, the paper compares four legal systems: German, Italian, Hungarian and Polish. The data for the case studies is derived from the Statelessness Index³ – a comparative tool established and managed by the European Network on Statelessness.

Notwithstanding uncertainty in governance raising from the complex issue of EU competence that is not explicitly listed in the ‘catalogue’ of the Treaty of the Functioning of the European Union⁴, up to the uncertainty of the status of the persons concerned with a great variability depending on the legal systems, there is a space to regulate. An analysis of the fragmentation of policies and actions across the EU Member States indicates possible field for supranational or intergovernmental action. The approximation of certain parts of the legislation, such as statelessness determination procedures, might be addressed at the EU level. In spite of an apparent lack of EU competences in the field of nationality, there are both international obligations and a legal basis which empowers the EU to take an active role in addressing statelessness.

The UNHCR-defined framework includes 10 actions to end statelessness, however not all of them relate to statelessness in the context of forced migration. An overview of the selected EU Member States requires narrowing the actions described by UNHCR. The present paper thus structures the analysis around the policies related to the prevention of new cases of statelessness from emerging, and to the identification and protection of stateless persons. In these areas subject-matter uncertainty may be resolved with tangible harmonised measures.

Prior to analysing the cases of the selected Member States, the paper first describes the international legal framework and the EU’s place in it, including the judicial developments that limited an absolute state discretion in nationality matters. After reviewing the policies of the chosen countries related to statelessness prevention, and to statelessness determination procedures, the paper concludes on the necessity to achieve the Sustainable Development Goals’ (SDG)

³ Statelessness Index, available at <https://index.statelessness.eu/>, accessed on 7-7-2020.

⁴ See Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), art. 3-6.

16.9 target to enable the ‘right to have rights’ defined by Hanna Arendt nearly seven decades ago.

2. Understanding statelessness in the context of forced migration.

The complexity of statelessness requires an interdisciplinary approach. Although international law provides a definition of a ‘stateless person’, there is no exhaustive formal definition of statelessness *per se*, as there is arguably no universal understanding of this phenomenon. Academic discussions highlight two major terms – *de jure* (by law) statelessness and *de facto* (by fact) statelessness.

A *de jure* stateless person, as defined in the United Nations Convention relating to the Status of Stateless Persons (hereinafter: 1954 Convention) stipulates that ‘the term “stateless person” means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law’. *De facto* statelessness is a wider concept, with an ambiguous definition because of the absence of a clear legal framework unifying its usage⁵. It may be described as an ‘ineffective citizenship’ – in cases when a person possesses a nationality⁶ of a state, but is not able to access protection of this state and resides outside of its borders. The context of forced migration sets the stage for both notions; however the paper focuses on *de jure* statelessness to avoid disproportionate conceptualization.

Paradoxically, just as in the case of nationality, statelessness can be both inherited and acquired. And as the opposite side of citizenship, statelessness is broadly perceived as a consequence, source or a catalyst of human rights violations. Stateless persons are not only deprived of freedom of movement, they usually cannot access healthcare or education, inherit or buy property, find official employment or register a marriage.

The main causes of statelessness include issues with nationality laws (gaps or discriminatory provisions⁷), geopolitical changes (shifting borders, state successions), migration-related outcomes (conflicting principles of citizenship acquisition⁸, issues arising from problems with birth registration) and deprivation of citizenship (denationalisation).

⁵ J. Tucker, *Questioning de facto Statelessness by Looking at de facto Citizenship*, in 19 *Tilburg Law Review* 1-2, 277 (2014).

⁶ Terminological differences between ‘citizenship’ and ‘nationality’ are widely discussed (cf. B. Manby, *Citizenship in Africa The Law of Belonging*, Oxford, 2018; O. Vonk, *Dual nationality in the European Union : a study on changing norms in public and private international law and in the municipal laws of four EU member states*, Leiden, 2012). While acknowledging the complexity of this deliberation, the subject matter discussed in the present paper does not allow for a detailed examination, thus, both notions would be used interchangeably.

⁷ For example, gender-based discriminatory provisions in 25 countries that do not allow women to transfer nationality to their children, see: UNHCR, *Background note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness 2019*, 2, available at www.refworld.org/pdfid/5c8120847.pdf accessed on 7-7-2020.

⁸ *Jus soli* (‘right of the soil’) and *jus sanguinis* (‘right of blood’) are the principles of citizenship acquisition in different jurisdictions. In cases when a child born in the country with *jus sanguinis* principle from parents who are citizens (or non-citizens) of *jus soli* jurisdictions, a risk of statelessness arises, as the citizenship is not granted automatically.

Each of the above-mentioned causes may be relevant in the context of forced migration, whether statelessness occurred before or after displacement. At the same time, the attempts to measure the size of the stateless population traditionally lead to a dichotomous division: *in situ* stateless and stateless migrants⁹. And whether addressing statelessness within the former category is ‘superficially’ subjected to improving legislation of the country in question as to allow for nationalisation of its endemic stateless persons, the latter is perceived as a greater challenge, coming from external countries. Both of them, however, represent a grave human rights violation that should be addressed at all possible levels.

A historical analysis of the development of the UNHCR mandate to address statelessness may indicate that those two categories are interlinked, despite the apparent differences in possible policy responses. In the last century, dual nationality was regarded as an equally negative phenomenon as statelessness¹⁰, with the development in human rights law the former became increasingly tolerated¹¹, whereas the latter, being a violation of a human right to a nationality, gained a greater degree of attention. In 1995, nearly four decades after the adoption of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness (hereinafter 1961 Convention), UNHCR assumed its global mandate to address statelessness. This did not happen during the Cold War, however the reluctance of the international community to confer a global mandate to UNHCR diminished due to emergence of statelessness cases in Eastern Europe¹². Thus, it may be concluded that a situation of *in situ* stateless population rather than a situation of stateless migrants became a trigger for the international community to provide UNHCR with a greater role in nationality-related issues.

Nearly two decades after assuming its global mandate, UNHCR issued the *Global Action Plan to End Statelessness*¹³. The document features ten actions to end statelessness, which may be divided among four main topics: resolving existing situations; preventing new ones, identifying and protecting stateless persons. Acknowledging the limitations of the scope of the paper deriving from the context of forced migration and the general topic of the special issue which reflects on the idea of governing through uncertainty, the further analysis focuses on the actions

⁹ Institute on Statelessness and Inclusion (ISI), The World Conference on Statelessness, Grand Challenge 5 Session, 26 – 28 June, the Hague, the Netherlands, available at www.institutesi.org/conference accessed on 7-7-2020.

¹⁰ See e.g. League of Nations, *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law*, 13 April 1930 in League of Nations, 179 Treaty Series 4137, 89, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html> accessed on 7-7-2020.

¹¹ O. Vonk, *Dual nationality in the European Union: a study on changing norms in public and private international law and in the municipal laws of four EU member states*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, 157.

¹² M. Seet, *The Origins of UNHCR's Global Mandate on Statelessness*, in 28 *International Journal of Refugee Law* 1, 23 (2016).

¹³ UNHCR, *Global Action Plan to End Statelessness*, 2014, available at www.unhcr.org/protection/statelessness/54621bf49/global-action-plan-end-statelessness-2014-2024.html accessed on 7-7-2020.

and possible policy responses related to prevention, identification and protection. The action concerning resolving statelessness relates mostly to *in situ* stateless population, as the goal of the action was defined in the document as ‘all major non-refugee stateless situations resolved’¹⁴.

By analysing compatibility of the accomplishments in addressing statelessness, it would be also possible to draw a parallel with the SDGs. One of the targets of Goal 16 aims at providing ‘legal identity for all, including birth registration’.

a. Legal framework.

Admittedly, determining individual statelessness is the mixed question of fact and law¹⁵. Institutional effectiveness, however, relies on clear guidelines and legal coherence, thus sociological, psychological and anthropological perspectives are not discussed in detail within the scope of this paper, in spite of their utmost importance in statelessness research.

Notwithstanding the fact that legal certainty is not the only component required to comprehensively address statelessness, a clear legal framework is indispensable to do so.

The main pillars in international law – the 1954 and 1961 Conventions contain the crucial provisions, however their impact is limited because of the low amount of countries that ratified them and because of the lack of monitoring mechanism to support their implementation¹⁶. The impact of regional instruments, such as the European Convention on Nationality (hereinafter ECN) or the Council of Europe Convention on the Avoidance of Statelessness in Relation to State Succession encounter the same limitations: a lack of enforcement mechanisms and a low number of ratifications. In spite of these obstacles, the Council of Europe contributed to the development of regional customary law, for example by advancing the principle of gender non-discrimination in citizenship laws¹⁷. Growing concern about the problem of statelessness and denial of nationality led the Member States of the African Union to the initiation of the *Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Specific Aspects of the Right to a Nationality and the Eradication of Statelessness in Africa*¹⁸.

¹⁴ *Ibidem*, 7.

¹⁵ B. Manby, *Citizenship in Africa The Law of Belonging*, Oxford, 2018, 20.

¹⁶ F. Costamagna, *Statelessness in the context of state succession*, in A. Annoni, S. Forliati (Eds), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London and New York, 2013, 39.

¹⁷ O. Vonk, *Dual nationality in the European Union: a study on changing norms in public and private international law and in the municipal laws of four EU member states*, Leiden, 2012, 90.

¹⁸ African Union, *Draft Protocol to the African Charter on Human And Peoples’ Rights on the Specific Aspects of the Right to a Nationality and the Eradication of Statelessness in Africa*, 2018, available at www.achpr.org/public/Document/file/English/draft_citizenship_protocol_en_sept2015_achpr.pdf, accessed on 7-7-2020.

The document is ambitious in many aspects¹⁹, however its impact would only be possible to evaluate upon implementation, which may encounter the same obstacles as the other regional instruments.

b. The EU context.

The potential role of the EU in addressing *de jure* statelessness seems marginal, as the competence on citizenship matters has not been conferred to the EU by its Member States. ‘There are no signs that the EU aspires to acquire competences in this field, but the call for minimum harmonization in the academic literature is becoming louder’²⁰.

With the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), there were few developments regarding EU citizenship. First established in the Treaty on European Union²¹, signed in Maastricht²² on 7 February 1992 (Official Journal C191, Vol.35, 1992), the citizenship of the European Union, with its rights and obligations failed to become a component of a dual citizenship²³ evolved into something that Kristīne Krūma described as ‘belonging beyond the state’²⁴. Judicial developments, starting from pre-EU citizenship period with *Micheletti* case²⁵ were continuously, but fragmentarily restricting the absolute state discretion in the nationality matters. Whereas in 1992 the European Court of Justice (ECJ) ruled that (...) ‘it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality’²⁶, nearly two decades after, in the *Rottmann* case²⁷, the ECJ ruled that modalities of

¹⁹ E.g. by widening a definition of statelessness: ‘stateless person’ means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law, including a person who is unable to establish a nationality; by potentially simplifying procedures by using ‘habitual residence’ instead of adopting the terms related to ‘legality of stay’, or ‘appropriate connection’ instead of ‘genuine link’.

²⁰ O. Vonk, *Dual nationality in the European Union: a study on changing norms in public and private international law and in the municipal laws of four EU member states*, Leiden, 2012, 160–161.

²¹ Art. 17 EC began with the establishment of the Citizenship of the Union, which was followed by its definition. In the current wording (art. 9 TEU), which begins with the EU obligation to observe principle of equality of its citizens, it is defined as follows: “Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship”.

²² The Maastricht Treaty of 7 February 1992, *Official Journal* C191, vol. 35, 1992.

²³ Art. 5 of the preliminary draft Constitutional Treaty, drawn up by the Presidium (CONV 369/02, Brussels, 28 October 2002 OR.fr) defined Union citizenship as ‘every citizen of a Member State is a citizen of the Union; enjoys dual citizenship, national citizenship and European citizenship; and is free to use either, as he or she chooses; with the rights and duties attaching to each’ (cf. H. Van Eijken, *European Citizenship and the Competence of Member States to Grant and to Withdraw the Nationality of Their Nationals*, *Merkourios*, 27 *Utrecht Journal of International and European Law* 72, 66 [2010])

²⁴ K. Krūma, *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status An Ongoing Challenge*, Leiden, 2014, 412.

²⁵ ECJ, 7-7-1992, C-369/90, *Micheletti and Others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*.

²⁶ Case C-369/90, para 10.

²⁷ EJEU, 2-3-2010, C-135/08, *Rottmann*.

de-naturalisation that may put a person at risk of loss of EU citizenship and statelessness ‘falls, by reason of its nature and its consequences, within the ambit of European Union law’²⁸. In 2017, in the case *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*²⁹, the CJEU ruled on the application of the provision related to stateless minors, and opted for teleological interpretation. Two years later, with the *Tjebbes* case³⁰, the CJEU had another opportunity to pronounce in nationality matters. The latter case has not resurrected the concept of independence of EU citizenship from the national citizenship, which was buried in the early stages of the EU Constitution project. However, the fact that yet another example contributed to the EU case law on nationality matters, may be relevant in statelessness matters with further juridical developments. Arguably, the case *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* might become acknowledged as one of the landmark cases related to statelessness in the context of forced migration.

Within the broader context of international law, the EU had several attempts to show its involvement in addressing statelessness. The pledge, made by the EU Delegation to the United Nations in 2012³¹, included an entire paragraph (out of four in the section on ‘strengthening the rule of law at the international level’) dedicated to addressing the issue of statelessness. Interestingly enough, the formulation used in the document – ‘the European Union and its Member States’ – implies that the question concerned shared competences, otherwise it would have been formulated in a different manner (‘the European Union’ in the domain of EU exclusive competences and the ‘Member States of the European Union’ for the domains that do not fall under EU competences). Three years later, the pledge has been referred to in the Council conclusions³². The promise by the ‘EU Member States which have not yet done so’ to ratify the 1954 Convention and to consider the ratification of the 1961 Convention was recalled in the Council document. The *note verbale* and the Council conclusions – both non-legally binding documents, have not produced immediate results. As of mid-2020, among the EU Member States, there were only 20 ratifications of the 1961 Convention and 24 ratifications of the 1954 Convention (whereas Cyprus, Estonia and Poland have not acceded to it³³). Nevertheless, several practical implications occurred, such as transforming the already existing

²⁸ C-135/08, para 42

²⁹ EJEU, 12-4-2018, C-550/16, *A and S*.

³⁰ EJEU, 12-3-2019, C-221/17, *Tjebbes and Others*.

³¹ Delegation of the European Union to the United Nations, *Pledge registration form of the European Union and its Member States*, New York, 19 September, 2012, 3, available at www.un.org/ruleoflaw/files/Pledges%20by%20the%20European%20Union.pdf, accessed 7-7-2020.

³² Press release 893/15: Conclusions on statelessness adopted by the Council and the Representatives of the Governments of the member states, 2015, available at www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/04-council-adopts-conclusions-on-statelessness/, accessed 7-7-2020.

³³ Noteworthy is the fact that Malta accessed the treaty in 2019, while the United Kingdom has withdrawn from the European Union, thus leaving the number of EU Member States – parties to the 1954 Convention unchanged.

European Migration Network into a platform to exchange best practices between the Member States related to *i.a.* statelessness determination procedures, followed by two comprehensive publications on the matter.

A study commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs at the request of the LIBE Committee³⁴ outlined the major possible legal basis for EU action in the field of statelessness. Within three different (joint) provisions of TFEU³⁵, two of them may be applicable in the context of forced migration. The study pointed to art. 78 TFEU, which determines the procedure for adopting legislation in the field of common policy on asylum, subsidiary and temporary protection, and art. 79 TFEU, which allows the EU to legislate on the EU immigration policy. Legal basis to legislate on identification and protection of stateless persons was found in art. 67(2) TFEU, and art. 352 TFEU could be relied on as an additional legal basis. Recommendations to initiate a European Union directive on statelessness determination procedures, however, did not result in any visible action as of mid-2020.

Furthermore, according to art. 205 TFEU, EU external action should be guided by the principles laid down in art. 21 TEU that include 'the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter of 1945 and international law', thus, statelessness matters, as a considerable human rights concern, might be included in the EU's external agenda.

The focus of the paper is, however, on the domestic scene, which requires a closer look to the situation in the Member States.

3. Comparative observations in selected Member States.

In order to assess the (in)coherence between the EU Member States and to identify policy gaps in addressing statelessness, it is indispensable to understand three layers of the subject: firstly, the international legal framework, *i.e.* adherence to relevant international and regional instruments, secondly, whether the relevant provisions were incorporated into national legislation, and thirdly, whether the allegedly implemented mechanisms work in practice.

Studying each state of the EU to give a detailed picture of the general situation would be excessive for the purposes of this paper. Moreover, limitations related to data availability create a significant obstacle. Nevertheless, a comparison of more than two countries may already give an indication whether statelessness-

³⁴ European Parliament, DG for Internal Policies, Policy Department Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Practices and Approaches in the EU States to Prevent and End Statelessness*, G-R. De Groot, K. Swider, O. Vonk, study for LIBE Committee, 2015, available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536476/IPOL_STU\(2015\)536476_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536476/IPOL_STU(2015)536476_EN.pdf), accessed 7-7-2020.

³⁵ *Ibidem*, 54.

related policies are coherent across the EU. Relying on data, available through the instrument created by the European Network on Statelessness (INS), namely Statelessness Index (hereinafter SI) as of mid-2020, the paper compares the main instruments related to addressing statelessness (and their implementation) in four countries. Within the forced migration context, the main thematic areas selected from UNHCR's *Global Action Plan* relate to the prevention of new cases of statelessness and the identification and protection of stateless population. Diversity of legislation (or gaps in legislation) complicates the comparison of countries, thus countries with a similar (lack of) statelessness determination procedures would point out to the main challengers better than the ones with different legislation and practices. Germany, Hungary, Italy and Poland were also chosen because of their significance as transit or destination countries notably after the beginning of the Syrian Civil War which caused mass displacement through *i.a.* the Eastern Mediterranean route from 2011 onwards. Prior to the outbreak of the conflict, Syria (being also one of the 25 countries with gender-based discriminatory provisions in its nationality laws) had more than 800,000 stateless individuals residing at its territory composed mainly of Kurds from the Hassaka Governorate and stateless Palestinian refugees³⁶.

During the Ministerial Intergovernmental Event on Refugees and Stateless Persons in 2011, Hungary was the most 'generous' in pledges concerning (legislative) steps to address statelessness (UNHCR, 2012, p.81), while the pledges of Germany did not concern the issue of statelessness *per se*³⁷, and Italy and Poland did not make any pledge on the occasion of the UNHCR ministerial meeting in question. The European Union stated its commitment 'to support UNHCR efforts and to prevent and end statelessness in compliance with the principles of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness'³⁸. Nearly a decade later, the four EU Member States exposed differences in their approach to the issue of statelessness.

a. International and regional instruments.

As of mid-2020 and considering the 1954 and 1961 Conventions as a starting point, Germany, Italy and Hungary were parties to both of them, while Poland was not a State Party to either. As to the regional instruments, the only relevant document in question which was signed, but not ratified by Poland, was the ECN. According to the SI, Germany retained two reservations to 1954 Convention

³⁶ Institute of Statelessness and Inclusion, European Network on Statelessness, SteunpuntVluchtelingen (ASKV), *From Syria to Europe: Experiences of Stateless Kurds and Palestinian Refugees from Syria Seeking Protection in Europe*, 2019, 8, available at www.institutesi.org/resources/from-syria-to-europe-experiences-of-stateless-kurds/, accessed on 7-7-2020.

³⁷ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Ministerial Intergovernmental Event on Refugees and Stateless Persons - Pledges 2011*, October 2012, 85, available at: www.refworld.org/docid/50aca6112.html, accessed on 7-7-2020.

³⁸ *Ibidem*, 70.

related to administrative measures (identity papers) and social welfare. Italy and Hungary, in turn, did not have any significant reservations to the main UN instruments. However as to the regional instruments, the former has signed, but not ratified the ECN, whereas the latter had major reservations concerning the acquisition of Hungarian nationality. Germany, being a State Party to the ECN, kept significant reservations allowing for de-nationalisation.

Further analysis should be done through the prism of the adherence or lack of ratification of the relevant international and regional instruments, as the selected countries perform differently depending on their international commitments.

b. Prevention.

In the chosen Member States, across the elements possible to compare as to prevention of the new cases of statelessness to occur, the context of forced migration implies the following categories out of the wider selection available in the SI: stateless born on territory, foundlings, access to birth registration, late birth registration and reduction of the risk of statelessness.

A comparison between those categories in these four counties may suggest that the efforts to prevent statelessness and to reduce the risk of statelessness are mixed. The least ambiguous cases relate to the foundlings – in all four domestic legal systems foundlings acquire citizenship (with a minor reservation in Italy, which does not create an obstacle in practice of the application of law). The situation is different for stateless persons born on the territory of the respective countries, as only Italian law contains a possibility for a child of stateless parents or parents who cannot confer their nationality, to acquire citizenship at birth, and even that provision is not implemented automatically. Thus, legislation of all the four countries contains gaps that might allow for childhood statelessness.

The situation is even more aggravated concerning access to birth registration and late birth registration, where only Poland does not have legal obstacles or practical barriers in both cases. Access to sound birth registration procedures are crucial in preventing and eradicating statelessness. For instance in Germany, which is perceived as a destination country, in spite of procedural possibilities to obtain late birth registration, there are practical obstacles to accomplish it.

As regards to the reduction of the risk of statelessness, in all for countries there is no evidence of any government campaigns to promote civil birth registration.

The common feature between the selected countries is not only an absence of exhaustive legal mechanisms that would allow for full prevention of the statelessness cases and reduction of the risk of statelessness, but also in case of the existence of such procedural safeguards, their application might encounter obstacles.

c. Identification and protection.

In the context of forced migration, given the low rate of adherence to the main international instruments on statelessness, protection of stateless individuals may happen the framework of the provisions in national law deriving from transposition of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (hereinafter 1951 Convention). Even the definition of a refugee in the 1951 Convention contains a reference to statelessness: ‘(...) *who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it*’. Moreover, there are limitations of protection on the basis of the 1954 Convention, such as a lack of non-penalisation for unauthorised entry and lack of *non-refoulement*³⁹. However, the modalities of transposition of the 1951 Convention vary from country to country, and cannot fully address the peculiarity of a legal vacuum created by statelessness. Asylum procedures should not replace statelessness determination procedures, not only because the status of a stateless person does not necessarily derive from forced displacement. The establishment of a statelessness status might be decisive in asylum procedure and in what might come after: from family reunification to potential return.

Hungary and Italy both have statelessness determination procedures. In case of the former, it derives out of secondary law, but is narrower than in the 1954 Convention. In case of the latter, it is based on the direct effect of the 1954 Convention, which has, however, a vague implementation in practice. Protection during the procedure is highly limited in Hungary and inconsistently applied in Italy. Access to citizenship for recognised stateless individuals, despite the reduction of years prior to naturalisation, retains considerable practical obstacles.

In Germany and Poland, where there is no statelessness determination procedure as such, protection is limited. Although the definition of a stateless person in German law is in line with the 1954 Convention (as opposed to Poland, where there is no definition of a stateless person in the law), in the both countries a ‘tolerated stay’ is the maximum level of protection, which enables access to a right to work, social assistance and healthcare in Poland, and basic assistance and restricted employment in Germany.

d. Sustainable Development Goal 16.9: ‘provide legal identity for all, including birth registration’.

The EU’s policies and actions supporting specific SDG 16 targets include both external and internal aspects. However contributions to the 16.9 target focus mainly on the former⁴⁰. A description of the general legal framework and of the

³⁹ cf. ISI, *op.cit.*, Grand Challenges 5: *Foster Informed Decisions and Actions*.

⁴⁰ The three main components include European neighbourhood instrument, Instrument for pre-accession assistance (IPA II) and Integration of non-EU nationals (cf. European

EU's competences in the field allows for the identification of the reasons of that approach. A comparative analysis of a selection of EU Member States' legislation results in a nuanced understanding of the fragmentation of the system across several policies, from the prevention of new statelessness cases to the identification and protection of stateless persons.

Regardless of the interpretation of the concept of 'legal identity' and its components, there is already a clear diversity in the practices related to birth registration in the selected Member States. As the above comparison has shown, not only the (lack of) adherence to key international instruments differs across the countries, but also the practical obstacles in obtaining legal status, even if it concerns a status of a *de jure* stateless person, should be taken into consideration while assessing the access to legal identity.

Providing legal identity would be a first step, or even the main step to grant the 'right to have rights' to the ones who are stateless, and whose numbers are growing.

4. Conclusion.

Statelessness remains a hidden phenomenon among the challenges caused by forced displacement. International recognition of the necessity to address this legal vacuum led to the adoption of instruments that have, however, a limited impact. The 1954 and 1961 Conventions have not been ratified by a significant amount of the countries, including by several EU Member States.

Given the apparent lack of competence in Member States' nationality matters, the role of the EU in addressing statelessness in the context of forced migration seems to be negligible. This impuissance is not constant: not only has the CJEU pronounced on a number of cases related to citizenship, therefore restricting absolute state discretion in the matter, there are also provisions in the Treaties related to immigration and asylum that might serve as a legal basis for the EU involvement in statelessness issues.

Considering the context of forced migration, a comparative analysis of the legal framework and practice related to prevention of new causes of statelessness and identification and protection of stateless persons in four selected Member States showed a lack of coherence in addressing statelessness in the EU. The case studies of Germany, Italy, Hungary and Poland illustrated gaps in the legislative framework related to statelessness. Imperfect legislation combined with an inconsistent application of the law may imply a possibility of being born stateless in the 'area of freedom, security and justice'. A lack of harmonized statelessness determination procedures allows for incoherence in the identification of statelessness and further obstacles in the protection of stateless persons. Even without thorough conceptualisation of 'uncertainty', entire matter reflects

Commission, Sustainable Development Goals), therefore only the latter refers to internal measures.

ambiguity of statelessness in the context of forced migration. The paper shows that the lack of nationality matters in the ‘competence catalogue’ does not and should not prevent the EU from governance in statelessness-related fields.

In order to follow the commitments made on the international level (including the pledges to the UN and willingness to contribute to achievement of the SDGs), the action is indispensable from the side of both the EU and its Member States. The former, having a transparent legal basis to initiate relevant legislation, should aim at addressing incoherence on the policy level. The Member States should put in place, or improve statelessness determination procedures in order to change the issues arising from invisibility of the problem and to guarantee sufficient level of protection to both *in situ* stateless population and to stateless migrants. Securing legal certainty for *de jure* stateless individuals, even if provided by a well-defined status of a stateless person, allows for an increase in human rights standards for those who are invisible.

Oleksandra Zmiyenko
EU International Relations and Diplomacy Studies Department
College of Europe
oleksandra.zmiyenko@coleurope.eu

“Flexible” cooperation between the European Union and third countries to contain migration flows and the uncertainties of “compensation measures”: the case of the resettlement of refugees in EU Member States

di Sara Poli

Abstract: This piece focuses on the sets of measures designed by the EU to counterbalance the containment strategy resulting from informal cooperation with third countries of origin or transit of migrants/asylum seekers. In particular, attention is drawn to the resettlement programmes and the EU-Turkey statement and to the various initiatives taken by the EU to support the return of people held in detention centres in Libya. The aim of the study is to examine if these measures provide legal certainty to asylum applicants and migrants who are the target of the EU efforts. The answer is negative as far as the resettlement programmes are concerned. This undermines the qualification of the EU as a trusted partner for international organisations active in the area of migration/refugee protection. It is claimed that the EU, which favoured an increase of resettlement targets by Member States between 2015 and 2018, should do more to address the implementation deficits of the resettlement programmes. Making the disbursement of EU funds conditional upon cooperation in the area of the resettlement of asylum seekers is one of the measures that could be adopted to increase legal certainty for the beneficiaries of the resettlement schemes. Yet, the Commission has confined itself to proposing the setting up of a stable Union resettlement scheme which continues to be voluntary in its recent proposals of reform known as the “Pact on Migration and Asylum”. As a result, some Member States will continue to modestly contribute to resettlement efforts.

5272

Keywords: EU external relations; informal agreements; European Asylum Policy; refugees; resettlement programmes

1. Introduction.

In the last five years, the EU has sought to prevent “illegal immigration”, comprising potential beneficiaries of international protection¹ and economic

* This Article is published in the framework of the research project (PRA) 2018-2020 “Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell’epoca transnazionale”, funded by the University of Pisa. The research at the basis of this article was presented at the Conference, “Unpacking the challenges and possibilities of migration governance”, Cambridge, 17-19 October 2019. Part of this research led to the publication of *The Integration of Migration Concerns into EU External Policies: Instruments, Techniques and Legal Problems*, in *European papers* 71 2020. Section II of this piece partially draws on this publication. Special thanks go to Daniela Vitiello. The usual disclaimer applies.

migrants, coming from land and sea routes; at the same time, in an effort to counterbalance this “containment strategy”, the EU has also organised various resettlement programmes² – which can be considered “compensatory measures³” – in close cooperation with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Organization for Migration (IOM)⁴.

There were two driving forces of the various initiatives, announced in the European Agenda on Migration of May 2015⁵: on the one hand, there was a need to stem the migration pressure on the EU Member States, while saving the lives

¹ In the EU legal context, this notion includes persons who have been granted the status of refugees or subsidiary protection status. See Article 2(b) of Directive 2011/95/EU, of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, OJ [2011] L 337/9.

² “Resettlement” is defined as the “process whereby, on a request from the United Nations High Commissioner for Refugees (‘UNHCR’) based on a person’s need for international protection, third-country nationals are transferred from a third country and established in a Member State where they are permitted to reside with one of the following statuses: (i) ‘refugee status’ within the meaning of point (e) of Article 2 of Directive 2011/95/EU; (ii) ‘subsidiary protection status’ within the meaning of point (g) of Article 2 of Directive 2011/95/EU; or (iii) any other status which offers similar rights and benefits under national and Union law as those referred to in points (i) and (ii)”. See Art. 2 a) of Regulation 516/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 establishing the Asylum, Migration and Integration Fund, amending Council Decision 2008/381/EC and repealing Decisions No 573/2007/EC and No 575/2007/EC of the European Parliament and of the Council and Council Decision 2007/435/EC, OJ [2014] L150/168. For the UNHCR’s definition see *Resettlement Handbook*, 2011, 416. The beneficiaries of the UNHCR resettlement programmes are usually persons who enjoy the status of refugee but other categories of beneficiaries may be included. See S. Marinai, *L’Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Dir. pubb.*, 2020, 57-77. The various Commission’s recommendations, adopting resettlement plans, did not specifically identified the beneficiaries but referred for this task to the UNHCR. See section III. 1.

³ On the logic of compensation for the containment strategy see C. Favilli, *Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*, in *Questione Giustizia*, 2020, 143 and 151.

⁴ This is a subsidiary organ of the UN general Assembly and has the primary responsibility in managing refugees and persons in need of international protection. The IOM, which is an intergovernmental organisation created in 1951 as the UNHCR, is concerned with the “organised transfer of migrants” in specific circumstances (Art. 1a of the IOM Constitution available at www.iom.int/constitution) but also with “organized transfer of refugees, displaced persons and other individuals in need of international migration services for whom arrangements may be made between the Organization and the States concerned, including those States undertaking to receive them” (Art. 1b). There is a certain overlap between the activities of the two organizations. On the difficulties of identifying the respective fields of competence and the efforts made in a joint letter signed by the two organizations in January 2019, see S. Moretti *Between refugee protection and migration management: the quest for coordination between UNHCR and IOM in the Asia-Pacific region*, in *Third World Quarterly*, 11 July 2020.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions - A European agenda on migration, COM (2015) 240.

of people attempting to cross the Mediterranean Sea⁶ to reach the EU⁷ with the aid of smugglers. On the other hand, the EU wished to support refugees in the context of its Common European Asylum System (CEAS) on the basis of humanitarian concerns.

The outcome of the mentioned two-pronged strategy is that the EU has managed to reduce migration flows and has thus indirectly contributed to saving the lives of people attempting to reach Italy, Greece and Malta⁸. However, having acted with determination to contain the flows, and, given the territorial nature of the right to asylum⁹, the effective implementation of the commitments to resettle refugees is necessary to provide a certain degree of certainty to the potential beneficiaries about their fate and also to achieve the objectives of the CEAS¹⁰. The aim of this essay is to check whether the persons in need of international protection can rely on the pledges made by the EU Member States in the context of the various voluntary resettlement programmes coordinated by the Commission after 2015 and, in general, on the EU's support, as a regional organisation which, in principle, is well placed to address problems related to movements of people coming from Africa.

This piece is divided into five sections: section 2 describes and comments on the overall objective of “containing the flows” through the development of informal cooperation with third countries of origin or transit of migrants/refugees. Next, the impact of the containment strategy on the position

⁶ The Central Mediterranean route is the deadliest: 9,492 people have died or are thought to be missing since 2015, according to IOM. See https://publications.iom.int/system/files/pdf/gmdac_data_briefing_series_issue3.pdf.

⁷ Rescued people come under the human right obligations of the rescuing State even if the vessels on which they boarded is located on the high sea. See for a well-known case concerning Italy, ECHR, G.Ch., *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 27765/09, 23-2-2012. For comments see I. Mann, *Maritime legal black holes: migration and rightlessness of international law*, in 29 *European Journal of International Law* 2, 347 and 356 (2018).

⁸ The death rate has fallen to 1283 in 2019 in the main Mediterranean route. See <https://www.iom.int/news/iom-mediterranean-arrivals-reach-110699-2019-deaths-reach-1283-world-deaths-fall>.

⁹ Asylum applicants cannot apply for asylum in one of the EU Member States when the applicant is outside their territories or when they are not under the control of the national authorities. It should be added that in the current stage of development of EU law, there are no uniform rules on the release of visa for these reasons. The current rules are laid down by the visa code (Regulation (EU) n. 610/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 (OJ [2013] L 182/1). Under its Art. 25, it is possible to apply for a visa with limited territorial validity on humanitarian grounds; however, in 2017 the Court of Justice, who had the chance to examine whether that provision of the visa code imposed legally binding obligations on Member States as far as the release of visa of short-term visa for humanitarian purposes is concerned, gave a negative answer. The Court excluded that this piece of legislation contains similar obligations and added that EU law does not regulate the issuance of long-term visas for humanitarian concerns. See CJEU, 7-32017, c-638/16 PPU, X and X, ECLI:EU:C:2017:173, para. 43-49. For critical comments, see A. Del Guercio, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 271 (2017).

¹⁰ On the EU asylum system see for all V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe*, Oxford, 2017.

of asylum seekers and on the protection of human rights of migrants is assessed in section 3. Here it is highlighted how participation in resettlement programmes is a necessary component of the European Asylum System. In section 3.1, the successes of the containment strategy are contrasted with the uncertainties due to the implementation deficits of the resettlement and relocation commitments. It is argued that refugees living in countries which were prioritised by the EU or were the beneficiaries of the relocation commitments are left in a situation of uncertainty that puts into question the qualification of the EU as a reliable partner for UNHCR or IOM. Section 3.2 focuses on cooperation with Libya and shows how people on board vessels on the high seas between Libya and Italy are uncertain about their fate and how limited the resettlement efforts have been with respect to migrants placed in the Libyan reception centres. Section 4 briefly examines how resettlement programmes were affected by the outbreak of the pandemic. The analysis carried out in the mentioned sections is complemented by the concluding remarks of section 5. Suggestions are made as to how the effectiveness of the resettlement programmes could be strengthened at the EU level in order to make the CEAS more credible; finally, short comments will be devoted to the set of measures proposed by the Commission in its Communication on a New Pact on Migration and Asylum¹¹ and the extent to which it is receptive of these suggestions.

2. The integration of migration concerns in EU external action through informal cooperation with third countries as a means to contain the flows.

Since 2015, the EU has extensively used its external powers to contain movements of migrants and asylum seekers as well as to prevent the smuggling of these persons and the loss of their lives at sea¹².

¹¹ For an overview of the proposed measures, see

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_1707#contains. Due to space constraints, it will not be possible to carry out an in-depth analysis of the Pact on Migration and Asylum.

¹² However, the use of external powers to address migration concerns is not new. In 1994 the Commission published a Communication in which it emphasised the need for a comprehensive approach to migration pressure that required a coordination of action in the field of foreign policy, trade policy, development cooperation and immigration and asylum policy by the Union and its Member States. See COM (94) 23 final, par. 50. Two years earlier, the European Council had adopted a declaration on principles governing external aspects of migration policy. For a more comprehensive overview of the external instruments used by the EU see P. Garcia Andrade, I. Martin, *EU cooperation with third countries in the field of migration*, in *Study for the LIBE Committee* (2015); P.J. Cardwell, *Tackling Europe's Migration 'Crisis' through Law and 'New Governance'*, in 9 *Global Policy* 1, 67-75 (2018); S. Carrera, J. Santos Vara, T. Strik, *The external dimension of the EU migration and asylum policies in times of crisis*, in S. Carrera, J. Santos Vara, T. Strik (Eds), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis - Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, 1; D. Vitiello, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3-4, 2016, 9-38.

Both unilateral and bilateral instruments were resorted to in order to achieve the mentioned objectives¹³. As to the former, a new military mission was deployed in the Mediterranean Sea to fight the smuggling of migrants and asylum seekers¹⁴. In addition, the mandate of existing missions, such as the EU CAP Sahel Niger, was widened to include the improvement of Niger's capacity to control and fight irregular migration and reduce the level of associated crime¹⁵. Nationals of both countries and also other third-country nationals cross Niger (or also Mali) in order to reach Libya and, from there, Italy. Trade incentives were further external instruments, deployed to support countries hosting large communities of refugees: the EU has agreed to relax the rules of origin for goods imported from Jordan in exchange for integrating Syrians in the job market¹⁶.

As to the bilateral instruments, forms of practical cooperation with third countries of origin or transit were actively sought by the EU and/or its Member States in order to stem the pressure from the different migration routes. These arrangements were second best with respect to readmission agreements which third countries are notoriously reluctant to sign¹⁷, and are not always effective in ensuring the swift implementation of returning decisions¹⁸. In its Communication

¹³ È opinione dell'autrice che le clausole migratorie inserite all'interno di varie categorie di accordi internazionali di cooperazione non possano essere annoverate tra gli strumenti della cooperazione esterna poiché, di solito, si limitano a dare vita ad obblighi generici di cooperazione nella gestione dell'immigrazione senza tuttavia far insorgere obblighi specifici, ad esempio in materia di riammissione.

¹⁴ See Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern

Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), OJ [2015] L 122/31. S. Marinai, *Interception and Rescue at Sea of Asylum Seekers in the Light of the New EU Legal Framework*, in 55 *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 901 (2016).

¹⁵ Art. 1 of Council Decision 2018/1247 of 18 September 2018 amending Decision 2012/392/CFSP on the European Union CSDP mission in Niger (EUCAP Sahel Niger), OJ [2018], L 235/7.

¹⁶ EU-Jordan Association Council, Decision n. 1/2016 of the EU-Jordan Association Committee of 19 July 2016 (2016), OJ [2016] L 233/6. For detailed analysis of the Jordan Compact see A. Al-Mahaidi *Securing economic livelihoods for Syrian refugees: the case for a human rights-based approach to the Jordan Compact*, in *The International Journal of Human Rights*, 15 May 2020, M. Panizzon, *Trade-for-Refugee Employment: Nexing for Deterrence or Development in the EU-Jordan Compact?*, in S. Carrera, L. den Hertog, M. Panizzon, D. Kostakopoulou (Eds), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2018, 244 f. See also S. Poli, *The Principle of Conditionality in the EU's Relations with Neighbours: its Evolution and Reconciliation with the Principle of Consistency*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3, 2018, 525, esp. 543-550.

¹⁷ J.P. Cassarino, *Informalising readmission agreements in the European Neighbourhood*, in *The International Spectator*, 179 (2007) and more recently, the same author published: *Informalizing EU Readmission Policy*, in A. Ripoll Servent, F. Trauner (Eds), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, 2018, 83.

¹⁸ According to the most recent data, the third countries with the highest number of nationals (over 10,000 per year) who were issued a return decision are Morocco, Ukraine, Albania, Afghanistan, Algeria, Iraq, Pakistan, Guinea, Mali, Tunisia, India and Nigeria. Commission, Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration, COM (2019) 481, 16 October 2019, 15.

of June 2016 on the new partnership framework¹⁹, it is clear that the legal form of cooperation with countries of origin or transit of migrants and asylum seekers in preventing migration flows is almost irrelevant. The Commission states that the EU and its Member States, acting in a coordinated manner, should agree with third countries on “comprehensive partnerships” named “Compacts”²⁰, designed to better manage migration in full respect of humanitarian and human rights obligations²¹. The short-term objectives of these instruments are to save lives – avoiding migrants and refugees taking dangerous journeys – and to increase the rate of return of migrants to countries of origin and transit. The European Council has backed the Commission’s strategy described in the new partnership framework²². Although the EU has traditionally not only relied on legally binding readmission agreements²³ to cooperate with third countries of origin or transit of third-country nationals but also on informal instruments such as policy dialogues, CAMMs²⁴ and mobility partnerships²⁵, in recent years, the informal cooperation has become an established and probably irreversible phenomenon. In substance, flexible cooperation with third countries, which excludes any form of democratic oversight, was intended to lead “to equivalent results in terms of cooperation on actual returns²⁶.” The opening of legal channels of migration was one of the quid

¹⁹ Communication of 7 June 2016 from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, COM (2016) 385.

²⁰ See Italian Non-Paper – Migration Compact. Contribution to an EU Strategy for External Action on Migration, 15.4.2016. D. Vitiello, *Il contributo dell’Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa dei rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2018, 21. In the first report on the implementation of the partnership framework, Compacts were better defined. In essence, they are instruments of political nature used by the Member States and the EU to “deliver targets and joint commitments” on the basis of an operational cooperation with a third country. Commission, First Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, COM (2016) 700, 18 October 2016, 3. These instruments avoid the need of agreeing on readmission agreements. According to the Commission, the Compact approach “avoids the risk that concrete delivery is held up by technical negotiations for a fully-fledged formal agreement”. *Ibidem*, 3. Compacts operate by financially supporting the readmitting countries and the communities that would have reintegrated those who are returned. *Ibidem*, 7.

²¹ COM (2016) 385, cit., 6.

²² See the conclusions of the European Council of 28th June 2016, EUCO 26/16, 1-2.

²³ Until 2016 there were only 17 EU-wide agreements. For a full list of agreements see E. Carli, *EU readmission agreements as tools for fighting irregular migration: an appraisal twenty years on from the Tampere European Council*, in *Freedom, security and Justice*, 13-14 (2019).

²⁴ For a full list of high-level dialogues existing at the time the Communication on the new partnership framework was adopted, see annex II of COM (2016) 385, cit.

²⁵ S. Poli, C. Cinelli, *Mobility and Legal Migration in the Context of the European Neighbourhood Policy: What Role for the European Union?*, in 55 *Revista Española de Derecho Comunitario*, 977, 984-987 (2017).

²⁶ Fifth Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration, COM (2017) 471, 6 September 2017, 3.

pro quos for this cooperation, as suggested by the Commission²⁷. However, it has not materialised so far.

The first example of informal cooperation was the so-called EU-Turkey statement of March 2016²⁸, concluded by Member States' governments²⁹ with the mentioned third country, in the margins of a meeting of the European Council. This instrument was conceived in a situation of emergency; yet, its effects were prolonged after the end of the crisis given its success in reducing the flows³⁰. The mentioned Declaration spearheaded further forms of "practical arrangements" to manage the EU migration challenges and, as of 2016, the use of flexible instruments, aimed at preventing uncontrolled movements of peoples and/or ensuring the readmission of irregular migrants, was generalised. As a result, legal disputes on who is competent between the EU and its Member States to engage in legally binding commitments with third countries in the field of readmission³¹ have lost most of their importance.

In October 2016³² the Commission listed five priority countries for cooperation³³, some of which had already agreed Common Agendas on Migration

²⁷ COM (2016) 700, cit., 3.

²⁸ See for the text www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/. For a recent comment, see H. Kaya, *The EU-Turkey Statement on Refugees Assessing Its Impact on Fundamental Rights*, London, 2020. V. Zambrano, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice* 1, 2019, 127-129.

²⁹ CJEU, 28-2-2017, T-192/16, *NF v. European Council*, EU:T:2017:128; 28-2-2017, T-193/16, *NG v European Council*, EU:T:2017:129 and 28-2-2017, T-257/16, *NM v European Council*, EU:T:2017:130.

³⁰ This statement, which is associated to the Facility for refugees, is overall considered an effective instrument since it had led to a substantial decrease of the number of illegal crossings from Turkey. See Commission, Fourth Annual Report on the Facility for Refugees in Turkey, COM (2020) 162, 30 April 2020, 4.

³¹ The EU has an explicit competence in this area under Art. 79(3) TFEU; however, the competence in the area of freedom, security and justice is shared with the Member States, under Art. 4(2)j of the TFEU. This implies that Member States may continue to conclude readmission agreements until the negotiation for an EU-wide agreement has not started. For a discussion on this topic, see F. Casolari, *L'interazione degli accordi internazionali dell'Unione europea e accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto all'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1 2018.

³² COM (2016) 700, cit., 3.

³³ Niger is a key transit country, Nigeria and Senegal are countries of origin of migration, Mali and Ethiopia are both countries of origin and transit of migrants (and of refugees in the case of Ethiopia).

and Mobility (CAMMs)³⁴. These are Niger, Nigeria, Senegal, Mali and Ethiopia³⁵. Cooperation with Asian countries, such as Afghanistan, was also considered of “high importance³⁶.”

While no readmission agreements were concluded with the priority countries³⁷, six “readmission arrangements” have been made with some of them (Afghanistan, Guinea, Bangladesh, Ethiopia, Gambia, Côte d’Ivoire)³⁸ since 2016. A number of non-legally binding initiatives were also taken with respect to non-priority countries, such as Afghanistan³⁹ and Bangladesh⁴⁰. Considering that the

³⁴ The Agendas are the most recent political instruments intended to help third countries, including by providing financial support, to better manage their borders and prevent migrations flows. They also have a humanitarian objective which is to prevent the human trafficking and people smuggling. At the time the Communication on the new partnership framework was adopted, Nigeria (see COM (2016) 700, cit., 7) but also Ethiopia and Niger agreed CAMMs, aside the Valletta Summit. See European Commission press release, IP/15/6050, 23 September 2015. For the texts of the CAMMs with Nigeria and Ethiopia see https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration_en. See also Mali-EU Joint Communiqué on the High Level Dialogue on Migration of April 2016 and Joint Communiqué on the High-Level Dialogue on Migration of 16 April 2016 in Côte d’Ivoire, available at: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/5178/joint-communicu-on-the-high-leveldialogue-on-migration-of-16-april-2016-in-cte-divoire_en.

³⁵ COM (2016) 385, cit., 16.

³⁶ COM (2016) 700, cit., 11.

³⁷ COM (2016) 700, cit., 7. However, the negotiation of such an EU-wide readmission agreement is ongoing with Nigeria since October 2016.

³⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council managing migration in all its aspects: progress under the European agenda on migration, COM (2018) 798, 4 December 2018, p. 9. For further details, see E. Temprano Arroyo, *Using EU aid to address the root causes of migration and refugees flows*, European University Institute, 77 (2019).

³⁹ See the EU-Afghanistan “*Joint Way Forward on migration issues*” of 2 October 2016, available at https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en. For comments on this instrument see C. Warin and Z. Zhekova, *The Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU: EU external policy and the recourse to non-binding law*, in *Cambridge International Law Journal*, 143 (2017). In the partnership and cooperation agreement concluded by the EU with this country in 2017 there is a migration clause that sets the framework to conclude a readmission agreement. See Art. 28 (4) Cooperation Agreement on Partnership and Development between the European Union and its Member States, of the one part, and the Islamic Republic of Afghanistan, of the other part, GU [2017] L 67/3. However, so far, no readmission agreements were concluded.

⁴⁰ See EU-Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay”, included in Annex 1 to Commission Decision of 8 September 2017 on the signature of the EU-Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay”, on file with the author and not accessible to the public. The SOP is inspired by similar principles than the Joint way forward with Afghanistan. They were laid down to support the EU Member States bilateral relations with Bangladesh: these procedures, which do not create rights or obligations for the Parties, are intended to ensure the smooth and dignified and orderly return of Bangladeshi nationals who have no legal basis to stay in the territory of the requesting country and do not hold a valid travel document. The SOP with Bangladesh is based on a cooperation between the administrative authorities of the EU Member States and the

cooperation is informal, it is difficult to map out the practical arrangements and to know their content. It is also unclear why Mali and Niger are not mentioned on the list; it may be inferred that no practical arrangements were agreed. Yet, as we shall see in section 3.2, Niger is cooperating with UNHCR to address the problems of persons held in detention centres in Libya, which is the crossroads for asylum seekers and migrants to Italy.

Five years after the Agenda on Migration⁴¹, the EU's action has proved to be quite effective in terms of detection of illegal border-crossings. Indeed, in 2019 the number of detected persons fell to its lowest level since 2013. In particular, the Central Mediterranean recorded its lowest yearly number of irregular migrants since before the Arab Spring⁴². In contrast with the previous trend, in the reference year there was continuously mounting migratory pressure in the Western Balkans. Indeed, the Eastern Mediterranean route saw the highest total of detected illegal border-crossings since 2016. Compared with 2018, almost 27,000 more migrants on this route were reported by Greece, Cyprus and Bulgaria. Geographically, migratory pressure in 2019 was felt on the Eastern Aegean Sea and on Cyprus⁴³ due to the deficient implementation of the EU-Turkey statement, to which in March 2020 the EU reacted by rejecting the use of migration pressure for political purposes by the country led by Erdogan⁴⁴.

According to Frontex, the decrease in the total number of illegal entries in 2019, primarily due to fewer detections on the Western and Central Mediterranean routes, was essentially the result of “determined prevention efforts by Northern African countries”⁴⁵. This statement implies that the mentioned countries succeeded in securing border controls to such an extent that they favoured the pullback of migrants and asylum seekers. No mention is made of the costs of the containment efforts in terms of protection of human rights.

concerned third country and is facilitated by the EU. Although the intention of the parties is to exclude that the SOP create rights and obligations under international or EU law, the document lays down a number of specific commitments undertaken by the Parties to exchange information and documents within precise time limits. It is at least arguable that this document (and other of this kind) have legally binding effects. For more details see the points made by C. Molinari, *The EU and its perilous journey through the migration crisis: informalisation of the EU return policy and rule of law concerns*, in *European Law Review*, 824, spec. 835-836 (2019).

⁴¹ COM (2015) 240, cit.

⁴² Frontex, *Risk analysis for 2020*, p. 25, available at https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf.

⁴³ According to Frontex data, in 2019 on the Eastern Mediterranean route the increase in Afghans stood out, with their numbers increasing by 167% (in absolute numbers an increase of roughly 18 000 migrants). See *Ibidem*, 23.

⁴⁴ Statement of the EU foreign affair Council, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/06/statement-of-the-foreign-affairs-council-on-syria-and-turkey/>, 6th March 2020.

⁴⁵ Frontex, *Risk analysis for 2020*, cit. 22.

3. Resettlement programmes as a counterbalance to the “containment strategy”.

The satisfactory results in terms of containment of migration flows were achieved thanks to the so-called “externalisation of migration controls”⁴⁶ which, in turn, as we have seen, has made increasing use of flexible legal instruments.

Although the right of an individual to leave her/his country co-exists with the sovereign right to admit third country nationals, the mentioned set of informal instruments agreed by the EU with third countries can be questioned. Indeed, they facilitate the circumvention of the obligation of *non-re-foulement*⁴⁷: since they are set to keep migrants/refugees outside the EU external borders, they prevent an individual assessment of the circumstances of the concerned individuals who may qualify as refugees. In addition, informal cooperation enables EU Member States to return migrants to their country of origin or transit, and migrants’ right of access to justice to challenge the returning decisions may not be guaranteed⁴⁸. While the main driver of the EU in seeking cooperation with third countries of origin or transit is to contain migration flows, at the same time, since the EU promotes respect of human rights in its external relations and abides by the principle of *non-refoulement*⁴⁹, the EU institutions are compelled to act in order to help vulnerable migrants and/or potential asylum seekers who, as a result of “practical arrangements” with third countries such as Turkey, which is questionably defined as a “safe third country” for refugees, are prevented from reaching the EU borders. The same obligation applies in the context of EU-Libya relations. The EU’s support for this country in order to strengthen its statehood⁵⁰ should be coupled with the greatest possible support to potential asylum seekers and migrants stuck in the country.

⁴⁶ See for comments, D. Davitti, *Biopolitical borders and the state of exception in the European migration “crisis”*, in 29 *European Journal of International Law* 4, 1178 (2018); B. Frelick, I. M. Kysel, J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in 4 *Journal of Migration and Human Security* 4, 190 (2016); M. Di Filippo, *Fighting against irregular forms of migration: the poisonous fruits of the securitarian approach to cooperation with Mediterranean countries*, due to publication in F. Ippolito, F. Casolari, G. Borzoni (Eds), *Bilateral relations in the Mediterranean: prospects for migration issues*, Cheltenham; G. Papagianni, *Forging an External EU Migration Policy* in 15 *European Journal of Migration and Law* 3, 283 (2013).

⁴⁷ According to some scholars, “action that fosters the curtailment of the right to leave [...] such as EU-Turkey deal/EU-Libya MoU is incompatible with Article 2 Protocol 4 ECHR and may lead to responsibility on the part of the EU Member States for unjustifiable/disproportionate interference with the freedom to exit Turkey and/or Libya of (forced/voluntary) migrants”. V. Moreno-Lax, M.G. Giuffré, *The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows*, in S. Juss (ed), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, forthcoming.

⁴⁸ A. Spagnolo, *“We are tidying up”: The Global Compact on Migration and its Interaction with International Human Rights Law*, in www.ejiltalk.org/we-are-tidying-up-the-global-compact-on-migration-and-its-interaction-with-international-human-rights-law/.

⁴⁹ Art. 18 of the EU Charter of fundamental human rights.

⁵⁰ The Government of Serraj does not have effective control on all parts of its territory.

Both the Union and its Member States attach high importance to saving lives and to the principle of *non-refoulement* as well as to respect of human rights. This is indicated in a recent statement by the Commission in a strategy document on Africa in March 2020: “The protection of those in need, such as refugees, internally displaced persons and other vulnerable displaced persons should remain a common priority. The EU remains committed to helping African partners address refugee crises and find durable solutions for refugees in hosting countries. The EU should equally continue efforts to resettle persons in need of international protection to Europe”⁵¹.

Given that asylum seekers or persons entitled to international protection do not enjoy the right to choose the country of destination under international or EU law, for a credible and fair asylum system it is essential that the Union and its Member States fulfil their commitments to actually support these people, considering that their freedom of movement is restricted by third countries that cooperate with the EU in ensuring extraterritorial migration control. Given that Member States are reluctant to open legal channels of migration and considering that the resettlement needs for 2020 amounted to 1.4 million places and that Syrians, Sudanese and nationals of the Democratic Republic of Congo were the populations with the highest resettlement needs⁵², participation in resettlement programmes, in cooperation with UNHCR and IOM, offer the EU the opportunity to rebalance its containment strategy with pursuing the most important asylum objective, which is to protect refugees. A special international organisation such as the EU is expected to reach consensus amongst its constituent members as to the implementation of commitments undertaken in the context of multilateral resettlement efforts. This expectation may seem unfair given that EU Member States have actually exclusive competence to accept asylum seekers and persons entitled to international protection. Yet, the EU is competent in the area of border controls⁵³, and its added value for third countries, or international organisations working in the areas of migration/refugee management, lies in its potential role as a trusted partner to achieve common resettlement objectives. We know from UNHCR that there are fluctuations in resettlement places and that the EU could make a valuable contribution in reducing uncertainty. Providing a legal pathway to special categories of persons, protected under international law, as to their resettlement in EU Member States, offers certainty about their destiny to persons whose lives have been disrupted by conflicts or by widespread violence in their countries. Furthermore, it is a way to share with third countries the responsibility to host refugees and/or persons in need of international protection, which is also included in the 1951 Geneva Convention.

⁵¹ Commission/AR, Joint Communication to the Parliament and to the Council, Towards a comprehensive Strategy with Africa, JOIN(2020) 4 final, 9 March 2020.

⁵² UNHCR, Projected resettlement needs 2020, 10 available at: <https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5d1384047/projected-global-resettlement-needs-2020.html>.

⁵³ Art. 67 (2) and 77(2)c TFEU.

In the next two sections, we shall see whether the EU Member States have lived up to their resettlement pledges and the extent to which the Union has managed to be a reliable subject of international law for UNHCR/IOM in participating in resettlement programmes.

3.1. Uncertainties concerning the EU resettlement and relocation schemes of 2015–2016.

The EU Member States failed to fulfil a number of commitments assumed in the context of the common efforts to tackle the migration crisis of 2015 and consisting of agreeing to receive refugees and/or persons in need of international protection. We shall see that as a result of these implementation deficits, the beneficiaries of the envisaged measures were left in a situation of legal uncertainty as to their fate.

It is useful to sketch the different initiatives taken by the EU between 2015 and 2016 to respond to the situations of emergency, due to inflows of migrants/asylum seekers on Central and Eastern Mediterranean routes and at the borders with the Western Balkan States. In June 2015, the Commission recommended⁵⁴ the Member States to resettle 20,000 people in “clear need of international protection”⁵⁵ from priority countries (the Middle East, the Horn of Africa and Northern Africa), where the Regional Development and Protection Programmes were being implemented, within a period of two years. The number of places, which is determined on the basis of the UNHCR resettlement needs⁵⁶, is the first attempt to set up a common voluntary approach to resettlement on the basis of relocation quotas. The beneficiaries were refugees and other persons falling within the UNHCR submission categories⁵⁷. Criteria that distribute these persons amongst all Member States, depending mainly on their GDP and the size of the population, were identified in the Commission recommendation, on top of the financial support provided by the EU to resettling countries. The idea behind this scheme was that all Member States make a concrete contribution to the CEAS by accepting a limited pre-defined quota of refugees. The establishment of the temporary resettlement programme was proposed to enable asylum candidates from outside the EU asylum to have legal and orderly admission to the EU Member States; however, such a scheme also functioned to avoid secondary movements of refugees. The beneficiaries would have to be accepted by the receiving Member States which would have granted these persons the status of refugee or equivalent protection. At the time the recommendation was adopted,

⁵⁴ Commission Recommendation (EU) 2015/914 of 8 June 2015 on a European resettlement scheme, OJ [2015] L 148/32.

⁵⁵ See the definition of “resettlement” in para. 2 of Recommendation 2015/914, cit. It is not clear why the definition of the beneficiaries in the preamble is different from that in the text of the Decision.

⁵⁶ COM (2015) 240, cit., p. 4.

⁵⁷ For these specific categories see D. Perrine, F. McMamara, Know Reset Rr 2013/03, *Refugees Resettlement in the EU: between shared standards and diversity in legal and policy frames*, in *EUI RSCAS papers*, 18 (2013).

only 15 Member States had permanent resettlement programmes. The role of the Commission was therefore to stimulate all EU constituent members to share responsibility to resettle and adopt a common approach towards this important humanitarian instrument. On 20 July 2015, the decision was made by all Member States within the Council, except Hungary, to resettle about 22,504 people⁵⁸. The four Dublin associated States also took part in the scheme. The opposition of the mentioned EU country was a signal that a quota system, instead of a voluntary approach, as defined in the first ever proposal made by the Commission on a Union resettlement programme⁵⁹, was opposed by that country.

In roughly the same period, the so-called temporary relocation scheme was set up to the benefit of Greece and Italy through legally binding decisions⁶⁰ under Art. 78 (3) TFEU, in order to tackle a situation of emergency⁶¹. While the EU resettlement scheme was based on humanitarian considerations and complied with the principle of burden sharing, the relocation initiative was taken as an intra-EU solidarity measure with respect to the countries most exposed to the migration flows. Italy and Greece had received a high number of third-country nationals escaping wars or simply seeking a better life and were facing difficulties in managing the flows. As a result, the other EU Member States undertook to receive persons in “clear need of international protection” in order to alleviate the countries of first entry. A difference with the above-mentioned scheme was that the status of refugee was not predetermined. The beneficiaries were persons whose nationality fulfilled an average recognition rate for international protection of 75% or more. The idea was to relocate applicants for international protection who had good chances of qualifying as refugees⁶². These people would be transferred to the receiving EU countries, in derogation from the principles of the Dublin III

⁵⁸ See Conclusions of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on resettling through multilateral and national schemes 20,000 persons in clear need of international protection, Council document 11130/15. For critical comments on the temporary resettlement scheme, see D. Vitiello, *La dimensione esterna della politica europea*, in Savino (cur.) *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, 2017, Napoli, 303, spec. 310, 320-323 and in the same volume C. Favilli, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*, 279 f.2, spec. 287.

⁵⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the council on the establishment of a joint resettlement programme, COM (2009) 447 final, 2 September 2009.

⁶⁰ Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece (OJ [2015] L 239/146) and Council and Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece (as amended by Council Decision (EU) 2016/1754 of 29 September 2016), OJ [2015] L 239/146.

⁶¹ For comments see L. Marin, *Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 1, 2019, 55; M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2015, 33.

⁶² Art. 3 of Decision 2015/1601, cit.

Regulation⁶³, favouring the allocation of competence to examine applications for international protection from a third-country national or a stateless person to the countries of first entry⁶⁴. The Council had agreed to relocate an initial target of 160,000 persons, reduced in September 2015 to 120,000 (of whom 15,600 from Italy and 50,400 from Greece⁶⁵; the remaining 54,500 had to be transferred from the two Member States by 26 September 2016)⁶⁶. The legally binding Decision defining the mentioned commitments was adopted by a qualified majority, with Hungary, the Czech Republic, Slovakia and Romania voting against. An annulment action before the Court of Justice was unsuccessfully brought against the founding decisions of the relocation scheme⁶⁷.

A special resettlement scheme was also included in the EU-Turkey⁶⁸ statement of 18 March 2016 to respond to the influx of persons crossing the Aegean Sea from Turkey or seeking to cross the Western Balkan countries in order to head to Austria, Germany, Sweden and Norway.

On the basis of the agreed commitments in the mentioned Statement, one Syrian was to be resettled to EU Member States based on a voluntary humanitarian admission scheme⁶⁹, in exchange for Turkey's commitment to take back one Syrian who, after 20 March 2016, had crossed the Mediterranean to reach Greece. In principle, this "one-to-one scheme" enabled Syrians living in Turkey to be legally resettled in the EU, according to the vulnerability criteria defined by UNHCR, in an effort to support people whose lives have been disrupted by the conflict. The practical arrangement with Turkey was motivated by humanitarian and pragmatic considerations. The scheme included in this contested instrument was based on two principles which are not usually associated: conditionality and burden sharing (or solidarity) with Turkey considering its contribution to hosting high numbers of Syrians. The mechanism of 1:1 worked as long as the flows from

⁶³ Regulation (EU) n. 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), OJ [2013] L 180/31.

⁶⁴ Under Art. 3(2) of Regulation n. 604/2013, cit., the first Member State in which the application for international protection is lodged is responsible for its examination. This Member State is usually the country of first entry, unless other criteria to determine the competence as specified in chapter III of the mentioned Regulation, apply depending on the situation of the applicant.

⁶⁵ Art. 4.1a and b of Decision 2015/1601, cit.

⁶⁶ Art. 4.2 of Decision 2015/601, cit.

⁶⁷ EJEU, 6-9-2017, C-643/15 and C-647/15, *Slovakia and Hungary v Council*, ECLI:EU:C:2017:631.

⁶⁸ The concerned third country hosts about 3.5 millions who are registered as "Syrians under temporary protection".

⁶⁹ The Commission had recommended the setting up of a voluntary humanitarian admission scheme with Turkey in December 2015 for persons displaced by the conflict in Syria who are in need of international protection and were admitted to Turkey before 29th November 2015. The proposal to resettle had to come from the UNHCR. See Commission Recommendation of 15.12.2015 for a voluntary humanitarian admission scheme with Turkey, COM C(2015) 9490.

Turkey diminished under the logic of conditionality, otherwise the admission of Syrians could be suspended⁷⁰.

The EU-Turkey statement had a double effect on the resettlement and relocation schemes. As to the former, it was decided that the number of resettled Syrians from Turkey did not count against the target of 22,504 places, but Turkey was added to the list of priority countries⁷¹. As to the latter, in September 2016⁷², Member States were authorised to subtract from the number of applicants to be relocated the number of Syrians legally admitted to their territories from Turkey under national or multilateral resettlement schemes. The quota of re-allocated persons was 54,000, which is referred to in Decision 2015/601⁷³. These two changes deserve comment. It is understandable that, as a result of the pressure coming from the Eastern Mediterranean route, Turkey was added to the priority countries identified in July 2015; it is positive that the number of places of resettlement for Syrians from Turkey was additional to the 22,000 places decided by the Council⁷⁴ on 15 July 2015⁷⁵. As to the reduction of the relocation quotas, the Commission maintains that this is in part due to the success of the EU-Turkey statement in reducing the pressure on Greece⁷⁶. Indeed, in light of the decreased migration pressure, there was less need to relocate from this country. However, as we shall see later, notwithstanding the decrease in the number of persons to relocate, the actual amount of relocations by Member States was limited.

Coming to the target of 22,000 persons to resettle for the period 2015–2017, this was achieved in September 2017⁷⁷. Yet, this success is symbolic, considering the resettlement needs for the relevant period was estimated at 1.2 million places. In addition, not all EU Member States had fulfilled their resettlement pledges⁷⁸.

In October 2017, a new recommendation was adopted by the Commission to identify new resettlement commitments for 2017–2019. In July 2017, the Commission had invited Member States “to focus on at least limited resettlement

⁷⁰ See Art. 1(6) of Recommendation C(2015) 9490, cit.

⁷¹ As the Commission states: “While under the Conclusions of 20 July 2015 Member States have agreed on a rather broad spectrum of priority regions for resettlement, it is expected that following the EU-Turkey statement of 18 March 2016, most of the approximately 16,800 remaining places for resettlement in the framework of this scheme should take place from Turkey”. Second report on relocation and resettlement, COM (2016) 222, 12 April 2016, 7.

⁷² Council Decision (EU) 2016/1754 of 29 September 2016 amending Decision (EU) 2015/1601 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece, OJ [2016] L 268/82.

⁷³ The 54,000 places made available for legal admission constitute the currently non-allocated reserve for relocation under the existing Council Decision. COM (2016) 222, cit., 7.

⁷⁴ Conclusions of the representatives of the governments of Member States of 20 July 2015, supra n. 57.

⁷⁵ COM (2016) 222, cit., 7.

⁷⁶ Replies of the Commission to the special report of the European Court of Auditors asylum, relocation and returns of migrants: time to step up action to address disparities between objectives and results, COM (2019) 592, 4–5.

⁷⁷ Commission Recommendation (EU) 2017/1803 of 3 October 2017 on enhancing legal pathways for persons in need of international protection, OJ 2017, L 259/21, recital n. 7.

⁷⁸ Fifteenth Report on relocation and resettlement, COM (2017) 465, 6 September 2017, 7. In particular, Poland and Hungary had not made pledges to resettle.

of the most vulnerable people from Libya, Egypt, Niger, Ethiopia and Sudan” and the total number to be supported was at least 37,750⁷⁹. The EU Member States had pledged to resettle only about 14,000 persons. Considering the global resettlement needs mentioned above, the Commission recommended them to resettle 50,000 by 31 October 2019⁸⁰ in exchange for financial support (EUR 500 million). The beneficiaries of this resettlement programme continued to be refugees from Turkey, Lebanon and Jordan. However, in order to contribute to the stabilisation of the situation in the Central Mediterranean, persons in need of protection had to be resettled also “from Libya, Niger, Chad, Egypt, Ethiopia and Sudan, including by supporting the UNHCR's temporary mechanism for emergency evacuation of the most vulnerable groups of migrants from Libya⁸¹”. It is noteworthy that, in the meantime, France, Germany, Spain and Italy decided to compensate Chad and Niger for reducing the smuggling of migrants by undertaking to resettle special categories of persons: “people in need of international protection who are particularly vulnerable⁸².”

Despite the political pressure made by the Commission on national governments and the latter's endorsement of the targets, the pledges were only partially fulfilled. There were cases in which no resettlement was carried out, as in the case of Hungary and Poland which continued their policy of disengagement. This situation is unsatisfactory from the point of view of the beneficiaries of the resettlement policies and undermines the credibility and the fairness⁸³ of the European asylum system. One of the reasons advanced to explain the Member States' reluctance to contribute to the EU-coordinated resettlement efforts is that priority countries could not be chosen. For example, it is claimed that for Lithuania priority countries were those of the Eastern Partnership rather than the countries selected by the Commission⁸⁴. It is true that the Baltic countries, as well as Poland, Slovakia, Hungary and Romania, are exposed to flows coming from Ukraine or Belarus, which, for different reasons and at different times, have become unstable. Yet, this logic, which is State-centred, fails to appreciate what the needs of the EU as a whole are and shows little awareness and sensitivity with respect to the degree of instability and concerns coming from the Southern neighbours. Furthermore, this approach is not in line with the principle of loyal cooperation that Member States have with the EU institutions in the context of EU external relations. Further relevant factors that might have affected the fulfilment of the resettlement process are related to the preference towards resettling Christians rather than persons of other religious beliefs⁸⁵.

⁷⁹ *Ivi*, 8.

⁸⁰ Commission Recommendation 2017/1803, cit., point 1.

⁸¹ *Ivi*, point 3c).

⁸² *Ivi*, recital n. 19.

⁸³ Art. 67 (2) TFEU provides that a common policy on asylum, immigration and external border control is fair towards third-country nationals.

⁸⁴ L. Jakulevičienė, M. Bileišis, *EU refugee resettlement: key challenges of expanding the practice into new member states*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 93 and 109 (2016).

⁸⁵ *Ivi*, 108.

Related to the temporary relocation scheme, only 34,705 people⁸⁶ were actually relocated from the two Mediterranean countries in 22 Member States, including the EU-Schengen associated countries. The Commission argues that 96% of the persons eligible for relocation were actually relocated and therefore it considers that the implementation of the relocation decisions was successful⁸⁷. Yet, the fact remains that some Member States failed to deliver on their commitments in a blatant breach of the principles of loyal cooperation and solidarity. It is submitted that if the latter principle is applicable to ensure energy security⁸⁸, it should also fully apply to migration challenges, given that its legal basis is Art. 80 TFEU, which is included under chapter 2 of title V of the TFEU. In addition, Member States receive financial support from the Asylum, Migration and Integration Fund for resettling refugees⁸⁹. Yet, Poland (together with Hungary) did not relocate a single person⁹⁰. This has not only weakened mutual trust amongst Member States but has also shown the little interest, to use a euphemism, of these countries for a common approach to migration and refugee management. Solidarity with countries most exposed to flows cannot consist only of consenting to the EU's financial support to these countries⁹¹. Poland, Hungary and the Czech Republic were finally condemned by the Court of Justice for their failure to comply with the obligations under the temporary relocation scheme⁹². It is regrettable that the judgment was released only in April 2020, almost three years after the relocation decisions expired.

It is possible that the uncertainty for the receiving Member States as to the status of persons to be relocated (it was not sure that these persons qualified as refugees) may have led them not to make any effort to comply with the 2015 decisions. Be this as it may, in September 2017 the temporary relocation scheme expired and ever since only a small number of relocations, carried out on a voluntary and *ad hoc* basis⁹³, have actually been carried out. This is justified by the current level of inflows of migrants/asylum seekers in the EU, which, overall, is

⁸⁶ The precise re-location figures are the following: 21,999 from Greece and 12,706 from Italy.

⁸⁷ COM (2019) 592, cit., 13.

⁸⁸ Poland successfully invoked this principle before the General Court to challenge a Commission decision concerning the transmission of natural gas. See CJEU, 10-9-2019, T-883/16 *Poland v. Commission*, ECLI:EU:T:2019:567.

⁸⁹ See art. 17 of the Regulation 516/2014, cit.

⁹⁰ COM (2017) 465, cit., 3.

⁹¹ C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 361 and 374.

⁹² The Court of Justice condemned Hungary, Poland and the Czech Republic for having failed to comply with their re-location obligations, under obligations under Article 5(2) of Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece, and Article 5(2) of Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece, and has consequently failed to fulfil its subsequent relocation obligations under Article 5(4) to (11) of each of those two decisions. Hungary was only bound by Council Decision 2015/1601. EJEU, 2-4-2020, C-715/17, C-718/17 and C-719/17, *Commission v. Poland and others*.

⁹³ European Court of Auditor, Special report 24/2019 Asylum, relocation and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results, 66.

under control. However, as is evident from the surge of flows from Turkey in March 2020, the situation of normalcy depends on Erdogan's will, while the relative calm on the Central Mediterranean route is only transitory given that in Libya the civil war is far from over.

Having to assess the degree of certainty provided by the relocation scheme to asylum applicants, it is clear that this is quite low and the perspective to enable beneficiaries to find durable solutions is modest. Overall, the impact of the relocation scheme on the position of the asylum seeker is limited due to the way it was conceived: the relocation decisions were not only temporary but were applied to a narrow category of persons, that is migrants who had arrived in either Greece or Italy between 24 March 2015 and 26 September 2017. Syrians and Eritreans were the two main nationalities that remained eligible throughout the whole period⁹⁴.

As to the EU-Turkey statement, the number of Syrian refugees who were able to be resettled between 2016 and 2020 is not negligible (about 25,560⁹⁵). However, the 1:1 scheme, in addition to being contested for its selectivity⁹⁶, does not provide certainty to the beneficiaries⁹⁷ regarding their actual resettlement. It should be acknowledged that the 1:1 scheme is not the only mechanism to support Syrians in Turkey: the deal struck by the Parties in the Statement of March 2016 also includes funds disbursed through the Facility for Refugees in order for this country to better address the basic needs of protection of its large community of refugees and also to strengthen its capacity to manage migration flows. Even if the mentioned financial resources have contributed to improving the situation of Syrians in Turkey, thus certainly proving the EU's added value in coordinating the Member States' response to migration challenges, the fact remains that the actual contribution made by the EU constituent members to resettle Syrians is modest if compared with that of Turkey, which offers temporary protection to more than 3 million Syrians.

⁹⁴ European Court of Auditor, cit., 23.

⁹⁵ Fourth Annual Report on the Facility for Refugees in Turkey, COM (2020) 162, cit., 4. By contrast, a positive factor for asylum seekers is that only 2735 Syrians were returned from the Greek Islands to Turkey. At the same time, 4,030 migrants have returned voluntarily from the islands since June 2016, supported by the Assisted Voluntary Return and Reintegration Programme (AVRR). EU-Turkey Statement. Four years on https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20200318_managing-migration-eu-turkey-statement-4-years-on_en.pdf, 8 March 2020.

⁹⁶ Only Syrians (and not refugees of other nationalities) could be resettled and on the condition that they had not made an irregular entry in the country of refuge. See the critical comments on the selectivity of protection of D. Vitiello, *Legal narratives of the EU external action in the field of migration and asylum: from the EU-Turkey Statement to the Partnership framework for migration and beyond*, in V.V. Mitsilegas, Moreno-Lax, V. Vavoula (Eds), *Securitisating asylum flows*, Leiden/Boston, 2020, 148.

⁹⁷ Sometimes, the lack of sufficient information seems to have induced Syrians to turn down resettlement offers. Eleventh report on relocation and resettlement COM (2017) 212, 12 April 2017, 11.

In sum, as of 2019, the results of the Commission's role as coordinator of the resettlement/relocation schemes were the following: only about 34,000 persons were relocated from Italy and Greece and 50,000 persons were resettled in one of the EU Member States⁹⁸ on the basis of the 2015 relocation scheme or the EU-Turkey settlement mechanism or other resettlement programmes adopted at national level. Most of the resettled persons (Syrians) came from Turkey⁹⁹, Lebanon and Jordan. The second figure mentioned above is more interesting than the first for the purpose of this piece and deserves comment: the number of resettlements is quite low compared to the global resettlement needs which amount to 1.4 million places for 2019 (only)¹⁰⁰. Although the EU Member States tripled their annual resettlements between 2015 and 2018 under the two resettlement schemes coordinated by the Commission¹⁰¹, they could have done more to support and provide certainty to refugees and other persons in need of international protection in order to make the European Asylum policy more predictable. It is subject to debate whether the EU's substantial humanitarian support to refugees in third countries makes up for the modest contribution to the resettlement of refugees. It is doubtful whether through its humanitarian support to third countries of origin or transit of migration flows the EU has provided a durable solution for refugees located in these countries. It should be added that preventing potential asylum seekers, or persons in need of international protection, from accessing the EU does not ensure the stability and predictability of these flows: on the contrary, as it has been argued: "Due to containment practices, refugee arrivals are unpredictable and invariably look like a crisis¹⁰²".

Greater legal certainty for beneficiaries of resettlement programmes would result from the creation of a mandatory Union framework for the resettlement of a certain number of third-country nationals or stateless persons in need of international protection¹⁰³. A target of resettlements of these persons could be fixed each year. Although third-country nationals would not be able to choose their State of reception, at least they would be able to rely on the Member States' commitment to resettlement and this obligation would be enforceable by the Commission in the context of an infringement action. In 2016 the Commission put

⁹⁸ Progress Report on the Implementation on the Agenda on migration, COM (2019) 126, 6 March 2019, 1.

⁹⁹ About 25.560 persons were resettled between 2016 and the end 2019. COM (2020) 162, cit., 4.

¹⁰⁰ UNHCR, Projected Global Resettlement Needs, 2018, 10 available at: <https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement-needs-2019.html>.

¹⁰¹ C(2020) 6467 final, cit.

¹⁰² C. Costello, *Overcoming containment practices and crisis in 21 German Law Journal* 4, 20 and 21 (2020).

¹⁰³ This is in contrast to the initial proposal of resettlement schemes made by the Commission which considered that these programmes had to be voluntary. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the establishment of a joint EU resettlement programme, COM (2009) 447, point 3.1.

forward a proposal for a regulation to create an EU-wide resettlement scheme¹⁰⁴, which was part of a reform package of the Dublin Regulation¹⁰⁵. This proposal could not find enough support within the Parliament to be approved. In addition, the idea of a Union resettlement framework was opposed by the Visegrad countries¹⁰⁶. Given that the ultimate responsibility in this area lies with the Member States, the only available means for the EU institutions to make resettlement schemes more effective is to subject the disbursement of EU funds to compliance with commitments to resettle refugees. It is argued that the EU resettlement scheme should not only be mandatory but, in the case of prolonged and structural failures by national authorities to comply with their commitments (or if Member States do not make any commitment), a new mechanism should be set up whereby the Commission could suspend the disbursement of EU funds to non-compliant recipient countries. The chances for such a proposal actually to be taken into consideration by the Commission are very slim. The recent Communication on a New Pact on Immigration and Asylum announces modest changes in the area under consideration: the EU will move from an *ad hoc* resettlement scheme to a stable one, which makes it more predictable. Yet, the new scheme will continue to be voluntary. Therefore, it is expected that the Visegrad countries will regrettably continue with their policy of no meaningful contribution to the EU's resettlement efforts.

3.2 Uncertainties for migrants/asylum applicants held in reception centres in Libya or on board of vessels on the high sea between Libya and Italy.

Italy has actively contributed to pullback practices by Libya, which has been an unstable country since 2011 and continues to struggle for statehood, on the basis of the cooperation established with the Libyan Government of National Accord in the framework of a memorandum signed in 2017¹⁰⁷. This informal instrument was

¹⁰⁴ Proposal for a Regulation establishing a Union resettlement framework, COM (2016) 468 final.

¹⁰⁵ S. Nicolosi, *Unfinished Business: The European Parliament in the negotiations for reform of the Common European Asylum System*, in <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/unfinished-business-european-parliament.html>, 23 June 2019. The legislative package was criticised for its content and for replicating the defeats of the EU rules on the allocation of competence to examine asylum requests. See the comments made by A. Farahat and N. Markard, *Forced Migration Governance: In Search of Sovereignty*, 17 *German Law Journal* 6, 923 and 936 (2020).

¹⁰⁶ B. Nagy, *Sharing the Responsibility or Shifting the Focus? The Responses of the EU and the Visegrad Countries to the Post-2015 Arrival of Migrants and Refugees*, Working Paper 17, 2017, 10, http://www.iai.it/sites/default/files/gte_wp_17.pdf.

¹⁰⁷ Considering the special bonds between Italy and Libya, a memorandum of understanding was signed on 2 February 2017 between the two countries. This is an example of “soft law” instrument concluded by a Member State *qua* Member State without the formal involvement of the Union. The text of the memorandum can be found on this website: http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf. For comments see: A.V. Palm, *The EU external policy on migration and asylum: What role for Italy in shaping its future?*, Policy Brief, May 2017, *Observatory on European Migration Law*. See A. Liguori, *Migration law and the externalization of border controls*, New York, 2019.

also welcomed by the European Council¹⁰⁸; the EU has financially supported the strengthening of border surveillance¹⁰⁹ and has provided the military mission, EU NAVFOR MED Operation Sophia¹¹⁰, with the task to train the coastguard authorities, an activity which is now continued by the new naval mission, NAVFOR MED Irini¹¹¹. The UNFIL mission is also deployed to counter the smuggling of migrants on the high seas off the coast of Libya¹¹².

It is widely recognised that due to the level of instability of the country, Libya is not a safe third country for asylum seekers. Rescued persons held in detention centres in Libya are also the object of human rights' breaches¹¹³. In this context, the EU should ensure that migrants/asylum seekers held in detention centres can return home or be resettled in other countries given that it has the competence and the legal obligation to do so¹¹⁴. Since the EU has contributed through its various actions¹¹⁵, designed to enhance the effectiveness of Libyan border controls, the expectation is that it adequately supports persons who are forced to stay in reception centres. This move would also be in line with one of the objectives of the EU external action, which is to promote respect of human rights¹¹⁶.

The Commission, in cooperation with UNHCR and IOM, has sought, on the one hand, to help persons held in these camps in Libya, especially vulnerable

¹⁰⁸ See Malta Declaration by the Members of the European Council on the external aspects of migration: addressing the Central Mediterranean route, 23 September 2017, point 6j. For critical comments see F. Frasca and L. Gatta, *The Malta Declaration on search & rescue, disembarkation and relocation: Much Ado about Nothing*, 3 March 2020, <http://eumigrationlawblog.eu/the-malta-declaration-on-search-rescue-disembarkation-and-relocation-much-ado-about-nothing/>.

¹⁰⁹ About 46.3 million was allocated to support border surveillance in Libya in July 2017. COM (2017), 471, cit., 2.

¹¹⁰ JOIN (2017) 4, cit., 5.

¹¹¹ Council decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), OJ [2020] L 101/4.

¹¹² UNSC Resolution 2491 of 3 October 2019, S/RES/2491 (2019). The operation was authorised with resolution 2240 of 9 October 2015, S/RES/2240 (2015).

¹¹³ This is recognised by the Commission. See JOIN (2017) 4, cit., 10 and in a Report to the UN Security Council in which Member States are urged to revisit policies that support the return of refugees and migrants to that Libya, considering the situation of migrants and refugees in detention centres. See Report of Acting Special Representative and head of the UN Support Mission in Libya (UNSMIL) to the UN Secretary General, S/2020/360, 5 May 2020, point 88.

¹¹⁴ The estimated number of migrants detained in Libya at the end of December 2019 is 4596, while the number of migrants is around 636.426 which is additional to that of internally displaced people. Annual Report- IOM Libya, 2019, p. 6, available at: https://libya.iom.int/sites/default/files/news/Libya%20Annual%20Report%202019_final.pdf.

¹¹⁵ On the initiatives taken by the EU in Libya see M. G. Giuffré, *From Turkey to Libya: The EU Migration Partnership from Bad to Worse*, in *Eurojus*, 20 March 2017.

¹¹⁶ Art. 21 (2) b) TEU.

people¹¹⁷, to return to their home countries¹¹⁸, and, on the other hand, to coordinate the resettlement of these people in EU Member States. However, the resettlement component of the EU's action is minoritarian¹¹⁹. In order to provide assistance to persons in detention centres in Libya wishing to return to their country of origin, an Emergency Transit Mechanism (ETM) was set up in Niger¹²⁰ in 2017 by the Government of this country, under the auspices of UNHCR (and with the financial support of the EU). As a result, persons detained in Libya can be transferred to Niger. The ETM is described by UNHCR as “a unique programme [that] aims to provide life-saving protection, assistance and long-term solutions to extremely vulnerable refugees trapped in detention in Libya, through temporary evacuation to Niger. The aim is to deliver protection and identify durable solutions, including resettlement for these refugees, who are predominantly Eritrean and Somali¹²¹”. A taskforce was also created in November 2017¹²² in order to implement voluntary return and evacuation policies from Libya.

¹¹⁷ These persons include: “women at risk, children, especially those who are unaccompanied or separated from their families, members of ethnic and religious minorities, victims of violence, older persons, persons with disabilities, persons who are discriminated against on any basis, indigenous peoples, victims of human trafficking, and victims of exploitation and abuse in the context of the smuggling of migrants”. See New York Declaration for refugees and migrants, A/RES/71/1, 3 October 2016, point 23, available at <http://www.unhcr.org/uk/57e39d987>.

¹¹⁸ The assisted voluntary programme is managed by IOM since 2015. About 49.000 were assisted to return from Libya to their home country between 2015 and 2019. COM (2019) 481, cit. According to reports released by the Trust fund, in 2019 there was an increase of 41% with respect to the previous year of migrants or refugees benefited from the programmes of voluntary returns or humanitarian repatriation. About 23.500 persons benefited from this assisted voluntary returns. Trust Fund report, 2019, p. 44, available at: https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/eutfa/files/eutf_slc_2019-q4_annual_report_.pdf.

¹¹⁹ The Commission emphasises that: “Opportunities for reintegration in local communities and for assisted voluntary returns *could* (emphasis added) be complemented by resettlement, particularly for the most vulnerable persons”. The use of very careful language (“could” instead of “should”) is noteworthy. See also the Malta Declaration of European Council of 2 February 2017, cit., in which priority actions are listed to address migration flows coming from the Central Mediterranean route but no mention is made of resettling persons in detention centres.

¹²⁰ This is a major transit country for people wishing to take the Western and Central Mediterranean migration routes. It is also the least developed country in the world. The EU has used most of the funds of the EU Emergency Trust Fund for Africa to the benefit of this country. EPRS, *La mise en oeuvre du nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers Le cas du Niger*, September 2019, p. 6. The mentioned fund was set up in November 2015 to cover projects in North Africa, Sahel and Lake Chad and the Horn of Africa. It should be noted that most of the funded projects in Niger are related to migration management and assisted voluntary returns to countries of origin. COM (2016) 700, cit., 11.

¹²¹ UNHCR, Niger, May 2019, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/69929.pdf>, 2.

¹²² The taskforce is formed by the African Union, the European Union and the United Nations and was created to save and protect the lives of migrants and refugees along the migratory routes, and in particular inside Libya.

We have already seen in the previous section that the support offered by the Member States to Turkey, Jordan, and Lebanon has enabled a limited number of persons, mostly Syrians, to be resettled in the EU. Let us now consider what the impact of the EU's action has been on the position of migrants and asylum seekers in Libya as a result of unilateral, regional or multilateral cooperation. While the assisted voluntary return programme was quite successful¹²³, the number of resettlements to the EU Member States is modest. According to the Commission, of the 3,000 people evacuated from Libya to Niger only 1,856 persons have been resettled as of 2017¹²⁴. UNHCR provides slightly different numbers: "about 2,782 people have been evacuated from Libya to Niger and a total of 1,378 individuals have departed for resettlement to Belgium, Canada, Finland, France, Germany, the Netherlands, Norway, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States¹²⁵."

In 2019 a new transit mechanism in Rwanda was funded through the Emergency Trust Fund for Africa and it is able to host up to 1,500 persons¹²⁶. The latest news in February 2020 is that the mentioned centre has hosted 306 people¹²⁷. Most of the refugees transferred in 2019 to EU Member States come from Eritrea, Somalia, and Sudan¹²⁸.

Leaving aside the differences in the figures provided by the EU and UNHCR, the most salient data are represented by the limited overall number of actual resettlements. If, on the one hand, it is possible that this is due to the failure of the transferred persons to fulfil the requirement for international protection, on the other hand, it is hard to believe that fewer than 2,000 persons in two years actually fulfilled the requirements for international protection. As may be inferred from the Commission's words, the key for the success of these measures was "the readiness of Member States to participate in resettlement from Libya"¹²⁹. Once again, there was no will to resettle at the domestic level. According to the Commission, the slow pace of transfer from the ETM to countries other than Niger also induced the government of the latter to set a ceiling for persons who

¹²³ It is reported that "Between the beginning of 2017 and the end of 2019, through joint efforts with the IOM and UNHCR, and with the support of the AU and the African consulates concerned, over 50 000 people were able to return home with reintegration support". See EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2019, Council document n. 8580/20, 15 June 2020, 116. Since 16 January 2020, the International Organization for Migration has facilitated the voluntary humanitarian return of 1,466 vulnerable migrants from 19 countries of origin. S/2020/360, cit., point 72.

¹²⁴ The Commission reports that in 2 years over 4,000 people have been evacuated from Libya, of which around 3,000 to Niger. These evacuations to the ETM have also been complemented by direct evacuations to Italy (808) and to the Emergency Transit Centre in Romania (303). COM (2019) 481 final, cit., 10-11.

¹²⁵ *Ivi*, 5.

¹²⁶ Commission press release, IP/19/6301, 19 November 2019.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ UNHCR, *Europe resettlement*, 1 January-December 2019, 2.

¹²⁹ JOIN (2017) 4, cit., 11.

can be hosted in its centre¹³⁰. UNHCR notes: “[...]based on confirmed resettlement places from some countries, UNHCR is undertaking the necessary procedures though the process is inherently slow due to its complexity”¹³¹. In the light of this situation, the Commission’s statement whereby the Union is set to support African countries to tackle refugee crises seems more a petition of principle than a genuine contribution to make the management of refugees located in Africa more effective.

In addition to preventing the flows from Libya, since 2018 there has been a clear attempt by Italy to avoid “any contacts” with potential asylum seekers coming from Libya and who were attempting to cross the Mediterranean Sea. This was done through the policy of “closed ports” when migrants and asylum seekers were on board vessels on the high seas between Libya and Italy¹³². The EU has facilitated “*ad hoc*” agreements between Member States to disembark persons who were refused entry in the Italian ports but its powers to prevent the policy of “closed ports” are very limited¹³³. The only consolation is that, overall, the number of refusals to disembark from Italy and Malta is contained¹³⁴. In order to provide support to persons rescued at sea, the European Asylum Support Office (EASO) provided urgent assistance during 2019 in 24 cases of disembarkation from Italy and Malta involving 2,716 applicants¹³⁵.

Certainly, rescuing persons on board vessels involves a number of difficulties for the rescuing coastal authorities. In order to address the problems posed by persons on board vessels rescued by a Mediterranean member of the EU (in particular, Italy and Malta), a new initiative, a pilot project, dating from September 2019, was taken by Germany, France, Italy and Malta¹³⁶, with the coordination of the Council Presidency held by Finland and the Commission, to set up a new intra-

¹³⁰ See press release “*The AU-EU-UN taskforce renews its commitment to rescue stranded migrants and refugees in Libya*”, <https://au.int/en/pressreleases/20200224/au-eu-un-taskforce-renews-its-commitment-rescue-stranded-migrants-and>, 24 February 2020.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² The legality of the policy of “close ports”, under international law, is contentious. It seems that only if the vessel carrying persons is in distress, Italy has obligations to disembark, while in such circumstances, there are no obligations under EU law. For a full discussion concerning the “*Aquarius incident*”, occurring in 2018, see. E. Papastavridis, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy, in Violation of the Relevant Rules?*, 27 June 2018, ejiltalk.org/the-aquarius-incident-and-the-law-of-the-sea-is-italy-in-violation-of-the-relevant-rules/.

¹³³ M. Flinck, K. Gombler, J. Rijpma, *In search of a safe harbour for the Aquarius: the troubled waters of international and EU law*, <https://eumigrationlawblog.eu/in-search-of-a-safe-harbour-for-the-aquarius-the-troubled-waters-of-international-and-eu-law/>, 9 July 2018.

¹³⁴ For comments on the actual number re-located rescued migrants see <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-nel-mediterraneo-tutti-i-numeri-24892>.

¹³⁵ EASO, Annual Report on the situation of asylum in Europe, 2020, 47.

¹³⁶ The initiative was taken to alleviate the position of frontline States. Under this political initiative, these mentioned big Member States committed to voluntary disembark and re-locate the rescued persons. The mechanism was similar to that of 2015 but without any relocation quotas. The persons who were not eligible for international protection had to be returned to their home country. See Joint declaration of intent on a controlled emergency procedure -voluntary commitment by Member States for a predictable temporary relocation scheme, 23 September 2019, point 7.

EU mechanism of relocation of asylum seekers rescued at sea to other EU members, in the case of disproportionate migratory pressure in a participating State or a high number of applications for international protection. Although the new relocation scheme, which concerns persons who have applied for international protection, was intended to provide a predictable temporary solidarity mechanism for situations of emergency, in reality it does not see the participation of all Member States, even if their number has grown¹³⁷. The new initiative is another example of a “piecemeal approach” to irregular entries in the EU. A fair and functional relocation system should be based on the contribution of all EU Members and should be based on a decoupling of the obligation of the rescuing State to examine applications for international protection. Indeed, such a rule places an unfair burden on frontline Member States that are better placed to carry out rescuing operations¹³⁸.

It would be preferable if, after the disembarkation of rescued people, those who apply for international protection could be distributed amongst all the Member States, in cooperation with the UNHCR and/or the EU competent agencies. This system would be inspired by genuine solidarity with respect to the rescuing State, which is usually one of the coastal States. The recent Pact on Migration and Asylum, which is based on a number of legislative proposals by the Commission, has institutionalised the temporary solidarity mechanism, set up with the Malta declaration, and has incorporated the voluntary mechanism in relation to relocation. Under one of the proposals for a regulation included in the mentioned Pact¹³⁹, the State that disembarks people in the context of a search and rescue operation is competent to screen the applications for international protection within five days. Although the Regulation provides that persons disembarked should be distributed in a proportionate manner among the Member States, there is no obligation for national authorities to support the rescuing State by accepting relocations of asylum applicants. Member States may choose from different forms of solidarity to support other rescuing States or countries of first entry or third countries. More precisely, they can provide support through return sponsorship or a combination of both, or with other measures (capacity building, operational support, engagement with relevant non-EU countries). Therefore, the idea of solidarity *à la carte* can be found in the proposed system by the Commission. The latter has the task of facilitating coordination between the coastal State and the other Member States in responding to a situation of migratory pressure. But accepting relocations ultimately remains voluntary. Therefore, it is expected that

¹³⁷ These are Luxembourg, Portugal and Ireland. See A Catani, *The so-called Malta agreement: four months later*, 20 February 2020, <https://www.respondmigration.com/blog-1/the-so-called-malta-agreement>.

¹³⁸ The idea of regional disembarkation platform where requests for asylum would be screened in cooperation with UNHCR and IOM, was put forward by the European Council. See document n. 8147/2018 of 19 June 2018. Yet, so far no much progress has been made.

¹³⁹ In particular, see Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) n. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817, COM (2020) 612.

if the new rules are to be adopted, they will replicate the current ineffective system of solidarity *vis-a-vis* the coastal States.

4. The disruption of resettlement activities caused by the outbreak of the pandemic.

The outbreak of the Covid-19 pandemic has disrupted resettlement operations. Even though the temporary ban on non-essential travel to the EU includes an exemption for persons in need of international protection and for persons travelling for other humanitarian reasons, the paralysis caused by the restrictive measures taken to contain the pandemic has certainly slowed resettlement procedures. At the start of the emergency, the Commission issued guidelines providing practical advice to Member States in the area of asylum and return procedures and on resettlement. Indeed, there are no common rules on the management of these procedures in the situation of a pandemic. The Commission is fully aware of the difficulties arising from the practical implementation of the pledges made by the Member States of 29,500 resettlement places for 2020¹⁴⁰. Yet, Member States are urged to continue preparations for the resettlement of asylum seekers, essentially for humanitarian reasons. On the one hand, the Commission stresses that access to the asylum procedure should also be possible to the greatest extent during the pandemic¹⁴¹. On the other hand, the beneficiaries of the resettlement programmes are likely to be more uncertain about how the commitments are implemented: indeed, it seems that the Commission is inclined to demand less from the Member States in terms of the implementation of their pledges to resettle after 2020¹⁴². This impression is confirmed by the Commission's decision to extend by one year the period to implement the target of 29,500 places which was originally intended to cover only the year 2020¹⁴³. Future resettlement commitments for the years 2022-2024 should be made in the context of new legislation which will hopefully be adopted on the basis of the Commission's proposals which are part of the New Pact on Migration and Asylum. There is limited hope that resettlements of asylum seekers by the EU Member States will be significant with respect to global resettlement needs.

5. Conclusions.

¹⁴⁰ European Commission, Resettlement: EU Member States' pledges exceed 30,000 for 2020, Press release, 18 December 2019, available at ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6794.

¹⁴¹ Communication from the Commission COVID-19: Guidance on the implementation of relevant EU provisions in the area of asylum and return procedures and on resettlement, C(2020) 2516 final, 16 April 2020.

¹⁴² *Ivi* 16-17.

¹⁴³ Commission Recommendation on legal pathways to protection in the EU: promoting resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways, C(2020) 6467 final, 23 September, 8.

It is time to make a final assessment of the resettlement efforts deployed by the EU *vis-a-vis* third countries. The conclusion that can be drawn is that resettlement submissions made by UNHCR, and accepted by many, but not all, EU Member States, according to the temporary programmes coordinated by the Commission, have become a means to support both third countries hosting large communities of refugees (such as Turkey, Jordan, and Lebanon) – as this should be under the principle of “shared responsibility” – and transit countries (such as Niger and Libya) as a *quid pro quo* for their willingness to cooperate and ensure effective border control and/or in exchange for financial assistance. Support to people held in detention centres in Libya, which does not have the capacity to deal with migration flows, was also grounded on humanitarian concerns.

Five years after the adoption of the European agenda on migration, the EU has benefited from the externalisation of migration control since, overall, the flows are modest¹⁴⁴. The positive effect of the containment strategy is that the rate of deaths due to dangerous journeys across the Mediterranean Sea has diminished. However, the cost of these achievements is that access to asylum is difficult for potential applicants. In addition, leaving aside the 2015 relocation scheme, which was very much limited in time to make a real impact on the position of asylum applicants, the EU’s response to global resettlement needs, be they asylum applicants located in Turkey, Jordan, Lebanon or Libya, is currently not satisfactory. The contribution made by the Member States to resettle persons in need of international protection, which should have somehow compensated for the containment strategy, is limited. This is disappointing from a human rights perspective in a context where legal channels of migration are also reduced. The deficient implementation of the resettlement schemes coordinated by the Commission in 2015 and the small number of resettlements from the ETM in Niger undermine the EU’s credibility in the multilateral context and leave refugees in a situation of uncertainty, which is likely to increase with the pandemic. It is hard to define the EU as a “global leader in the resettlement of refugees”, which is a definition that can be found in the latest recommendation on resettlements and humanitarian admission and other complementary pathways¹⁴⁵. In light of the modest resettlement commitments made to support asylum seekers in priority third countries and the limited number of persons detained in Libya, Member States could have done more to resettle asylum seekers.

The Commission has sought to coordinate Member States’ action to support refugees or other persons in need of international protection in an effort to partially compensate for its containment policy, and it should continue to do so; there is no doubt that the EU should act as a bloc when it comes to resettlement efforts, and it is promising that proposals to have a stable Union resettlement scheme were put forward in September 2020 by the Commission. Certainly, the

¹⁴⁴ However, in August 2020, a delegation of Italian members of government and two EU commissioners met the members of the Tunisian Government Ministry to discuss about the surge of migrants/asylum seekers who reached the Italian shore.

¹⁴⁵ COM C(2020) 6467, cit., 3.

Commission's recent proposals of reform of immigration and asylum rules could have been more ambitious instead of being inspired by solidarity *à la carte vis-à-vis* the coastal States. Yet, the failures of the Union resettlement policy are directly linked to the reluctance of EU Member States to resettle, since they are ultimately competent to make and implement those decisions. As long as there are no meaningful financial disincentives not to participate in joint resettlement efforts, displaced persons, protected under international law, will be left in a situation of unacceptable uncertainty. It is submitted that, in an effort to provide more legal certainty in respect of the resettlement programmes, and in the absence of common rules on humanitarian visas¹⁴⁶, the permanent resettlement mechanism, which could be based on modest resettlement commitments in terms of numbers, should be assisted by negative conditionality. Only if Member States comply with their (limited) resettlement pledges should they receive the EU's financial support. This form of negative conditionality would be additional to the existing positive conditionality, consisting of disbursing funds from the Asylum and Migration Integration Fund for each resettled refugee¹⁴⁷, which so far has not been a sufficient incentive for the resettlement pledges to be delivered.

Sara Poli

Dipartimento di scienze politiche
Università di Pisa
sara.poli@unipi.it

¹⁴⁶ For comments on the advantages of establishing common rules on humanitarian visas, see S. Marinai, *L'Unione europea e i canali di accesso legale*, cit., spec. 65.

¹⁴⁷ A total of 1 billion euros were dedicated to directly supporting the resettlement efforts of the Member States for 2015-2020. COM C(2020) 6467, cit., 2.

Agli aiuti di Stato in deroga agli enti pubblici, la nozione di PMI deve essere interpretata restrittivamente

di Guido Befani

Title: State's Ais to public entities, the notion of SME must be interpreted strictly

Keywords: State Aids; SMEs requirements; Public bodies.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta nella domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Verwaltungsgericht* di Berlino, ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti di Stato compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE, laddove questi siano concessi a favore delle piccole e medie imprese (PMI).

5331

Nello specifico, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società *NMI Technologietransfer GmbH* (in prosieguo: la «NMI TT») e la *EuroNorm GmbH*, in merito al rifiuto di quest'ultima di concedere alla prima una sovvenzione per il finanziamento di un progetto di ricerca e sviluppo a favore delle PMI, a causa del requisito soggettivo dell'indipendenza per rientrare nella categoria delle PMI così come disciplinate dal Regolamento n. 651/2014.

In questo senso, al giudice remittente è apparso controversa l'applicazione della disciplina di esenzione dagli aiuti di Stato in favore delle PMI, laddove, ai sensi dell'art. 2 dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, nel novero della nozione generale di Piccole e medie imprese, rientrano le imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro e/o il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

All'interno della categoria delle PMI, si definisce poi “piccola impresa” un'impresa che occupa meno di 50 persone e che realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro, laddove invece si definisce “microimpresa” un'impresa che occupa meno di 10 persone e che realizza un fatturato annuo e/o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

Ma oltre alla mera elencazione dei requisiti oggettivi e dimensionali, ai fini di un corretto inquadramento del caso giuridico, è necessario evidenziare come un'impresa non possa essere considerata una PMI se almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto è controllato direttamente o indirettamente da uno o più enti pubblici, a titolo individuale o congiuntamente.

Infatti, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2016, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri

e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, nella nozione di "pubblici poteri" rientrano tutte le autorità pubbliche, compresi lo Stato, le amministrazioni regionali e locali e tutti gli altri enti territoriali.

Nel caso di specie, la NMI TT era stata esclusa dai benefici economici, in quanto, posseduta al 90% da una Fondazione di diritto civile tedesca, il *Naturwissenschaftliches und Medizinisches Institut an der Universität Tübingen*, il cui comitato dei garanti aveva come membri effettivi degli esponenti scelti dai pubblici poteri, quali: un rappresentante del *Ministerium für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg* (Ministero delle finanze e dell'economia del Land Baden-Württemberg); un rappresentante del *Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg* (Ministero per la scienza, la ricerca e l'arte del Land Baden-Württemberg); il sindaco della città di Reutlingen; il rettore dell'università di Tubinga; tre professori dell'università di Tubinga; il preside della Hochschule Reutlingen (Istituto d'insegnamento superiore di Reutlingen), la nomina dei quali è rimessa al Ministero delle finanze e dell'economia del Land Baden-Württemberg, di concerto con il Ministero per la scienza, la ricerca e l'arte e su proposta dell'università di Tubinga.

In ultima analisi, il profilo giuridico controverso della vicenda da risolvere attiene all'interpretazione della effettiva natura giuridica della NMI TT, al fine di stabilire se la *EuroNorm* abbia avuto o meno ragione nel considerare che, in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del Regolamento n. 651/2014, la NMI TT non potesse essere qualificata come PMI ai sensi di tale allegato e, di conseguenza, abbia giustamente respinto la domanda di sovvenzione presentata da quest'ultima, pur avendo la *EuroNorm* ritenuto, peraltro, che il progetto di ricerca e sviluppo di cui trattasi nel procedimento principale, nel merito, fosse in sé ammissibile al finanziamento richiesto. Pertanto, giudice remittente ha chiesto se, nelle circostanze di cui al procedimento principale, occorra presumere l'esistenza di un controllo indiretto esercitato sulla NMI TT da parte di enti pubblici attraverso l'NMI Institut.

5332

2. – Nell'evidenziato contesto di incertezza giuridico-interpretativa, il *Verwaltungsgericht* di Berlino ha sospeso il procedimento principale avverso il provvedimento di diniego di finanziamento, ed ha rimesso alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) Se una società a responsabilità limitata che esercita un'attività economica non possa essere considerata una [PMI] ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4 dell'allegato I, del regolamento n. 651/2014, già per il solo fatto che il 90% del suo capitale sociale è detenuto da una fondazione di diritto civile il cui comitato dei garanti (...), non abilitato alla gestione, è composto da 17 membri, di cui fanno parte due rappresentanti di ministeri, un sindaco di una grande città, un rettore di università, tre professori di detta università, un presidente di un altro istituto di istruzione superiore e un amministratore delegato di una Camera di commercio e dell'industria.
- 2) Se le università statali e gli istituti di istruzione superiore statali, nonché le Camere di commercio e dell'industria tedesche siano enti pubblici ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014.
- 3) Se le persone facenti parte a titolo onorario del comitato dei garanti (...) della fondazione siano enti pubblici ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, per il solo fatto di fare parte dell'organico di un ente pubblico.
- 4) Se il controllo da parte di enti pubblici ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014 implichi che gli organi degli enti pubblici possano imporre ai membri onorari del comitato dei garanti (...), sulla

- base di un rapporto giuridico, un determinato comportamento di voto in tale comitato.
- 5) Se un controllo indiretto dei diritti di voto da parte di enti pubblici implichi che sia accertato che gli enti pubblici agiscono sui membri del comitato dei garanti (...) affinché questi esercitino i diritti di voto secondo le modalità stabilite dagli enti pubblici.
 - 6) Se sussista già un controllo indiretto dei diritti di voto da parte di enti pubblici quando i membri onorari del comitato dei garanti (...) possono tener conto, nello svolgimento delle proprie attività in seno a tale comitato, degli interessi delle loro organizzazioni pubbliche di origine.
 - 7) Se “controllato (...) congiuntamente” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 4, dell’allegato I del regolamento n. 651/2014 implichi l’accertamento di una formazione di volontà congiunta delle autorità pubbliche con riferimento al diritto di voto.
 - 8) Se per l’espressione “è controllato” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 4, dell’allegato I del regolamento n. 651/2014 assumano rilievo l’effettiva applicazione dello statuto [dell’NMI Institut] o una possibile interpretazione del testo dello stesso».

3. – Premessa la sommaria ricostruzione fattuale della vicenda, occorre rilevare come il profilo giuridico controverso oggetto della pronuncia qui in commento, attenga sostanzialmente alla qualificazione giuridica del soggetto richiedente il finanziamento, per stabilire se esso rientri o meno nel perimetro pubblico.

In questo senso, è emerso dall’istruttoria come la NMI TT fosse una società a responsabilità limitata che ha come scopo la valorizzazione del *know-how*, la fornitura di servizi di consulenza e la realizzazione di ricerche per contratto nei settori dell’ingegneria, delle scienze e della medicina. Il 90% del relativo capitale sociale, tuttavia, è detenuto dall’NMI Institut, una fondazione di diritto civile di pubblica utilità dotata di capacità giuridica, che ha lo scopo di promuovere la scienza e la ricerca negli stessi settori di attività della NMI TT, la missione della quale è proprio di mettere in pratica, con un profitto economico, i risultati di ricerca ottenuti dal primo.

La Corte di Giustizia, infatti, ha avuto modo di fare chiarezza sul punto controverso, laddove, secondo le prospettazioni di rigetto della *EuroNorm*, è senza dubbio escluso un controllo diretto della NMI TT da parte di enti pubblici, poiché il 90% del capitale di quest’ultima è detenuto da una fondazione di diritto civile. Tuttavia potrebbe presumersi l’esistenza di un controllo indiretto da parte di enti pubblici, dal momento che la maggioranza dei membri del comitato dei garanti è costituita da rappresentanti di un Land, di una città, di un’università e di un istituto di istruzione superiore pubblici, nonché di una camera di commercio e dell’industria, che in diritto tedesco ha anch’essa lo *status* di ente pubblico. Peraltro, essendo l’NMI Institut e la NMI TT imprese collegate ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 3, lettera a), del suddetto allegato, non potrebbe applicarsi la regola derogatoria sancita all’articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, lettere da a) a d) di tale allegato.

Per la Corte di Giustizia infatti, un’impresa può essere qualificata come PMI ai sensi del regolamento n. 651/2014 se essa soddisfa tre requisiti, ossia il requisito dimensionale relativo al numero di dipendenti, il requisito finanziario relativo al fatturato annuo o al totale di bilancio annuo e il requisito dell’indipendenza, il quale, come è noto, mira a garantire che le misure destinate alle PMI avvantaggino veramente le imprese che subiscono lo svantaggio delle loro dimensioni e non quelle che appartengono ad un grande gruppo e che, pertanto, hanno accesso ai mezzi e al sostegno di cui i loro concorrenti di dimensioni equivalenti non dispongono (v., per analogia, sentenza del 29 aprile 2004, Italia/Commissione, C 91/01, EU:C:2004:244, punto 50).

In questo senso, ai sensi dell'art. 3, par. 1, dell'allegato I del reg. n. 651/2014, si considera "impresa autonoma" qualsiasi impresa non classificata come "impresa associata" ai sensi del par. 2 di tale articolo oppure come "impresa collegata" ai sensi del par. 3 del suddetto articolo. Due imprese, infatti, sono "collegate" quando, segnatamente, una di esse detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti dell'altra, mentre, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, primo comma, del suddetto allegato, due imprese sono dette "associate" quando non sono qualificate come imprese collegate ma una di esse detiene, da sola o insieme a una o più imprese collegate, almeno il 25% del capitale o dei diritti di voto dell'altra.

In via residuale, un'impresa può essere definita "impresa autonoma" ai sensi del regolamento n. 651/2014 anche quando almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto sono detenuti da determinate categorie di investitori, quali in particolare, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, lettere b) e d), di tale allegato, le università e alcune autorità locali autonome, a condizione che tali investitori non siano individualmente o congiuntamente collegati con l'impresa in questione.

Ad ogni modo, l'art. 3, par. 4, di detto allegato pone una regola generale di esclusione dalla qualifica di PMI, in forza della quale un'impresa non può essere considerata una PMI se almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto è controllato direttamente o indirettamente da uno o più enti pubblici, a titolo individuale o congiuntamente, a meno che questi ultimi rientrino, come precisa questa stessa disposizione, nelle categorie di investitori elencate all'art. 3, par. 2, secondo comma, del suddetto allegato.

Dall'insieme di tali disposizioni, pertanto, risulta che un'impresa è esclusa dalla qualifica di PMI ai sensi dell'allegato I del regolamento n. 651/2014 qualora almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto sia controllato, sia pure indirettamente, da uno o più enti pubblici, a titolo individuale o congiuntamente, salvo il caso in cui questi ultimi siano investitori non collegati a detta impresa ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, di tale allegato e menzionati all'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, lettere da a) a d), del suddetto allegato.

Nel caso di specie, è pacifico che la NMI TT sia un'impresa collegata all'NMI Institut ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, dal momento che quest'ultimo detiene la maggioranza dei suoi diritti di voto. Ne consegue che la NMI TT non rientra nell'ambito di applicazione dell'eccezione prevista all'articolo 3, paragrafo 2, secondo comma, di tale allegato per alcune categorie di investitori.

4. – Per determinare se la nozione di «ente pubblico» ai sensi dell'articolo 3, par. 4, dell'all. I del Reg. n. 651/2014, possa includere enti quali università, istituti di insegnamento superiore e una camera di commercio e dell'industria, occorre rilevare come, nel suo significato abituale, la nozione di "ente pubblico" deve essere intesa come un riferimento allo Stato, agli enti territoriali e agli enti che sono istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, dotati di personalità giuridica e che sono finanziati in modo maggioritario o controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti pubblici, derivandone, pertanto, che l'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, è destinato a includere tutti gli enti e le autorità appartenenti ai pubblici poteri, laddove l'esclusione prevista da questa stessa disposizione comprende, nell'interesse della certezza del diritto, i vari enti pubblici di uno Stato membro, al fine di evitare distinzioni arbitrarie tra questi ultimi.

Per la Corte, di conseguenza, la nozione di «ente pubblico» oggetto della suddetta disposizione deve essere intesa nel senso che essa include tutti gli enti e le autorità appartenenti ai pubblici poteri, compresi gli enti territoriali e gli enti che sono istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, dotati di

personalità giuridica e che sono finanziati in modo maggioritario o controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti pubblici.

Pertanto, l'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «ente pubblico» di cui a tale disposizione è destinata a includere enti quali università, istituti di insegnamento superiore e una camera di commercio e dell'industria, quando tali enti siano istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, siano dotati di personalità giuridica e siano finanziati in modo maggioritario o controllati direttamente o indirettamente dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti pubblici. Ai fini dell'applicazione di tale disposizione, è irrilevante che le persone nominate su proposta di tali enti pubblici facciano parte a titolo onorario dell'impresa interessata, dal momento che è nella loro qualità di membri di tali enti pubblici che sono state proposte e nominate. Nel caso di specie, tuttavia, spetterà al giudice del rinvio, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sub cons. 42sent. del 14 maggio 2020, *Bouygues travaux publics* e a., C 17/19, EU:C:2020:379, punti 51 e 52,), determinare – tenendo conto delle disposizioni nazionali applicabili, un certo numero delle quali sono state invocate dalla EuroNorm e dalla Commissione, ma che non spetta alla Corte interpretare – se l'università di Tubinga, l'istituto di insegnamento superiore di Reutlingen e la camera di commercio e dell'industria della stessa città rispondano a tali criteri.

5. – Per determinare se l'esistenza di un controllo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, richieda unicamente che enti pubblici detengano congiuntamente, sia pure indirettamente, almeno il 25% del capitale o dei diritti di voto dell'impresa interessata, conformemente ai termini dello statuto dell'impresa che esercita il controllo diretto su quest'ultima, ovvero se occorre esaminare anche se tali enti siano in grado di influenzare e di coordinare l'esercizio effettivo da parte dei loro rappresentanti dei diritti di voto di questi ultimi, è necessario analizzare i termini specifici di tale disposizione, nonché il contesto nel quale esso si inserisce e gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui esso fa parte.

5335

In questo senso, una situazione caratterizzata dall'esistenza di legami strutturali relativi a partecipazioni e diritti di voto tra differenti imprese esclude che queste stesse imprese possano essere considerate reciprocamente indipendenti dal punto di vista economico, in quanto comporta che un'impresa sia in grado, a prescindere dal suo effettivo comportamento, di esercitare un'influenza determinante sull'adozione delle decisioni di un'altra impresa.

Ebbene, per determinare se un'impresa possa beneficiare delle regole più favorevoli applicabili in materia alle PMI, la mera considerazione del grado di partecipazione degli enti pubblici nel capitale o nei diritti di voto di tale impresa, senza che sia necessario esaminare anche il comportamento concretamente adottato da tali enti o dai loro rappresentanti, è chiaramente idonea ad agevolare l'applicazione da parte delle autorità competenti della regola generale di esclusione prevista all'articolo 3, paragrafo 4, dell'allegato I del regolamento n. 651/2014, laddove l'esistenza di un controllo ai sensi della suddetta disposizione si evince meramente dal grado di partecipazione degli enti pubblici nel capitale o nei diritti di voto dell'impresa interessata.

Di conseguenza, ai fini dell'esistenza di un simile controllo è sufficiente che simili enti pubblici detengano congiuntamente, sia pure indirettamente, almeno il 25% del capitale o dei diritti di voto dell'impresa interessata, conformemente ai termini dello statuto dell'impresa che esercita il controllo diretto su quest'ultima, senza che sia necessario esaminare anche se tali enti siano in grado di influenzare e di coordinare l'esercizio effettivo da parte dei loro rappresentanti dei diritti di voto di questi ultimi o

se tali rappresentanti tengano effettivamente in considerazione gli interessi dei suddetti enti.

6. – In conclusione, occorre rilevare come, nel complesso dell'*iter* logico-giuridico seguito, la Corte di giustizia abbia profuso tutti gli sforzi ermeneutici nel tentativo di restringere il più possibile la portata applicativa della disciplina di favore per le PMI volta a derogare il divieto generalizzato di aiuti di Stato.

In questo senso, tuttavia, appare però evidente un approccio marcatamente formalista, incentrato sull'astratta nozione di ente pubblico (quasi sovrapponendola alla differente nozione di organismo di diritto pubblico) e sulle condizioni di verifica dell'eventuale influenza dominante, anche in situazioni di controllo indiretto da parte di enti pubblici su delle articolazioni societarie che rappresentano delle indiscutibili ibridazioni pubblico-private.

Pertanto, al di là del *nomen iuris* e della soluzione societaria adottata dagli stati membri, la "geometria variabile" del perimetro pubblico vede ulteriormente ristretto il proprio ambito operativo da parte della Corte di Giustizia, che ha argomentato, sostanzialmente, sull'asserita e indimostrata disparità di trattamento che verrebbe a ingenerarsi con le PMI "di mercato", qualora un organismo societario ibrido, spin-off di ricerca universitaria, partecipato quasi totalmente da una fondazione di diritto civile, a sua volta "influenzata" da enti pubblici, possa ricevere dei finanziamenti pubblici destinati alla ricerca e allo sviluppo, previa selezione di un progetto meritevole (come è il caso di specie).

Appare pertanto paradossale ed evidente, in ultima analisi, il rischio già evidenziato dalla Dottrina (ROSSI) del manifestarsi del fenomeno dei c.d. "disaiuti di Stato", laddove l'applicazione pedissequa del diritto unionale porterebbe a un incauto indebolimento di quei soggetti pubblici incaricati di perseguire e soddisfare esigenze di interesse generale, quale è quello della ricerca e dello sviluppo, nel caso in cui fosse loro precluso per ragioni puramente formali e non sostanziali, come sembrerebbe essere proprio il caso di specie, l'accesso a delle forme dirette di finanziamento, oltretutto in un contesto macroeconomico di notoria crisi trasversale delle finanze pubbliche che ha già comportato diverse limitazioni operative per il "socio pubblico".

Trasferimento di dati personali verso paesi terzi: la Corte annulla il «Privacy Shield», amplia i poteri delle autorità di controllo e responsabilizza ulteriormente i *data exporters*

di Gianluca Bellomo

Title: Transfer of personal data to third countries: the Court cancels the "Privacy Shield", extends the powers of the National Data Protection Authorities and further empowers data exporters

Keywords: Regulation (EU) 2016/679; Privacy Shield; Adequacy Decision.

1. – Il trasferimento di dati personali verso paesi terzi rispetto all'UE rappresenta uno degli snodi cruciali, in un mondo globalizzato, dell'effettività di un diritto alla tutela dei dati personali che oggi non gode dei medesimi livelli di garanzia in tutto il mondo.

L'Unione da tempo sta lavorando all'interno del proprio ambito di competenza per realizzare un modello che cerchi di contrastare la preponderanza del potere delle multinazionali della tecnologia rispetto ai singoli utenti con riguardo al trattamento dei dati personali. In particolare, con l'avvento e l'affermarsi dell'Internet i più importanti soggetti del settore tecnologico, in quanto monopolisti di fatto su scala globale, possono imporre la cessione dei propri dati personali ai singoli utenti in cambio dell'accesso a servizi di vario genere e natura. Il modello europeo ormai da tempo cerca di garantire quel pieno diritto all'*autodeterminazione informativa* delle persone caro a Rodotà già venti anni or sono (cfr. S. Rodotà, *Discorso del prof. Rodotà di presentazione della "Relazione per l'anno 2000"*, reperibile in www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1335256) che consenta ai singoli di avere il controllo sull'uso dei propri dati personali. Tale modello regolatorio, consolidatosi sempre più nel tempo, a livello eurounitario ha raggiunto ad oggi la sua massima espressione con l'entrata in vigore del regolamento (UE) 679/2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati personali o RGPD – in inglese GDPR), che ha abrogato e sostituito la precedente direttiva 95/46/CE, (su cui cfr., tra gli altri, almeno G. Finocchiaro (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017; Id., *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, Zanichelli, 2019; L. Bolognino, E. Pelino, C. Bistolfi, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, Giappichelli, Tomo II, 2016; S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio, *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2016; G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, (cur.), *GDPR e normativa Privacy. Commentario*, I ed., Milano, Wolters Kluwer, 2018; E. Gabrielli (dir.),

Delle persone, Leggi collegate, vol. II, in Commentario del Codice civile, 2019). Così, se da una parte a livello eurolunitario sono stati preposti a garanzia del diritto alla protezione dei dati personali soggetti istituzionali (singoli Garanti nazionali e Comitato europeo dei garanti – EDPB), principi (es. di *minimizzazione*, di *privacy by design* e *by default*, di *responsabilizzazione*, ecc), di istituti (anche introdotti per via giudiziaria, es. diritto all'oblio e alla deindicizzazione) e sanzioni amministrative dedicate (che possono raggiungere importi anche fino a 20 milioni di euro, o al 4% del fatturato globale annuo), nel tentativo di arginare proprio quel potere di acquisizione ormai massiva di dati personali e di trattamenti indesiderati sugli stessi, in particolare con riguardo alle grandi multinazionali del Web; dall'altra permangono forti criticità nell'ipotesi in cui i dati personali fuoriescono dallo spazio eurolunitario rischiando di sfuggire di fatto dall'applicazione del modello europeo. Ciò proprio a causa della difficoltà nel garantire ai dati personali trasferiti in paesi terzi un livello di protezione sostanzialmente analogo a quello previsto nello spazio europeo dal quadro regolatorio vigente, con la conseguenza di assistere a forti compressioni di quel diritto alla tutela dei dati personali sancito direttamente nella Carta dei diritti dell'Unione europea all'art. 8.

Proprio per cercare di contrastare un possibile aggiramento delle garanzie previste dal RGPD a tutela dei dati personali trattati all'interno del territorio dell'Unione, il legislatore europeo ha previsto all'art. 44 un regime generale di trattamento dei dati personali. Secondo il «Principio generale per il trasferimento» recato dalla disposizione vige un divieto di trasferimento di dati personali dal territorio dell'UE verso paesi terzi, salvo che, almeno in prima approssimazione, nei paesi di destinazione: si abbia un livello sostanzialmente analogo di protezione del diritto alla tutela dei dati personali; o che, in ultima istanza, lo stesso interessato dia il consenso informato al trasferimento dei dati personali che lo riguardano con piena consapevolezza dei relativi rischi.

Il Regolamento stesso prevede che per quanto riguarda il livello minimo di garanzia del diritto alla tutela dei dati personali nel singolo paese terzo la valutazione possa essere effettuata o direttamente dalla Commissione Ue, con l'adozione di una apposita decisione di adeguatezza in esito a una approfondita analisi di molteplici fattori presenti nel paese di destinazione che possono incidere sull'effettività della tutela dei dati personali; o sulla base di accordi tra le parti (chi invia dall'UE e chi riceve i dati nel paese terzo) a clausole tipo, approvate anch'esse dalla Commissione, alle quali ricorrere per cercare di garantire detto livello minimo di adeguatezza degli standard di tutela accordati ai dati personali.

Nel 2015, con l'approvazione da parte della Commissione UE della decisione n. 2000/520 del 26 luglio 2000, quest'ultima aveva riconosciuto all'ordinamento USA proprio quel livello minimo necessario di adeguatezza nella protezione sufficiente a consentire il trasferimento di dati personali presso gli Stati Uniti.

Tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea con la successiva sentenza del 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems* (*Schrems I*) ha annullato tale decisione, su ricorso presentato da uno studente austriaco, Maximilian Schrems, che nel 2013 aveva proposto denuncia nei confronti di *Facebook Ireland Limited* dando successivamente origine alla citata sentenza (su cui tra i molteplici commenti si segnala almeno R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2016, 289-307; S. Crespi, *Il trasferimento dei dati personali UE in Stati terzi: dall'approdo sicuro allo Scudo UE/USA per la privacy*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3, luglio-settembre 2016, 687-714; mentre da una prospettiva d'oltreoceano cfr. D. Bender, *Having mishandled Safe Harbor, will the CJEU do better with Privacy Shield? A US perspective*, in *International Data Privacy Law*, vol. 6, n. 2, 2016, 117-138; Y. Padova, *The Safe Harbour is invalid: what tools remain for data transfers and what comes next?*, in *International Data Privacy Law*, vol. 6, n. 2, 2016, 139-

161; L. Determann, *Adequacy of data protection in the USA: myths and facts*, in *International Data Privacy Law*, vol. 6, n. 3, 2016, 244-250).

2. – Nella sentenza della Grande sezione della Corte di Lussemburgo che qui si osserva, la questione pregiudiziale origina dalla controversia tra la *Data Protection Commissioner* (Commissario per la protezione dei dati irlandese), *Facebook Ireland Ltd* e lo stesso, ormai famoso, sig. Maximillian Schrems della citata sentenza *Schrems I* (molteplici sono già i commenti ad oggi pubblicati sulla sentenza qui in esame tra i quali si segnalano almeno, R. Bifulco, *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, fasc. 2, 2020, 1-17; O. Pollicino, F. Resta, *Dati personali, perché la Corte di Giustizia ha annullato il «Privacy Shield»*, in *IlSole24Ore*, 20 luglio 2020, 1-3; O. Pollicino, *Diabolical Persistence: Thoughts on the Schrems II Decision*, in *VerfBlog*, 2020/7/25, reperibile in verfassungsblog.de/diabolicalpersistence/; A. Chander, *Is Data Localization a Solution for Schrems II?*, in *Journal of International Economic Law*, n. 23, 2020, 771-784; J.X. Dhont, *Schrems II. The EU adequacy regime in existential crisis?*, in *M.J.E.C.L.*, vol. 26, n. 5, 2019, 597-601; S. Fantin, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems: AG Discusses the Validity of Standard Contractual Clauses and Raises Concerns over Privacy Shield*, in *E.D.P.L.*, vol. 6, n. 2, 2020, 325-331; Xavier Tracol, *“Schrems II”: The return of the Privacy Shield*, in *C.L.S.R.*, n. 39, 2020, 1-11).

La sentenza prende le mosse da un processo avviato dallo studente nei confronti del Commissario per la protezione dei dati irlandese riguardo al trasferimento di dati personali da parte, ancora una volta, di *Facebook Ireland Ltd* a *Facebook Inc.* negli Stati Uniti, paese nel quale tali dati sono sottoposti a trattamento.

Dopo la sentenza *Schrems I*, alla luce di quanto statuito all'epoca dalla Corte di giustizia, seguirono nuove e complesse trattative tra Stati Uniti e Unione europea volte alla stipula di un accordo rispettoso dei rilievi mossi dal giudice di Lussemburgo relativamente al rispetto del quadro normativo in materia ed in particolare della direttiva 95/46/CE all'epoca dei fatti vigente. Il risultato del confronto fu rappresentato dal «*Privacy Shield*» o «scudo per la privacy» che veniva adottato dalla Commissione con la decisione (UE) 2016/1250 sancendo, in caso di rispetto delle condizioni previste all'interno dello stesso, l'adeguatezza della protezione dei dati personali nel trasferimento di dati personali verso gli USA.

A seguito della nuova decisione della Commissione, il sig. Schrems rilevava la sussistenza dell'obbligo per *Facebook Inc.*, con sede in USA, di rendere disponibili alle autorità statunitensi (tra le quali la *National Security Agency* e il *Federal Bureau of Investigation*) i dati in proprio possesso per le attività di intelligence a queste affidate dall'ordinamento di appartenenza.

Gli approfondimenti attuati dal Commissario irlandese evidenziavano la sussistenza dei rischi rappresentati dal ricorrente e rilevavano in particolare che le clausole tipo di protezione dei dati personali, approvate dalla decisione di esecuzione (UE) 2016/2297, che aveva modificato la precedente decisione, sempre della Commissione, 2010/87/UE del 5 febbraio 2010 ed emanata anch'essa alla luce dell'allora vigente direttiva 95/46/CE, non fornivano una protezione adeguata ai cittadini dell'UE proprio in quanto atti con natura privatistica e di per sé inidonei a vincolare le autorità pubbliche statunitensi.

Così, partendo da tale ultimo presupposto e dai principi della decisione *Schrems I*, il Commissario irlandese si rivolgeva ancora una volta all'*High Court* (Alta Corte irlandese) affinché proponesse una serie di questioni pregiudiziali al giudice europeo. Cosa effettivamente poi verificatasi il 31 maggio 2018 con le numerose questioni sollevate e dalle quali è poi scaturita la sentenza qui in commento.

Più in particolare l'Alta Corte irlandese ha chiesto al giudice di Lussemburgo di pronunciarsi su ben undici questioni pregiudiziali così individuate e raggruppate dalla stessa Corte di Giustizia in base a condivisibili criteri di omogeneità:

- 1) con la prima questione, se il RGPD si applichi al trasferimento dei dati personali tra operatori economici qualora vi sia la possibilità che essi siano trattati da un paese terzo per fini di sicurezza pubblica, di difesa e di sicurezza dello Stato (punto 80);
- 2) con la seconda, terza e sesta questione, quale livello di protezione sia richiesto dall'art. 46, par. 1 e par. 1 lett. c), del Regolamento nel caso di trasferimento dei dati personali verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati; e quali siano in detto ambito gli elementi da prendere in considerazione ai fini della garanzia nella determinazione di un adeguato livello di protezione (punto 90);
- 3) con l'ottava questione, se l'autorità di controllo competente sia tenuta a sospendere o vietare un trasferimento di dati personali effettuato sulla base di clausole contrattuali tipo adottate dalla Commissione nel caso in cui suddetta autorità ritenga che tali clausole non sono o non possono essere rispettate nel paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiesta dal diritto dell'Unione non possa essere garantita, oppure nel senso che l'esercizio di tali poteri sia limitato ad ipotesi eccezionali (punto 106);
- 4) con la settima e la undicesima questione, se la decisione CPT sia valida alla luce degli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (punto 122);
- 5) con le rimanenti, se sostanzialmente la decisione «scudo per la privacy» garantisca un livello adeguato di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione verso gli Stati Uniti ai sensi dell'art. 45 RGPD (punto 160).

5340

3. – La Corte di Giustizia, risolta preliminarmente in senso positivo la questione relativa alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale che era stata inizialmente sollevata da *Facebook Ireland* e dai governi tedesco e inglese, passa all'analisi della prima questione pregiudiziale, relativa all'applicabilità dell'RGPD al trasferimento dei dati personali tra operatori economici qualora vi sia la possibilità che i dati siano trattati da un paese terzo per fini di sicurezza pubblica, di difesa e di sicurezza dello Stato.

La questione viene rapidamente risolta dalla Corte in senso positivo sia alla luce dell'ambito di applicazione del RGPD perimetrato dall'art. 2, par. 1 (*contra* Avv. Generale punto 104 delle Conclusioni), sia della nozione di «trattamento», prevista all'art. 4, par. 1, punto 2) del medesimo Regolamento. Ed ancora in base alla presenza specifica accordata dal Legislatore europeo all'interno di quest'ultimo dal Capo V dedicato proprio al trasferimento di dati personali verso paesi terzi e dal quale se ne può ulteriormente presumere, appunto, l'operatività. La Corte, peraltro, non ritiene configurabile nessuna delle esimenti previste dal medesimo art. 2 par. 2, in quanto il trasferimento dei dati viene effettuato tra due soggetti privati (*Facebook Ireland* e *Facebook Inc.*) e non da uno Stato o da una persona fisica nell'ambito di un'attività strettamente personale o domestica (punto 85 della Sentenza).

4. – La seconda, terza e sesta questione attengono al livello di protezione richiesto dall'art. 46, par. 1 e par. 1 lett. c), del Regolamento nel caso di trasferimento dei dati personali verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati, e agli elementi da considerare ai fini della garanzia del raggiungimento di un adeguato livello di protezione. La Corte decide di affrontare le tre questioni congiuntamente.

La Corte, in piena sintonia con lo spirito funzionalista che pervade il RGPD, rileva preliminarmente che tali questioni andranno indagate partendo dall'assunto generale previsto nel Capo V del Regolamento stesso ed in particolare alla luce dell'art. 44 che dispone che, indipendentemente dalle opzioni di legittimità previste in tale Capo volte a consentire il trasferimento verso paesi terzi di dati personali, queste andranno comunque orientate in sede applicativa ad assicurare un livello di protezione nel trattamento dei dati delle persone fisiche sostanzialmente analogo a quello previsto dal RGPD (punto 92 della Sentenza) alla luce della Carta. Così, in caso di assenza di una decisione di adeguatezza approvata da parte della Commissione Ue ai sensi dell'art. 45, par. 3, il titolare potrà trasferire dati in paesi terzi solo in presenza di «garanzie adeguate», «diritti azionabili» e «mezzi di ricorso effettivi». Tali elementi potranno essere oggettivizzati attraverso l'inserimento di clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione, ma essi andranno comunque valutati dai singoli titolari alla luce dell'effettivo contesto in cui dette clausole dovranno essere applicate nei paesi di destinazione dei dati personali. Detto passaggio rappresenta un ulteriore passo in avanti rispetto alla precedente sentenza *Schrems I*. Oltre alle singole clausole contrattuali stabilite tra il titolare o il responsabile del trattamento e il destinatario dei dati nel paese terzo, la decisione impone una complessa valutazione circa tutti gli altri elementi di contesto legati al rischio paese specifico ed in particolare, ma non solo, agli elementi rilevanti del sistema giuridico così come richiamati all'art. 45 par. 2 del Regolamento (Stato di diritto, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, legislazione generale e settoriale di riferimento, analisi della giurisprudenza nonché diritti effettivi e azionabili degli interessati e vie di ricorso interne amministrativa e giudiziali accessibili agli interessati i cui dati personali sono oggetto di trasferimento, nonché esistenza e reale funzionamento di una o più autorità di controllo indipendenti, impegni internazionali assunti dal paese terzo o dall'organizzazione internazionale in questione). In tale valutazione l'unica bussola dovrà essere rappresentata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, non già dai diritti garantiti negli Stati membri (punto 101 della Sentenza), né da quelli sanciti dalla CEDU (punto 98 della Sentenza).

5341

5. – Con l'ottava questione, la Corte irlandese chiede se l'autorità di controllo competente sia tenuta a sospendere o vietare un trasferimento di dati personali effettuato sulla base di clausole contrattuali tipo adottate dalla Commissione, nel caso in cui l'autorità ritenga che tali clausole non siano o non possano essere di fatto rispettate nel paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richieda dal diritto dell'Unione non possa essere garantita (ma anche nel senso che l'esercizio di tali poteri sia limitato ad ipotesi eccezionali).

Con riguardo a questo specifico punto va rilevato, come già ricordato, che il trasferimento di dati personali verso paesi terzi, tra le varie basi giuridiche sulle quali può fondarsi, può essere collegato sia a una decisione di adeguatezza, approvata dalla Commissione, del quadro giuridico di un paese terzo alla disciplina prevista dal RGPD, ma anche, in assenza della prima, su clausole tipo, anch'esse approvate dalla Commissione, che le parti in causa possono decidere di utilizzare nei rispettivi accordi di trasferimento dei dati. Le due basi giuridiche non sono uguali. Infatti la prima si fonda su di una valutazione preventiva circa il livello di protezione dei dati personali, conseguente ad una analisi complessiva del quadro giuridico esistente nel paese che, una volta ritenuto idoneo dalla Commissione, di fatto dovrebbe garantire sufficientemente gli interessati coinvolti e conseguentemente autorizzare il relativo trasferimento. La seconda, che invece prevede il ricorso alle clausole tipo, cerca di fornire uno strumento con portata limitata alle parti e non a carattere generale, ma che comunque miri a garantire il medesimo risultato. Va rilevato, però, che la seconda base giuridica opera attraverso meccanismi di tipo sostanzialmente privatistico e soprattutto

alla luce delle differenti situazioni di contesto estremamente variabili, da paese a paese e da situazione a situazione, nelle quali avvengono i relativi trattamenti.

Alla luce di quanto appena richiamato, quindi, dovrebbe risultare evidente quanto argomentato dalla Corte già in *Scherms I* e cioè che in presenza di decisioni di adeguatezza i singoli Stati membri ed i rispettivi organi interni, tra cui le singole autorità di controllo, non potranno adottare misure contrarie a tale decisione (punto 118 della Sentenza). Diversamente, infatti, si produrrebbe una netta differenziazione dei regimi di circolazione dei dati esistenti tra i vari paesi membri, in riflesso ai singoli orientamenti assunti dalle differenti autorità interne. In caso di presunta lesione dei diritti degli interessati, questi ultimi comunque potranno ricorrere alle singole autorità di controllo nazionali che però, ove dovessero ravvisare delle criticità circa la decisione di adeguatezza approvata dalla Commissione, dovranno seguire la via del ricorso di fronte ai singoli giudici dei rispettivi Paesi membri che, ove siano convinti delle ragioni poste alla base del ricorso da parte delle singole autorità, potrebbero proporre rinvio pregiudiziale volto alla verifica della validità della decisione di adeguatezza emanata dalla Commissione.

Al contrario, nell'ipotesi proposta con l'ottava questione, la base giuridica oggetto di valutazione dell'effettiva idoneità a garantire un sufficiente livello di tutela dei dati personali trasferiti in un paese terzo è rappresentata dalle clausole tipo di adeguatezza, anch'esse approvate dalla Commissione. In questo caso il risultato che raggiunge la Corte però è opposto. Infatti viene riconosciuto alle singole autorità di controllo il potere di «sospendere o vietare un trasferimento di dati personali verso un paese terzo qualora ritenga, alla luce del complesso delle circostanze proprie di tale trasferimento, che le clausole tipo di protezione dei dati personali non siano o non possano essere rispettate in tale paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiesta dal diritto dell'Unione non possa essere garantita con altri mezzi» (punto 113 della Sentenza). Tale potere, riconosciuto alle singole autorità di controllo, se, da una parte, consente di aumentare i margini di flessibilità del sistema consentendo di volta in volta alle stesse di tenere conto del contesto di operatività di dette clausole, aumentando parallelamente i margini di discrezionalità delle autorità stesse; dall'altra rischia di far dipendere dalle rispettive singole sensibilità il livello di ammissibilità o meno nel trasferimento dei dati verso paesi terzi, rischiando in definitiva di creare un pericoloso *vulnus* alla omogeneità applicativa del Regolamento.

Tale conclusione discende, come rilevato dalla stessa Corte, dall'impossibilità di limitare materialmente da parte della Commissione i poteri di controllo delle autorità le quali sono le uniche autorità indipendenti esplicitamente preposte dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8, par. 3) alla tutela di un diritto fondamentale.

6. – Con la settima e l'undicesima questione, così come individuate dalla Corte, a questa viene chiesto di pronunciarsi sulla validità della decisione CPT, con la quale sono state adottate dalla Commissione le clausole contrattuali tipo sulla base delle quali vengono di fatto autorizzati alcuni trattamenti di dati personali consistenti nell'invio degli stessi in paesi terzi, alla luce degli articoli 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. La Corte è sollecitata, in particolare, a verificare l'idoneità di tali clausole a garantire adeguati livelli di protezione nel trattamento dei dati personali nonostante esse vincolino solo le parti e non le autorità dei paesi terzi coinvolti.

I giudici di Lussemburgo, ripercorrendo la distinzione che il Regolamento RGPD fa tra *decisione di adeguatezza*, ex art. 45, e *clausole di protezione tipo*, ex art. 46, rileva che nel primo caso è onere della Commissione verificare con un esame complesso l'effettivo livello di sostanziale adeguatezza del livello di tutela dei dati personali all'interno del singolo paese; nel secondo, invece, la Commissione si limita a verificare

che in astratto le clausole di protezione tipo possano condurre al medesimo risultato in termini di garanzie prodotte rispetto al modello europeo, ma solo tra le parti e non con riferimento al contesto di operatività delle stesse e alle specifiche caratteristiche dei singoli paesi terzi nei quali dette clausole saranno successivamente impiegate. Tale onere spetterà alle parti quindi e non alla Commissione (punto 130 della Sentenza).

Resta così in capo al titolare, in collaborazione con il destinatario nel paese terzo, valutare di volta in volta se in base al contesto di operatività delle clausole queste siano sufficienti o meno a garantire il livello di adeguatezza minimo previsto dal RGPD. Laddove tale standard non sia raggiunto, è onere delle parti prevedere ulteriori clausole o garanzie supplementari (così come previsto ai *Considerando* 109, 108 e 114 del Regolamento richiamati dalla Sentenza) funzionali a elevare il livello di tutela, o, diversamente, sospendere tale trattamento. In caso di inerzia delle parti, le singole autorità di controllo dei paesi membri di invio dei dati godono in ogni caso di poteri di inibizione del trasferimento per carenza di garanzie adeguate.

La *decisione di adeguatezza*, pertanto, resta comunque valida alla luce della presenza di meccanismi efficaci di protezione dei dati personali trasferiti in forza di tali clausole e della possibilità concretamente attuabile di sospendere o vietare detti trasferimenti in caso di violazioni di tali clausole o di impossibilità a rispettarle (punto 137 della Sentenza). Ancora una volta quindi la direzione intrapresa dalla Corte ricalca quella del RGPD nella direzione di una responsabilizzazione del titolare e del responsabile del trattamento, concedendo ampi margini di discrezionalità nella valutazione di elementi che consentano di decidere se materialmente o meno venga garantito o sia possibile garantire quel livello minimo di adeguatezza richiesto dalla normativa. Peraltro tale orientamento sembra ad oggi l'unico che consenta la ricerca di un bilanciamento materiale efficiente tra tutela dei dati personali e libertà di circolazione di detti dati in ogni singolo caso, e una eventuale verifica da parte delle singole autorità di controllo.

5343

7. – Con la quarta, quinta, nona e decima questione viene chiesto al giudice di Lussemburgo se la decisione “scudo per la privacy” garantisce un livello adeguato di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione verso gli Stati Uniti ai sensi dell'art. 45 RGPD, e più in dettaglio se il trasferimento di dati personali verso detto paese avvenuto sulla base di clausole di protezione tipo previste nell'allegato alla decisione CPT violi i diritti previsti agli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

Le questioni poste richiedono anzitutto di chiarire se e in che misura eventuali ingerenze nei diritti fondamentali delle persone fisiche interessate dai trattamenti oggetto di trasferimento verso detto paese possano essere limitati. La Corte, dopo ampia analisi dei programmi di sorveglianza statunitensi PRISM e UPSTREAM basati sull'art. 702 FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) del decreto presidenziale americano (*Executive Order*) n. 12333 e della direttiva (*Presidential Policy Directive*) PPD-28, sempre a firma del Presidente degli Stati Uniti, che di fatto non consentono di garantire i requisiti minimi di proporzionalità nella limitazione dei diritti e delle libertà degli interessati, osserva la conseguente violazione dell'art. 52, par. 1, seconda frase della Carta e cioè il superamento delle condizioni e dei limiti previsti dai Trattati.

Ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti di adeguatezza richiamati, la Corte inoltre rileva, in modo cruciale, la violazione per i soggetti statunitensi interessati al diritto a un ricorso giudiziario effettivo (punto 187 della Sentenza).

Così la Corte alla luce di tutte le considerazioni esposte conclude che negli USA non sussiste sostanzialmente un livello di protezione equivalente a quello garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (punto 191 della Sentenza).

Del resto, non riesce a convincere la Corte neppure la lodevole iniziativa del Presidente Obama con la PPD-28, che all'art. 4 lett. d) ha previsto l'istituzione della figura di un apposito Mediatore nominato dal Segretario di Stato individuato nella persona del *Primo coordinatore della diplomazia internazionale per le tecnologie dell'informazione*. Sul punto i giudici di Lussemburgo e lo stesso Avvocato generale esprimono forti dubbi, con riguardo all'effettiva indipendenza dell'organo e alla reale idoneità delle funzioni attribuitegli a incidere materialmente sui servizi di intelligence americani, e più in generale a colmare quelle gravi lacune presenti nell'ordinamento americano in termini di equivalenza sostanziale nella tutela dei dati personali rispetto al modello europeo.

Alla luce di quanto sopra, quindi, la Corte dichiara invalida la decisione della Commissione «scudo per la privacy» avendo questi violato l'art. 45, par. 1 del RGPD, alla luce degli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

8. – Per concludere sia consentito accennare brevemente ad alcune questioni strettamente collegate tra di loro che pure vengono in rilievo con riguardo alla sentenza qui in commento.

La prima attiene al ricordato maggiore livello di responsabilizzazione che di fatto la sentenza riversa su chi esporta i dati personali e sulle autorità di controllo, in particolare quando la base giuridica di trasferimento dei dati è rappresentata dall'impiego di clausole contrattuali tipo. Come è stato notato questo rappresenta «un indirizzo ... teso a far corrispondere a sempre più rilevanti “poteri privati” altrettanti oneri di carattere, talora, quasi pubblicistico», e ancora «la protezione dei dati appare sempre meno una mera questione “privatistica” e, sempre più, un tema di straordinaria rilevanza costituzionalistica, su cui si misura la tenuta della democrazia. Insomma, un passo indietro dell'idea di monetizzazione del dato, ed un passo avanti di quella, antitetica, del dato personale come base (indisponibile) del patrimonio costituzionale europeo» (su cui cfr. O. Pollicino, F. Resta, op. cit., 2).

La seconda riguarda il confronto in atto a livello globale tra i differenti modelli di tutela esistenti. Infatti, se il trasferimento di dati personali all'interno dell'Ue è sostanzialmente libero (dandosi per assunto che i soggetti coinvolti applichino correttamente le prescrizioni del RGPD), quello verso i Paesi terzi, in assenza di idonee garanzie, e cioè di un livello di tutela dei dati personali che rispetti almeno gli standard minimi di protezione previsti dal modello europeo, è, come visto, generalmente vietato. Così la normativa prevede differenti livelli di deroga al generale divieto di trasferimento, modulati sul presupposto che più il paese terzo si adegua sostanzialmente e non solo formalmente al nucleo della disciplina prevista a livello europeo e minori saranno i vincoli nel trasferimento dei dati coinvolti, ma con ogni probabilità anche dei relativi costi. Sul punto va però rilevato che ove il modello europeo non dovesse trovare, almeno nei principi fondamentali, la diffusione sperata (su cui cfr. C. D'Cunha, *L'UE può farcela*, in Aa.Vv., “*Privacy 2030*”: *Una nuova visione per l'Europa, Un manifesto per il nostro futuro. Il manifesto del pensiero di Giovanni Buttarelli*, IAPP e Garante per la protezione dei dati personali italiano, 27, reperibile in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9456977), il rischio opposto potrebbe essere quello che la normativa adottata in Ue per la tutela dei dati personali si possa trasformare in un *unicum* nello spazio globale che porti all'isolamento dell'Unione e quindi a una contestuale diminuzione dei suoi livelli di competitività nei regionalismi macroeconomici mondiali in continua trasformazione. Ma si correrebbe il rischio anche di andare verso una frammentazione di fatto delle reti di comunicazione globale, rese possibili dalle comunicazioni elettroniche, differenziate sulla base di presunti maggiori o minori livelli di adeguatezza dei differenti regimi

statali di tutela dei dati personali presenti nei vari paesi terzi (su cui cfr. A. Chander, op cit., 14).

In questa problematica interconnessione globale, il ruolo della Corte di giustizia, come si evince anche dalla sentenza qui in commento, diventa centrale, per la sua idoneità a incidere in modo rilevante sulla conformazione materiale del modello europeo di tutela dei dati e sui suoi limiti di applicabilità, così come già accaduto ad esempio in materia di «diritto all'oblio» e nello specifico con riguardo al «diritto alla deindicizzazione» (su cui sia consentito il rinvio in questa Rivista a G. Bellomo, *“Diritto all'oblio” e portata territoriale del “diritto alla deindicizzazione”: la Corte ridisegna i confini applicativi*, n. 4, 2019). La centralità della Corte è avvalorata anche dal e nel rapporto con i Garanti nazionali per la protezione dei dati personali, sui quali la prima fa “migrare” pezzi sempre maggiori di sovranità materiale nella garanzia del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali. Di questa continua dialettica istituzionale tra la Corte, i Garanti nazionali e il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) tesa a implementare il difficile bilanciamento tra effettività della tutela dei dati personali e libera circolazione dei dati evitando eccessive distorsioni del mercato, è prova l'intervento tenuto da ultimo dall'EDPB l'11 novembre 2020, durante la sua 41esima sessione plenaria. In risposta alla sentenza qui in commento, infatti, il Comitato ha messo in consultazione pubblica alcune raccomandazioni (*«Recommendations 1/2020 on measures that supplement transfers tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data»*) relative alle misure che integrano gli strumenti di trasferimento dei dati per garantire il rispetto del livello Ue di protezione dei dati personali, nonché sulle cosiddette «garanzie essenziali europee» in rapporto alle misure di sorveglianza. Ciò allo scopo di fornire alcune prime risposte operative ai *data exporters* nell'attuazione di adeguate misure supplementari volte a raggiungere quel livello minimo di protezione *sostanzialmente equivalente* che consenta, sia di trasferire i dati personali verso paesi terzi, sia di avere un'applicazione coerente del RGPD e della sentenza qui in parola all'interno dello Spazio Economico Europeo (SEE).

Gianluca Bellomo
Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali,
Università degli Studi “G. d'Annunzio” – Chieti/Pescara
gianluca.bellomo@unich.it

La Corte di giustizia individua un argine al *dumping* sociale nella nozione europea di datore di lavoro per il settore dell'autotrasporto transfrontaliero

di Oscar Genovesi

Title: The European Court of Justice draws up the European concept of employer for the cross-border long-distance lorry drivers as a fence to social dumping

Keywords: EU notion of employer; Social dumping; International lorry drivers regime; Posted workers.

1. – Con la decisione del 16 luglio 2020 (C 610/18, in *O.J.E.U.*, 17.12.2018, C 455/21), la Grande sezione della Corte di giustizia fa il punto sul regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori in regime di distacco nell'ambito di una prestazione transazionale di servizi e al contempo apre a una lettura economico-sistemica del diritto europeo del lavoro.

L'occasione è offerta dal rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE introdotto nel settembre 2018 dalla Corte d'Appello in materia di previdenza sociale e di funzione pubblica dei Paesi bassi (*Centrale Raad van Beroep*, d'ora in poi per semplicità Corte d'appello), per dirimere la controversia insorta tra una società cipriota di autostrasperto (*Afmb Ltd*) e l'istituto olandese di previdenza sociale (*Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, per il prosieguito SvB). Al centro della controversia, l'individuazione della legislazione previdenziale applicabile agli autotrasportatori di diversa nazionalità formalmente dipendenti dalla società di Cipro e distaccati presso alcune ditte del settore aventi sede nei Paesi Bassi (a prima lettura, v. il commento di A. Iossa, *Blocking the "Cyprus route": notes on the Afmb case and on further prospects for the regulation of labour intermediaries*, in SIDIBlog, 31 luglio 2020, disponibile in www.sidiblog.org, nonché quello di R. Bierlaagh, *European Union - AFMB Ltd and Others (Case C-610/18): Definitive Acceptance of the Economic Employer Principle in Multi-State Situations*, in *European Taxation*, 2020 (vol. 60), No 11).

La SvB ravvede infatti la competenza del diritto olandese, sulla scorta di una lettura sostanziale dei rapporti di lavoro esistenti tra le aziende di trasporto presenti nello Stato e il personale; di segno opposto, invece, la posizione della Afmb e dei trasportatori, che sostengono la prevalenza della legislazione cipriota, sull'assunto che il vincolo contrattuale intercorrerebbe sul piano formale solo tra i lavoratori e la Afmb.

Vale la pena sin da ora anticipare che la Corte ha valorizzato la lettura fattuale e reale dei rapporti lavorativi sostenuta dalla SvB, arrivando per questa via a individuare il datore di lavoro effettivo nella società olandese e non in quella cipriota. Il titolo del *Comunicato stampa* che anticipa i contenuti della decisione (*The employer of drivers of heavy*

goods vehicles employed in international long-distance transport is the transport undertaking that has actual authority over those drivers, that bears, in reality, the cost of their wages and that has actual power to dismiss them; Court of Justice of the European Union, Press Release No 93/20, 16 July 2020) confermano così l'impostazione materiale e funzionale tipica del diritto eurounitario, rispetto alla quale il giudice del rinvio è sembrato invece mostrare una qualche titubanza, forse perché il *dossier Afmb* erano da tempo al centro delle cronache non solo olandesi, ma anche europee (v. F. Guarascio, *EU moves to tackle letter box firms' tax avoidance, social dumping*, April 25 2018, in uk.reuters.com/).

La logica funzionale in questo caso specifico rappresenta tuttavia per la Corte anche un efficace strumento a presidio della tenuta dei principi fondativi dell'Unione in porzioni del mercato europeo ad alta sensibilità. Autotrasporto, agricoltura ed edilizia costituiscono oggi infatti i settori più interessati dalle criticità che derivano dalle aperture del *federalizing process* a realtà statali dotate di un minor livello di protezione dei diritti fondamentali (art. 2 TUE; sulla necessaria bidirezionalità del riconoscimento omogeneo dei diritti tra Unione europea e Stati per garantire la federalizzazione sovranazionale, cfr. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 272-74). Ci si riferisce, nello specifico, alla frequente costituzione delle cc.dd. *letter box companies*, quale risultato di un'applicazione elusiva delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi ex artt. 49 e 56 TFUE. Si tratta di realtà imprenditoriali fittizie realizzate per il perseguimento di finalità fraudolente, tra cui l'elusione dei costi societari. Con l'obiettivo specifico di ridurre gli oneri previdenziali legati al personale, i lavoratori figurano quali dipendenti di società con sede in paesi che presentano costi di sicurezza sociale più favorevoli – si tratta degli Stati dell'Est europeo, nonché di Lussemburgo, Irlanda, Malta e gli stessi Paesi Bassi –, ma effettuano in concreto prestazioni a vantaggio di società-madri situate in altri Stati, a regimi più onerosi.

In questa cornice problematica, che di recente ha richiamato l'attenzione del legislatore europeo con stretto riguardo alla situazione degli autotrasportatori (su tale aspetto cfr. *ultra* § 6), lo studio tenta di fornire una ricognizione dei principali passaggi argomentativi con cui i giudici di Lussemburgo hanno deciso il caso *Afmb* e di soffermarsi, tra di essi, su quelli di ordine fattuale. Come accade nelle situazioni che presentano fenomeni dissimulativi, anche gli elementi della fattispecie concreta scrutinati nel giudizio principale di rinvio assumono infatti un peso dirimente ai fini interpretativi. E proprio da questi ultimi appare dunque opportuno prendere avvio.

2. – Nel 2011 due cittadini olandesi fondano la società *Afmb Ltd*, con sede in Cipro, che ha per scopo sociale la fornitura di servizi di autotrasporto internazionale. Nell'ambito di questa *mission* commerciale, la *Afmb* sottoscrive con alcune ditte dei Paesi Bassi convenzioni a titolo oneroso, con cui si impegna a gestire il parco veicoli delle società olandesi con contestuale manleva da eventuali profili di responsabilità.

Nell'arco di circa un quadriennio (dalla fine del 2011 al maggio del 2015), la *Afmb* stipula con alcuni autotrasportatori internazionali residenti nei Paesi Bassi contratti di lavoro espressamente regolati dal diritto cipriota. In forza di tali accordi, gli autotrasportatori dipendenti dalla *Afmb* si impegnano a eseguire le prestazioni in regime di distacco, svolgendo “per un periodo limitato” “il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso” da quello del loro lavoro abituale (art. 2, dir. n. 96/71 CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi).

Sebbene, sul piano formale, si configuri una prestazione temporanea di servizi da parte di una impresa stabilita in un Paese diverso da quello dell'esecuzione della prestazione stessa, le concrete modalità con cui l'obbligazione di trasporto viene eseguita diverge dalle pattuizioni. Durante l'intera vigenza contrattuale, infatti, gli autotrasportatori non modificano la loro residenza nei Paesi Bassi ed effettuano le

prestazioni per conto delle imprese olandesi in Europa e, in alcuni casi, nei paesi dell'*European Free Trade Association* (EFTA). In via materiale, dunque, il vincolo di dipendenza si struttura in modo debole tra i lavoratori e la Afmb e viceversa in modo forte con le ditte olandesi convenzionate, con una intensificazione dovuta anche alla circostanza che alcuni autisti sono ex dipendenti delle società dei Paesi bassi.

Nella esecuzione dei rapporti di lavoro si realizza così una dissociazione tra apparenza e sostanza nell'esercizio del potere datoriale che trova emersione formale in occasione della procedura amministrativa avviata dalla Afmb per il rilascio del c.d. *documento portatile A1*. In armonia con l'art. 12 (1) reg. (CE) n. 833 del 2004, il certificato A1 attesta l'applicabilità delle disposizioni di sicurezza sociale dello Stato in cui il lavoratore subordinato distaccato svolge le sue mansioni. Più in dettaglio, gli istituti previdenziali dello Stato di residenza del lavoratore sono tenuti a valutare il diritto applicabile ai soggetti esercenti attività transnazionali in due o più Stati membri (art. 16, reg. (CE) n. 987/2009, *che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*) e a rilasciare le relative certificazioni che vincolano i giudici statali anche retroattivamente ("quand'anche" il "certificato sia stato rilasciato solo dopo che detto Stato membro aveva accertato l'assoggettamento del lavoratore interessato all'assicurazione obbligatoria ai sensi della propria legislazione"; così la Corte di giustizia nel caso *Alpenrind e altri*, 2018, C-527/16, § 77) e a condizione che non siano sottoposte a ritiro o a dichiarazione di invalidità.

Nel caso in esame, solo la preventiva dichiarazione della Svd di recessività del diritto olandese avrebbe consentito al corrispondente ente statale cipriota di rilasciare i *portable documents* in favore dei dipendenti della Afmb. Tuttavia così non è stato, visto che l'istituto di previdenza anziché confermare l'applicabilità del diritto di Cipro come da regolazione contrattuale tra le parti, individua la *competenza loci* del diritto olandese alla disciplina dei profili previdenziali degli autotrasportatori e provveduto in via consequenziale all'emissione dei certificati A1.

Nell'aspettativa di vedere riconosciuta la diversa tesi di prevalenza del diritto applicato nello Stato ove ha sede il datore di lavoro in senso formale, la società Afmb impugna il provvedimento amministrativo emesso dalla Svb. L'interesse sotteso all'azione è quello di ottenere una pronuncia dichiarativa della competenza della legislazione previdenziale cipriota, di certo meno onerosa per il datore di lavoro. Contrariamente alle attese del ricorrente, il Tribunale valorizza tuttavia l'impostazione *realista* già seguita dall'ente previdenziale olandese, individuando il datore di lavoro effettivo nelle società olandesi e, di conseguenza, applicando agli autotrasportatori in distacco presso i Paesi Bassi il regime giuridico olandese.

Forma e sostanza dei rapporti di lavoro transfrontaliero arrivano quindi all'attenzione della Corte di giustizia, dopo che il giudice del gravame dinanzi al quale Afmb ha impugnato la decisione di primo grado sospende il giudizio ed effettua rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Per la Corte d'appello, infatti, la disciplina sovranazionale sulla previdenza sociale non consente di individuare l'esatta nozione di datore di lavoro, che appare invece dirimente ai fini della risoluzione del caso principale e non solo, vale qui la pena di aggiungere. L'alta partecipazione statale (Governi di Olanda, Repubblica ceca, Francia, Austria, Regno Unito, Cipro e Ungheria) e istituzionale (Commissione UE) che si registra in sede di inoltro facoltativo delle osservazioni (ex art. 23 dello St. Corte) sulla questione rinviata alla Corte di giustizia riflette infatti l'interesse economico e istituzionale che ruota attorno alla vicenda. Due elementi possono aiutare a chiarire le questioni coinvolte dal caso Afmb: in primo luogo, la circostanza che i fenomeni di distacco irregolare, che nascondono in realtà subappalti illeciti di manodopera, hanno contribuito alla crisi delle imprese di trasporto merci locali, già provate dagli effetti della crisi economica. In secondo, va ricordato come i divieti di abuso del diritto e di frode normativa costituiscono principi generali dello *ius europeum* (in tema cfr. le

decisioni *Kofoed* (2007, C-321/05), § 38; *Cussens et al.* (2017, C-251/16), § 27) e tanto basta a spiegare l'interesse della Commissione europea a partecipare, in qualità di osservatore, alla procedura giudiziale.

3. – L'Unione europea non gode di una competenza piena in tema di sicurezza sociale per i *posted workers* o lavoratori in distacco transnazionale (sul regime europeo del distacco, cfr. E. Traversa, *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, in F. Carinci – A. Pizzoferrato (cur.), 291 ss.; M. Cinelli, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *LG*, 2007, 124), ma solo di un ruolo di coordinamento interstatale (cfr. report dell'Eurofound (2020), *Improving the monitoring of posted workers in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg). Come la Corte di giustizia ha ricordato in varie pronunzie tra cui quella relativa al caso *Brey* del 2013 (C-140/12), il piano europeo lascia sussistere regimi nazionali "distinti che danno luogo a crediti distinti nei confronti di enti distinti, rispetto ai quali il destinatario della prestazione è direttamente titolare di diritti a norma o del solo diritto nazionale, oppure del diritto nazionale integrato, se del caso, dal diritto dell'Unione" (§ 43).

Con questa impostazione, il sistema unionale di sicurezza sociale per i lavoratori transfrontalieri in distacco presso un diverso paese europeo riposa sul regolamento "di base" Ce n. 883/2004, che, dopo plurime modifiche, ha sostituito dal 2010 il previgente n. 1408/71 relativo all'*applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità* (per una ricognizione ragionata della disciplina, cfr. A. Sgroi, *Profili generali del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dell'Unione europea e recupero dei crediti e ripetizione delle prestazioni indebite*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3, 2019; per un approfondimento sui riflessi della Brexit sul sistema invece, cfr. S. Roberts, *Social security coordination after Brexit: trying to take an egg out of an omelette?*, in *ERA Forum* 20, 531-547 (2020)).

Sebbene la proposta di una revisione della cornice normativa, finalizzata ad armonizzare il sistema agli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia maturati nell'ultimo decennio e ridurre le frodi in tema di distacco dei lavoratori sia da tempo all'esame di Parlamento e Consiglio dell'Ue (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004*, COM/2016/0815 final), il tema della sicurezza sociale resta per ora incentrato su quattro assi regolative. Si tratta dei principi di parità di trattamento, esportabilità delle prestazioni, totalizzazione dei periodi di assicurazione, lavoro o residenza in altri paesi e unicità della tutela contributiva (cfr. G. Pistore, *Totalizzazione e libera prestazione di servizi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 151/2020, 4 ss.), che governano le ipotesi di concorso apparente tra differenti regimi nazionali di previdenza, garantendo al contempo la certezza del diritto e la libertà circolazione dei lavoratori (in tale ultima direzione v., *ex multis*, Corte di giustizia, decima sez., *K.M. Zyla c. Staatssecretaris van Financiën* (C. 272/17; §§ 22 ss.; *DIW c. Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra* (C-651/16; §§ 21 ss.)).

Lo specifico criterio di unicità o esclusività che qui rileva e a tenore del quale "Persons to whom this Regulation applies shall be subject to the legislation of a single Member State only" (art. 11, § 1, reg. CE n. 883, nonché con una formulazione equivalente l'art. 13, § 1, reg. CEE n. 1408/71) fa soggiacere il lavoratore in distacco a una sola legislazione statale, che viene determinata dall'ente previdenziale competente secondo il criterio di territorialità, ossia di prevalenza della disciplina del Paese in cui il soggetto svolge la sua attività a carattere subordinato (§ 3, lett. a) dell'art. 11). In deroga alla generale competenza della *lex loci laboris*, il legislatore europeo ha tuttavia adottato norme particolari per talune specifiche fattispecie di lavoro mobile, tra cui

l'adempimento delle prestazioni lavorative in regime di distacco transnazionale. Per l'ipotesi in cui lavoratore subordinato svolge temporaneamente le proprie mansioni in due o più Stati membri si considera infatti applicabile, a date condizioni oggettive – ossia durata prevedibile del lavoro in distacco non superiore a 24 mesi e assenza di sostituzione del lavoratore con un altro secondo il reg. CE n. 883 –, la disciplina previdenziale del Paese in cui ha sede il datore di lavoro c.d. distaccante (art. 14, § 1 *lett. a*) reg. CEE n. 1408 e art. 12 reg. CE n. 883), non già quello c.d. distaccato, come il principio generale impone (per una ricognizione del tema, cfr. F. Marongiu Bonaiuti, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento Ce n. 883/2004*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, fasc. 3, 2010, spec. 551-56; nonché, L. Marchesini, *Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale ai sensi del Regolamento (CE) n. 883/2004: determinazione della legislazione applicabile e diritto di libera circolazione dei lavoratori europei e dei cittadini non economicamente attivi*, in questa *Rivista*, 2, 2020, 2935 ss.). Detta previsione consente di semplificare gli oneri amministrativi per il datore di lavoro e allontanare il rischio di un'applicazione cumulativa di differenti discipline nazionali (su questi aspetti cfr., *ex multis*, *Format Urzqdzenia i Montaze Przemysłowe* (2012; C-115/11); *FTS* (2000; C-202/97)).

4. – Con una struttura incentrata sulla figura del lavoratore, il meccanismo europeo di previdenza sociale traslascia invece di identificare in riferimento alla “sede del datore di lavoro” rilevante, come visto, ai fini della giurisdizione, gli elementi che concorrono a individuare la stessa posizione soggettiva e funzionale dello stesso datore. L'esistenza di una lacuna sul punto è altresì avvalorata dalla circostanza che, diversamente da quanto è dato rilevare per altri diritti che pure vengono tutelati in primo luogo a livello statale, come quello all'assistenza sanitaria (art. 35 CDFUE), il legislatore europeo non fa rinvio alle prassi nazionali applicate, complicando non poco l'attività interpretativa dei giudici interni.

Non è un caso, dunque, se le tre questioni pregiudiziali rimesse ex art. 267 TFUE ai giudici europei muovono proprio dalla problematica carenza di indicazioni normative sulla nozione europea di datore di lavoro. L'articolazione del rinvio risulta tuttavia poco lineare a causa delle incertezze avanzate dalla Corte d'appello in punto di disciplina europea applicabile *ratione temporis* al caso AFMB. L'organo rimettente prospetta infatti i suoi dubbi interpretativi adottando a parametro due norme quasi speculari contenute in altrettante fonti europee. L'una si rivolge specificamente al personale viaggiante nel settore dell'autotrasporto internazionale in conto terzi ed è presente nell'abrogato regolamento n. 1408/1971 (art. 14 § 2, *lett. a*); l'altra, di taglio più generale, si dirige al personale che esercita la propria attività in due o più Stati europei ed è prevista dal regolamento n. 883/2004 (art. 13, § 1 *lett. b*)).

Sul punto, la ricostruzione operata dai giudici europei in via preliminare è bipartita. Per la Corte, infatti, l'art. 14 p. 2, *lett. a*) del reg. n. 1408/71 continuerebbe a regolare le attività di autotrasporto espletate nei paesi dell'EFTA fino al 1° giugno 2012, data che l'art. 90 reg. n. 883 (§ 2, *lett. c*)) individua quale termine ultimo di ultrattività della disciplina regolamentare n. 1408/71 limitatamente alle prestazioni effettuate negli Stati SEE Islanda, Liechtenstein e Norvegia. Diversamente, l'art. 13, § 1 *lett. b*)) del reg. n. 883/2004 disciplinerebbe le obbligazioni di trasporto effettuate negli altri Stati europei successivamente al 1° maggio 2010, data della cessazione degli effetti del reg. n. 1408 per intervenuta abrogazione ad opera del reg. n. 883 (§§ 33-37). Con questa regolazione dei rapporti di lavoro controversi, la Corte per un verso respinge le tesi di applicabilità esclusiva *ratione temporis* del regolamento del 2004 sostenute in sede di osservazioni dagli Stati intervenuti nel giudizio (come ricorda l'Avvocato generale, Priit Pikamäe, nelle sue *Conclusioni*, 26 novembre 2019, § 33); per l'altro onera il giudice nazionale di individuare le prestazioni lavorative che in ragione

dei tempi della loro esecuzione ricadono nel fuoco applicativo del regolamento CEE n. 1408/71

Quanto ai contenuti delle questioni pregiudiziali, la Corte d'appello chiede anzitutto di precisare se in forza dei richiamati art. 14, p. 2, *lett. a)*, reg. CEE n. 1408/71 e art. 13 § 1, *lett. b)*, reg. n. 883/2004 vada considerata parte datoriale l'impresa di trasporti olandese che ha provveduto alla assunzione a tempo indeterminato degli autotrasportatori internazionali e che esercita di fatto potere direttivo su di loro; o, ancora, l'impresa che costituisce parte formale del contratto di lavoro e che, sulla scorta delle convenzioni attive con le società dei Paesi bassi, corrisponde al personale le retribuzioni previa trattenuta dei contributi previdenziali presso lo Stato di Cipro, sede dell'impresa; o, infine, entrambe le società.

Dalla risoluzione di questo dubbio interpretativo dipendono a vario titolo le ulteriori questioni sottoposte ai giudici di Lussemburgo. Dato il rapporto escludente con la prima domanda, il secondo quesito sull'applicabilità analogica al caso Afmb delle deroghe al principio dello Stato di occupazione (competenza *loci laboris*, ex art. 14, p. 1, *lett. a)* reg. n. 1408 e art. 12 reg. n. 883) non viene affrontato dalla Corte. Per una diversa ragione – su cui più diffusamente *ultra § 5* –, i giudici europei non approfondiscono neppure la terza domanda, che riguarda la verifica della sussistenza dei requisiti di un abuso del diritto europeo e di quello EFTA, regolativo dei rapporti commerciali tra Liechtenstein, Norvegia e Islanda.

5. – Come intuibile, la decisione osservata verte interamente sulla ricostruzione dei rapporti di lavoro esistenti tra gli autotrasportatori e la Afmb. Per la Corte è infatti centrale verificare se i primi possano considerarsi *parte del personale viaggiante dell'impresa*, ai sensi dell'art. 14, p. 2 *lett. a)* reg. 1408/71, e soggetti che esercitano la loro attività subordinata transfrontaliera senza svolgerne *una parte sostanziale nello Stato di residenza*, in conformità con l'art. 13, § 1 *lett. b)* reg. n. 883/2004.

Con tale obiettivo interpretativo, i giudici della Corte scelgono di seguire una logica a base fattuale, che non è inedita, ma già percorsa in taluni precedenti, tra cui il caso *Altun and others* del 2018 (C-359/16, §§ 50 ss.), relativo a fraudolente attestazioni A1 nell'ambito di un distacco non genuino di lavoratori del settore edile realizzato tra Bulgaria e Belgio (a commento, cfr. M. Morsa, *Judgment "Altun": priority to fight against cross-border social security fraud and social dumping or a just a trick mirror?*, in UNIO Eu Law Journal, June 25, 2018).

Nel caso Afmb, il ricorso all'accertamento a base concreta consente inoltre ai giudici di mettere a punto i requisiti funzionali che concorrono alla posizione di datore di lavoro. L'operazione riveste una importanza duplice, in quanto incide sia sul piano assiologico sia su quello sistemico. Sul primo profilo, l'intervento di interpretazione autentica assicura il rispetto dei principi di unicità normativa, che, come si è visto, permea l'intero funzionamento del sistema europeo di previdenza sociale, e di parità di tutele tra i lavoratori subordinati (art. 21 CDFUE). Sul secondo crinale, invece, il ragionamento effettuato dalla Corte mette a sistema una serie di pronunciamenti che i giudici europei hanno sviluppato nel corso dell'ultimo decennio, precorrendone in qualche misura un consolidamento nella sede normativa.

Orbene, la Corte anzitutto derubrica la circostanza che una società figuri quale formale parte datoriale nei contratti di lavoro subordinato a mero indice espressivo dell'esistenza del vincolo di subordinazione (§ 53; § 61), ma privo di carattere assoluto e dunque per questa ragione superabile con un sindacato aperto al concorso di altri elementi traibili dalla fattispecie concreta. Con il conforto di alcuni precedenti giurisprudenziali, i giudici valorizzano tra i generali elementi sintomatici dei rapporti di lavoro l'eventuale distonia tra le obbligazioni pattuite nel contratto di lavoro e le modalità con cui esse vengono eseguite (§ 57), nonché le circostanze complessive

caratterizzanti l'esecuzione della prestazione, fra cui la continuità dell'attività resa e il versamento della retribuzione (§ 54-56; § 60).

Nella prospettazione offerta, detti indici hanno tuttavia valore di indicazioni di metodo e non di merito. Lo conferma la circostanza che i giudici europei ne rimettono ogni valutazione fattuale alla Corte d'appello, dimostrando così di attenersi allo stretto piano del diritto europeo.

Più in dettaglio, la Corte fissa l'interpretazione euro-orientata dell'art. 14, p. 2 lett. a) reg. CEE n.1408/71 e dell'art 13, § 1 lett. b) reg. (CE) n. 883/2004, secondo la quale riveste la posizione di datore di lavoro il soggetto che esercita l'autorità effettiva sul lavoratore subordinato, compreso il potere di licenziamento, non già colui che risulti parte datoriale in senso formale dal contratto di lavoro sottoscritto dal lavoratore; e si limita a suggerire al giudice di rinvio quelli che potrebbero essere elementi valutativi presuntivi dell'esistenza di un vincolo di subordinazione effettivo tra i lavoratori transnazionali e le società olandesi di trasporto (§ 77), ossia l'esercizio del potere direttivo e di quello sanzionatorio datoriale, l'assunzione dell'obbligo salariale mediante versamento di una commissione all'AFMB e la perdurante permanenza dei dipendenti nei Paesi Bassi nella prospettiva della Corte di Lussemburgo.

Tuttavia, come anticipato, la Corte non affronta la questione relativa alla configurabilità nel caso di specie di un abuso del diritto per distacco fraudolento. Diversamente dalle *Conclusioni* dell'Avvocato generale che ravvede nella messa a disposizione temporanea degli autotrasportatori della Afmb un meccanismo elusivo del diritto europeo (e in particolare la volontà della AFMB "di far valere il suo presunto status di datore di lavoro al fine di chiedere allo RSVB di dichiarare l'applicabilità della legislazione cipriota agli autotrasportatori in discussione", § 83, *Conclusioni*), la Corte sembrerebbe infatti rinviare all'organo rimettente l'accertamento a base concreta sull'esistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi della fattispecie di abuso. Se la scelta può spiegarsi in base al rispetto dei limiti funzionali che caratterizzano il sindacato della Corte e che le impediscono di entrare nel fatto controverso, una maggiore loquacità sul punto dei giudici europei sarebbe stata forse auspicabile, vista la richiamata natura del divieto *de quo* quale principio generale dell'Unione (in tema v. K.E. Sørensen, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, 427).

5353

6. – La sentenza Afmb si pone nel solco del consolidamento europeo del divieto di distacco non autentico del lavoratore (*Considerando* 7, dir. 2014/67/UE), alla luce del sostanziale abbassamento delle tutele e dei diritti dei lavoratori che esso produce (sulle specifiche criticità del diritto sociale europeo provocate dall'apertura dell'Europa a paesi a minor trazione economica, R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano Giuffrè, 2017, 162).

Sul tema si registra per la verità un'azione coordinata degli organi europei, che coinvolge anche l'Autorità europea del lavoro (sul punto, cfr. S. Borelli, "*Which way I ought to go from here?*" in *The European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in S. Borelli-A. Guazzarotti, (cur.), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Jovene Napoli, 2019, 151 ss.), sebbene quest'ultima dovrebbe almeno godere di poteri sanzionatori nei confronti degli Stati che violino il principio di leale collaborazione per mancato accertamento dei casi nazionali di distacco fraudolento.

Più in generale, il monitoraggio sovranazionale risulta finalisticamente orientato nei settori economici più esposti, alla riduzione del *dumping sociale*, che da obiettivo di matrice economica europeo sembra aver assunto oggi un rilievo sociale quando non istituzionale (sul punto si rinvia a S. Borelli, G. Orlandini, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. giust.*, 4, 2019). Ferma la piena competenza dell'Unione in materia di regolazione del mercato, la riduzione delle asimmetrie di tutela tra i lavoratori

transnazionali che effettuano le loro prestazioni all'interno dello spazio europeo è infatti uno dei terreni -insieme a tematiche come il rispetto della *Rule of Law* - su cui si misura l'attuale tenuta del modello federale europeo, per cui il margine di concorrenza leale tra Stati che l'Unione dimostra di poter tollerare senza mettere in discussione i suoi principi generali non è più solo una questione strettamente legata allo standard di tutela applicato nello spazio sovranazionale.

7. – Pochi giorni prima della sentenza *Afmb* - l'8 luglio 2020, con precisione - la Commissione Ue ha infatti adottato il *Mobility package for road transport*, ossia il primo pacchetto europeo di mobilità. Si tratta di un atto complesso - strutturato in due regolamenti e una direttiva - che sarà destinato a regolare le future controversie in materia. Per quanto qui interessa, il *package* introduce, tra gli altri, un quadro di principi applicabili ai conducenti in regime di distacco nello spazio europeo (Direttiva (UE) 2020/1057 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2020, che stabilisce norme specifiche per quanto riguarda la direttiva 96/71/CE e la direttiva 2014/67/UE sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada e che modifica la direttiva 2006/22/CE per quanto riguarda gli obblighi di applicazione e il regolamento (UE) n. 1024/2012). La direttiva, la cui entrata in vigore è prevista per il marzo 2022 è finalizzata ad armonizzare le discipline statali nel comune obiettivo di reprimere le frodi societarie a danno dei diritti dei lavoratori, anche mediante un irrigidimento dei controlli sulle società di trasporti, e a rinforzare le tutele per i conducenti in distacco, secondo il principio di parità di retribuzione a parità di lavoro nello stesso luogo.

La Corte di Giustizia riconosce il ruolo essenziale della magistratura onoraria in Italia: i giudici di pace sono considerati lavoratori e giudici del rinvio pregiudiziale

di Giacomo Mannocci

Title: The EU Court of Justice recognizes the essential role of the honorary judiciary in Italy: The “giudice di pace (magistrates) are considered workers and judges of the preliminary ruling within the meaning of article 267 TFEU

Keywords: Definition of court or tribunal of a Member State; Magistrates and ordinary judges; Difference in treatment.

1. – Con la Sentenza n. 572 del 16 luglio 2020 (causa C-658/18, UX c Governo della Repubblica italiana), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha scritto una pietra miliare in merito allo *status* giuridico ed economico dei giudici di pace italiani che avrà delle importanti ripercussioni su tutte le magistrature onorarie dell'Unione europea e sul ruolo dei giudici cosiddetti «non professionisti» o «onorari».

A tal proposito è necessario premettere che un numero importante di Stati appartenenti all'Unione europea ricorre a giudici non professionisti: è il caso infatti di Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Lussemburgo, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Svezia. Tuttavia, ciascun ordinamento presenta le proprie peculiarità sia per quanto concerne la procedura di reclutamento sia per quanto riguardano le materie loro attribuite e il grado di complessità: ciò che li caratterizza unanimemente è la temporaneità dell'ufficio ricoperto.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che i Giudici di pace italiani siano considerati, a tutti gli effetti, giudici del rinvio ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione: pertanto possono sottoporre alla Corte qualsiasi questione concernente i Trattati e la relativa compatibilità con essi delle disposizioni di diritto interno. Inoltre, la Corte ha individuato i criteri per considerarli lavoratori a tempo determinato a cui devono essere riconosciute sia le ferie retribuite che un adeguato trattamento economico e previdenziale. In sostanza, la Corte del Lussemburgo ha statuito che i magistrati onorari sono soggetti all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, nonché alle Direttive n. 1989/391 e n. 2003/88 sui diritti di tali lavoratori.

Si tratta di un riconoscimento molto importante perché in Italia – quanto meno fino alla riforma della giustizia onoraria del 2017 – non era del tutto pacifico lo *status* dei giudici di pace: non venivano considerati *strictu sensu* dei lavoratori, bensì erano ritenuti quali titolari di una pubblica funzione, essendo nominati con un apposito

decreto del Presidente della Repubblica. Erano quindi considerati come liberi professionisti a cui era riconosciuta una indennità parametrata sulla quantità di lavoro effettivamente svolto. Non erano considerati dei lavoratori perché all'origine del loro rapporto non vi era un negozio contrattuale e la questione non poteva certo essere condivisibile in quanto vi erano, e vi sono tutt'oggi, categorie di lavoratori in regime di diritto pubblico, come gli appartenenti alle Forze armate e di polizia e come, del resto, gli stessi magistrati ordinari e amministrativi (art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

2. – La vicenda processuale, che ha dato origine alla Sentenza in commento, scaturisce da un aspetto secondario che ha tuttavia permesso alla Corte di Lussemburgo di fare un'ampia disamina sull'inquadramento giuridico dei giudici non professionisti.

Un giudice di pace bolognese ha proposto un ricorso per l'emissione di un decreto ingiuntivo al fine di ottenere il pagamento della retribuzione del mese di agosto, periodo in cui normalmente non presta servizio effettivo a causa della sospensione dei termini processuali (legge 7 ottobre 1969, n. 742).

Infatti, fino al 2017, l'ordinamento italiano prevedeva che i giudici onorari fossero retribuiti esclusivamente attraverso il riconoscimento di una indennità per ciascuna udienza effettuata e per ciascun processo assegnato e definito o cancellato dal ruolo: inoltre veniva loro riconosciuta una ulteriore indennità per ogni mese di effettivo servizio, ma solo a mero titolo di rimborso spese.

Quindi, i giudici di pace nulla percepivano nel mese di agosto per il solo fatto che per legge in quel periodo dell'anno non si tengono udienze se non per determinate materie che in gran parte non afferiscono alla magistratura onoraria. In questo si creava però una disparità di trattamento non solo con riferimento ai giudici togati, ma allo stesso personale amministrativo addetto a supporto e ausilio della stessa magistratura onoraria.

A tale situazione ha posto rimedio la novella legislativa del 2017: l'articolo 24 del Decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, prevede infatti per i Giudici di pace la retribuzione anche durante il periodo feriale, ma soltanto per coloro che sono stati nominati successivamente all'entrata in vigore della stessa. La novella legislativa non poteva essere però applicata al caso da cui è sorto il rinvio alla Corte del Lussemburgo perché la ricorrente era già giudice di pace dal 2005 e non aveva pertanto diritto a tale retribuzione.

La riforma del 2017 ha dato origine ad una disparità di trattamento tra soggetti che esercitano le medesime funzioni, basata esclusivamente sulla base del momento temporale di nomina: prima del 2017 i magistrati ordinari erano considerati come soggetti titolari di una carica pubblica a cui venivano conferite determinate funzioni giurisdizionali; successivamente sono stati equiparati ai lavoratori dipendenti, anticipando parzialmente la pronuncia della Corte del Lussemburgo del 2020.

Per completezza e per comprendere efficacemente l'importanza della Sentenza in commento, va precisato che il legislatore italiano aveva certamente introdotto una disciplina transitoria riguardante i giudici di pace già in servizio, ma erano rimaste comunque molte lacune concernenti il loro trattamento retributivo e previdenziale a cui in via interpretativa – tre anni dopo dall'entrata in vigore della riforma della magistratura ordinaria – ha posto rimedio l'Agenzia delle Entrate.

Con la risposta a interpello n. 202 del 6 luglio 2020, l'Agenzia delle Entrate ha infatti chiarito che le somme percepite per l'attività di giudice di pace, in servizio alla data del 15 agosto 2017, sono soggette al regime transitorio previsto dal d.lgs. n. 116/2017 e pertanto devono essere considerate redditi assimilati a quelli da lavoro dipendente fino al quarto anno successivo alla data di entrata in vigore del decreto stesso, ossia fino al 15 agosto 2021, anche se le prestazioni sono ancora ritenute come rese da un soggetto che esercita un'arte o professione.

A tal proposito è importante sottolineare che nel 2017 – data di entrata in vigore della riforma – non era assolutamente scontato il fatto che un Giudice di pace dovesse essere considerato non un libero professionista ma fosse un lavoratore dipendente con tutto quello che ne consegue in tema di trattamento retributivo, assistenziale e previdenziale. È proprio in questo contesto di incertezza normativa ed amministrativa che viene proposto il ricorso che ha permesso alla Corte di Giustizia di pronunciarsi su un aspetto decisivo dell'inquadramento giuridico di coloro che sono chiamati ad esercitare funzioni giurisdizionali senza essere giudici «professionisti».

Il ricorso trae materialmente origine dal fatto che la ricorrente, giudice onoraria da molti anni, lamentava una disparità di trattamento coi giudici togati aventi la stessa anzianità di servizio che, invece, percepivano normalmente la loro retribuzione durante il periodo di sospensione per feriato.

È interessante notare che la causa è stata incardinata presso un altro Giudice di pace, essendo questi competente in base al valore (inferiore ad € 5.000,00) e alla materia (risarcimento danni) della controversia. Ciò ha fatto sì che sia il Governo italiano che la Commissione europea sostenessero l'irricevibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: in primo luogo perché vi era stato un frazionamento della domanda giudiziale volta a non superare il limite di competenza per materia e per valore del giudice che avrebbe dovuto esaminarlo (e cioè il Giudice di Pace anziché il Tribunale ordinario in composizione monocratica); in secondo luogo perché il giudice del rinvio era anch'esso un Giudice di pace e avrebbe avuto quindi un interesse nella soluzione della controversia principale, appartenendo alla medesima categoria dei giudici di pace e non potrebbe pertanto essere considerato quale giudice imparziale.

Al di là del motivo contingente posto alla base del ricorso, la Corte di Giustizia ha sancito dei principi che rappresentano una pietra miliare nell'esercizio di funzioni giurisdizionali affidate a giudici onorari o comunque non professionisti all'interno dell'Unione Europea a prescindere da come ciascuno Stato disciplini le loro modalità di reclutamento e di attribuzioni di funzioni e materie.

Innanzitutto, la Corte ha chiarito che i magistrati onorari sono considerati a tutti gli effetti giudici di rinvio e pertanto possono rimettere ai Giudici del Lussemburgo questioni pregiudiziali sull'interpretazione dei Trattati e sulla conformità ad essi del diritto interno.

Per la Corte di Lussemburgo, i Giudici di pace rientrano di conseguenza nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, perché possiedono tutti i requisiti che li qualificano come giurisdizione: (a) costituzione in conformità a norme legali, (b) stabilità, (c) giurisdizione obbligatoria, (d) applicazione del diritto, (e) indipendenza e terzietà.

Tali requisiti per qualificare un organismo come giurisdizione sono pacifici per costante giurisprudenza risalente addirittura alla sentenza del 30 giugno 1966 (Corte giust., Sent. 30-06-1966, Causa C 61/65, *Vaassen-Göbbels*)

Quanto però all'estensione oggettiva di ciascun requisito la giurisprudenza euro unitaria ha però oscillato nel tempo. Infatti fino alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la Corte di Giustizia ne ha dato una interpretazione estensiva, ritenendo ricevibili rinvii pregiudiziali provenienti da organi, la cui natura giurisdizionale non era certa e che anzi potevano probabilmente essere qualificati come amministrativi (Corte giust., Sent. 17-09-1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, nella quale è stato ritenuto ricevibile un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti; Corte giust. Sent. 4-02-1999, causa C-103/97 *Kollensperger e Atzwanger*, sul rinvio predisposto dall'Ufficio aggiudicazione appalti del Land Tirolo in Austria; Corte giust., Sent. 21-03-2000, nelle cause riunite da C-110/98 a C-147/98, sui quesiti pregiudiziali del *Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña*, organo incardinato nella struttura del Ministero delle Finanze).

A partire, invece dal 2005, la Corte di Giustizia ha dato, invece, una interpretazione restrittiva di tali parametri, dichiarandosi, ad esempio, incompetente a rispondere ai quesiti pregiudiziali sollevati dalla Commissione ellenica per la concorrenza (Corte giust., Sent. 31-05-2005, Causa C 53/03, *Syfait e a.*, punto 29): tale interpretazione è stata sempre confermata in successive pronunce (Corte giust., Sent. 17-07-2014, Cause C -58/13 e C-59/13, *Torresí*, punto 17; Corte giust., Sent. 6-10-2015, Causa C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme*, punto 17; Corte giust. Sent. 16-02-2017, Causa C-503/15, *Margarit Panicello*).

È opportuno mettere in rilievo che la Sentenza del 16 luglio scorso, dopo aver citato la nota pronuncia del 1966 circa i requisiti che deve avere un organismo per essere qualificato come giurisdizione, ha fatto un salto temporale, citando esclusivamente i precedenti giurisprudenziali successivi al 2005.

In questo filone interpretativo consolidatosi negli ultimi quindici anni, è molto significativo che la Corte di Giustizia abbia annoverato tra le giurisdizioni remittenti i Giudici di pace, ponendo proprio in rilievo il parametro della loro indipendenza, nonostante la netta contrarietà del Governo italiano e della Commissione europea.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «indipendenza» comporta due aspetti: l'autonomia e l'inamovibilità. Per essere definito come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 267 del TFUE, occorre quindi che l'organismo eserciti le proprie funzioni in piena autonomia, senza soggiacere a vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni di qualsivoglia origine e che possa continuare a esercitare le proprie funzioni anche dopo aver adito la Corte di giustizia, senza possibilità di immotivata revoca, finché non abbiano raggiunto l'età obbligatoria per il collocamento a riposo o fino alla scadenza del loro mandato, qualora quest'ultimo abbia una durata determinata. Tali garanzie di indipendenza e di imparzialità presuppongono l'esistenza di disposizioni, segnatamente relative alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di rimozione dei suoi membri, che consentano di fugare, in capo ai singoli, qualsiasi legittimo dubbio quanto alla impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità riguardo agli interessi contrapposti.

La Corte ritiene che le caratteristiche di indipendenza e di inamovibilità siano possedute dai Giudici di pace italiani per due ordini di motivi: innanzitutto, sono nominati al termine di una articolata procedura volta a valutare il possesso dei requisiti morali e tecnico professionali; in secondo luogo, esercitano le loro funzioni per una durata predeterminata per legge e le ipotesi di revoca sono previste tassative per legge.

Va tuttavia chiarito che, nel rispondere ai requisiti sulla indipendenza, la Corte di Giustizia ha fatto riferimento alla normativa previgente ove sulla base dell'art. 4 della Legge n. 374/1991 ma tali parametri di indipendenza richiesti dalla Corte di Giustizia sono ulteriormente rafforzati dalla normativa vigente (artt. 4 – 7 del d.lgs. 116/2017) che prevede un articolato procedimento di nomina e lo svolgimento di un apposito tirocinio formativo.

La Corte di Giustizia ha inoltre stabilito che i magistrati onorari devono essere considerati come lavoratori subordinati a tutti gli effetti e a questi sono applicate le tutele giuridiche previste dall'Accordo quadro del 1989 sulla tutela del lavoro a tempo determinato.

Non è la prima volta che la Corte interviene su questo specifico aspetto: già nel 2012 riconobbe ai *Recorders* nel Regno Unito l'assoggettamento ai principi e alle tutele giuslavoristiche previste dall'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (Corte giust., Sent. 1° marzo 2012, Causa C -393/2010, *O'Brien*).

Come noto, i *Recorders* inglesi sono giudici a tempo parziale, di solito nominati per un periodo di almeno cinque anni, che hanno una competenza simile a quella del *Circuit Judge* (i giudici itineranti), ma che in genere trattano le controversie meno complesse o gravi che si presentano in materia civile, penale e di diritto di famiglia.

La Corte di Giustizia statui che i *Recorders* potessero essere equiparati ai lavoratori se, sulla base del diritto interno, poteva essere dimostrato che il rapporto che lega tali giudici al Ministro della Giustizia non sia, per sua propria natura, sostanzialmente diverso da quello che vincola ai loro datori di lavoro i lavoratori subordinati, secondo le caratteristiche stabilite dal diritto nazionale. In tale occasione la Corte di Lussemburgo non condivise l'assunto del Governo britannico secondo cui per il diritto inglese i giudici, non potevano essere considerati lavoratori perché non erano assunti con un contratto di lavoro, bensì con nomina formalmente regia. Per il Governo britannico, quindi, la categoria dei giudici, in linea generale, non rientrava nell'ambito di applicazione della Direttiva 97/81, tesi che non fu ovviamente accolta dalla Corte di Giustizia.

La figura dei *Recorders* presenta delle similitudini con i Giudici di pace italiani ed è per questo che la Sentenza del 16 luglio 2020 richiama in più punti (118; 123-126) la sentenza del 2012 sul caso O' Brien, dal nome del *Recorder* inglese che al momento della sua quiescenza promosse la causa per chiedere il riconoscimento delle ferie e dei propri diritti di lavoratore.

Sulla base di questo specifico precedente, i Giudici del Lussemburgo hanno ribadito e chiarito che non sussistono dubbi sulla natura pubblicistica delle funzioni dei magistrati onorari perché *«anche se l'attività giurisdizionale del giudice di pace non è espressamente menzionata tra gli esempi citati all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/391, essa fa parte del settore di attività pubblico. Essa rientra quindi, in linea di principio, nel campo di applicazione della direttiva 89/391 e della direttiva 2003/88»* (punto n. 85 della Sentenza 572/2020).

La definizione di «onorario» non osta quindi alla qualifica di lavoratore dal momento che non significa che le prestazioni finanziarie percepite da un giudice di pace debbano essere considerate prive di carattere remunerativo e *«né il livello limitato di tale retribuzione né l'origine delle risorse per quest'ultima possono avere alcuna conseguenza sulla qualità di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione»*. I giudici di pace vanno pertanto considerati lavoratori perché svolgono attività reali ed effettive, che non sono puramente marginali o accessorie e forniscono per un certo periodo di tempo a favore di un soggetto giuridico e sotto la sua direzione una determinata prestazione in cambio di una retribuzione.

Tali caratteristiche emergono chiaramente nell'attività propriamente giurisdizionale da loro svolta quotidianamente, che è indispensabile in un'ottica deflattiva del carico di lavoro dei magistrati togati. Peraltro la Corte ha messo in rilievo altresì che il carattere di subordinazione del rapporto di lavoro non è minimamente incompatibile con il requisito di indipendenza della magistratura, anche onoraria. Infatti sussiste un rapporto di subordinazione perché l'organizzazione del lavoro dei giudici di pace prevede il rispetto di tabelle per l'assegnazione dei fascicoli e la distribuzione delle date e degli orari di udienza; l'osservanza delle disposizioni organizzative del capo dell'Ufficio, del Presidente del Tribunale e i provvedimenti organizzativi del Consiglio Superiore della Magistratura; la reperibilità e il rispetto degli obblighi disciplinari simili a quelli dei magistrati ordinari.

Il vincolo di subordinazione non intacca però il requisito dell'indipendenza proprio perché è loro garantita l'inaMOVibilità dall'ufficio se non per gravi violazioni disciplinari nei casi espressamente previsti dalla legge e secondo un procedimento prestabilito che garantisce il rispetto del principio del contraddittorio.

La Corte di Giustizia entra poi nel merito dell'applicabilità dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, tornando a criticare la nozione di «onorario», statuendo in modo inequivoco che *«la mera circostanza che un'attività professionale, il cui esercizio procura un beneficio materiale, sia qualificata come «onoraria» in base al diritto nazionale è priva di rilevanza, ai fini dell'applicabilità dell'accordo quadro, pena il mettere seriamente in questione l'effetto utile della direttiva 1999/70 e quello dell'accordo quadro,*

nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti» [...]. Infatti senza alcuna esclusione, «la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro» (punti nn. 117-118 della sentenza).

Ne consegue che va applicato il principio di non discriminazione perché i giudici di pace svolgono in sostanza le medesime funzioni che sono chiamati a ricoprire i magistrati togati e non è possibile che subiscano una ingiustificata disparità nel trattamento economico, previdenziale e assistenziale.

La Corte osserva che *«al pari di un magistrato ordinario, il giudice di pace è, in primo luogo, un giudice che appartiene all'ordine giudiziario italiano e che esercita la giurisdizione in materia civile e penale, nonché una funzione conciliativa in materia civile. In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, della legge n. 374/1991, il giudice di pace è tenuto all'osservanza dei doveri previsti per i magistrati ordinari. In terzo luogo, il giudice di pace, al pari di un magistrato ordinario, è tenuto a rispettare tabelle indicanti la composizione dell'ufficio di appartenenza, le quali disciplinano dettagliatamente ed in modo vincolante l'organizzazione del suo lavoro, compresi l'assegnazione dei fascicoli, le date e gli orari di udienza. In quarto luogo, sia il magistrato ordinario che il giudice di pace sono tenuti ad osservare gli ordini di servizio del Capo dell'Ufficio, nonché i provvedimenti organizzativi speciali e generali del CSM. In quinto luogo, il giudice di pace è tenuto, al pari di un magistrato ordinario, ad essere costantemente reperibile. In sesto luogo, in caso di inosservanza dei suoi doveri deontologici e d'ufficio, il giudice di pace è sottoposto, al pari di un magistrato ordinario, al potere disciplinare del CSM. In settimo luogo, il giudice di pace è sottoposto agli stessi rigorosi criteri applicabili per le valutazioni di professionalità del magistrato ordinario. In ottavo luogo, al giudice di pace vengono applicate le stesse norme in materia di responsabilità civile ed erariale previste dalla legge per il magistrato ordinario»* (punto n. 146 della Sentenza).

Questo, a giudizio della Corte, non significa però che i giudici onorari e quelli togati devono avere per forza lo stesso trattamento economico: possono infatti sussistere delle legittime ragioni oggettive che giustifichino ampiamente un trattamento retributivo maggiore per i giudici professionisti. Anzi, su questo aspetto specifico la Corte precisa che spetta al giudice interno valutare se siano giustificati trattamenti diversi anche se si intuisce che ciò sia chiaramente possibile dal momento che, sulla base di quanto dispone l'ordinamento italiano, le controversie riservate ai giudici di pace presentano indubbiamente aspetti di complessità inferiore a quelle devolute ai magistrati ordinari. Inoltre la Corte rileva che, ai sensi dell'articolo 106, secondo comma, della Costituzione italiana, i Giudici di pace possono svolgere soltanto le funzioni attribuite a giudici singoli e non possono quindi far parte di organi collegiali.

La Corte di Giustizia ha pertanto sancito due principi che il legislatore interno dovrà tener sempre ben presente: innanzitutto che l'attività della magistratura onoraria italiana appartiene alla funzione giurisdizionale, ed è assistita dai corollari di autonomia e di indipendenza propri di questa funzione; in secondo luogo che lo svolgimento di tale funzione, secondo i moduli ricorrenti e tipici del lavoro dipendente, fa rientrare il magistrato onorario nella definizione europea di lavoratore proprio sulla base di una disamina empirica compiuta dagli stessi Giudici di Lussemburgo.

La Sentenza in commento è importante perché nell'ordinamento giuridico italiano i giudici di pace svolgono un ruolo importante ma spesso misconosciuto, nonostante la stessa Corte di Cassazione da tempo abbia riconosciuto che *«i giudici onorari – sia in qualità di giudici monocratici che di componenti di un collegio – possono decidere ogni processo e pronunciare qualsiasi sentenza per la quale non vi sia espresso divieto di legge, con piena assimilazione dei loro poteri a quelli dei magistrati togati, come si evince dall'art. 106 Costituzione»* (Cass. 4 dicembre 2017, n. 28937).

Peraltro, già nel 2017 l'Associazione nazionale magistrati riconobbe che *«da quindici anni, a causa della cronica carenza di organico e della sempre crescente domanda di giustizia, i magistrati onorari hanno fornito un contributo significativo alla giurisdizione, in assenza di un'adeguata tutela previdenziale ed assistenziale e il loro impiego costituisce una misura apprezzabile nell'ottica di un'efficiente amministrazione della giustizia ex artt. 97 e 111 Cost.»* (Associazione Nazionale Magistrati, documento GEC del 22 aprile 2017).

3. – Occorre osservare che la valorizzazione della Magistratura onoraria, intesa come «magistratura di prossimità» al cittadino è molto sentita non solo nell'ambito dell'Unione Europea: già nel 2010, ad esempio, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa emanò una apposita Raccomandazione agli Stati membri sull'indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici, affermando espressamente che *«le disposizioni di cui alla presente raccomandazione si applicano anche ai giudici onorari, tranne che sia chiaro dal contesto che esse si applicano solo ai giudici professionali»* (punto n. 2, Capitolo primo, Aspetti Generali, Raccomandazione n.12/2010, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098esima riunione dei Delegati dei Ministri).

Il Consiglio d'Europa riconobbe pertanto in tale occasione ai Giudici onorari i principi di inamovibilità, di indipendenza interna ed esterna e specificò che *«quando il reclutamento prevede una nomina a termine, la decisione sulla conferma o sul rinnovo della nomina deve essere effettuata esclusivamente nel pieno rispetto dell'indipendenza della magistratura. Un giudice non deve ricevere un nuovo incarico o essere assegnato ad altre funzioni giudiziarie senza il suo consenso, salvo nei casi di sanzione disciplinare o di riforma organizzativa del sistema giudiziario»* (punti nn. 51-52 della Raccomandazione).

È proprio tenendo presente questa Raccomandazione, secondo cui *«devono essere evitati sistemi che facciano dipendere dalle prestazioni gli elementi essenziali della retribuzione, in quanto essi possono creare difficoltà all'indipendenza dei giudici»* (punto n. 55), che – sette anni dopo – il legislatore italiano ha previsto che l'indennità spettante ai magistrati onorari si compone di una parte fissa e di una parte variabile di risultato e che quest'ultima può essere riconosciuta in misura non inferiore al quindici per cento e non superiore al trenta per cento dell'indennità fissa è erogata in tutto o in parte in relazione al livello di conseguimento degli obiettivi assegnati (art. 23 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116).

Il Legislatore nazionale ha poi finalmente riconosciuto apposite tutele concernenti la gravidanza, l'infortunio e la malattia dei giudici onorari, per le quali – però – è rimasta una incertezza interpretativa sullo status dei magistrati onorari fino alla sentenza del luglio scorso.

All'indomani della riforma, l'INAIL – pur riconoscendo che i Giudici onorari di pace e i Vice Procuratori onorari, in ragione delle rispettive funzioni giurisdizionali, sono persone assicurate all'Inail – ha precisato che *«il rapporto di lavoro dei giudici di pace tuttavia ha proprie peculiarità, in ragione delle quali non è possibile estendere a essi le modalità di tutela assicurativa previste per i magistrati professionali, ai quali è riconosciuto lo status di pubblici dipendenti. La configurabilità di un rapporto di pubblico impiego in capo alla magistratura onoraria è infatti esplicitamente esclusa dalla legge delega 28 aprile 2016, n. 57 che, nel riformare la materia, attribuisce rilievo determinante alla temporaneità dell'incarico di che trattasi. Ne consegue una diversa regolamentazione dei compensi percepiti dai magistrati onorari rispetto ai magistrati professionali, riconducibili, rispettivamente, a una indennità e a una retribuzione, nonché una diversa articolazione dei relativi regimi previdenziali e assicurativi modulati in considerazione della professionalità o della onorarietà dell'incarico»* (INAIL – Circ. 8 novembre 2017, n. 50).

A livello di ordinamento italiano, nonostante la riforma intervenuta nel 2017, continuava quindi a rimanere una certa riottosità a considerare i giudici onorari come

dei veri e propri lavoratori ed è per questo motivo che la Sentenza del 16 luglio 2020 della Corte di Giustizia ha fatto definitivamente chiarezza.

Infatti, neanche un mese prima della pubblicazione della pronuncia dei Giudici del Lussemburgo, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione continuava a sostenere che *«sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 38 Cost., delle norme che disciplinano la posizione del giudice di pace, non essendo quest'ultimo equiparabile ad un pubblico dipendente nè ad un lavoratore parasubordinato, in quanto la categoria dei funzionari onorari, della quale fa parte, presuppone un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi caratterizzanti l'impiego pubblico, come l'accesso alla carica mediante concorso, l'inserimento nell'apparato amministrativo della P.A., lo svolgimento del rapporto secondo lo statuto apposito per tale impiego, il carattere retributivo del compenso e la durata potenzialmente indeterminata del rapporto»* (Cass. 9 settembre 2016, n. 17862); la pronuncia resa in un caso in cui si discuteva della tutela previdenziale, esprime principi destinati a delineare una specialità dell'incarico onorario in questione, che esclude, anche sotto il profilo della remunerazione ed a fronte di emolumenti non irrisori comunque riconosciuti, la possibilità di richiamare le tutele lavoristiche di cui all'art. 36 Costituzione» (Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 12/11/2019) 05-06-2020, n. 10774).

Il caso esaminato dalla Suprema Corte atteneva alle funzioni di un giudice di pace, nominato anteriormente alla riforma del 2017, ma è comunque significativo che nella pronuncia in esame non sussiste alcun accenno alle novità introdotte dalla novella legislativa del 2017.

La Sentenza della Corte di Giustizia costituisce una pietra miliare nel riconoscimento dei diritti dei magistrati onorari proprio perché, facendo riferimento ad essa, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 267/2020, depositata il 9 dicembre 2020, ha riconosciuto l'obbligo per il Ministero della Giustizia di rimborsare al giudice di pace le spese di difesa sostenute nei giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi per fatti di servizio e conclusi con provvedimento di esclusione della responsabilità, proprio come avviene per i giudici togati.

Nel riconoscere tale equiparazione la Corte costituzionale ha fatto proprio riferimento alla Sentenza in commento, precisando che la Corte di giustizia ha affermato che i giudici di pace *«svolgono le loro funzioni nell'ambito di un rapporto giuridico di subordinazione sul piano amministrativo, che non incide sulla loro indipendenza nella funzione giudicante. Quindi, la Corte di Lussemburgo, riportata la figura del giudice di pace alla nozione di «lavoratore a tempo determinato», ha stabilito, con riferimento al tema specifico delle ferie annuali retribuite, che differenze di trattamento rispetto al magistrato professionale non possono essere giustificate dalla sola temporaneità dell'incarico, ma unicamente «dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità»*. Ne consegue pertanto per la Corte costituzionale che *«attesa l'identità della funzione del giudicare, e la sua primaria importanza nel quadro costituzionale, è irragionevole che il rimborso delle spese di patrocinio sia dalla legge riconosciuto al solo giudice "togato" e non anche al giudice di pace, mentre per entrambi ricorre, con eguale pregnanza, l'esigenza di garantire un'attività serena e imparziale, non condizionata dai rischi economici connessi ad eventuali e pur infondate azioni di responsabilità»* (Corte cost., Sentenza 9-12-2020, n. 267).

4. – La Sentenza del 16 luglio 2020 avrà delle ripercussioni importanti anche negli altri Stati membri: infatti, seguendo quanto già statuito nel 2012, riconosce ai giudici onorari la qualità di lavoratori a tempo determinato e permette loro di poter adire la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

È evidente però che la Sentenza sarà declinata a seconda di come ciascuno Stato membro disciplina la propria magistratura onoraria.

Non esiste, infatti, un unico modello di giudici non professionisti (i cosiddetti «Lay Judges»). Possono esservi:

- «Giudici laici», giudici cioè senza una specifica formazione giuridica che giudicano da soli o collegialmente senza il supporto di un giudice professionista (è il caso di diversi Paesi di Common law)
- Giudici onorari che affiancano giudici professionisti (come ad esempio il caso in Austria, Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Francia, Ungheria, Germania, Lussemburgo, Slovacchia, Slovenia o Svezia).
- Giudici di pace competenti per risolvere piccole controversie civili o per giudicare per reati minori (come ad esempio in Spagna).

Non è quindi agevole individuare delle caratteristiche comuni e universali perché la magistratura onoraria varia da Stato a Stato e risente innanzitutto della propria tradizione giuridica (Civili Law o Common Law) e soprattutto per le scelte dei singoli legislatori.

Non vi è neanche certezza sulla stessa nozione di giudice onorario perché è possibile che alcuni Stati abbiano classificato come giudici non professionisti anche i cittadini membri di giurie, che invece non sono ritenuti tali da altri Stati.

La stessa procedura di selezione e reclutamento dei giudici non professionisti varia notevolmente da uno Stato all'altro: in alcuni casi, i giudici non professionisti possono essere addirittura eletti. È il caso della Repubblica Ceca, dell'Estonia, della Slovacchia e della Slovenia.

In Spagna, invece, i Giudici di pace sono organi giudiziari di prima istanza che operano nei municipi in cui non sono presenti i *juzgados de primera instancia e instrucción*: in tali zone, sono nominati dai Consigli comunali e sono quindi, giudici onorari non togati la cui competenza in materia civile è limitata alle cause di modesta entità (di valore non superiore ai 90 euro). Essi rivestono un ruolo marginale nell'organizzazione giudiziaria spagnola, il numero non molto elevato dei procedimenti sottoposti al giudizio di tali organi rispecchia la limitatezza delle competenze giurisdizionali ad essi attribuite.

5363

5. – È interessante esaminare il ruolo della Magistratura onoraria anche al di fuori dei confini dell'Unione europea, utilizzando i dati offerti dal Consiglio d'Europa e precisamente dalla Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ) che è un organismo giudiziario composto da tecnici, rappresentativo dei 47 Stati che ne fanno parte, per testare e monitorare l'efficienza ed il funzionamento dei sistemi giudiziari europei. La Commissione pubblica ogni 2 anni un rapporto sullo stato della giustizia in tutti gli Stati partecipanti

I dati che offre al pubblico sono di estremo interesse.

L'eterogeneità delle funzioni e dei procedimenti di nomina è stata messa in evidenza dalla CEPEJ che esaminando i modelli di giustizia dei quarantasette Stati aderenti ha osservato che il ricorso ai giudici laici rimane una caratteristica essenziale dei Paesi di *Common law* e di quelli del Nord Europa.

A livello di continente europeo, la professionalizzazione dei giudici è in aumento, con una tendenza però al ribasso nel numero di Stati che utilizzano giudici laici. Nei Paesi dell'Europa orientale permane da parte del Legislatore una certa sfiducia nei confronti dei giudici non professionisti e la maggior parte o quasi tutte le controversie sono ancora attribuite a giudici professionisti. Sembra che i compiti affidati a giudici non professionisti, quando vengono utilizzati, tendano ad evolversi.

In alcuni Stati, i giudici idonei al pensionamento possono essere designati per esercitare le funzioni di supplenti (Danimarca, Belgio, Montenegro, Norvegia, Israele). Questa pratica aiuta a far fronte alle difficoltà legate ai posti vacanti dovuti ad assenze

o agli arretrati che incidono sull'efficienza dei tribunali (cfr. CEPEJ, Rapporto per l'anno 2018, pag. 102).

In un precedente rapporto del 2014 (e riferito come sempre ai dati forniti dagli Stati relativi a due anni prima), la Commissione europea per l'efficienza della Giustizia del Consiglio d'Europa ha osservato che i giudici non professionali o giudici laici sono in linea generale volontari, sono compensati per le spese da loro sostenute e, solo in alcuni casi, anche per il lavoro estemporaneamente reso, pur assumendo, comunque, decisioni vincolanti nei Tribunali e giudicando sia all'interno delle Corti integrando i collegi formati dai giudici professionali, sia come giudici monocratici.

La loro funzione è limitata prevalentemente al primo grado anche se in qualche ordinamento (Austria, Norvegia, Svezia e Svizzera) compongono pure i collegi per la seconda istanza: in nessun ordinamento fanno parte delle Corti Supreme.

È stato correttamente osservato che nei vari Paesi europei (non solo quindi solo quelli dell'Unione) la posizione del giudice onorario è comunemente caratterizzata da instabilità e non prevede né un inquadramento professionale né una pregressa formazione finalizzata allo svolgimento dell'attività giudiziaria: l'onorarietà si fonda infatti sulla volontarietà in relazione ad una riconosciuta esperienza ed onorabilità professionale.

Nel suo ultimo rapporto, pubblicato il 22 ottobre 2020, la CEPEJ ha messo in rilievo un aspetto non assolutamente secondario e cioè che i giudici non professionisti possono essere un valido strumento per avvicinare la magistratura al popolo, all'interno di un circuito di democrazia rappresentativa, ma allo stesso non ha potuto non mettere in evidenza che quasi metà degli Stati fa ancora ricorso solamente ai giudici professionali. In ogni caso, osservando i dati dell'ultimo decennio, si nota un aumento dei componenti della magistratura onoraria all'interno dei paesi del Consiglio d'Europa: infatti, il rapporto tra giudici professionisti e non professionisti è di 4 a 1 (Report 2020, pag. 53).

Il quadro sommariamente descritto mette in rilievo l'eterogeneità della magistratura onoraria, ma soprattutto la sua perenne precarietà nonostante in ciascun Paese offra un contributo determinante alla deflazione e alla lunghezza delle cause giudiziarie. Infatti, nonostante il loro ruolo sia sostanzialmente riconosciuto da tutti, si stenta ancora a considerare i giudici onorari come dei veri e propri lavoratori.

Limitando l'analisi all'Unione Europea, fortunatamente la Corte di Giustizia nelle due sentenze riguardanti una i *Recorders* inglesi (2012), una i Giudici di pace italiani (2020), ha segnato un fondamentale punto di partenza: i *Lay Judges* non sono soggetti che – per spirito pubblico – collaborano all'efficientamento della Giustizia; non sono dei meri titolari di un incarico pubblico. Sono dei veri e propri lavoratori che fanno parte a pieno titolo dell'Ordinamento giudiziario di ciascun Paese. Questo non significa, ovviamente, equipararli tout court alla magistratura professionale: le diversità e le complessità vanno salvaguardate. Significa riconoscere però dei diritti che ciascun lavoratore deve avere.

Giacomo Mannocci
Avvocato in Pisa
giacomomannocci@gmail.com

Anche la Corte di giustizia, dopo la Corte costituzionale, “salva” la riforma italiana delle banche popolari: è la fine di un modello o un semplice assestamento?

di Fabio Masci

Title: Even the Court of Justice, after the Constitutional Court, “saves” the Italian reform of credit unions: is this the end of a model or a simple adjustment?

Keywords: Credit unions, Double preliminary ruling, Italian Constitutional Court.

1. – La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 luglio 2020, “*OC e a. contro Banca d'Italia e a.*”, causa C-686/18, ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

In via di prima approssimazione, le questioni sollevate dal remittente investono la riforma italiana delle banche popolari, ovvero degli istituti di credito cui è demandato *ex lege* l'esercizio di attività bancaria in forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata (per un approccio costituzionale al tema, M. Giampieretti, *Art. 45*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 463). Come noto, gli istituti predetti, al pari delle banche di credito cooperativo, sono caratterizzati da voto capitario, limite al possesso azionario, numero minimo di soci, gradimento societario complessivo per l'acquisizione dello *status* di socio e limitazione all'utilizzo di deleghe per la partecipazione alle assemblee. Orbene, pur non modificando le previsioni in commento, la riforma ha disposto l'inserimento di un limite dimensionale all'attivo patrimoniale delle banche popolari, prescrivendo, in ipotesi di superamento dello stesso, il divieto di esercitare attività bancaria in forma cooperativa con conseguente obbligo di trasformazione in società per azioni (salvo il ripristino di tale limite entro un termine specificamente dato). In sintesi, il legislatore della riforma ha assunto che la dimensione dell'attivo patrimoniale fosse direttamente proporzionale alla complessità dell'attività bancaria e imponesse l'adozione di sistemi di *governance* e di modelli organizzativi più idonei alla gestione di attivi patrimoniali sovra-soglia (*amplius*, F. Di Ciommo, *La riforma delle banche popolari*, in *Il foro italiano*, n. 5/2015, 193 ss.).

Come si legge nelle premesse al decreto-legge che ha novellato la disciplina, siffatte modifiche sono state necessitate dall'urgenza di avviare il processo di adeguamento agli indirizzi europei, al fine espresso di rendere maggiormente competitivo il sistema bancario italiano, di elevare il livello di tutela dei consumatori e di favorire lo sviluppo dell'economia del Paese, promuovendo una maggiore patrimonializzazione delle imprese e il concorso delle stesse – ancorché piccole e medie – nei processi d'innovazione del sistema produttivo (approfonditamente, G. Romano, *La riforma delle Banche popolari tra “argomenti” di diritto interno e “ragioni” di diritto*

europo, relazione al VII Convegno Annuale dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale sul tema "L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi", Roma, 26-27 febbraio 2016).

Inoltre, stando al decreto succitato, la riforma è stata mossa dalla necessità e dall'urgenza di adottare disposizioni volte a favorire l'incremento degli investimenti, l'attrazione dei capitali e degli investitori istituzionali esteri e lo sviluppo del credito per l'*export*. Invero, come rilevato da più parti (Draghi e Visco su tutti), il previgente assetto delle banche popolari, e in particolare le prescrizioni in tema di voto capitaro, numero minimo di soci e gradimento per l'acquisizione del relativo *status*, limitavano la contendibilità del controllo azionario, escludevano l'alternanza in sede di *corporate governance* e tendevano a legittimare gestioni sindacalizzate, dimidiando solidità patrimoniale e capacità competitiva.

Atteso quanto precede, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, le banche popolari che superavano la soglia di attivo predeterminata dalla legge erano dieci, ovvero, in ordine patrimoniale decrescente, Banco Popolare, UBI Banca, BPER Banca, Banca Popolare di Milano, Banca Popolare di Vicenza, Banca Veneto, Banca Popolare di Sondrio, Credito Valtellinese, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio e Banca Popolare di Bari. Come evidente, il coinvolgimento dei principali istituti italiani, e la loro potenziale trasformazione in società per azioni, aveva suscitato le perplessità di una pluralità di operatori economici (a partire dai vari soci delle banche delle banche *de quibus*), preoccupati per le inevitabili conseguenze bancarie, finanziarie, macroeconomiche e industriali che avrebbe generato una modifica di tale portata. Tra l'altro, sin da subito, quegli stessi operatori avevano lamentato la presunta illegittimità (sia costituzionale che eurounitaria) della riforma in menzione, osservando come la stessa costituisse un *unicum* nel panorama europeo (dettagliatamente, D. De Lungo, *Il nuovo assetto delle banche popolari: appunti sui presupposti costituzionali del decreto-legge, sui poteri normativi della Banca d'Italia e sull'idoneità delle fonti europee ad assolvere riserve di legge nazionali*, in *Federalismi*, n. 20/2016).

A una sommaria rendicontazione delle censure dedotte, e con precipuo riferimento ai vizi di costituzionalità, erano stati rilevate, per un verso, la carenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza (in proposito, giova ricordare che si era addivenuti a riforma con decreto-legge), per altro verso, la violazione della *ratio* cooperativa, mutualistica e democratica sottesa alle banche popolari.

Di converso, quanto alla non conformità al diritto dell'Unione, era stato eccepito che la disciplina novellata – e anzitutto la forzosa trasformazione in società per azioni – si ponesse in contrasto con le statuizioni rese dalla Commissione europea in sede di archiviazione della procedura d'infrazione n. 2002/4715, in ordine alle quali «1) tutte le Banche Popolari sono vere cooperative sia nella forma che nella sostanza, "de jure et de facto"; 2) la loro disciplina è pienamente compatibile con quella dell'Unione europea e con il Trattato UE; 3) le Banche Popolari sono la legittima espressione di quella particolare forma di libertà di impresa che consiste nella libertà di organizzare la società scegliendo liberamente fra i differenti modelli riconosciuti e previsti dall'ordinamento giuridico; 4) il modello della società cooperativa ha pari dignità di quello della società per azioni per l'esercizio dell'impresa bancaria; 5) tale modello, nella forma delle Banche Popolari, può essere senz'altro adottato anche in caso di dimensioni rilevanti e/o di quotazione sui mercati borsistici, non sussistendo alcuna incompatibilità tra il modello cooperativo e la complessità e rilevanza delle dimensioni né della quotazione delle azioni nei mercati regolamentati» (Audizione al Senato della Repubblica, Commissione Finanze e Tesoro, dell'Associazione Nazionale fra le Banche Popolari, *Indagine conoscitiva sul Sistema bancario italiano nella prospettiva della vigilanza europea*, Roma, 11 marzo 2015).

Infine, in relazione alla peculiarità della riforma in argomento, era stato lumeggiato che nessun Paese europeo, fatta eccezione per l'Italia, avesse modificato le previsioni concernenti voto capitaro, numero minimo di soci e gradimento per

l'acquisizione del relativo *status*. Invero, pur avendo apportato (o avendo in programma di apportare) significative modifiche ai rispettivi sistemi bancari, sia Germania che Spagna, ma anche Gran Bretagna, non erano intervenute sulla struttura giuridica, sulla *governance* e sulle finalità delle banche popolari.

2. – In ragione delle criticità poc'anzi rappresentate, i soci di alcuni degli istituti interessati dalla riforma avevano variamente agito nei confronti della Banca d'Italia, della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze e delle banche partecipate. Segnatamente, in primo grado, dinanzi al T.A.R. Lazio, i ricorrenti avevano chiesto l'annullamento del 9° aggiornamento alla circolare della Banca d'Italia n. 285/2013, che attuava il comma 2-ter dell'articolo 28 e i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater dell'art. 29 del T.U.B. Le richiamate disposizioni – che costituivano il nucleo forte della riforma in parola – erano state espressamente introdotte dall'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 33/2015.

Stante siffatta premessa, si rende necessaria una succinta descrizione del quadro normativo in disamina. A mente di quanto disposto dall'art. 29, c. 2-bis, l'attivo di una banca popolare non può superare gli 8 miliardi di euro. A tal riguardo, il successivo comma 2-ter chiarisce che, superata la soglia predetta, l'assemblea dei soci dispone di un anno di tempo per ridurre l'attivo o, in alternativa, per deliberare la trasformazione in società per azioni o la liquidazione volontaria. In chiusura, il comma 2-quater statuisce che le disposizioni in parola sono attuate dalla Banca d'Italia. Inoltre, a corollario di quanto precede, l'art. 28, c. 2-ter, spiega che, in ipotesi di trasformazione, il diritto al rimborso delle azioni del socio recedente è limitato – in conformità a quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge – laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità di quelle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. In proposito, la circolare n. 285/2013 specifica che l'organo con funzione di supervisione strategica ha facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte, senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale.

Ebbene, a fronte del paradigma in menzione, i ricorrenti avevano asserito che l'atto impugnato fosse affetto da illegittimità derivata a causa dell'incostituzionalità dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015. In particolare, per quel che attiene alla nota in commento, si erano doluti del fatto che il comma 2-ter dell'articolo 28 e i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater dell'art. 29 del T.U.B. avessero sovvertito il carattere cooperativo, mutualistico e democratico delle banche popolari, violando i principi del voto capitario, del limite al possesso azionario, del numero minimo di soci, del gradimento societario complessivo per l'acquisizione dello *status* di socio e della limitazione all'utilizzo di deleghe per la partecipazione alle assemblee.

Tuttavia, il T.A.R. Lazio aveva dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni sollevate, respingendo i ricorsi suddetti con le sentenze nn. 6548/2016, 6544/2016 e 6540/2016 (vedi, F. Salerno, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/2017, 106 ss.).

Nondimeno, all'esito del giudizio di primo grado, i ricorrenti avevano proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, che aveva cautelamente sospeso la circolare n. 285/2013 e sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015. Difatti, a differenza del giudice di prime cure, quello del gravame aveva ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate le censure d'incostituzionalità prospettate dagli impugnanti.

3. – In sede di proposizione del giudizio di costituzionalità, il Consiglio di Stato aveva dubitato dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, nella parte in cui prevedeva che il diritto al rimborso delle azioni esercitato dal socio recedente a seguito della

trasformazione obbligata della banca popolare fosse sia differibile (anche *sine die*) che limitabile (anche *in toto*), anziché soltanto differibile (con previsione di un termine e corresponsione di un interesse per il ritardo) o soltanto limitabile (ma mai escludibile).

In particolare, come formulata, la disposizione impugnata avrebbe violato gli artt. 41, 42 e 117, c. 1, Cost.

A una disamina più approfondita, il remittente aveva osservato che l'esercizio congiunto – e non alternativo – delle facoltà di differimento e di limitazione avrebbe ingiustificatamente dimidiato il diritto di proprietà e la libertà d'iniziativa economica del socio recedente nonché violato l'art. 10, par. 2, del regolamento (UE) n. 241/2014, che, in ordine alle prospettazioni del remittente, si sarebbe limitato a predisporre un'infungibile alternativa tra differimento e limitazione (e non il loro congiunto esercizio).

In espressa continuità con i rilievi che precedono, il giudice *a quo* aveva eccepito che la facoltà di limitare in tutto o in parte e/o di rinviare indefinitamente e senza un corrispettivo compensatorio il diritto al rimborso si sarebbe tradotta in un esproprio senza indennizzo o in un esproprio con indennizzo ingiustificatamente ridotto della quota societaria. Invero, stando al Consiglio di Stato, il legislatore nazionale non avrebbe operato un corretto bilanciamento, ispirato al principio del "minimo mezzo", tra la tendenziale incompressibilità del diritto di proprietà – inteso nell'ampia accezione accolta dalla Corte EDU – e l'interesse generale a una sana e prudente gestione dell'impresa bancaria – connesso alla tutela del credito e del risparmio.

Investita delle questioni citate, la Corte costituzionale aveva preliminarmente esaminato la normativa europea sui requisiti prudenziali delle banche. A tal riguardo, ripercorrendo l'art. 10, par. 2, del regolamento (UE) n. 241/2014, aveva premesso che «[1] *a capacità dell'ente di limitare il rimborso [...] riguarda sia il diritto di rinviare [...] che il diritto di limitare l'importo rimborsabile. L'ente è in grado di rinviare il rimborso o di limitare l'importo rimborsabile per un periodo illimitato in conformità al paragrafo 3*». Ciò posto, aveva chiarito che il differimento e la limitazione dell'importo non dovessero essere interpretati in senso disgiuntivo, ma in prospettiva coordinativo-aggiuntiva, così come pacificamente desumibile dalla versione inglese del testo normativo: «[t] *he ability of the institution to limit the redemption [...] shall encompass both the right to defer the redemption and to limit the amount to be redeemed*». Inoltre, aveva precisato che siffatta statuizione fosse confermata dal considerando n. 10 del regolamento in menzione, stando al quale «[...] *laddove il rifiuto al rimborso degli strumenti sia proibito ai sensi della normativa nazionale applicabile per queste tipologie di enti, è essenziale che le disposizioni che regolano gli strumenti conferiscano all'ente la capacità di rinviare il loro rimborso e limitare l'importo da rimborsare*».

Così pronunciandosi, il Giudice delle leggi aveva altresì evidenziato che il remittente, nel lamentare l'esistenza di una fattispecie espropriativa senza indennizzo o con indennizzo ingiustificatamente ridotto, muovesse da un presupposto interpretativo errato, ovvero che le regole prudenziali dell'Unione europea imponessero una scelta obbligata tra differimento temporale del rimborso e riduzione del relativo importo. Invero, come rilevato dalla Corte costituzionale, la sola opzione contemplata dalla normativa eurounitaria concerneva l'alternativa tra esclusione del rimborso e limitazione parziale dello stesso, così come disposto dall'art. 29, par. 2, lett. c), del regolamento (UE) n. 575/2013. Per cui, in riferimento all'opzione in commento, era evidente che l'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, limitandosi a prevedere la riduzione dell'importo, e non anche la sua esclusione, non violasse le disposizioni dell'Unione e postulasse un bilanciamento più che legittimo tra diritto al rimborso del socio recedente e interesse pubblico a una sana e prudente gestione bancaria.

In secondo luogo, la Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sull'equiparabilità tra limitazione parziale ed esclusione del rimborso, che il testo della disposizione impugnata sembrava non contemplare. Difatti, stando al giudice *a quo*,

l'esclusione, a differenza della limitazione, si sarebbe tradotta in un'illegittima negazione del diritto al rimborso.

Investito della questione, il Giudice delle leggi aveva premesso che la facoltà di limitazione dell'importo, ancorché concernete il credito complessivamente inteso, non fosse esercitabile *ad nutum*, ma nella sola ipotesi in cui la banca fosse incorsa nel superamento dei parametri prudenziali di cui all'art. 10, par. 3, del regolamento (UE) n. 241/2014. Di conseguenza, aveva dichiarato che l'esigibilità del credito eventualmente limitato fosse semplicemente sospesa sino alla normalizzazione dei parametri in parola.

Posto quanto precede, la Corte costituzionale aveva statuito che l'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015 ammettesse la limitazione del rimborso (anche totale, purché circoscritta nel tempo), ma non la sua esclusione, con ciò garantendo il socio recedente da un eventuale esproprio senza indennizzo.

Inoltre, prendendo le mosse dalle argomentazioni sin qui svolte, il Giudice delle leggi aveva concluso asserendo la conformità della disposizione impugnata all'art. 117, c. 1, Cost. (*rectius*, all'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU).

Invero, facendo proprie pregresse statuizioni della Corte EDU, la Corte costituzionale aveva rappresentato che l'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento delle quote societarie fosse compatibile con la tutela convenzionale del diritto di proprietà, purché preposta a una sana e prudente gestione dell'impresa bancaria (*ex plurimis*, sentenza Corte EDU 17 novembre 2015, "*Preite contro Italia*"; sentenza Corte EDU 31 maggio 2011, "*Maggio contro Italia*"; sentenza Corte EDU 23 settembre 1982, "*Sporrong e Lönnroth contro Svezia*"). E allora, sviluppando le esposte premesse, aveva asserito che il differimento e la limitazione del rimborso fossero "formalmente" ammessi dal diritto dell'Unione e "sostanzialmente" necessitati dal rischio prudenziale che si sarebbe generato a fronte di un gran numero di recessi. Inoltre, a riguardo, aveva precisato che il nesso di causalità intercorrente tra limitazione del rimborso e situazione prudenziale della banca non ostasse al perseguimento degli interessi generali della comunità e alla tutela dei diritti fondamentali della persona (così, sentenza Corte EDU 13 gennaio 2015, "*Vécony contro Ungheria*"; sentenza Corte EDU 30 giugno 2005, "*Jahn e a. contro Germania*"; sentenza Corte EDU 5 gennaio 2000, "*Beyeler contro Italia*"; sentenza Corte EDU 23 ottobre 1997, "*National & Provincial Building Society e a. contro Regno Unito*"; sentenza Corte EDU 21 febbraio 1986, "*James e a. contro Regno Unito*"; sentenza Corte EDU 23 settembre 1982, "*Sporrong e Lönnroth contro Svezia*").

In ultimo, il Consiglio di Stato aveva asserito che l'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, attribuendo alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di rimborso, si sarebbe posto in contrasto con gli artt. 1, 3, 23, 42, 95 e 97 Cost. A una doverosa sintesi, i vizi prospettati dal remittente erano accomunati dalla medesima premessa ermeneutica, ovvero che la disposizione censurata avesse conferito all'istituto di vigilanza – un soggetto estraneo al circuito dei rapporti tra Parlamento e Governo, e dunque politicamente irresponsabile – un potere regolamentare atipico, in bianco e con effetto delegificante in riferimento a materie coperte da riserva di legge.

Nel rigettare la questione sottoposta alla sua attenzione, il Giudice delle leggi aveva sottolineato che fosse lo stesso art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015 ad attribuire alla Banca d'Italia la facoltà di adottare una disciplina sostitutiva in deroga alla legge. Parimenti, aveva puntualizzato che la cessazione di efficacia delle disposizioni delegificate non fosse subordinata all'entrata in vigore della disciplina secondaria sostitutiva, ma insita nella stessa legge di delegificazione. Infine, a corollario delle statuizioni predette, aveva chiarito che, nel disciplinare le modalità di rimborso, la Banca d'Italia non avesse posto in essere alcuna valutazione politico-discrezionale dei valori in gioco (diritti del socio recedente e stabilità del sistema bancario), ma si fosse limitata a recepire e attuare il bilanciamento effettuato dal legislatore in sede di formulazione dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015.

In definitiva, con la sentenza n. 99/2018, la Corte costituzionale aveva dichiarato non fondate tutte le questioni sollevate dal Consiglio di Stato. Inoltre, in riferimento alle stesse, opponendo l'inequivocità interpretativa della normativa unionale sui requisiti prudenziali delle banche, aveva rilevato che non ricorressero i presupposti per un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, c. 3, del TFUE (cfr., sentenza CGUE 27 marzo 1963, "*Da Costa e a. contro Amministrazione olandese delle imposte*") (D. D'Alvia, *La riforma delle banche popolari: autofagia o rigenerazione del mercato?*, in *Giustizia Civile*, 26 novembre 2018).

4. – All'esito del giudizio costituzionale, persistendo profili d'incertezza circa la legittimità eurounitaria dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, il Consiglio di Stato aveva avanzato domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

In particolare, le questioni sollevate dal giudice del rinvio vertevano sull'interpretazione degli artt. 3, 63 e ss. e 107 e ss. del TFUE, degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nel prosieguo, la "CDFUE"), dell'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, dell'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e dell'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014.

Per esigenze di chiarezza espositiva, prima di addivenire all'analisi delle questioni succitate, è dirimente esaminare, pur succintamente, quanto prescritto dalle disposizioni in parola.

Stando all'art. 29, par. 2, del regolamento (UE) n. 575/2013, la normativa nazionale in materia di banche popolari deve prevedere un'infungibile alternativa tra esclusione e limitazione del rimborso delle azioni. In espressa continuità con le statuizioni che precedono, l'art. 10, par. 2, del regolamento (UE) n. 241/2014 dispone che la facoltà di limitare il rimborso può concernere sia il differimento temporale che la riduzione dell'importo. A tale ultimo proposito, il successivo par. 3 specifica che la facoltà di differire o ridurre il rimborso è esercitabile nella sola ipotesi in cui la banca attesti la sussistenza dei rischi prudenziali indicati al par. 4 (situazione complessiva dell'ente in termini finanziari, di liquidità e di solvibilità nonché importo del capitale primario di classe 1, del capitale di classe 1 e del capitale totale rispetto all'importo complessivo dell'esposizione al rischio). D'altro canto, l'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 disciplina la vigilanza prudenziale degli enti creditizi, individuando criteri e parametri all'uopo predisposti.

Nelle intenzioni di chi scrive, siffatta digressione normativa è funzionale a una più agevole rappresentazione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato.

Con la prima di esse, era stato chiesto se l'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, l'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014, l'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e gli artt. 16 e 17 della CDFUE ostassero a una normativa nazionale che imponeva una soglia di attivo al di sopra della quale la banca popolare era obbligata a trasformarsi in società per azioni. Inoltre, sempre con la prima questione, era stato chiesto se le disposizioni in parola ostassero a una normativa nazionale che consentiva di differire o di limitare, anche per un periodo di tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente.

Con la seconda pregiudiziale, era stato chiesto se gli artt. 3 e 63 e ss. del TFUE ostassero a una normativa nazionale che, in ipotesi di superamento di una determinata soglia di attivo, obbligava la banca popolare a trasformarsi in società per azioni.

A seguire, con la terza pregiudiziale, era stato chiesto se gli artt. 107 e ss. del TFUE ostassero a una normativa nazionale che, in caso di trasformazione della banca popolare, prevedeva limitazioni al rimborso della quota del socio recedente.

Con la quarta questione, era stato chiesto se il combinato disposto dell'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 e dell'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014 ostasse

a una normativa nazionale che, per come interpretata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99/2018, consentiva alla banca popolare di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo.

In ultimo, con la quinta pregiudiziale, era stato chiesto di valutare la legittimità eurounitaria dell'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014 alla luce degli artt. 16 e 17 della CDFUE, così come integrati dall'art. 52, par. 3, della CDFUE medesima e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU.

5. – Dal momento che le questioni pregiudiziali erano state proposte dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato la conformità a Costituzione dell'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015, la Corte di giustizia (nel prosieguito, la "CGUE") ha ritenuto preliminare esprimersi sul rischio d'incompatibilità tra il proprio *decisum* e quello del Giudice delle leggi.

A tal riguardo, la CGUE ha premesso che il giudice nazionale, in virtù del principio del primato del diritto eurounitario, e in ragione di un auspicabile dialogo tra le corti, è libero, in ogni fase del procedimento, e anche all'esito di un incidente di costituzionalità, di proporre qualsiasi questione pregiudiziale dirimente ai fini della decisione finale (sentenza CGUE 22 giugno 2010, "*Melki e Abdeli*", p. 52; sentenza CGUE 20 dicembre 2017, "*Global Starnef*", p. 22). Difatti, come argomentato dal giudice *ad quem*, l'efficacia pratica dell'art. 267 del TFUE rischierebbe di essere compromessa se, a fronte di un giudicato costituzionale, il giudice nazionale non fosse abilitato a sollevare pregiudiziali eurounitarie, e dunque a dare attuazione al diritto dell'Unione.

Atteso quanto precede, la CGUE ha precisato che i giudici di ultima istanza sono obbligati a procedere a rinvio pregiudiziale qualora lo reputino necessario ai fini della risoluzione della controversia principale, e ciò anche nel caso in cui, nell'ambito della medesima controversia, la il Giudice delle leggi si sia già espresso sulla legittimità costituzionale delle disposizioni indubiate (sentenza CGUE 15 gennaio 2013, "*Križan e a.*", p. 72).

In sintesi, essendo un giudice di ultima istanza, e reputando dirimente, ai fini della risoluzione del proprio giudizio, l'interpretazione delle disposizioni in menzione, il Consiglio di Stato non si è potuto esimere dall'adire la CGUE. Di talché, quest'ultima ha escluso la sussistenza d'incompatibilità tra il procedimento incardinato dinanzi alla Corte costituzionale e la domanda sottopostale.

Tra l'altro, le conclusioni cui è giunto il giudice di Lussemburgo non sono dissimili dalla consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di "doppia pregiudizialità". Invero, stando alla Corte costituzionale, «di fronte a casi di doppia pregiudizialità – vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione –, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi: [1.] di "sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento la ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; [2.] di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; [3.] di "disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione". In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli [...] dell'Unione europea [...], debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le

questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE. » (sentenza Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 269, considerato in diritto, p. 5.2, con note di A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing – a margine di Corte cost. n. 269 del 2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2017, 1 ss.; G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, 1 ss.; R. Bin, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi*, 2 ss.). Detto altrimenti, anche il Giudice delle leggi ha asserito che al giudice comune non è precluso di procedere a rinvio pregiudiziale a seguito di giudizio incidentale di legittimità costituzionale (sentenza Corte costituzionale 20 febbraio 2019, n. 63).

Alla luce di tale statuizioni, è oltremodo evidente che la sentenza annotata s'innesti in quel frastagliato reticolo giurisprudenziale che governa i rapporti tra Corte costituzionale e CGUE in tema di “doppia pregiudizialità”. Non potendo indugiare, per esigenze di brevità, sulla complessità dei rapporti in argomento, ci si limita a rilevare che la CGUE, con la sentenza in commento, ha tendenzialmente vidimato, pur con sfumature proprie, l'orientamento costituzionale consolidatosi nell'ultimo anno e concisamente rappresentabile come segue: «*sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019, a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni (anche mediati dalla normativa interposta convenzionale) sia (per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) alle norme corrispondenti della CDFUE che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla CDFUE. Laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della CDFUE, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione*» (sentenza Corte costituzionale 20 febbraio 2019, n. 63, considerato in diritto, p. 4.3, con nota G. Scaccia, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 317 ss.).

5372

6. – Ripercorsa la genesi dei rapporti tra giudizio costituzionale e giudizio eurounitario, ed esclusa l'incompatibilità tra un procedimento incardinato dinanzi alla Corte costituzionale e una domanda di pronuncia pregiudiziale, la CGUE si è espressa in merito alla ricevibilità delle singole questioni sottoposte.

Posto quanto precede, in riferimento alla prima di esse ha affermato che le disposizioni eurounitarie non impongono agli Stati membri di fissare una soglia di attivo al di sopra della quale le banche popolari sono obbligate a trasformarsi in società per azioni. Parimenti, ha asserito che quelle stesse disposizioni non obbligano le banche popolari a ridurre il proprio attivo, a procedere a trasformazione o ad addivenire a liquidazione in caso di superamento della soglia predetta.

A tal proposito, la CGUE ha rappresentato che l'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, l'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014 e l'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013, per come letteralmente formulati, non presentano attinenza alcuna

con la soglia di attivo fissata dalla normativa nazionale e con le conseguenze derivanti dal superamento della stessa.

Inoltre, dopo aver ribadito che la CDFUE si applica esclusivamente in attuazione del diritto eurounitario, e dunque in presenza di un collegamento effettivo tra un atto dell'Unione e un provvedimento nazionale, ha osservato che, nella specie, gli artt. 16 e 17 della CDFUE non rilevano, dal momento che le disposizioni dell'Unione in materia di rischi prudenziali delle banche non impongono agli Stati membri alcun obbligo specifico in relazione all'oggetto del procedimento principale (sentenze 6 marzo 2014, "*Siragusa*"; 10 luglio 2014, "*Julián Hernández e a.*").

Per cui, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, la CGUE si è pronunciata nel senso dell'integrale irricevibilità della pregiudiziale in parola.

Al pari della prima, anche la seconda e la terza questione sono state dichiarate irricevibili (a onor del vero, la seconda pregiudiziale è stata ritenuta tale solo con riguardo all'art. 3 del TFUE).

In ambo le ipotesi citate, il giudice di eurounitario si è limitato a rilevare l'omessa illustrazione dei motivi che hanno indotto il remittente a interrogarsi sull'interpretazione delle disposizioni richiamate nonché sull'assenza di collegamento tra queste ultime e la controversia oggetto del procedimento principale. Detto altrimenti, non essendo soddisfatti i requisiti di cui all'articolo 94 del regolamento di procedura, la CGUE è esonerata dal pronunciarsi sul merito delle questioni in menzione.

Similmente, con riferimento alla validità dell'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014, oggetto della quinta pregiudiziale, il giudice *ad quem* ha eccepito la mancata esposizione dei motivi sottesi alla proposizione della domanda (sentenza CGUE 4 maggio 2016, "*Philip Morris Brands e a.*", pp. 48-50).

7. – A differenza di quelle poc'anzi esaminate, la seconda parte della prima questione nonché la seconda e la quarta questione sono state ritenute ricevibili.

Come ricordato, con la seconda parte della prima questione, il Consiglio di Stato aveva chiesto se l'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, l'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014, l'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e gli artt. 16 e 17 della CDFUE ostassero a una normativa nazionale che consentiva di differire o di limitare, anche per un periodo di tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente. In maniera non dissimile, con la quarta pregiudiziale, aveva chiesto se le disposizioni in parola, così come interpretate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99/2018, ostano ai differimenti e alle limitazioni predette.

Stante la medesimezza delle questioni, la CGUE ha optato per una trattazione congiunta delle stesse e si è pronunciata in termini analoghi a quelli utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 99/2018. Difatti, così come il Giudice delle leggi, anche quello di Lussemburgo ha affermato che l'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 legittima la banca popolare a disporre il differimento e/o la limitazione del rimborso. Del pari, ha sottolineato che tali facoltà devono essere esercitate nei modi e nei termini di cui all'art. 10 del regolamento (UE) n. 241/2014, ovvero soltanto per il tempo e nella misura siano giustificate dal superamento di parametri prudenziali specificamente dati.

Nell'immediato prosieguo, premessa la sussistenza di un collegamento effettivo tra l'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 e l'art. 1, c. 1, del decreto-legge n. 3/2015 (e dunque l'applicabilità della CDFUE), la CGUE ha chiarito che la facoltà di differire e/o limitare il rimborso non viola gli artt. 16 e 17 della Carta in parola, dal momento che l'esercizio di tale facoltà non è incondizionato, ma circoscritto all'ipotesi espressamente disciplinata dal succitato art. 29. Per cui, stando al giudice *ad quem*, il rinvio e la riduzione del rimborso non comportano né una privazione delle azioni – e

pertanto del diritto di proprietà (in tal senso, sentenza CGUE 20 settembre 2016, “*Ledra Advertising e a.*”, pp. 69 e 70) – né una limitazione dell’attività bancaria – e quindi della libertà d’impresa (così, sentenza CGUE 8 settembre 2011, “*Paint Graphos e a.*”, p. 55).

Approfondendo la disamina, e ancora allo scopo di sottolineare la proporzionalità delle misure previste dalla normativa italiana, la CGUE ha rilevato che le banche popolari, pur perseguendo finalità prevalentemente mutualistiche, sono parte di un sistema bancario globalmente interconnesso, la cui operatività postula la stabilità economico-finanziaria delle singole parti che lo compongono, così come acclarato dalle crisi susseguitesì nell’ultimo decennio (vedi, sentenza CGUE 19 luglio 2016, “*Kotnik e a.*”, pp. 69, 88 e 91; sentenza CGUE 20 settembre 2016, “*Ledra Advertising e a.*”, pp. 71 e 74; sentenza CGUE 8 novembre 2016, “*Dowling e a.*”, pp. 51 e 54).

Per cui, a fronte delle considerazioni che precedono, il giudice di Lussemburgo ha dichiarato che le disposizioni in argomento non ostano a una normativa nazionale che consente di differire e/o di limitare il rimborso delle azioni del socio recedente, qualora il differimento e la limitazione siano necessitati dalla situazione prudenziale della banca.

Di converso, con la seconda questione pregiudiziale, il remittente aveva chiesto se gli artt. 63 e ss. del TFUE, vietando qualsiasi restrizione al movimento di capitali, ostassero a una normativa nazionale che subordinava l’attività delle banche popolari all’attestazione di una determinata soglia di attivo, obbligandole a trasformarsi in società per azioni in ipotesi di superamento di quella soglia.

A tal proposito, la CGUE ha premesso che la libera circolazione di capitali è limitabile da una normativa nazionale per soli motivi d’interesse generale, sempreché la limitazione sia funzionale al soddisfacimento dell’interesse e non ecceda lo stretto necessario (sentenza CGUE 10 novembre 2011, “*Commissione contro Portogallo*”, pp. 46-47). Inoltre, ha ribadito che le libertà economiche del singolo, ancorché fondamentali, sono limitabili da una normativa nazionale qualora sussistano confliggenti motivi economici d’interesse generale (sentenza CGUE 22 ottobre 2013, “*Essent e a.*”, pp. 40-41).

Pertanto, alla luce di siffatte premesse, il giudice *ad quem* ha ritenuto che l’apposizione di un limite dimensionale all’attività delle banche popolari risponda a motivi d’interesse generale riconosciuti dalla stessa Unione. Tuttavia, conseguentemente, ha dichiarato che spetta al giudice del rinvio verificare in concreto la congruità di quel limite.

8. – A un dovuto riepilogo, la limitazione al rimborso delle azioni, declinata in termini di riduzione dell’importo liquidabile e/o di rinvio a tempo indeterminato della liquidazione, implica una compressione del diritto di proprietà e della libertà d’iniziativa economica del socio recedente. Tuttavia, se preposta alla stabilità economico-finanziaria del sistema bancario complessivamente inteso, nonché sussunta entro i paradigmi dell’adeguatezza e della proporzionalità, siffatta limitazione acquisisce legittimità (non più solo costituzionale, ma anche) eurounitaria.

Allo stesso modo, la previsione di una soglia al di sopra della quale le banche popolari sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, pur comportando una restrizione alla libera circolazione dei capitali, è giustificata dal superiore interesse europeo a garantire la competitività delle banche, la managerialità delle loro *governance* e la tenuta complessiva dell’economia e della finanza europee. Di conseguenza, essendo volti al conseguimento di un preminente interesse economico-finanziario europeo, anche il superamento del voto capitario e l’espunzione del limite al possesso del capitale devono reputarsi ampiamente legittimi.

D'altronde, e non potrebbe essere altrimenti, la globalizzazione bancaria ha contribuito a sollevare non pochi interrogativi sulla sostenibilità futura di un modello – quello cooperativo-mutualistico – istituito in alternativa alle banche commerciali (orientate agli utili) e destinato a promuovere risparmio e accesso al capitale delle piccole e medie imprese. Invero, il cooperativismo delle origini – per intendersi, quello di Robert Owen, Frances Bouchez, Pierre Joseph Proudhon, Hermann Schulze-Delitzsch e Friedrich Wilhelm Raiffeisen – era sostanzialmente declinabile nella formula: «*[l']avorare non solo per sé, ma anche per gli altri, risparmiare, guadagnare e accumulare i profitti non per il soddisfacimento dei propri bisogni immediati, ma per quelli della comunità futura*» (I. Batavo, *L'Italia di sempre. Che cosa si dice dell'Italia*, vol. 1, Den Haag, 386). Orbene, in ossequio alla richiamata impostazione, era evidente che voto capitaro, limite al possesso azionario, numero minimo di soci, gradimento per l'acquisizione dello *status* di socio e limitazione all'utilizzo di deleghe per la partecipazione alle assemblee costituissero i capisaldi delle banche popolari. Posto quanto precede, c'è da chiedersi se oggi, a fronte del processo di globalizzazione bancaria, residui ancora uno spazio per un modello cooperativo-mutualistico come quello delle origini o se, al contrario, le istanze cooperativo-mutualistiche debbano ritenersi recessive (o comunque non "patrocinabili" attraverso le banche popolari).

In sintesi, così come concepita, la riforma italiana oscilla tra l'essere antesignana di una svolta epocale (progressiva dismissione delle banche popolari) ed espressione di una fisiologica evoluzione ordinamentale (introduzione di un paradigma conforme a un contesto bancario globalizzato). Ad ogni buon conto, non rinvenendosi esperienze analoghe in altri Paesi dell'Unione, solamente il tempo rivelerà se l'esperienza italiana rappresenta la premessa di un'"estinzione" o la conseguenza di una (mera) "mutazione genetica". Nel frattempo, è sufficiente rilevare che, ad eccezione della Banca Popolare di Sondrio, la trasformazione in società per azioni è stata portata a compimento da tutti gli istituti che, al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 3/2015, superavano gli 8 miliardi di attivo patrimoniale.

Al contrario, l'ordinamento tedesco non è mai addivenuto a una ristrutturazione della propria organizzazione bancaria, mantenendo intatta la tradizionale divaricazione (*Drei-Säulen-Struktur*) tra istituti bancari privati (*Privatbanken*), banche di diritto pubblico (*Sparkassen* e *Landesbanken*) e istituti di credito cooperativo (*Genossenschaftsbanken*) (V. Savignano, *Banche cooperative. Banche Popolari, un pilastro del sistema tedesco*, in *Avvenire*, 2 febbraio 2015).

Per quel che attiene all'oggetto della presente analisi, è prioritario rilevare che le *Genossenschaftsbanken*, approssimativamente distinguibili in banche popolari (*Volksbanken*) e casse rurali (*Raiffeisenbanken*), preservano l'originaria articolazione multilivello. Invero, ancor oggi, constano di una base locale – costituita da una pluralità di banche comunali e provinciali – e di una dimensione superiore centralizzata – circoscritta a due società detenute al 100% dagli istituti cooperativi locali (la "Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank" di Francoforte sul Meno e la "Westdeutsche Genossenschafts-Zentralbank" di Düsseldorf) (F. Crespi, *Le Volksbanken e le Raiffeisenbanken in Germania e Austria*, in AA.VV. (eds.), *Il credito popolare in alcune significative realtà straniere*, Milano, 2008, 41 ss.).

Così come articolate, le *Genossenschaftsbanken* sono funzionali all'attuazione del paradigma cooperativo-mutualistico teorizzato e applicato da Schulze-Delitzen e Raiffeisen. Difatti, la rete locale d'istituti, di estensione oltremodo capillare e figlia del patrimonio di relazioni personali costruite sul territorio, è perfettamente in linea con il cooperativismo delle origini, preposto alla tutela della piccola e media impresa e realizzato attraverso l'erogazione di prestiti contenuti.

A fronte del paradigma in menzione, e soprattutto in ragione delle finalità perseguite (mutualità in favore dell'imprenditoria locale e sviluppo economico del territorio), le banche popolari tedesche non soggiacciono ad alcun limite di attivo

patrimoniale – come d'altronde desumibile dalla normativa generale sulle cooperative (*Genossenschaftsgesetz*) e dalla legge sul credito (*Kreditwesengesetz*). Di converso, sono governate dai tradizionali principi del cooperativismo, ovvero: variabilità del capitale sociale, voto capitario, limite al possesso azionario e numero minimo di soci.

Ebbene, dati economici alla mano, le banche popolari tedesche controllano una quota di mercato non inferiore al 25%, annoverano circa 30 milioni di clienti (16 milioni dei quali nelle vesti di soci) e si avvalgono di una rete di 14 mila sportelli: motivi che inducono il legislatore a rifuggire da qualsiasi istanza riformista e a propendere per la conservazione del paradigma in essere.

9. – All'esito della comparazione tra il modello italiano e quello tedesco, è d'obbligo chiedersi se l'imposizione di un limite all'esercizio dell'attività bancaria in forma cooperativa precipiti, in concreto, in una distorsione della vocazione mutualistica sottesa all'istituzione delle banche popolari. A tal proposito, sarà dirimente verificare se la riforma italiana, riducendo il numero di banche popolari e limitando l'operatività di quelle sotto-soglia, non comprometta la mutualità, il risparmio e l'accesso al credito di piccole e medie imprese, artigiani, agricoltori e, più in generale, dei cittadini delle piccole realtà locali. In parallelo, sarà necessario accertare se, a fronte dell'effettiva compromissione dei diritti in parola, le imprese e i cittadini italiani risultino in qualche misura svantaggiati rispetto a quelli degli altri Stati membri. In altri termini, sarà imprescindibile acclarare se lo Stato italiano abbia predisposto requisiti ingiustificatamente più stringenti nell'accesso alla cooperazione mutualistica. Difatti, posto che le banche popolari perseguono una finalità specifica, ovvero coinvolgere le piccole realtà territoriali e imprenditoriali all'interno di un sistema economico globalizzato, è opportuno domandarsi se la riforma italiana non ne sovverta la *ratio*. In sintesi, se le previsioni del voto capitario e del limite al possesso azionario fanno sì che il controllo delle banche popolari tedesche sia detenuto dall'alleanza di soci numericamente più consistente, la trasformazione in società per azioni delle principali banche popolari italiane ha comportato il trasferimento della *governance* in capo ai maggiori azionisti. Così come, d'altronde, ha permesso che quelle banche diventassero scalabili da grandi investitori esteri.

Atteso quanto precede, è oltremodo evidente che la riforma in argomento sia stata necessitata dalle deludenti *performance* delle banche popolari italiane, che, dal 2008 al 2014, hanno perso due *notch* di *rating* nei confronti delle più importanti banche commerciali del Paese – una proporzione addirittura inversa rispetto a quella delle omologhe tedesche, francesi e olandesi (G. Casale, U. Cotroneo, *Banche Popolari in Europa: un confronto*, in *AziendaBanca*, 10 giugno 2015). Tuttavia, al contempo, non può tacersi che quella stessa riforma, per capillarità di estensione e grado di penetrazione, rischi di annichilire la cooperazione mutualistica come originariamente intesa. Ad ogni modo, sarà solo il tempo a diradare o a infittire la nebbia di questi timori...

Fabio Masci

Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali
Università degli Studi "G. d'Annunzio", Chieti-Pescara
fabiomasci30.05.1988@gmail.com

Le c.d. “offerte a zero” negli appalti pubblici

di Danilo Pappano

Title: The so-called “at zero tenders” in public procurements

Keywords: Public procurements; *at zero* tenders; symbolic partial tenders.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia è intervenuta nella causa C-367/19 avente ad oggetto l'ammissibilità all'interno di una procedura di gara di offerte con un ribasso rispetto al prezzo indicato a base d'asta del 100% (c.d. offerte a zero). La questione pregiudiziale era stata sollevata in una controversia relativa ad una procedura di gara indetta dal Ministero dell'Interno sloveno finalizzata all'aggiudicazione di un appalto pubblico riguardante l'accesso a un sistema informatico giuridico per un periodo di 24 mesi. Alla gara partecipavano due imprese del settore, una delle quali, la Tax-Fin-Lex, presentava un'offerta con un prezzo finale di € 0. Il Ministero procedeva ad escludere l'impresa ritenendo ciò contrario alle norme relative agli appalti pubblici. Nella controversia che ne è seguita, il giudice ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo “se sussista una “onerosità del rapporto contrattuale” quale elemento di un appalto pubblico nel senso di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, nel caso in cui la stazione appaltante non sia tenuta a fornire alcuna controprestazione, ma l'operatore economico, attraverso l'esecuzione dell'appalto, ottenga l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze”. Inoltre, “se sia possibile o necessario interpretare l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in modo tale per cui esso rappresenta un fondamento per il rigetto dell'offerta di un prezzo dell'appalto di EUR 0”

Va precisato che si trattava di un appalto al di sotto della soglia comunitaria, del valore di circa quarantamila euro, tuttavia la legislazione interna slovena (art. 2, paragrafo 1 della Legge sull'aggiudicazione degli appalti) riproduce la definizione di “appalto pubblico” della citata direttiva europea (art. 2, paragrafo 1, punto 5) rendendo così applicabile nel diritto interno la definizione a qualsiasi appalto pubblico disciplinato dal codice dei contratti, indipendentemente dal suo importo. La Corte Europea sul punto precisa che secondo una giurisprudenza costante (CGUE 18 ottobre 1990, Dzodzi, C-297/88 e C-197/89, punti 36, 37 e 41, nonché CGUE 24 ottobre 2019, Belgische Staat, C-469/18 e C-470/18, punto 23) “un'interpretazione da parte della Corte di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione di queste ultime si giustifica quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato, al fine di assicurare un trattamento identico a dette situazioni e a quelle rientranti nell'ambito di applicazione di dette disposizioni”.

2. – Alla prima quesitone, se cioè sia sufficiente ai fini della qualificazione di contratto a titolo oneroso il semplice interesse del concorrente ad accedere a nuovi mercati o ad ottenere referenze, nella sentenza sono dedicati pochi righe. La Corte afferma che “un contratto con il quale un’amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare, non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24” (punto 27). E aggiunge che “il fatto, menzionato dal giudice del rinvio e inerente a qualsiasi procedura di appalto pubblico, che l’ottenimento di tale contratto possa avere un valore economico per l’offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l’accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze, è troppo aleatorio e, di conseguenza, non può essere sufficiente, come rilevato, in sostanza, dall’avvocato generale (...), per qualificare tale contratto come «contratto a titolo oneroso»” (punto 28).

La Corte non si dilunga oltre sul punto, tuttavia l’argomentazione avrebbe meritato qualche riflessione in più, perché se ne possono trarre implicazioni di carattere più generale, per le quali è prevedibile che su di essa in futuro la Corte sarà di nuovo chiamata a pronunciarsi per meglio precisarla, perché se presa alla lettera, appare in discontinuità rispetto alla sua precedente giurisprudenza.

La Corte infatti aveva precisato (CGUE, 12 luglio 2011, in causa C-399/1998, punti 76 e ss., riferita alla precedente direttiva 93/37/CEE sugli appalti di lavori) che la previsione secondo cui gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso va interpretata in modo da assicurare l’effetto utile della direttiva escludendo la configurabilità di un contratto a titolo gratuito quando comunque si accompagni ad un’utilità economica per l’operatore. Del resto l’Avvocato generale, nel giudizio davanti alla Corte che ha portato alla sentenza in commento, aveva ricordato alcuni altri precedenti che avevano evidenziato come il corrispettivo non debba necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita anche con altre forme di corrispettivi, come il rimborso spese sostenute per fornire il servizio pattuito. Peraltro, proprio facendo leva su questi orientamenti europei, la giurisprudenza amministrativa in Italia ha individuato una forma di “onerosità debole” negli appalti pubblici. Come noto, in un caso relativo all’affidamento di servizi progettazione (si trattava della redazione di un nuovo piano regolatore) mediante un bando nel quale non era stato previsto da parte del Comune un corrispettivo, ma solo un contributo forfettario per la realizzazione del progetto a titolo di rimborso spese, il Consiglio di Stato ha qualificato il contratto come a titolo oneroso, individuando accanto alla normale onerosità di un contratto di appalto pubblico, una forma debole di onerosità che non è ancora gratuità, ma nella quale, pur in assenza di un corrispettivo adeguato, possa comunque individuarsi un interesse del contraente suscettibile di valutazione economico, quale ad esempio l’acquisto di referenze, l’accesso a nuovi mercato, il ritorno di immagine (Consiglio di Stato, 3 ottobre 2017, V, n. 4614, est. Fantini; per una critica della nozione di onerosità debole che sminuirebbe il ruolo della causa negoziale, v. D. D’Alessandro, *Funzione amministrativa e causa negoziale nei contratti pubblici non onerosi*, Napoli, ESI, 2018 spec. pp. 147-152).

La Corte nella sentenza in commento non svolge uno specifico approfondimento sul punto, ma si limita semplicemente ad affermare che se è vero che “come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni (...) detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, (...) ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale” (punto 26).

La Corte sembrerebbe così escludere la nozione di “onerosità debole” dalla disciplina degli appalti pubblici, anche se l’affermazione è in *obiter dictum*, perché la controversia non riguarda direttamente una gara bandita dall’amministrazione *ex ante* senza corrispettivo, ma il caso in parte differente di una gara bandita *ex ante* come onerosa, ma nella quale uno degli offerenti presenta un ribasso del 100%.

La Corte si serve dell’argomentazione per affermare che la gratuità o meno della prestazione si pone ai fini dell’applicabilità delle direttive rispetto alla scelta di acquisire *ex ante* una prestazione senza corrispettivo. Ma sembra dire che quando invece la gara è bandita *ex ante* come onerosa, il problema dell’applicabilità o meno delle direttive non è in discussione, e se un concorrente presenta un’offerta senza corrispettivo finanziario, sarebbe irragionevole escluderlo automaticamente dalla procedura e non verificare invece se si è di fronte comunque ad una proposta seria e affidabile. Se non si esclude in generale la possibilità di una prestazione gratuita a favore di un’amministrazione (anche sulla base dell’art. 20 del codice dei contratti pubblici in tema di opere a spese del privato), sarebbe irragionevole escluderla quando l’amministrazione ha già bandito una gara e uno degli imprenditori ha presentato un’offerta senza corrispettivo finanziario.

Ciò che l’amministrazione avrebbe potuto fare prima se avesse saputo della disponibilità di un imprenditore, non si vede perché non possa farlo dopo quando si sia avveduta, sia pure solo mediante la gara, dell’esistenza di un’impresa disponibile ad operare senza corrispettivo.

Peraltro, un’eventuale decisione di revoca della procedura di gara e la conclusione di un contratto a titolo gratuito con l’offerente risulterebbe sufficientemente motivata senza costituire un’ipotesi di comportamento scorretto nei confronti degli altri partecipanti alla gara. Tuttavia, ed è questo un punto decisivo, si tratterebbe di una decisione che difficilmente sarebbe adottata dal dirigente, paradossalmente, proprio per timore dell’avvio di eventuali azioni di responsabilità.

Sarebbe allora irragionevole privare l’amministrazione di una prestazione che conserva i caratteri della serietà e adeguatezza, e che sia offerta senza corrispettivo da parte di un’impresa per motivi che non possono che rientrare nell’ambito della sua autonomia imprenditoriale.

Per la Corte di Giustizia allora la conseguenza è che un ribasso del 100% in sede di gara, non pone un problema di ammissibilità dell’offerta in ragione del carattere necessariamente oneroso dell’appalto pubblico, ma piuttosto solo un problema di affidabilità e serietà della prestazione.

Se si guarda alla sostanza della questione la Corte sembra dire che se l’amministrazione intende comprare un servizio sul mercato ma qualche imprenditore lo offre gratuitamente, è irragionevole precludere una simile possibilità una volta valutato che non ci siano controindicazioni sulla qualità e serietà di quanto offerto. Si immagini un consumatore che entri in un negozio per comprare una computer con determinate caratteristiche, ma senza sapere che quel giorno, una nuova casa produttrice, per esigenze promozionali, regala un computer ai primi 10 clienti del negozio. È ragionevole pensare che il consumatore, accertate la qualità del prodotto e che non ci siano sorprese tra le pieghe dell’operazione (ad. es. vincoli contrattuali complementari, attivazione di abbonamenti, ecc.) accetterà il computer. Perché l’amministrazione dovrebbe comportarsi diversamente da questo consumatore?

L’esempio è volutamente provocatorio ma nella sua semplicità riflette la problematica sostanziale dietro la posizione della Corte quando questa afferma che “che l’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 non può costituire un fondamento giuridico per il rigetto di un’offerta che proponga un prezzo di EUR 0. Pertanto, tale disposizione non consente il rigetto automatico di un’offerta presentata nell’ambito di un appalto pubblico, quale un’offerta al prezzo di EUR 0, con cui un operatore proponga di fornire all’amministrazione aggiudicatrice, senza esigere alcun

corrispettivo, i lavori, le forniture o i servizi che quest'ultima intende acquisire" (punto 30).

3. – Il ragionamento della Corte è condivisibile in termini di affermazione di principio, tuttavia è necessario sottolineare che la controversia del giudice *a quo* riguardava una gara in cui il prezzo che le imprese avrebbero dovuto offrire era composto di un'unica voce riferita al complesso delle prestazioni dedotte in contratto.

Tuttavia, quando si parla di "offerte a zero" è necessario distinguere il caso in cui l'offerta economica sia unica perché la componente prezzo è prevista dal bando come unitaria, come nella sentenza in commento, dal caso in cui la componente prezzo è articolata in più voci che riguardano i diversi elementi che compongono la prestazione richiesta, su cui i partecipanti alla gara sono chiamati ad offrire valori separati. In questa seconda ipotesi può accadere che un'offerta con un ribasso del 100% sia presentato su una delle componenti del prezzo, e invece sulle altre sia presentato un corrispettivo più o meno competitivo. Si tratta della pratica commerciale nota come "offerta simbolica parziale", nella quale in realtà, l'offerta complessiva non è gratuita, e l'onerosità dell'appalto non è in discussione.

In queste ipotesi, rimane in piedi una logica concorrenziale tra le imprese offerenti, ma l'offerta a zero o simbolica su una delle voci del prezzo determina rilevanti difficoltà applicative.

La prima, può essere l'impossibilità di funzionamento della formula matematica fissata dal bando per la valutazione delle offerte in presenza di moltiplicazioni per zero. Una parte della giurisprudenza ha per questo seguito la strada dell'esclusione automatica dell'offerta a zero, in modo da consentire lo svolgimento della gara (Cons. Stato, 3 aprile 2016, n.1307); si è sottolineato come un'offerta a zero equivalga ad una 'non offerta', perché "il difetto è non già di una voce di prezzo, ma di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturata dalla stazione appaltante, la cui essenzialità è specificamente manifesta proprio dall'approntamento della formula matematica di valutazione"; e ancora, che l'offerta a zero snaturerebbe un elemento che "pur la stazione appaltante aveva ritenuto, in quanto a suo avviso rilevante, di inserire autonomamente tra i criteri di valutazione (Cons. Stato, III, 15 gennaio 2013, n. 177; nello stesso senso Cons. Stato, V, 06 maggio 2015, n. 2267; ID., V, 16 luglio 2010, n. 4624).

Altra parte della giurisprudenza, ha ammesso invece la possibilità da parte della commissione di gara di attribuire all'offerta zero un valore simbolico (ad esempio di € 0,01) o di introdurre altri correttivi (ad esempio, aggiungere un valore identico a tutte le offerte) in modo da poter operare il raffronto, perché ciò risponde ad un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza volto a salvaguardare gli interessi delle amministrazioni. Le argomentazioni a sostegno hanno ruotato intorno alla impossibilità di introdurre nuove cause di esclusione dalla gara in assenza di una previsione legislativa, al principio del *favor participationis*, all'assenza nel bando della previsione di un importo massimo di ribasso, o al contrario, alla previsione nel bando della possibilità di correggere l'offerta (Cons Stato, VI, 17 settembre 2009, n. 5583; ID., sez. V 9 aprile 2010, n. 2004; ID., VI, 17 settembre 2009, n. 5583; ID, V, 20 dicembre 2004, n. 8146; Cons. Stato, V, 23 settembre 2002, n. 4842. Sui contrasti in giurisprudenza si veda A. Farì, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 50-58).

Una volta ammessa la possibilità di correzione dell'offerta a zero o di presentare offerte *ab origine* simbolica, una ulteriore complicazione si pone perché, per il modo in cui sono il più delle volte costruiti i criteri di valutazione delle offerte economiche, si può arrivare ad alterare il funzionamento della formula prevista nel bando con il risultato di costringere l'amministrazione a privilegiare irragionevolmente l'offerta che, pur gratuita (o simbolica) su una componente del prezzo, è invece nel complesso più

onerosa di un'altra, che non presenta invece nessun ribasso del 100% o valori irrisori sulle componenti del prezzo. Ciò si può verificare perché, come noto, al massimo ribasso si assegna di solito il punteggio più alto, invece alle altre offerte i punteggi sono attribuiti in rapporto all'offerta più bassa, fino ad attribuire punti zero all'offerta con il minimo ribasso. Un concorrente che in un caso di prezzo articolato in più voci offre un ribasso del 100% su una voce non particolarmente rilevante della componente prezzo e invece un'offerta più o meno competitiva, ma non la migliore, sulle altre componenti, può beneficiare del distacco sul punteggio ottenuto per la componente su cui ha offerto un ribasso del 100%, finendo per aggiudicarsi l'appalto anche se nel complesso la sua offerta è più onerosa di altre. Si immagini che per un appalto di servizi il prezzo sia articolato in più voci e che per la voce X del prezzo la commissione di gara possa attribuire fino a 2 punti; per la voce Y fino a 10 punti. Si immagini poi che un'impresa A offra € 0 o € 0,01 sulla componente X del prezzo ed € 200000 sull'altra voce Y; invece l'impresa B offra € 500 sulla componente X e € 180000 sulla componente Y. Se il punteggio offerto è calcolato in rapporto alla migliore offerta cui è attribuito il punteggio massimo, nell'esempio, l'impresa A otterrà 2 punti (punteggio massimo) sulla componente X del prezzo, e l'impresa B un punteggio infinitesimale (perché il rapporto tra le due offerte è infatti di 1 a 50000). Per la componente Y del prezzo, invece l'impresa B otterrà il punteggio massimo di 15 punti, ma su questa voce del prezzo l'offerta dell'impresa A è solo del 10% più basso, per cui l'impresa A otterrà sulla componente X del prezzo 13,5 punti. L'impresa A allora risulterà aggiudicataria anche se complessivamente offre un prezzo di € 200000, a fronte del prezzo complessivo di € 180.500 dell'impresa B. (Sul punto si veda, C. Merluzzi, *L'offerta simbolica parziale negli appalti pubblici*, in *Giuricivile*, 2020, n. 5).

Di fronte a queste difficoltà, la giurisprudenza amministrativa presenta orientamenti contrastanti. Un orientamento restrittivo è nel senso dell'esclusione automatica delle offerte simboliche parziali perché è "preciso dovere di concorrenti, per ogni voce di capitolato, fornire un prezzo preciso che sia concreto e remunerativo di tutte le componenti di costo di ciascuna prestazione", e un'offerta economica di un prezzo di € 0,01 si presenta "manifestamente e capziosamente irrisoria" (Cons. St., sez. IV, 1.4.2011, n. 2073). A tale proposito si è sottolineato inoltre che "la presentazione di offerte pari a zero costituisce elemento idoneo ad influenzare in concreto gli esiti della gara e si configura come fattore di rischio per comportamenti collusivi (in alcun modo ravvisabili nello specifico, ma in astratto ipotizzabili), consistenti nella presentazione di un'offerta pari a zero e di altra non conveniente sotto l'aspetto economico, ma che potrebbe avvalersi dell'azzeramento del punteggio (o comunque della riduzione del differenziale, in caso di correzione dell'importo zero) rispetto ad offerte più convenienti" (Così T.A.R. Campania, sez. I, 2015, n. 1394. Nello stesso senso Cons. di Stato, Sez. V, 16 luglio 2010 n. 4624).

Un diverso orientamento invece, più pragmatico, ragiona non in termini di esclusione automatica dell'offerta, ma tenendo presente le preoccupazioni sottostanti al precedente orientamento, sottolinea come il "problema dell'ammissibilità di un'offerta economica pari a zero per una o alcune delle voci che la compongono, va esaminato caso per caso alla luce delle sue implicazioni nel caso concreto, dovendosi verificare, di volta in volta, se essa sia compatibile con la struttura impressa alla specifica gara dalla sua *lex specialis*, consentendo in particolare l'operatività della formula matematica per l'attribuzione del punteggio ivi prevista, se essa sia rispettosa della par condicio dei concorrenti non alterando la competizione tra i medesimi con artificiose manipolazioni dei valori di prezzo, idonee a influire in modo deterioro sulla valutazione delle offerte avversarie e, ancora, se essa sia da considerarsi affidabile perché nel complesso vantaggiosa per il concorrente e dunque congrua rispetto ai prezzi di mercato." (così TAR Trentino-Alto Adige - Bolzano, sez. I, 10 giugno 2015, n.18; Tar Lazio, III, quater, 30 luglio 2019, n. 10081). Il punto centrale della questione nel caso di un'offerta economica

composta da più voci, su una delle quali avvenga un ribasso del 100% è di comprendere se ci si trovi di fronte ad un'offerta nel suo complesso affidabile e seria, e laddove la voce in questione abbia un carattere marginale e non impedisca di poter ottenere un utile congruo dalla propria offerta complessiva, cadono le ragioni per una automatica esclusione. (In questo senso, Cons Stato, V, 17 marzo 2016, n. 1090, che ha modificato in appello la sentenza contraria del Tar Campania prima citata, in un caso in cui i costi della progettazione esecutiva incidevano per poco più dell'1% sul totale dell'appalto).

4. – Nel variegato panorama giurisprudenziale che si è descritto, tanto nel caso di offerta unica a zero, quanto in quello delle offerte a zero o simboliche parziali, la sentenza della Corte di Giustizia in commento contribuisce al consolidamento della regola della non automatica esclusione e della conseguente necessità della sua verifica di affidabilità e serietà della prestazione.

Non è un caso se nella più recente giurisprudenza ad essa successiva, il Consiglio di Stato abbia già utilizzato la sentenza della Corte di Giustizia per corroborare la conclusione di non escludere l'offerta simbolica parziale in una gara per la fornitura e l'installazione di emettitrici e validatrici di bordo per autobus di linea in cui l'offerta economica era divisa in più voci, e un concorrente, con riferimento alla voce relativa ai canoni di manutenzione e di sicurezza informatica, aveva offerto solo un centesimo di euro (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7255). Nella sentenza del giudice amministrativo si legge: “con riguardo al valore di un millesimo dell'offerta per i due canoni, giustificata (...) in ragione delle economie di scala, occorre ricordare che sono componenti di una più articolata offerta, che, nel suo complesso, non è pari a zero, fermo restando che la giurisprudenza europea ha recentemente chiarito che anche un'offerta pari ad euro zero non ne consente il rigetto automatico, ma impone la sottoposizione al subprocedimento di verifica dell'anomalia, con richiesta all'offerente di spiegazioni in ordine al prezzo ed ai costi proposti”. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia in commento specificamente citata. Come è evidente, si trattava di un caso di offerta simbolica parziale, in cui non era in discussione l'onerosità dell'offerta perché composta da più voci di prezzo.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia in commento, nei casi di offerta simbolica parziale, in cui l'onerosità complessiva sussiste, e non è in discussione il principio di necessaria onerosità dell'appalto pubblico, sarà interessante vedere come il Consiglio di Stato si regolerà nel caso in cui l'offerta simbolica parziale risulti sì quella con il miglior punteggio complessivo, tuttavia si presenti significativamente più onerosa nel suo complesso. La Corte di Giustizia nella sentenza in commento ha il merito di spingere verso la consapevolezza che la questione delle offerte a zero o simboliche, totali o parziali, non può che essere affrontata con la logica del caso concreto. Se ne ricava un invito alla ragionevolezza, che nelle procedure di gara, accanto alla logica della concorrenzialità e dei vincoli procedurali, non dovrebbe dimenticare le esigenze dell'amministrazione. In questa prospettiva, altrettanto interessanti saranno gli sviluppi in ordine all'altra questione toccata dalla sentenza in commento, e cioè la configurazione della “onerosità debole” negli appalti pubblici, che la sentenza in commento sembra escludere quando è l'amministrazione a bandire *ex ante* una gara come gratuita, senza corrispettivo finanziario.

L'indennizzo alle vittime di reati dolosi violenti: tra tardivo recepimento della direttiva e sostenibilità economica del sistema

di *Andrea Perelli*

Title: Compensation to victims of violent willful crimes: between late transposition of the directive and economic sustainability of the system

Keywords: Compensation to victims of crimes; Late transposition; Economic sustainability.

1. – Sentenza in commento è stata pronunciata nell'ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale, sollevata dalla Corte Suprema di Cassazione della Repubblica Italiana in merito all'interpretazione della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Nella causa di merito, la ricorrente, B.V., ha convenuto in giudizio la Repubblica Italiana chiedendo il risarcimento del danno che questa le avrebbe causato con la mancata trasposizione nel diritto interno della citata direttiva.

Obiettivo della normativa, in attuazione di quanto statuito dal Consiglio Europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 (considerando n. 3), è quello di garantire alle vittime di reato “il diritto di ottenere un indennizzo equo e adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo [dell'Unione] europea in cui il reato è stato commesso” (considerando n. 6), stabilendo “un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere, che dovrebbe operare sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori” (considerando n. 7), sulla base della considerazione di fatto per chi – spesso – i rei non godono di sostanze proprie, tali da consentire un adeguato e pieno ristoro delle persone offese (considerando n. 10).

In tale quadro l'art. 1 – inserito nel Capo I “*Accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere*” – manda agli Stati membri di assicurare alla persona offesa di un reato intenzionale violento, che risieda in uno Stato membro diverso da quello del *locus commissi delicti*, la facoltà di poter presentare la domanda di indennizzo presso un'autorità o qualsiasi altro organismo del proprio Stato membro. L'indennizzo è erogato dalle Autorità dello Stato membro di commissione del delitto.

L'art. 12 così dispone “1. Le disposizioni della presente direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori. 2. Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime

di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime”. Tale disposizione è collocata nel Capo II.

Infine, l’art. 18 fissava il termine per il recepimento al 1° gennaio 2006, salvo il disposto dell’art. 12 § 2, che doveva essere attuato entro il 1° luglio 2005.

2. – L’Italia ha dato attuazione all’art. 12 § 2 della direttiva con la Legge 7 luglio 2016 n. 122 (c.d. Legge Europea 2015-2016), entrata in vigore il 23 luglio 2016. In particolare, l’art. 11 l. 12/2016 riconosce il diritto all’indennizzo a carico della Repubblica Italiana alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona, compresa la violenza sessuale, nonché a favore degli aventi diritto della vittima, in caso di morte della stessa in conseguenza del reato. Tale indennizzo è fissato nella misura determinata con decreto ministeriale del 31 agosto 2017 nelle seguenti misure forfettarie:

- a) per il reato di omicidio, nell’importo fisso di € 7.200, nonché, in caso di omicidio commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa, nell’importo fisso di € 8.200 esclusivamente in favore dei figli della vittima;
- b) per il reato di violenza sessuale di cui all’art. 609-bis c.p., salvo che ricorra la circostanza attenuante della minore gravità, nell’importo fisso di € 4.800;
- c) per i reati diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), fino a un massimo di € 3.000 a titolo di rifusione delle spese mediche e assistenziali.

3. – La ricorrente, cittadina italiana residente in Italia, rimase vittima – nella notte tra il 15 ed il 16 ottobre 2005 ed in territorio italiano – del delitto di violenza sessuale, i cui autori vennero condannati – oltre alla pena detentiva di legge – a risarcire la donna con la somma di € 50.000,00; tale obbligazione non fu mai adempiuta, in quanto gli autori del fatto si erano resi *medio tempore* latitanti.

Nel febbraio 2009 la donna adiva il Tribunale di Torino per sentir condannare la Presidenza del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana per non aver correttamente recepito la direttiva 2004/80/CE ed il Giudice di prime cure pronunciava condanna per la somma di € 90.000,00, oltre interesse di legge e spese legali. Tale somma è stata ridotta ad € 50.000,00 dalla Corte di Appello, che ha nel resto confermato le statuizioni.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato – con ricorso per Cassazione – la ridetta sentenza, deducendo che la direttiva non è fonte di diritti direttamente applicabili da parte dei cittadini nei confronti dei propri Stati di residenza, essendo la stessa applicabile solamente nelle ipotesi di reato “transfrontaliero”, ossia commesso in uno Stato membro differente da quello di residenza abituale della persona offesa.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che a fronte della pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia (Commissione/Italia (C-601/14, EU:C:2016:759, punti 45 e da 48 a 50)) la direttiva dovesse applicarsi solamente alle ipotesi di reati connotati da elementi transfrontalieri e non anche ai reati commessi nel territorio di uno Stato membro ai danni di un cittadino o di un residente nello stesso.

Tuttavia, ritiene che – a fronte del disposto dell’art. 18 TFUE e degli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – la Repubblica Italiana non potesse attuare integralmente la direttiva, escludendo da essa i reati non connotati da elementi transfrontalieri, per non assoggettare i cittadini italiani, vittime dei reati *de quibus* in Italia ad un trattamento peggiore ed ingiustificato rispetto ai cittadini italiani vittime dei medesimi reati all’estero.

In secondo luogo il Giudice del rinvio ha manifestato perplessità in merito al *quantum* del risarcimento – fissato forfettariamente in € 4.800,00 – domandandosi se lo

stesso possa essere ritenuto equo ed adeguato, come richiesto dalla normativa sovranazionale. Sottolinea che i giudici nazionali hanno recentemente riconosciuto alle vittime di violenza sessuale risarcimenti del danno compresi tra € 10.000,00 ed € 200.000,00 ed ai soggetti danneggiati dalla mancata attuazione della normativa eurounitaria somme comprese tra € 50.000,00 ed € 150.000,00.

Alla luce di tali considerazioni la Corte di Cassazione ha pertanto posto i seguenti quesiti

“1) Se – in relazione alla situazione di intempestivo (e/o incompleto) recepimento nell’ordinamento interno della direttiva 2004/80, non self executing, quanto alla istituzione, da essa imposta, di un sistema di indennizzo delle vittime di reati violenti, che fa sorgere, nei confronti di soggetti transfrontalieri cui la stessa direttiva è unicamente rivolta, la responsabilità risarcitoria dello Stato membro, in forza dei principi recati dalla giurisprudenza della CGUE (tra le altre, sentenze “Francovich” e “Brasserie du Pecheur e Factortame III”) – il diritto dell’Unione europea imponga di configurare un’analoga responsabilità dello Stato membro nei confronti di soggetti non transfrontalieri (dunque, residenti), i quali non sarebbero stati i destinatari diretti dei benefici derivanti dall’attuazione della direttiva, ma, per evitare una violazione del principio di uguaglianza/non discriminazione nell’ambito dello stesso diritto [dell’Unione europea], avrebbero dovuto e potuto – ove la direttiva fosse stata tempestivamente e compiutamente recepita – beneficiare in via di estensione dell’effetto utile della direttiva stessa (ossia del sistema di indennizzo anzidetto).

2) Condizionatamente alla risposta positiva al quesito che precede, se l’indennizzo stabilito in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti (e, segnatamente, del reato di violenza sessuale, di cui all’art. 609-bis del codice penale) dal decreto del Ministro dell’interno 31 agosto 2017 emanato ai sensi del comma 3 dell’art. 11 della legge 7 luglio 2016, n. 122 (...) nell’importo fisso di euro 4.800 possa reputarsi “indennizzo equo ed adeguato delle vittime” in attuazione di quanto prescritto dall’art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80”.

5385

4. – In via preliminare, la Repubblica Italiana ha eccepito l’infondatezza della questione osservando che *medio tempore* la ricorrente era stata risarcita con la ricordata somma di € 4.800,00, facendo così venir meno l’oggetto della causa principale.

La Corte di Giustizia ha rigettato tale eccezione, sostenendo che:

- a) il giudizio *a quo* verte sul ricorso per cassazione avverso una Sentenza della Corte di Appello di Torino, che condannava lo Stato italiano a pagare a BV la somma di € 50.000,00 a titolo di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale per mancata tempestiva trasposizione della direttiva 2004/80;
- b) anche ammettendo che il sopravvenuto indennizzo possa valere quale integrale adempimento della direttiva, occorre verificare se la somma di € 4.800,00 possa essere qualificata alla stregua di un “*indennizzo equo ed adeguato*”, ai sensi dell’art. 12, § 2;
- c) proprio tale necessità impedisce di qualificare come ipotetiche le questioni poste dal giudice del rinvio.

5. – In merito alla prima questione, la Corte richiama la propria consolidata giurisprudenza (*ex plurimis* sentenze del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93; del 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01 e del 28 luglio 2016, *Tomášová*, C-168/15) secondo la quale “ai singoli lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento dei danni causati da violazioni del diritto dell’Unione imputabili a uno Stato membro purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma di diritto dell’Unione violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che sussista un nesso causale diretto tra

tale violazione e il danno subito da tali singoli”; la sussistenza di siffatte condizioni – inoltre – è rimessa in prima battuta ai giudici nazionali.

In ordine al primo dei requisiti, la Corte di Giustizia ritiene necessario interpretare la norma non solo nel proprio tenore letterale, ma anche in ottica teleologica, tenendo conto del contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui la stessa fa parte (sentenza del 26 febbraio 2019, Rimšēvičs e BCE/Lettonia, C-202/18 e C-238/18). Orbene, il tenore letterale della disposizione sancisce l’obbligo per gli Stati membri di dotarsi di un sistema di indennizzo a favore delle “vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori”, senza limitare il proprio campo di applicazione alle sole vittime di reati connotato da elementi transfrontalieri. La disposizione, poi, si colloca – quale unico articolo – all’interno del Capo II “*Sistemi di indennizzo nazionali*”, a differenza del Capo I che riguarda le situazioni transfrontaliere. Infine, il § 1 del medesimo articolo dispone che quanto statuito in merito all’accesso all’indennizzo per siffatte situazioni si applichi sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori.

Ne consegue che l’Unione Europea non ha inteso introdurre un sistema *ad hoc* per le vittime di reati violenti che si trovino in situazione transfrontaliera, quanto – piuttosto – far sì che i singoli Stati estendessero anche ad esse i propri sistemi di indennizzo. Pertanto, la disposizione in questione “impone a ogni stato membro l’obbligo di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento commesso nel proprio territorio”.

Obiettivo della direttiva 2004/80 sono quelli enunciati nei considerando nn. 1, 2, 3, 6, 7 e 10. In particolare, le difficoltà ad ottenere un congruo risarcimento dai rei possono essere incontrate anche dalle vittime che risiedono nello Stato membro in cui si trova il *locus commissi delicti*, come avvenuto anche nel caso di specie.

Tale ricostruzione induce la Corte di Giustizia a ritenere che l’art. 12 § 2 della direttiva 2004/80 “impone a ogni Stato membro di dotarsi di un sistema di indennizzo che ricomprenda tutte le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei loro territori e non soltanto le vittime che si trovano in una situazione transfrontaliera” e quindi “conferisce il diritto di ottenere un indennizzo equo ed adeguato non solo alle vittime di reati intenzionali violenti commessi nel territorio di uno Stato membro che si trovano in una situazione transfrontaliera [...] ma anche alle vittime che risiedono abitualmente nel territorio di tale Stato membro”. Pertanto, il diritto dell’Unione deve essere interpretato nel senso che il regime di responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro per danno causato dalla violazione di tale diritto è applicabile, per il motivo che tale Stato non ha trasposto in tempo utile l’art. 12, § 2, della direttiva 2004/80, nei confronti delle vittime residenti in detto Stato membro, nel cui territorio il reato intenzionale violento sia stato commesso.

Così risolta la prima questione pregiudiziale, occorre verificare se la somma di € 4.800,00 riconosciuta a B.V. dalla legislazione nazionale – entrava in vigore successivamente all’instaurazione della causa per responsabilità extracontrattuale, nella quale la Repubblica Italiana è convenuto – possa essere ritenuto indennizzo equo ed adeguato ai sensi della richiamata normativa sovranazionale.

La direttiva non contiene un’indicazione relativamente all’importo dell’indennizzo né relativamente alle modalità di determinazione dello stesso, lasciando ai singoli Stati membri un margine di discrezionalità. Inoltre, la somma così individuata non è versata dall’autore del fatto, ma direttamente dallo Stato membro, per il solo fatto che nel proprio territorio si sia verificato il fatto reato e va dunque considerata la necessità di garantire la sostenibilità finanziaria di tale sistema, affinché tutte le vittime di tali reati possano essere egualmente indennizzate. Ne consegue che siffatta somma non deve necessariamente corrispondere all’intero danno risarcibile, come accadrebbe nel caso di condanna pronunciata a carico dell’autore del fatto; in altri termini, non deve

necessariamente garantire un ristoro completo del danno materiale e morale subito dalla vittima. In definitiva, l'individuazione del *quantum* indennizzabile ai sensi della direttiva è valutazione rimessa al Giudice nazionale, che dovrà tenere conto della normativa interna istitutiva di tale sistema. In ogni caso – ai sensi dell'art. 267 TFUE – la Corte ha inteso fornire gli elementi pertinenti per l'interpretazione dell'art. 12, § 2, direttiva 2004/80:

- a) lo Stato eccederebbe la propria discrezionalità se prevedesse un indennizzo meramente simbolico o manifestamente insufficiente alla luce della gravità delle conseguenze riportate dalle vittime; in altri termini, il risarcimento (pur non integrale) può ritenersi equo ed adeguato se compensa, in misura appropriata, le sofferenze delle vittime;
- b) in via generale il sistema introdotto dalla direttiva non osta alla previsione di un sistema di indennizzo forfettario, in quanto tale somma può variare a seconda della natura delle violenze subite;
- c) in astratto ed a fronte di quanto enunciato al punto a), la parametrizzazione di diversi scaglioni forfettari evita che l'indennizzo possa rivelarsi manifestamente insufficiente in relazione ad un determinato tipo di violenza;
- d) la violenza sessuale è uno di quei reati per i quali deve ritenersi che possa produrre le conseguenze più gravi in capo alla vittima, pertanto la somma forfettaria di € 4.800,00 non sembra corrispondere a prima vista ai parametri sopra elencati, fatto salvo un miglior apprezzamento del Giudice nazionale, alla luce del caso di specie.

Pertanto, "l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80 dev'essere interpretato nel senso che un indennizzo forfettario concesso alle vittime di violenza sessuale sulla base di un sistema nazionale di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti non può essere qualificato come «equo ed adeguato», ai sensi di tale disposizione, qualora sia fissato senza tenere conto della gravità delle conseguenze del reato per le vittime, e non rappresenti quindi un appropriato contributo al ristoro del danno materiale e morale subito».

5387

6. – La sentenza in commento si segnala per alcuni spunti di interesse.

In primo luogo, sancisce la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per il ritardato recepimento nel sistema interno delle direttive; tale responsabilità non viene meno a fronte di un tardivo adeguamento, la laddove la pronuncia della Corte sia funzionale alla valutazione della compatibilità eurounitaria della normativa nazionale. Sicché il mero dato dell'adempimento formale (e tardivo) dello Stato membro non è di per sé elemento sufficiente a far ritenere ipotetica la questione pregiudiziale posta, laddove la pronuncia sia funzionale ad una valutazione nel merito della normativa di recepimento.

In secondo luogo, riveste un sicuro interesse l'interpretazione logico sistematica offerta alla direttiva, che finisce per introdurre un sistema minimo di indennizzo alle vittime dei reati dolosi a base violenta commessi nel territorio dell'Unione Europea, indipendentemente dal fatto che tale essi siano o meno connotati da elementi transfrontalieri. Tale tutela minima è rafforzata dalle considerazioni svolte e dai limiti posti alla possibilità di prevedere indennizzi forfettari; se – da un lato – tale possibilità non è disconosciuta *a priori* – dall'altro lato – vengono fissati dei confini entro i quali essa può essere esercitata dagli Stati, al fine di rendere l'indennizzo equo ed adeguato alle sofferenze patite dalle vittime.

Infine, giova segnalare l'affermazione secondo la quale il sistema *de quo* introduce un sistema di indennizzo delle vittime e non un sistema di integrale risarcimento (come avviene nel caso in cui la condanna civilistica attinga direttamente il reo), ne consegue che il *quantum* dell'indennizzo – pur dovendosi conformare ai caratteri sopra esposti –

può essere inferiore alla somma che le stesse potrebbero ottenere dall'autore del fatto. Tale differenziazione di trattamento è ritenuta legittima alla luce della necessità di garantire la sostenibilità del sistema stesso, non gravando gli Stati membri di uscite eccessive e così garantendo l'auspicabile equilibrio delle finanze stesse ed un corretto funzionamento del sistema a favore di tutte le vittime che dovranno utilizzarlo. In questo quadro – ad avviso di chi scrive – giova riflettere sulle possibili evoluzioni del sistema medesimo, in particolare chiedendosi quale tra le due diverse esigenze (offrire un indennizzo equo ed adeguato e garantire la sostenibilità del sistema) debba essere destinata a prevalere nell'ipotesi in cui le domande di indennizzi dovessero mettere sotto tensione i singoli sistemi adottati dai vari Stati membri.

Andrea Perelli
Tribunale di Alessandria
ag.perelli@hotmail.it

La saga Mediaset-Vivendi e il tramonto del Sistema Integrato di Comunicazioni: quali prospettive per la regolamentazione di settore?

di Marina Roma

Title: The Mediaset-Vivendi saga and the sunset of the Integrated Communications System: which are the new perspectives for the sector's regulation?

Keywords: Electronic communications; Freedom and pluralism of the media; Freedom of establishment.

1. – Con la pronuncia in commento, la Corte di Giustizia non ha certo posto la parola fine alla nota saga Mediaset-Vivendi.

Tra la pubblicazione della sentenza e il momento in cui ci si accinge alla scrittura del presente contributo, infatti, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCOM") ha pubblicato un comunicato stampa (disponibile online: www.agcom.it/documents/10179/19877267/Comunicato+stampa+23-09-2020/106ecd15-9726-45be-ad18-ea517f4c6f8a?version=1.0), in cui ha avuto ben cura di precisare che – «alla luce degli approfondimenti giuridici svolti» – «allo stato, non vi siano le condizioni per adottare decisioni di qualsivoglia natura (...) prima che sia intervenuta la pronuncia del Tar del Lazio», derubricando la sentenza pregiudiziale a «fase incidentale del processo pendente», che lascerebbe ancora «incerto quale potrà essere l'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo».

Ma se è evidente che spetti al giudice del rinvio la statuizione finale (e, se del caso, al Consiglio di Stato, in un eventuale giudizio di impugnazione), altrettanto evidente è che la Corte abbia posto un punto fermo sia per quanto concerne, nello specifico, la controversia in questione, sia (per come s'illustrerà nel seguito) quanto alla regolamentazione nazionale del sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

La sentenza lascia, infatti, un vuoto normativo che – solo temporaneamente – il legislatore italiano ha tentato di colmare con la previsione di cui all'art. 4-bis del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125.

Proprio «in considerazione delle difficoltà operative e gestionali derivanti dall'emergenza sanitaria in atto, in armonia con i principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 settembre 2020, nella causa C-719/18», in tale contesto si prevede che, per sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, nel caso in cui un soggetto operi contemporaneamente nei mercati delle comunicazioni elettroniche e in un mercato diverso, ricadente nel sistema integrato delle comunicazioni, l'AGCOM sia tenuta ad avviare un'istruttoria volta a verificare la sussistenza di effetti distorsivi o di posizioni comunque lesive del pluralismo, adottando, eventualmente, i provvedimenti necessari per

inibire l'operazione o rimuoverne gli effetti.

La norma, battezzata immediatamente “salva Mediaset”, ha da subito scatenato l'ira della *holding* d'Oltralpe, che ha presentato un esposto alla Commissione europea, la quale ha chiesto da subito conto al Governo italiano di rendere conto.

Il muro tra Roma e Bruxelles è ormai inevitabile, ma procediamo con ordine.

2. – Prima di dedicarsi alla ricostruzione del quadro fattuale, da cui origina la pronuncia, occorre brevemente soffermarsi sulle disposizioni in rilievo nel procedimento principale.

L'esame del quadro normativo, europeo e nazionale, in materia di servizi media audiovisivi, con particolare riferimento al pluralismo dell'informazione, non può che prendere le mosse dai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) ed in particolare dall'art. 10, in materia di libertà di espressione. Il perimetro di tale diritto – per espressa previsione letterale della convenzione – non include unicamente la libertà di esprimere la propria opinione, ma anche la libertà di *ricevere* informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità.

La disposizione è stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, rimarcando l'importanza del diritto di ognuno a ricevere un'informazione il più possibile pluralistica e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. Sempre secondo la Corte di Strasburgo, il principio del pluralismo assumerebbe, poi, un particolare significato e una cruciale importanza in relazione all'attività delle società che operano nel settore radiotelevisivo, considerata l'ampia diffusione dei loro programmi (Corte EDU, 23-9-994, *Jersild c. Danimarca*; ma anche Corte EDU, 27-4-1995, *Piermont c. Francia*).

Il principio del pluralismo dell'informazione – sviluppatosi in sede internazionale in seno al Consiglio d'Europa – ha ottenuto piena cittadinanza nell'ordinamento dell'Unione europea non solo quale tradizione costituzionale comune degli Stati membri, ma anche in virtù dell'espresso richiamo di cui all'art. 11, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dei plurimi riferimenti nei preamboli delle direttive in materia, *in primis* la direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (*cf.* il considerando 16).

Muovendosi al piano nazionale, l'art. 21 della Costituzione, che pure reca una regolazione dettagliata a garanzia della libertà di espressione, nulla dispone in tema di mezzi di comunicazione di massa.

Occorre, dunque, guardare alla giurisprudenza costituzionale, che ha distinto due accezioni di pluralismo. Da una parte, un pluralismo *interno*, inteso come apertura del mezzo informativo alle diverse tendenze politiche e culturali presenti nel Paese, dall'altra un pluralismo *esterno* incentrato non tanto sul contenuto del messaggio trasmesso, quanto sulla necessità di garantire una pluralità di voci in tutti i media e, così, di evitare che la preminenza di una singola impresa possa comprimere l'attività degli altri operatori, con conseguente riduzione dell'esercizio delle libertà di questi ultimi (per tutte, si rinvia a Corte Cost., n. 826/1988).

È proprio a quest'ultima nozione di pluralismo *esterno* che fa riferimento la disposizione oggetto del procedimento principale. La controversia si inserisce, infatti, nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 – Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (“TUSMAR”), e in particolare dell'art. 43 intitolato «*Posizioni dominanti nel [SIC]*», per cui le imprese, anche attraverso società controllate o collegate, i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche (“SIC”), sono superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel settore, non possono conseguire nel [SIC] ricavi superiori al 10 per cento del sistema medesimo, comprendendo il SIC – ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera s), dell'articolo 18 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche – «*le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e servizi di media audiovisivi; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni*».

3. – Le parti in causa sono più che note. Da una parte, Vivendi S.A. (“Vivendi”) è la celebre *holding* francese al vertice di un gruppo di società operanti nel settore dei media e nella creazione e distribuzione di contenuti audiovisivi, che – all’epoca dei fatti di causa – deteneva anche il controllo di TIM S.p.A., con una partecipazione del 23,94% nel capitale della società. Dall’altra, Mediaset Italia S.p.A. (“Mediaset”) non ha certo bisogno di presentazioni.

In seguito ad alcuni contrasti sorti nell’ambito di un contratto di *partnership* strategica tra Vivendi, Mediaset e Reti Televisive Italiane SpA, il gruppo francese ha avviato una campagna ostile di acquisizione delle azioni di Mediaset, arrivando a detenere il 28,8% del capitale sociale di Mediaset, pari al 29,94% dei suoi diritti di voto. Tuttavia, tale partecipazione minoritaria qualificata non le consentiva di esercitare il controllo su Mediaset, che continuava ad essere controllata dal gruppo Fininvest.

Il 20 dicembre 2016, Mediaset ha presentato allora una denuncia all’AGCOM, rilevando che Vivendi avrebbe conseguito ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche, da un lato, e nel SIC, dall’altro, superiori alle soglie previste nel sopracitato articolo 43, comma 11, del TUSMAR.

La sentenza in commento origina, allora – in estrema sintesi – dal rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (“TAR Roma”), chiamato da parte di Vivendi a giudicare in merito alla legittimità della delibera n.178/17/CONS del 18 aprile 2017, con cui l’AGCOM ha dichiarato che il gruppo societario francese, acquisendo il 28,8% del capitale sociale di Mediaset, avrebbe violato il citato art. 43, comma 11, del TUSMAR.

Le domande pregiudiziali formulate sono tre, sostanzialmente raggruppabili nella richiesta di una pronuncia in merito alla compatibilità della suddetta disposizione del TUSMAR con le libertà fondamentali previste dai Trattati.

4. – Le tre questioni vengono affrontate, perciò, congiuntamente, partendo dall’individuazione delle disposizioni dei Trattati in base alle quali raffrontare la legittimità della normativa italiana.

La Corte riprende, qui, i suoi precedenti punti fermi (*cf.* Corte giust., sent 13-11-2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, causa C-35/11, p.ti 90-91 e giurisprudenza ivi citata), per cui ricadrebbero nella sfera di applicazione della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) le normative nazionali indirizzate alle acquisizioni di partecipazioni che consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni di una società, mentre rientrerebbero nell’ambito di applicazione della libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) disposizioni nazionali indirizzate ad acquisizioni di partecipazioni effettuate, invece, al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell’impresa interessata, devono essere esaminate esclusivamente alla luce.

Rilevato, allora, che scopo della disposizione del TUSMAR sarebbe quello di evitare l’emergere di quelle che sono definite come «*posizioni dominanti*», fissando dei limiti al controllo sulle società attive nel SIC, e che l’obiettivo perseguito da Vivendi era proprio quello di incidere sulla gestione di Mediaset (non di realizzare un semplice investimento), la Corte prosegue con l’esame delle questioni pregiudiziali con riferimento alle disposizioni in materia di libertà di stabilimento.

Fatto tale inquadramento preliminare, si rileva che la disposizione oggetto delle domande pregiudiziali indubitabilmente costituisca un ostacolo alla libertà di Vivendi di stabilirsi in Italia al fine di influire maggiormente sulla gestione di Mediaset, così l’intera argomentazione in diritto è dedicata a stabilire *se* ed, eventualmente, *in quale misura* la disposizione del TUSMAR ecceda il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri dalle direttive europee sui servizi di media audiovisivi.

La Corte ripercorre, allora, il ragionamento per fasi con cui abitualmente giudica la legittimità di eventuali deroghe alle libertà fondamentali previste dai Trattati, per cui (i)

dapprima, occorre valutare se le misure restrittive siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale; e successivamente (ii) analizzarne la relativa proporzionalità, verificando l'idoneità delle misure ovvero se l'obiettivo perseguito avrebbe potuto essere raggiunto attraverso mezzi di minore portata.

La prima fase della verifica di compatibilità viene, in questa sede, affrontata abbastanza brevemente, laddove la Corte – facendo riferimento alle libertà protette dalla Carta dei diritti fondamentali (articolo 11, paragrafo 2) e al protocollo n. 29 sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, allegato al TUE e al TFUE – conclude che la tutela della libertà e del pluralismo dei media, cui mira la normativa italiana, costituiscono *«incontestabilmente un obiettivo di interesse generale, di cui occorre sottolineare, in particolare, l'importanza in una società democratica e pluralista, idoneo a giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento»*.

Maggiore attenzione viene dedicata, invece, alla seconda fase.

Dapprima la Corte rileva come la normativa europea in materia di servizi di comunicazione elettronica distingua tra attività di *produzione* di contenuti, implicanti un controllo editoriale, e attività di mera trasmissione, che, pertanto, escluderebbero qualsiasi forma di controllo editoriale: imprese che esercitano un controllo sulla trasmissione dei contenuti, non esercitano, perciò, necessariamente un controllo anche sulla produzione di tali contenuti. Fatta tale specificazione, la Corte censura, allora, il fatto che la normativa italiana non tenga in considerazione la sussistenza o la non sussistenza di eventuali collegamenti tra produzione e trasmissione di contenuti, ma vieti in maniera assoluta ai soggetti i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale disposizione, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel SIC ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo.

A riguardo, si evidenzia come il legislatore italiano abbia adottato una nozione restrittiva del settore delle comunicazioni elettroniche, circoscrivendolo unicamente ai mercati suscettibili di regolamentazione *ex ante*, ed escludendo così mercati concorrenziali di importanza crescente per la trasmissione delle informazioni come il mercato dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, i servizi di comunicazioni elettroniche collegati a Internet, nonché i servizi di radiodiffusione satellitare.

Anche alla luce di quest'ultimo rilievo, i giudici europei constatano, dunque, che la sola circostanza di conseguire o meno ricavi equivalenti al 10 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni (SIC) non sia di per sé indicativa di un rischio di influenza sul pluralismo dei media, dal momento che il SIC comprende mercati diversi e vari.

In altre parole – se i ricavi complessivi realizzati da un'impresa nel SIC dovessero essere concentrati in uno solo dei mercati che lo compongono in modo tale che la quota raggiunta in tale mercato sia nettamente superiore al 10% ma, qualora venga preso in considerazione l'insieme dei mercati che compongono il SIC, rimanga inferiore al 10 per cento – il fatto che la soglia del 10 per cento dei ricavi complessivi del SIC non venga raggiunta non potrebbe escludere qualsiasi rischio per il pluralismo dei media. Allo stesso modo, nel caso in cui la soglia del 10 per cento dei ricavi complessivi del SIC fosse sì raggiunta, ma tale 10 per cento di ricavi si ripartisse tra ciascuno dei mercati che compongono il SIC, né il raggiungimento né lo sfioramento di tale soglia del 10 per cento costituirebbero necessariamente un pericolo per il pluralismo dei media.

Infine, i giudici si soffermano sull'estensione dell'ambito di applicazione della norma anche ai ricavi conseguiti per il tramite di società meramente “collegate” ai sensi dell'art. 2359, comma 3, del Codice Civile, estensione che esporrebbe le imprese al rischio che gli stessi ricavi vengano conteggiati due volte.

Tali elementi sarebbero – a giudizio della Corte – sì critici, da rendere la limitazione alla libertà di stabilimento in questione – pur concepita a tutela di motivi di interesse generale – né proporzionata né, comunque, idonea a garantire un'effettiva salvaguardia del pluralismo dell'informazione e, perciò, incompatibile con il diritto dell'Unione europea.

5. – L'argomentazione pare ripercorrere pedissequamente il ragionamento seguito dall'Avvocato Generale assegnato alla causa nelle proprie conclusioni, il quale – proprio come la Corte – ha ritenuto che l'incompatibilità della normativa italiana con le norme dei Trattati in materia di libertà di stabilimento fosse da ricollegarsi a tre principali fattori.

Anzitutto, anche in tal sede, si fa riferimento all'utilizzo di una definizione restrittiva del settore delle comunicazioni elettroniche; poi al computo dei ricavi delle società collegate per calcolare le quote di mercato nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel SIC ed, infine alla determinazione di soglie diverse (il 20% e il 10%) per l'acquisizione di partecipazione nel SIC i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione rispetto alle imprese operanti nel settore delle comunicazioni elettroniche, come in precedenza definite.

In maniera probabilmente anche più severa rispetto alla Corte, l'Avvocato Generale – pur non disconoscendo il fatto che le restrizioni previste dalla normativa italiana potessero, almeno in astratto, ritenersi idonee a conseguire l'obiettivo di tutela del pluralismo delle informazioni – ha rilevato che la delimitazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche non presenta «alcun nesso» con l'obiettivo di garantire il pluralismo del settore dei media. Con ciò, anche in tal sede, si è sottolineato come, sebbene esista un collegamento tra i due settori, ciò non significa che le imprese attive nei servizi di comunicazione elettronica possiedano necessariamente la capacità intrinseca di influire nel settore dei media.

6. – In tal modo, pare possibile tracciare una linea di collegamento che unisce le conclusioni e ciò che si legge tra le righe dell'ordinanza del T.A.R. Roma, laddove quest'ultimo riprende il considerando 26 della direttiva 2002/211/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (la c.d. direttiva quadro), per cui non si potrebbe ritenere che due o più imprese godano congiuntamente di una posizione dominante soltanto in ragione di alcune interconnessioni tra di loro ma solo nel caso in cui la struttura del pertinente mercato sia tale da comportare effetti coordinati, ossia da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato. O ancora il considerando 27 – cui parimenti accenna il provvedimento di rinvio – per cui si qualifica come «essenziale» che gli obblighi *ex ante* siano imposti solamente nel caso in cui venga a mancare una concorrenza effettiva e gli ordinari mezzi di diritto della concorrenza non siano in grado di porre rimedio al fatto che una o più imprese detengano un significativo potere di mercato.

La sentenza che qui si commenta non fa altro, quindi, che raccogliere la sollecitazione non solo dell'avvocato generale, ma anche (a ben vedere) dei giudici romani. Entrambi avevano, infatti, già posto in evidenza la maggiore criticità alla base dell'incompatibilità con il diritto europeo della normativa italiana: il meccanismo delineato dal più volte citato art. 43, comma 11 del TUSMAR, per cui al superamento delle soglie di ricavi ivi previste si *presume* automaticamente che si determini un problema quanto alla pluralità dell'informazione, è inidoneo a garantire lo scopo che si prefigge e, al contempo, sproporzionato.

Tale meccanismo lascerebbe, infatti, scoperte eventuali situazioni critiche, mentre ne sanzionerebbe altre di non problematiche.

7. – Nonostante le frenate dell'AGCOM evocate in premessa, è allora chiaro che – dalla sentenza della Corte, ancor più se letta congiuntamente alle conclusioni dell'Avvocato Generale – al TAR Lazio rimanga ben poco margine di apprezzamento nello scegliere se disapplicare la disposizione contestata e, per conseguenza, dichiarare l'illegittimità del provvedimento che in tale disposizione trovava il proprio fondamento.

Ma a prescindere dall'esito che avrà il giudizio *a quo*, la pronuncia della Corte ha inferto un colpo mortale al sistema delle soglie previsto dal TUSMAR, già spese volte

criticato dai commentatori della materia. Seppur (come si è illustrato in precedenza) la normativa italiana sia stata censurata sotto diversi profili, è proprio tale meccanismo delle soglie a sollevare, a parere dei giudici europei, le maggiori criticità.

Come constatato anche dal TAR Roma, l'art. 43 citato fa, infatti, riferimento a nozioni mutuata dal diritto della concorrenza, richiamando ad esempio la posizione dominante. Lo stesso articolo 43 – si osserva sempre in sede di rinvio – è collocato nel capo VI, rubricato «*Norme a tutela della concorrenza e del mercato*».

Il legislatore del TUSMAR ha mancato, però, di adattare tali nozioni allo scopo che la disciplina si prefigge.

In primis, il concetto di dominanza che ne emerge è un concetto ibrido rispetto a quello tipico della normativa antitrust. Ibrido poiché individuato con riguardo non certo ad un singolo mercato rilevante, ma ad un fascio di mercati, la cui latitudine viene, peraltro, determinata in modo arbitrario, escludendo i mercati dei servizi al dettaglio di telefonia mobile, i servizi di comunicazioni elettroniche collegati a Internet, nonché i servizi di radiodiffusione satellitare.

D'altro canto, seppur il principio della tutela della concorrenza sia citato nel precedente art. 5, comma 1, lett. a) tra i principi fondamentali del settore insieme a quello del pluralismo, occorre fare un distinguo.

Se è vero che la disciplina antitrust mira a sanzionare l'abuso di posizione dominante, in quanto lesiva della concorrenza in un determinato mercato, il TUSMAR vieta l'acquisizione di una posizione dominante, in quanto ritenuta idonea di per sé a ledere il pluralismo dell'informazione. Il concetto di dominanza del TUSMAR non viene, tuttavia, adattato alla differente *ratio* della normativa, ma si basa unicamente sul mero dato numerico della percentuale di ricavi detenuta dai soggetti interessati e non sull'effettiva capacità degli stessi di controllare i contenuti editoriali delle informazioni trasmesse.

Il legislatore italiano non è certo noto per la tempestività con cui abitualmente si conforma alle pronunce della Corte, ma in questo caso il vuoto normativo creatosi rende necessario un rapido ripensamento complessivo dei meccanismi volti a tutelare la pluralità nel settore delle comunicazioni radiotelevisive.

A riguardo (come, peraltro, prevedibile) la Corte manca di fornire puntuali indicazioni, ma la direzione segnata per il legislatore italiano appare comunque chiara e non potrà discostarsi dalle direttive europee specificamente applicabili ai servizi audiovisivi, per cui la disciplina volta alla salvaguardia del pluralismo dell'informazione – affiancando la tutela generale apprestata dal diritto della concorrenza – deve disporre di strumenti specifici attivabili nei casi in un cui vi sia un'effettiva minaccia.

Solo in tal modo lo Stato italiano potrà ottemperare ai propri obblighi nascenti non solo dall'ordinamento europeo, ma anche da quello internazionale rendendosi – per utilizzare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo (*cf.* Corte EDU, 24-11-1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*) – «ultimate guarantor» del pluralismo dell'informazione.

Limits on the possibility of restricting political rights of elected individuals and their links to the protection of democratic foundations, the rights of voters, and the rights of the elected

di Nicolás Carrillo-Santarelli

Title: I limiti alla possibilità di restringere i diritti politici degli eletti e i legami con la protezione delle fondamenta della democrazia, dei diritti degli elettori e di quelli degli eletti

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Political rights; Impartiality; Rights restrictions; Democracy.

1. – The Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, also the Inter-American Court, the Court, or the IACtHR) delivered earlier this year an important decision that addresses aspects related to the protection of political rights, enshrined in article 23 of the American Convention on Human Rights (hereinafter, also the American Convention), among others. Even though an important section of the decision largely reiterates the conclusions of the Court in its prior decision in the case *López Mendoza* vs. Venezuela concerning the requirement that sanctions affecting the enjoyment of the political rights of elected individuals are imposed in the course of criminal proceedings –condition that was not satisfied in either of the cases–, there are several unique insights found in the judgment rendered in the Petro Urrego case that are worth considering –both in terms of properly understanding Inter-American standards and from a comparative legal perspective; especially considering how much more succinctly the Court explored political rights under article 23 of the Convention in the case of *López Mendoza* (only from § 104 through 109 of its decision in that case, as compared to § 90 through 117 in the *Petro Urrego* case, in relation to the same aspects of political rights).

In a nutshell, the facts of the case pertain to the removal from office of former mayor of the capital city of Bogota, Gustavo Petro, a left-wing politician, from office, as a consequence of his being condemned in the course of disciplinary proceedings conducted by the Disciplinary Chamber of the *Procuraduría General* –an entity that operates as some sort of disciplinary supervisor of state agents under the Colombian constitutional framework. This same Chamber formulated the accusation, carried out the disciplinary process, and reached a decision that was contrary to Mr. Petro. In its 9 December 2013 decision, it imposed on him the sanctions of removal from office and general incapacity to hold public office for 15 years (§ 48-50). The period during which he did not hold office, however, only took place between the 20th of March and the 23rd of April of 2014 (§ 143). As a result of domestic litigation, the adverse decision against

him was initially suspended in a decision of 13 May 2014 and later declared void in 2017 in a decision reached in 2017 by the highest Court of the administrative legal branch in Colombia (*Consejo de Estado*), on the basis of the lack of competence of the body that originally imposed the sanctions against Mr. Petro and the breach of due process guarantees and legality (§ 61-62). Furthermore, it ordered the State of Colombia to pay him the salary he stopped from receiving during the time he was removed from office (*ibidem*).

On the other hand, Mr. Petro was fined in 2014 by an entity with an oversight mandate in the field of trade (*Superintendencia de Industria y Comercio*), against which administrative remedies were unsuccessful and against which judicial remedies are still pending (§ 70-71). Another supervisory entity in fiscal matters (*Contraloría*) condemned Mr. Petro for alleged budgetary contraventions—likewise, the final outcome of judicial remedies against the condemnation is still pending before the Colombian judiciary (§ 74, 76).

2. – Before addressing aspects on the merits, it is convenient to briefly explore what the Court said about two preliminary objections that were raised by the defendant state. They were related to the (according to the state in question) non-exhaustion of domestic remedies, on the one hand; and the alleged incapacity of the Court to pronounce on alleged *in abstracto* contraventions of Inter-American obligations—that is to say, without an actual victim being affected—and the lack of breach of Inter-American duties in circumstances in which they were supposedly not contravened, on the other hand.

3. – Concerning the first of these two issues, the Inter-American Court confirmed its longstanding case law as to the requirement that, for the non-exhaustion of domestic remedies to render a case inadmissible, it must be raised by the defendant state from the earliest (possible) opportunity—even during the procedural stages before the Inter-American Commission on Human Rights. Otherwise, the state will be understood to be prevented from raising it afterwards, considering good faith implications in terms of the applicants having been led to consider that the state waived by means of its inaction the possibility of invoking such requirement afterwards.

The Inter-American Court of Human Rights has argued in prior decisions that a late invocation of the non-exhaustion of domestic remedies would thus amount to a contravention of the *non concedit venire contra factum proprium* principle (§ 29 of its judgment on preliminary objections in the case of *Neira Alegría and others vs. Peru*), while (former) IACtHR judge Antonio Cançado considered that failure to timely raise the non-exhaustion by a defendant state would entail a tacit waiver of the satisfaction of that procedural requirement (§ 5 and 13 of judge Cançado Trindade's vote to the IACtHR judgment on preliminary objections in the case of *Loayza Tamayo vs. Peru*).

On the basis of these considerations, in the case of Mr. Petro Urrego the IACtHR dismissed the Colombian arguments asking the Court to dismiss the case on the grounds of an alleged non-exhaustion of domestic remedies', insofar as in connection with some of the respective domestic proceedings the defendant state failed to raise their supposed non-exhaustion in its response to the application before the Court, and only did so in its final pleadings; while in relation to other domestic proceedings that became relevant in the process before the Commission after the application before it but before it adopted its merits report, the state of Colombia failed to invoke the non-meeting of the required procedural hurdle by the applicants at the earliest opportunity when its attention was drawn to them. Hence, in both cases the state failed to mention

the alleged non-exhaustion of domestic remedies at the earliest procedural opportunity when it *could* do so.

4. – Regarding the other sort of preliminary objection raised by the state of Colombia in the case, the Inter-American Court of Human Rights –rightly, to my mind— focused on whether the state arguments were truly of such a nature or, rather, actually reflective of disagreements on the content, interpretation, or merits of a substantive nature –which the Court (again, correctly) found was the case. The Court employed an adequate logic in this regard, which looks at what the actual substance of the arguments before it is, instead of at how they are framed or described by the party raising them.

Such logic, attaching primacy to the content over nomenclature attached to a given act, is also found in the Vienna Convention on Human Rights and treaty practice concerning the identification of reservations or treaties *regardless* of whether something is named (or not) as such (see its arts. 2.1.a, saying that a treaty is such “whatever its particular designation”; and 2.1.b, according to which reservations are certain “unilateral statement[s], however phrased or named). With a similar train of thought, the Inter-American Court of Human Rights addressed the Colombian allegations in question by saying that the nature of preliminary objections is the challenging of the admissibility of a case or the competence of the Court (§ 32), <<independientemente de que el Estado defina un planteamiento como “excepción preliminar”>> (*ibidem*) – which translates as “regardless of whether the state defines an argument as a ‘preliminary objection’”.

In light of this consideration, the Court did well to conclude that state arguments according to which there was no affectation of the right enshrined in article 5 of the American Convention, and discussions as to whether there was a violation of political rights or a contravention of Inter-American duties as a consequence of the existence and application of certain Colombian domestic provisions, in no way entails a challenge of its competence or the admissibility of the application. Accordingly, the Court dismissed this preliminary objection as well.

5397

5. – Concerning the issues on the merits, a recurring theme underlying the considerations of the Court in the judgment examined in this case note are anchored on the defense of the democratic system and guarantees required in the Inter-American Human Rights System. This is an adequate and by no means creative overreach, for two reasons. Firstly, because the OAS human rights system in fact relies on and refers to aspects tied to democratic guarantees, reason why they are not alien to but actually inseparable from it, as has been found in instruments and prior case law. In this regard, as authors as Antonio Remiro have argued, while non-intervention generally impedes the identification of a general international law obligation for states to have a (certain) democratic regime, it is possible to create and find such type of requirements in international institutional or other frameworks (Antonio Remiro Brotóns et al., *Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 209-215).

Furthermore, as the Inter-American Court of Human Rights indicated in its advisory opinion OC-8/87 years ago, in the Inter-American human rights system:

“The concept of rights and freedoms as well as that of their guarantees *cannot be divorced from the system of values and principles that inspire it*. In a democratic society, the rights and freedoms inherent in the human person, the guarantees applicable to them and the rule of law *form a triad*. Each component thereof defines itself, complements and depends on the others for its meaning” (§ 26 of the aforementioned advisory opinion, emphasis added).

Thus, the Court did have competence to refer to democratic guarantees and was actually *required* to considering that they were applicable to the case. The Inter-American Court did so in a way that draws attention to the reasons why it is important and necessary to safeguard such guarantees: this, on the one hand, is pertinent in terms of the object and purpose interpretation required by the general rule of interpretation of treaties (art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), and most necessary in a current global political context in which populism or authoritarianism (even authoritarian uses of and challenges to international law seem to be increasing, see: Tom Ginsburg, *How Authoritarians Use International Law*, *Journal of Democracy*, Vol. 31, 2020) have been on the rise, and in which the political opposition in some countries has been persecuted or sought to be silenced, as judge Patricio Pazmiño Freire notes in his partially dissenting opinion to the opinion of the Court's majority (pp. 2, 6 of his opinion). Sensitizing as to the importance of the protections explored by the Court is also relevant from an expressive point of view.

The Court addressed issues about democratic guarantees and the protection of democracy in two ways: firstly, by insisting that (a) they are to be considered when interpreting applicable provisions for the sake of resolving discussions on the merits; and secondly by being mindful of the (b) protection of the political rights of both incumbents and those who exercise them by voting for said candidates.

6. – As to the former (a) aspect, it is noteworthy that almost from the outset of its examination of the merits, specifically concerning the first set of rights it explored (the right to participate in Government, found in article 23 of the American Convention on Human Rights), the Court set forth its argument according to which representative democracy constitutes a pillar of the Inter-American system, leading to an interconnection between such a political framework, human rights and political rights specifically. This link among others, makes the protection of access to power and its exercise according to rule of law considerations a “constitutive” element of the system. This requires that stringent conditions are strictly observed in order to legitimately restrict them (which did not happen in the case under examination, reason why the state of Colombia was condemned for the breach of several human rights obligations, as will be explained further on), lest the system and its guarantees are thwarted.

The Inter-American Court presented its ideas in this regard at length in the following fashion, available only in Spanish as of the moment of writing this article:

“[L]a democracia representativa es uno de los *pilares* de todo el sistema del que la Convención forma parte, y constituye un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos [...] En el Sistema Interamericano la *relación* entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana [...] [la cual] hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente, y señala *como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho*” (§ 90-92, emphases added).

7. – In regard to (b) the protection of the political rights of both incumbents and their electors, the Court mentioned early on in its arguments that the rights enshrined in article 23 of the American Convention have both an *individual and a collective dimension*, which respectively protect those who “participate as candidates and those who vote for

them” (my own translation, § 92). Likewise, the Court later on expressed that removal from office and the declaration of an incapacity to run for it not only amount to restrictions of the rights of those directly affected, but also of voters (§ 96), affecting democratic dynamics and the will (§ 100) and rights (§ 108, 116) of electors –which the Court found were breached in the present case as a result of state conduct (§ 135).

Comparing the cases of *Petro Urrego* and *López Mendoza* in regard to this important finding is also most interesting because of how it can shed light on how the evolution and even changes of the Court’s reasoning can take place in no small part thanks to the (often lengthy) discussions found in the opinions the judges of the IACtHR attach to its decisions –which can help shaping the understanding of its members in future cases, and bring to light the importance of the exchange of arguments in terms of the practice of judicial bodies, dynamic that has a discursive relevance when publicly ventilated (which is quite appropriate when seen through the prism of the democratic themes of the judgment under examination).

In this regard, while the IACtHR did not mention the two dimensions of political rights in its 2011 judgment in the *López Mendoza* case, judge Diego García Sayán did when, in its concurring opinion, he said that:

“In analyzing the strict proportionality of the sanction, we must consider that not only are the rights of those seeking to run affected, but the collective interests of the voters is also harmed. This requires that the restriction be analyzed in a stricter manner when it comes to elected officials as opposed to appointed officials, in which case there is no involvement of citizens in the selection of these officials. This leads us to conclude therefore that, in regard to persons elected by popular vote or who intend to run, restrictions on passive suffrage can be exercised only to the extent strictly necessary to protect the fundamental legal rights from the most serious attacks that place them in harm or dangers way” (§ 28 of the aforementioned concurring opinion, emphasis added).

5399

In its more recent decision of the matter, the one I examine in this case note, the Court explicitly refers to both individual and collective considerations, labelling them as two complementary dimensions of the right in question –it is interesting to note that another right understood to have both an individual and a collective dimension in the Inter-American human rights system is that of freedom of expression, consideration that has led to interesting conclusions on applicable guarantees (see, e.g. *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) vs. Chile*, § 64).

8. – Additionally, the Court remarked, as it had done in its judgment in the *López Mendoza* case (§ 108 of it), and as is expressly indicated in article 23 of the American Convention on Human Rights, that <<citizens, not only enjoy rights, but also “opportunities”. The latter term implies the obligation to guarantee with positive measures that anyone who holds formal political rights has a real opportunity to exercise them>> (§ 93 in the *Petro Urrego* decision; § 108 in the *López Mendoza* judgment). Such right thus encompasses not only “passive suffrage” or the “right to be elected” –the issue in the *López Mendoza* case— (*ibidem*), but also the right to properly exercise political office and functions once elected –which is the aspect explored in the *Petro Urrego* case. According to the Court and related to the underlying aspects at stake in terms of democratic guarantees, such exercise of political rights not only strengthens democracy but also –which is key— political pluralism.

This is an issue that was raised in the opinion of judge Patricio Pazmiño Freire, who considered that there was an unacceptable silencing or exclusion of Mr. Petro motivated in connection with his political leanings. In the judge’s opinion, this amounted to a covert discrimination and a “misuse of power” (page 4 of his partially

dissenting opinion, which refers to a concept mentioned among others in § 197 of the judgment in the case *Granier et al. (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*). That said, the majority opined differently, insofar as the Court's decision concluded that no evidence was presented before it proving an intention to discriminate against Mr. Petro by means of the conviction imposed on him (§ 130) –Mr. Pazmiño disagrees with this finding in his opinion, in which he also said the Court could have ordered the gathering of evidence about this on its own initiative considering it has the power to do so (page 2 of his opinion).

9. – In relation to the decision to remove Mr. Petro from office and impose on him an incapacity to hold it for several years adopted by the *Procuraduría*, the Court based its decision –finding that the state of Colombia violated his political rights— largely on the analysis of the (limited) power states have to restrict said rights under the Inter-American framework. The Court began by noting how restrictions may be permissible insofar as political rights are not absolute (§ 94), provided that the requirements for limiting those rights are satisfied, given the fact that right restrictions cannot be discretionally adopted (*ibidem*). The Court pointed readers to the second paragraph of article 23, according to which:

“The law may regulate the exercise of the rights and opportunities referred to in the preceding paragraph only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing *by a competent court in criminal proceedings*” (emphasis added).

Likewise, the Inter-American Court refers to article 29 of the American Convention, to remind about the fact that restrictions of rights cannot exceed the limits found in the Convention (*ibidem*) –or domestic provisions more favorable to or protective of human rights (e.g. permitting less restrictions) if they exist, according to the *pro personae* principle it has referred to in its case law, I might add (see: Zlata Drnas de Clément, *La complejidad del principio pro homine*, *JA*, Issue 12, 2015).

While acknowledging that the parties in the proceedings espoused contradictory interpretations of the scope of article 23.2, the Court well said that its literal interpretation leaves no room for doubt as to *which* authorities can impose restrictions on political rights of elected officials: exclusively (a) judicial authorities making decisions in criminal proceedings, provided that they are (b) respectful of due process and other applicable guarantees –the Court initially refers to the first element, but the second one also flows from the remainder of its decision. According to the Court, the Convention:

“[n]o permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: *sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal*. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, *pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos*, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores” (§ 96, emphases added).

In sum, removal from office and the declaration of the incapacity to hold it amount to *restrictions* to political rights –a logical and, if I may, evident conclusion considering how they affect the possibility of *exercising* them, aspect to which the Court referred when discussing rights and opportunities, as presented above—; and their

imposition by disciplinary bodies automatically contravenes the treaty conditions to (legitimately and lawfully) impose them, considering that such actors are not judicial ones adopting criminal judgments, as is required by the Convention.

Moreover, the Court found that such conclusion, based on an undeniable literal interpretation, coincides with what the object and purpose of the pertinent provisions seek, considering how democratic guarantees linked to the possibility of ensuring democratic processes and the enjoyment of political rights could be eroded otherwise (§ 97).

The Court added that a strict respect of treaty guarantees on restrictions is essential to prevent arbitrary decisions that could hurt the political opposition (§ 98). One can intuitively surmise what the Court meant by this, but the argument is somewhat tautological (i.e. these restrictions are to be respected to uphold their object and purpose, which is about abiding by those restrictions). The literal interpretation was sufficient, and perhaps more explanation or discussion on political dynamics and risks that could take place if judicial or non-judicial authorities *without* criminal jurisdiction were allowed to impose restrictions to political rights of the elected (also affecting their voters) in terms of democratic erosion would have strengthened this second teleological argument and the perception of the legitimacy of the normative content espoused in the judgment.

Altogether, considering that none of the aforementioned requirements were satisfied, the removal of Mr. Petro from his mayorship by an authority not allowed to impose such limitations under the treaty framework, effective for about one month, amounted to a wrongful restriction of his political rights. This, the Court added, affected democratic dynamics by virtue of “altering the will of voters” (§ 100, my translation); and also contravened the jurisdiction principle of who can impose limitations to the political rights of the elected (§ 132).

5401

10. – Interestingly, the IACtHR also referred to the complementary of the actions of organs of the Inter-American system with those of domestic authorities. This was considered due to the discussion of whether domestic remedies such as those presented before and decided by the *Consejo de Estado*, described at the beginning of this case note, had or not already brought about the required protection of the rights of Mr. Petro. In that regard, the Court correctly held that even if *certain* aspects of that protection already took place thanks to the aforementioned action, the harm was not *fully or completely* repaired, and the issue was thus not totally resolved –judge Eugenio Raúl Zaffaroni even mentioned in his dissenting opinion that domestic remedies were incapable of fully repairing the victim considering the harm caused to his image by virtue of the domestic sanctions (pp. 1-2 of his opinion).

The Court reached its decision by looking at the nature of the right whose exercise was violated, considering that such exercise was interrupted for over one month and the domestic provisions that made its illegitimate restriction possible were still present in the Colombian legal system (§ 109). The Court would later recall how by virtue of article 2 of the American Convention (and customary law, as discussed in *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) vs. Chile*, § 87), states are under an obligation to make sure that their practices and norms are consistent with treaty provisions, which requires that states bring to an end incompatible and develop compatible ones (§ 111). The Court would then mention how, for instance, one domestic law (1864 of 2017) not implemented in the present case could have the effect of discouraging someone from running for office in ways not compatible with article 23, which is contrary to the rights enshrined in it (§ 116).

Hence, according to the Court (which I concur with), even if it is true that its competence is meant to complement rather than to substitute that of domestic agents

and organs –which are required to consider applicable international human rights provisions when carrying out their functions so as to ensure that their state abides by its obligations, according to the famous doctrine of the control of conventionality—, complementarity is to be understood as giving states the possibility of *fully* solving problems from a human rights perspective in the first place. Otherwise, the regional bodies can and are empowered to operate (§ 101-108) if this is not fully achieved.

This reminds of an argument of (former IACtHR, current ICJ) judge Cançado Trindade, who spoke of how the regional additional level of (jurisdictional) governance gives victims the hope of protection when they fail to see it realized at the domestic level (§ 35 of his concurring opinion to the IACtHR preliminary objections decision of 1998 in the *Case of Castillo-Petruzzi et al. vs. Peru*).

That said, the Court did mention that even though the claimants expressed that certain interpretations of the Constitutional Court of Colombia on the powers of disciplinary bodies were contrary to treaty law, the Court found that considering how they do not imperil the exercise of the rights of Mr. Petro, they cannot be said to amount to a violation of his rights in the present case (§ 117). Still, just as it said that a given unapplied law (1864 of 2017) contravened article 23, as mentioned in a preceding paragraph in this case note, using the same logic the IACtHR would have been as capable of saying if there is a clash here as well or not. For the sake of coherence, it would have been probably preferable for the Court to refrain from noting breaches in *obiter dicta* in relation to both aspects, or otherwise for it to have used the same logic in both events. One cannot help but wonder if there was an intention to avoid antagonizing the Constitutional Court in a multi-level dialogue.

11. – Another important finding of the Court present in its decision has to do with the competence, independence, and impartiality of (domestic) bodies imposing sanctions, considering that so as to protect individuals against arbitrary and illegal decisions (§ 121), whenever they are imposed, regardless of in the course of what process and decided by which authority, due process guarantees are applicable –even outside criminal legal proceedings (§ 118, 120), as the Court has held in the past. In this regard, for instance, in its 2001 judgment in the *Baena Ricardo vs. Panama* case the Court said that:

“[A]dministrative sanctions, as well as penal sanctions, constitute an expression of the State’s punitive power and that, on occasions, the nature of the former is similar to that of the latter. *Both, the former and the latter, imply reduction, deprivation or alteration of the rights of individuals*, as a consequence of unlawful conduct. *Therefore, in a democratic system it is necessary to intensify precautions in order for such measures to be adopted with absolute respect for the basic rights of individuals*, and subject to a careful verification of whether or not there was unlawful conduct” (§ 106, emphasis added).

Additionally, the Court condemned the concentration of functions of accusation, conduction of proceedings, and decision-making in one single actor as being contrary to due process (§ 129). It observed that it may be permissible for the three functions in question to be exercised by one single entity, provided that different agents or dependences within it exercise each of them (*ibidem*), so as to ensure a different composition and identity of the agents in question. Additionally, those agents carrying out each function must not be subordinate to agents carrying out the other one(s) (*ibidem*). Otherwise, there is a lack of *objective* impartiality, considering the influence of preconceived ideas state agents had formed before on the responsibility of an individual whose responsibility they examine, as befell in the present case. The Court distinguished this objective impartiality dimension, dependent on normative design,

from a subjective one, related to an intentional design to discriminate (§ 126) which, as was explained before, the Court did not find to have taken place in the *Petro Urrego* case.

12. – Even though the applicants referred to other rights, such as that enshrined in article 5 of the American Convention on Human Rights on the right to humane treatment in connection with threats that Mr. Petro was said to have suffered and the deprivation of his salary for a time, the IACtHR dismissed the allegations on the basis of its not having found a causal nexus between State action or inaction and the threats in question, or between the imposition of sanctions and the threatening reactions of third parties (§ 142). Likewise, in regard to salaries, the Court stressed how important salaries are for workers and their families in terms of their subsistence and the anguish that can be suffered if it is feared that it is going to be partly or fully lost. The Court also highlighted that, as a result, states must refrain from permitting the embargo of salary in a proportion that is greater than that which allows to have a dignified living considering expenses and subsistence; and insisted that such restrictions are to be contemplated by the law and be proportionate (§ 144). However, the Court said that it had not been proven that the embargo of the salaries of Mr. Petro during the period in which they were affected caused him anguish or deprived him of his means of subsistence (§ 143). Accordingly, the Court did not declare the responsibility of Colombia under Inter-American human rights law in relation to aspects related to threats and salaries in the case.

13. – Finally, concerning reparations, which is an important element of the Inter-American system considering that, from a comparative perspective, it is more proactive and protector than its European counterpart in this regard, apart from mentioning as is usual that its judgment and its content are to be published and disseminated in the state (§ 150), and ordering the payment of compensatory damages for non-pecuniary harm on the basis of equity (§ 162; the use of which the Court has said does not permit it to act discretionally, as explained in: § 291 of its 2012 decision in the *Case of Atala Riffó and Daughters vs. Chile*) and of domestic and regional costs and expenses (§ 164); it is noteworthy, and consistent with its own precedents and what it found in the merits, that the Court ordered as a non-repetition guarantee or measure of reparation that the State brings about in a reasonable period the conformity of its legal system with the jurisdictional requirements enshrined in Inter-American law for imposing restrictions that lead to a removal from office (§ 154). Compliance with this order can doubtlessly have the effect of protecting the rights of both voters and those in office, thus covering both the collective and individual dimensions of political rights the Court referred to in its decision.

Having said this, the Court said also found that it was not necessary to order the reinstatement of Mr. Petro in office, considering that his mandate had already come to an end and that the invalidity of his removal from office and incapacity to hold it had already been decided and declared void by Colombian authorities (§ 158). Likewise, and as the Inter-American Court of Human Rights does in its constant practice, the Court indicated that it would itself monitor the full compliance of Colombia with its judgment –which is also a distinguishing feature when compared to the European Court of Human Rights, in terms of who and how supervises compliance with regional human rights judgments.

Nicolás Carrillo-Santarelli
Human Rights and Business Institute

Monterrey University (UDEM)
nicolas.carrillos@gmail.com

El diálogo entre las Cortes Regionales de Derechos Humanos: una necesidad en favor de la justicia y de la paz

di María del Ángel Iglesias Vázquez

Title: Dialogue between Regional Human Rights Courts: a necessity for Justice and Peace

Keywords: African Court of Human and Peoples' Rights, European Court of Human Rights, Interamerican Court of Human Rights, Judicial dialogue, Kampala Declaration.

1. – “El diálogo judicial se ha convertido en un hito de los tiempos jurídicos modernos” afirman Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes en su obra “El Diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea” (2013, p. 187). Y añadiríamos que no cesa, por la importancia dada, en aras a una interpretación uniforme de los derechos humanos, al menos en cuanto a los establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Es amplia -como demostración de lo expuesto- la literatura al respecto y grupos de investigación creados para el estudio profundo de la cuestión. Valga por todos, la reciente obra de Martín y Pérez de Nanclares, actualmente juez del Tribunal General de la Unión Europea, “El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales”.

El diálogo judicial entre los tres tribunales regionales se ha venido produciendo prácticamente desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y luego la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDHP) comenzaran a funcionar. Señala Garro en su trabajo “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2009 p. 204) que “ya desde el primer momento, el sistema europeo fue punto de referencia para la Corte IDH”, mencionado que incluso el reglamento (de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue prácticamente copia del que regía el funcionamiento del TEDH en la década (refiriéndose a la de los setenta).

Con las fluctuaciones de las invocaciones en mayor o menor medida y que separa en épocas, siendo la primera la que va desde 1979 hasta 1986, el autor referenciado argumenta que se debió al hecho de quiénes fueran miembros, entonces, de la Corte (su formación, conocimiento de diversos sistemas jurídicos o idiomas) refiriéndose a los magistrados Reina, Nikken, Monroe, Cisneros, Piza, Buergenthal y Nieto y señalando que de las cinco Opiniones Consultivas dictadas, “dos contienen invocaciones y tres hacen mención del sistema europeo” (219). La CAfDHP ha invocado igualmente a las otras dos Cortes. La juventud de la misma le ha llevado a mantener un diálogo que -como luego comentaremos- parece ir decreciendo.

Ciertamente creemos que, con el diálogo judicial -que no tiene por qué derivar siempre en una igual interpretación- se ponen de manifiesto las particularidades y con ello, las diferencias existentes y que derivan del necesario respeto a las respectivas

tradiciones culturales. Sin entrar ahora en mayores valoraciones que escaparían del objeto de estas líneas, el derecho a la cultura y las obligaciones de los Estados de proteger las tradiciones de sus pueblos parece, en ocasiones, colisionar con otros derechos si los interpretamos desde la perspectiva europea. Ya dijimos en otro trabajo que el TEDH es el único de los tres tribunales que no ha reconocido el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas.

2. – Con motivo del 40 aniversario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2018, se celebró una reunión en San José de Costa Rica el 18 de julio de 2018 entre las tres Cortes en la que decidieron crear un Foro Permanente de Diálogo Institucional a reunirse periódicamente. Es de resaltar la Declaración conjunta de los presidentes respectivos (Sylvain Oré, Guido Raimondi Eduardo Ferrer y Mac-Gregor Poisot) en la que, después de reconocer la existencia de diálogo, se hace alusión a la conveniencia de “compartir criterios conceptuales y jurisprudenciales de cada Tribunal en beneficio común” lo que favorece “el respeto y la protección de los derechos humanos y de los pueblos y el acceso a la justicia de las personas bajo su jurisdicción es un requisito previo para el fortalecimiento del estado de derecho y la democracia y contribuye al logro de las metas y objetivos nacionales”.

Pero igualmente lo es, el hecho de que el fin no es -en sí- el de uniformizar criterios en todos los campos y así obtener, como decíamos arriba, iguales interpretaciones de derechos que en ocasiones deben ponderarse con los demás derechos con los que se relacionan (y en ocasiones, colisionan). Por ilustrar este extremo, el derecho a la cultura y el respeto debido a las tradiciones de determinados colectivos pueden parecer colisionar con el desarrollo del derecho a la vida, derecho al matrimonio y en fin, incluso, del principio de igualdad entre hombre mujer. Derivaría esta cuestión en la de la “universalidad” de los derechos humanos.

En la segunda y última reunión por ahora celebrada en Kampala en 2019 (al agendarse la siguiente para 2021, en Estrasburgo, sede del TEDH) los presidentes de los tres tribunales procedieron a la firma de un “Memorando de entendimiento entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poner en marcha el Foro Internacional de Derechos Humanos”.

En la Declaración final (de Kampala) acordaron ocho puntos de acción que pasan desde el intercambio de personal y de conocimientos en cuestiones de DDHH, mencionando expresamente los “temas de derechos humanos, incluyendo la emigración, la violencia contra la mujer, los peligros medioambientales, el cambio climático, la bioética, el terrorismo, la vigilancia de los gobiernos y los métodos de trabajo de las tres cortes” (punto 5) hasta la formación *online* sobre varias cuestiones con el objetivo de “proteger los derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones y a nivel mundial” (punto 6). Además, se comprometieron a organizar bienalmente el Foro creado en San José.

3. – Un fruto importante del compromiso de las tres Cortes es el “Informe de Jurisprudencia Conjunto 2019: las tres Cortes Regionales de Derechos Humanos” que recoge un repertorio (en idioma inglés) útil para el profesional del derecho desde 2006 en una suerte de Digesto que incluye breves comentarios de las decisiones de estos tribunales dividido fundamentalmente en tres partes cuya autoría corresponde a cada uno de los tribunales.

Por lo que respecta al Capítulo de la CAfDHP, esta afirma haber llevado “una esperanza y un optimismo renovados dentro del sistema africano de derechos humanos, y se posiciona firmemente como un verdadero instrumento en la búsqueda de la

integración, la paz, la unidad, el buen gobierno, el respeto de los derechos humanos y el desarrollo”. No nos cabe duda, a tenor de las sentencias que ha ido pronunciando en favor de la democracia, del respeto a las garantías de las personas detenidas y en fin, del acceso a la justicia en general.

Hace hincapié, además, en que la misma, la Corte, va más allá de lo que a derechos humanos, propiamente dicho, se refiere, ya que el estado de derecho y buen gobierno, son cuestiones fundamentales que la jurisprudencia de la Corte fue tratando en el periodo de tiempo recogido en el volumen. Y volviendo a la idea que dejamos expuesta antes “reinforce, through their jurisprudence, the notion of universality and interdependency of human rights, as well as learn from the specificity of each region.” Así, parece querer equilibrar la mencionada universalidad con la especificidad.

Tratando de establecer una comparativa entre el repertorio africano, europeo e interamericano, podemos afirmar que el número de sentencias varía entre los referidos tribunales si bien, en principio, no nos aporta dato relevante alguno. Digamos pues como curiosidad, que la CAfDHP ofrece seis de entre las dictadas durante 2019, en tanto que el TEDH, ofrece catorce de la Gran Sala y una Opinión Consultiva bajo el Protocolo 16, si bien afirma que “In 2019 the European Court of Human Rights (“the Court”) heard and determined roughly 40,000 cases” (p. 30). Desconocemos las razones por las que el Tribunal Europeo procedió a seleccionar las que ofrece. Quizás con el ánimo de establecer un paralelismo temático.

Curioso nos parece el que no se mencionen en un Repertorio que nació con el fin que hemos expresado anteriormente, decisiones en que los tribunales hayan mantenido diálogo judicial, salvo en contadas ocasiones: así en el asunto *Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania* de la Corte Africana, hay una referencia al mencionar el voto separado de juez Balise TchiKaya que realmente muestra un espíritu universal:

“En opinión del Juez, debería aplicarse un tratamiento único a las penas de muerte obligatorias y no obligatorias porque el estado actual del derecho internacional no distingue entre los dos tipos de penas de muerte. Invoca el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, y el Protocolo 13 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales y considera que la Corte Africana adoptó una lectura restrictiva del Artículo 4 de la Carta Africana, que establece el derecho a la vida.” (p. 13).

5407

Respecto a la Corte Interamericana no hallamos referencia alguna.

4. – Mucho más abierta y dialogante -al menos con Europa- se muestra la Corte IDH: menciona al TEDH al referirse al asunto *López y otros c. Argentina*, (p. 79), al *Caso Girón y otros c. Guatemala* (p. 80) donde recuerda que para este “el llamado “corredor de la muerte” viola el derecho a la integridad personal”, en el *Romero Feris v. Argentina* sin mencionar el asunto concreto, recuerda que “el Tribunal Europeo ha considerado que los términos “sospecha o indicio razonable” presuponen la existencia de hechos o información que un objetivamente se consideraría que proporcionan indicios suficientes de que la persona acusada podría haber cometido el delito” (p. 82) existiendo otra referencia más enseguida (p.83). Trae además a colación la Carta Social Europea cuando trata el Derecho a la Salud en el asunto *Hernández v. Argentina* argumentando que este derecho aparece recogido -entre otros cuerpos legales- en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (p. 103).

Respecto al Capítulo del TEDH, sus decisiones no mencionan a sus homólogas.

Como derechos “comunes” que se tratan en las tres sedes, el derecho a la vida y la cuestión relativa al derecho a un juicio justo aun en diferentes facetas o ámbitos son los que aparecen en los asuntos tratados. Respecto al primero, nos encontramos la afirmación que ya había realizado en su jurisprudencia la Corte IDH (*Case of the Yakye*

Axa Indigenous Community v. Paraguay de 2005) respecto a la importancia del derecho (“core” para el TEDH) a la vida: *because the realization of the other rights depends on its safeguard. If this right is not respected, all the other rights disappear because the person entitled to rights is no longer y who require priority attention*, (p. 99).

Pero, desde luego, echamos en falta decisiones que tienen como base los derechos colectivos, aunque casualmente en este periodo recogido en el Informe, no parece haber existido ninguno ante la Corte IDH respecto a los Pueblos Indígenas ni ante la CAfDHP salvo el referido a parte de la comunidad de los Ogiek que precisamente en esta misma Revista ya comentamos.

Es una diferencia notable en el pensamiento del TEDH, la que mantiene con la Corte IDH y con la CAfDHP respecto del reconocimiento del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales de los Pueblos Indígenas. Europa se queda sola, al menos de momento y se distancia así de sus homólogas. En esta cuestión fue acentuado el diálogo mantenido entre la Corte Interamericana y la Corte Africana, si bien se advierte que, con el desarrollo de la jurisprudencia de esta última, parece menor que el efectuado en el asunto de los *Endorois* en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sirvió como buena fuente de inspiración para aquella y es que como ya dijimos en otro trabajo, es una “oda a la jurisprudencia de la Corte IDH”. Así se pone de manifiesto cuando se compara el número de veces en que se efectuó diálogo en aquel asunto y el antes mencionado de los *Ogiek*. Sin embargo, en este periodo de 2019 recogido en el Informe, no parece haber existido pronunciamiento alguno.

Nos parece igualmente reseñable que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos mencionase en el asunto *Endorois*, que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) *is an innovative and unique human rights document compared to other regional human rights instruments, in placing special emphasis on the rights of “peoples”* (para. 149, p. 18). Y, aunque se recojan derechos colectivos igualmente en el Pacto de San José de Costa Rica (y por supuesto en otros instrumentos internacionales) es una realidad “lingüística” y de ello hizo gala el tribunal.

5408

5. – Personalmente, no creemos que, con el fruto de la iniciativa de 2017, plasmada en este Informe recopilatorio de las sentencias más relevantes, vaya a haber cambios, al menos por lo que al TEDH respecta y en relación con los Pueblos Indígenas. Nos preguntamos pues cuál es o dónde reside esta suerte de mecanismo creado entre las Cortes regionales, y no ocultaremos que la respuesta se nos antoja complicada o cuando menos incierta.

No negamos que la libertad de movimiento y establecimiento en la comunidad internacional, la estrecha interconexión e interdependencia incluso entre los Estados, nos puede llevar a pensar en una interpretación universal de los derechos humanos o al menos es que deducimos. No lo creemos. El espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no fue el de imponer, sino el de buscar un punto de encuentro entre la diversidad existente en la sociedad internacional.

Puede, desde luego, servir para una mayor y más accesible formación. La enseñanza, la formación en cuestiones de Derechos Humanos efectuada *online* es una realidad incuestionable y ahí es donde el deber de cooperación de los Estados, pueden hoy contribuir a que quienes puedan menos, puedan más. En esa enseñanza se tiene voluntad de incluir cuestiones tan complejas como la bioética cuando estaría por ver qué entiende Europa o África o América por “ética de la vida” o cuestiones como la de la migración que desde la perspectiva no puede sino poner el acento en la dignidad del ser humano y en el estricto cumplimiento del Derecho (si es que se busca Justicia y Paz).

En definitiva, que se cumplan los ocho objetivos de Kampala –uno de los cuales es este Informe, que, aún no redactado en los idiomas de trabajo de los tres tribunales,

tal y como reza el objetivo 7, desde luego es beneficioso para los que creemos -aún- en los Derechos del Hombre.

María del Ángel Iglesias Vázquez
Facultad de Derecho
Universidad Internacional de La Rioja
ma.iglesias@unir.net

Coronavirus and Judicial Review in the United Kingdom

di Chiara Graziani

Title: Coronavirus e judicial review nel Regno Unito

Keywords: United Kingdom; Coronavirus; Judicial Review.

1. – On 6 July 2020, the High Court of Justice for England and Wales (hereinafter “the High Court”) delivered a decision (*Dolan and others v. Secretary of State for Health and Social Care and Secretary of State for Education*, 6 July 2020, [2020] EWHC 1786 (Admin)) dealing with the legality of lockdown measures enacted by the United Kingdom (UK) as a reaction to the spread of the Coronavirus (Covid-19).

More specifically, the applicants – Mr. Simon Dolan, Ms. Lauren Monks and another one whose identity remained undisclosed – asked for permission to bring judicial review against the Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020 (hereinafter “the Regulations”). The Regulations were issued by the Secretary of State for Health and Social Care in order to try to stem the spread of the Coronavirus disease and impose significant restrictions on the enjoyment of several individual rights and freedoms. The High Court (in the person of Justice Lewis) refused permission to challenge the Regulations in a full hearing under all the grounds submitted by the applicants.

The present case note, examining the abovementioned decision of the High Court, is structured as follows.

After this short Introduction, Paragraph 2 identifies the legal background of the case, placing the UK reactions to Covid-19 within the major trends followed by Western liberal democracies to tackle the virus and highlighting the main content of UK pieces of legislation that were the object of the High Court’s scrutiny.

Paragraph 3 focuses on the claims brought by the applicants against the Regulations made applicable to England and Wales and on the main steps taken by the High Court in its judgment. In doing so, this Paragraph gives some clarification on the mechanism of judicial review in the UK legal system, explaining how it works and why it is a tool of utmost importance for the protection of rights and freedoms.

Paragraph 4 comments the decision, also taking into account the approaches embraced by other courts in the comparative scenario, and sheds light on its main points of interest.

Some brief concluding remarks follow.

2. – Reactions by Western liberal democracies to the “new” threat posed by the Covid-19 virus, which quickly evolved from being an epidemic to the stage of a pandemic,

were quite varied, at least initially (for a detailed comparative analysis, A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in questa *Rivista*, 2020, 1453 ff.). On the one hand, some countries – Italy in the first place – took a restrictive stance since the very beginning, resulting in unprecedented limitations (at least in time of peace) of individual rights and freedoms (on the very first measures adopted by Italy in the wake of the Covid-19 emergency, A. Vidaschi, C. Graziani, *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation*, in *Verfassungsblog*, 12 March 2020, available at verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/). On the other hand, some countries were sceptical about the fact that Covid-19 was a real threat, and allowed citizens to keep their ordinary habits until the moment in which it became clear that addressing Covid-19 was a pressing need that could not be overlooked or postponed.

The UK and its response to the disease can be classified under this second trend, as Prime Minister, Boris Johnson, was initially reluctant to recognise Coronavirus as an impending and imminent risk for the whole British population and invoked herd immunity as the only reaction to be taken (or, rather, the effect to hope for). Indeed, a similar, if not even more extreme approach was embraced in March 2020 by the then-President of the United States (US), Donald Trump. He repeatedly labelled Covid-19 as a “fake news” and, after resorting to statutory emergency powers that the National Emergency Act and the Stafford Act confer to him, did not enact many of the substantive measures he would be allowed to under these two statutes (see K.L. Scheppele, *Underreactions in a Time of Emergency: America as a Nearly Failed State*, in *Verfassungsblog*, 9 April 2020, available at <https://verfassungsblog.de/underreaction-in-a-time-of-emergency-america-as-a-nearly-failed-state/>; see also T. Ginsburg, *Can Emergency Powers Go Too Far?*, in *Tablet*, 23 March 2020, available at <https://www.tabletmag.com/sections/news/articles/coronavirus-emergency-powers-constitutional-rights>).

Differently from the US, the UK, after initial disbelief in the dangerousness of Covid-19, quickly aligned its policies to “Italian-style” lockdown measures. Instead of resorting to existing emergency legislation that could have been used to fight against Coronavirus (i.e. the Civil Contingencies Act 2004), the UK Parliament passed a new law, the Coronavirus Act 2020, specifically intended at providing the legal framework to thwart Covid-19 (a choice that was much criticised by UK scholars, see C. Walker, A. Blick, *Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism*, in *Just Security*, 12 May 2020, available at <https://www.justsecurity.org/70106/coronavirus-legislative-responses-in-the-uk-regression-to-panic-and-disdain-of-constitutionalism/>).

Similar to what happened in other jurisdictions, the UK Coronavirus Act 2020 vested the Executive branch with very extensive powers to try to contain the spread of the virus. For instance, secretaries of states (and even officials of devolved administrations) were authorised to issue their own acts limiting movement of potentially infectious people. They also have the power to turn these measures on and off as needed (see, on the UK response to the pandemic, A. Torre, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in questa *Rivista*, 2020, 1781 ff.).

Yet the Regulations that were challenged in the case under analysis were not adopted pursuant to the Coronavirus Act 2020. These Regulations were issued on 26 March (i.e. the day after the Coronavirus Act 2020 received royal assent), but under a different statute, the Health Protection (Control of Diseases) Act 1984 (as amended by the Health Protection Act 2008). Given the UK failure to invoke the Civil Contingencies Act 2004, the Health Protection (Control of Diseases) Act 1984 would

have been the only piece of emergency legislation to be applied during the Covid-19 crisis, if Parliament had not approved the Coronavirus Act 2020.

Under the 1984 Act (§§ 45B and 45C), the Secretary of State for Health and Social Care, as well as other secretaries of state, each one for the areas of their competence, are enabled to make regulations to give effect to international arrangements (e.g. the recommendations of the World Health Organizations) and to «prevent, protect against, control or provide a public health response to the incidence or spread of infection or contamination in England and Wales».

The Regulations that are the object of Court's scrutiny in *Dolan* were adopted under Section 45C of the 1984 Act. Unlike administrative acts taken on the basis of the Coronavirus Act, which have an individual reach, since they are directed to designated people who showed Covid-19 symptoms and could therefore endanger public health, these Regulations have a general scope of application and are binding to the whole population of England and Wales.

The key content of the Regulations (as enacted in their original version, which was then amended several times because of the changes in the evolution of the infection) can be briefly summarised as follows.

First, non-essential businesses, shops and schools were shut down. So were places of worship, except for very limited ceremonies, such as funerals with a small number of people.

Second, free movement was restricted. Unless they could demonstrate to have a «reasonable excuse» to do so, citizens could not leave the place where they lived.

Third, all gatherings in public places were forbidden. Exceptions were made only for people who came from the same household or who had specific reason, as work, to meet each other.

These Regulations, different from other legal sources issued by Executive bodies to tackle the pandemic in the UK, were not enacted following to the so-called affirmative procedure. The latter is a procedure under which a regulation is laid before Parliament and, if Parliament approves it, the regulation has the same legal force as a law for a certain period of time (usually 28 or 40 days). After the expiry of this term, the Houses (or, in some cases, only the House of Commons) can either approve the regulation again or do nothing (in this latter event, the regulation loses its effects). Despite not being approved through this procedure, the concerned Regulations were set to expire anyway six months after they were made. Moreover, restrictions contained thereof needed to be reviewed by the Secretary of State every 21 days, in order to make sure that they were still necessary to safeguard public health. Hence, no prior nor subsequent parliamentary scrutiny was ever provided on the Regulations (curiously, however, lack of any parliamentary role was not among the grounds alleged by Mr. Dolan and other applicants to challenge the Regulations).

5413

3. – The applicants challenged the Regulations on the basis of eight grounds. Two of these claims relied on considerations stemming from alleged incompatibility with UK public law principles and provisions of domestic legislation, while other six concerned envisaged non-compliance with the European Convention of Human Rights (“ECHR” or “the Convention”) and its Protocols, incorporated in UK law by the Human Rights Act 1998 (on the incorporation of the Human Rights Act 1998, see G.F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua “incorporation” nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, 125 ff.).

A description of these eight claims is useful in order to better understand how each of them was addressed by the High Court.

First, the applicants argued that the Regulations were made *ultra vires*, i.e. outside of the powers conferred to the Secretary of State by Parliament with the Health

Protection (Control of Diseases) Act 1984. According to the applicants, the Secretary can only take individualised, and not generalised measures in cases as the Covid-19 pandemic.

Second, Mr. Dolan and the others claimed that the Regulations violated the proportionality requirement embodied in the 1984 Act. Actually, the 1984 Act requires that the Secretary of State, when he takes measures to preserve public health, has to make sure that they are «proportionate to what is sought to be achieved» (§ 45D). To the claimants, factors as the increase of domestic violence due to lockdown and economic consequences of the restrictions were too high a price to pay for (uncertain) containment of the spread of the virus sought by the enacted limitations.

Third, and shifting to the first of the (many) claims presented under the ECHR, the applicants complained that Article 5 ECHR was infringed. As widely known, according to this provision, «[n]o one shall be deprived of his liberty save in [cases listed by the same article] and in accordance with a procedure prescribed by law». No law had set up the procedure triggered by the Secretary of State to limit personal freedom, the claimants submitted.

Fourth, the applicants tried to demonstrate that the Regulations breached Article 8 ECHR, protecting private and family life of each individual, insofar as they prevented family members and friends from meeting each other.

The fifth claim concerned the alleged violation of Article 9 ECHR – safeguarding each individual's freedom to manifest their religion – due to the fact that, at least for some weeks, all places of worship was closed, with very limited exceptions.

The sixth ground of complaint dealt with Article 11 of the Convention (freedom of peaceful assembly and of association), as no one could meet people – different from those coming from the same household – in public places (and, after an amendment to the Regulation, not even in private premises).

The seventh issue submitted to the High Court had to do with the right to property, protected by Article 1 of the First Protocol to the ECHR. In the first claimant's view, loss of revenue caused to his company by the shutdown of commercial activities can be equated to an infringement of private property.

The eighth claim was about the violation of Article 2 of the First Protocol to the ECHR, guaranteeing the right to access to education, which would be frustrated by the closure of schools during the pandemic.

Based on these eight grounds, the applicants asked the High Court permission to apply for judicial review, challenging the Regulations.

In the UK, judicial review is a procedure allowing any citizen to challenge the lawfulness of an act of public powers (including decisions of the central government, but also of local authorities or other bodies that perform a public function). Given the lack, in the British legal system, of a fully-fledged mechanism of constitutional adjudication (see A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. Mezzetti (ed.), *Modelli di giustizia costituzionale comparata*, Padua, Cedam, 2009, 317 ff.), judicial review is the main tool allowing, on the one side, the protection and enforcement of citizens' rights and freedoms and the upkeeping of the rule of law, as well as, on the other side, the performing of a quasi-constitutional role of courts (on this topic, A. Street, *Judicial Review and the Rule of Law. Who Is in Control?*, London, The Constitution Society, 2013). In order for a judicial review request to be examined, the applicant(s) must convince the court that their case is "arguable", i.e. that the merit of the claim is, at least *prima facie*, well-founded.

Only if the court (usually, an individual judge) rules the case "arguable", it will grant permission to proceed in a full hearing. Such a permission was not granted to the applicants of the *Dolan* case, since the High Court held that none of the eight submitted grounds was "arguable".

As regards the first ground (i.e. that the Regulations were adopted *ultra vires*), the High Court maintained that the wording of the Health Protection (Control of Diseases) Act 1984 is very clear and excludes such possibility. The 1984 Act provides (§ 45D) that the Secretary of State may «make provisions of a general nature». Hence, there is no point in arguing – as the applicants did – that the Secretary of State should have taken only individualised measures (as per the Coronavirus Act 2020).

The High Court denied also the second claim, focused on alleged lack of the requirement of proportionality, as prescribed by the 1984 Act. To the Court, all measures enacted by the Secretary of State pursued the legitimate aim of reducing Covid-19 transmission and they were appropriate and not excessive to tackle the factual situation. As a matter of fact, the Court said, in the period in which the claimants lodged their application, the count of deaths had sharply increased and the National Health System was showing a reduced capacity to deal with the growing number of cases.

Regarding the third claim, presented under Article 5 ECHR, the High Court ruled it ill-founded, since UK lockdown measures cannot be considered to amount to a deprivation of personal freedom within the meaning of the Convention. Article 5 ECHR concerns, in the Court's view based on the case law of the European Court of Human Rights and of the (now abolished) House of Lords Appellate Committee, only circumstances of imprisonment and detention.

The fourth claim was rejected, too. The High Court ruled that, although the Regulation had certainly an impact on Article 8 ECHR rights, such restrictions were undoubtedly justified in the light of the legitimate aim they pursued (i.e. safeguarding public health).

Article 9 ECHR ground of complaint – substantiating the applicants' fifth issue – was not considered, because, at the time of the hearing, churches and other places of worship had been already opened again to the public, although some limitations were still into force.

On the alleged violation of Article 11 ECHR, i.e. the sixth claim, the High Court followed a reasoning resembling the one about Article 8 ECHR. Albeit there is no doubt that freedom of assembly is restricted, such restriction is totally justified due to the huge threat posed by the pandemic. As Articles 8 and 9 (and many other conventional rights), Article 11 ECHR does not enshrine an absolute right, so the Court engaged in the usual three-steps proportionality test to assess its limitation (on proportionality, see A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance. A Comparative and Global Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2019).

Concerning the seventh issue, i.e. the breach of the right to property, the High Court ruled that a reduced income of a company can in no way be considered as an interference with the right to private property.

And on the eight and last claim, the High Court stated that closing schools' physical premises does not impact on the right to education, since no school is prevented from providing education through other means, namely remote teaching. Rather, schools are *obliged* to keep ensuring education to children through technology tools and, anyway, the government is committed to allow schools to re-open as soon as the situation makes it feasible.

4. – This decision of the High Court of England and Wales addressed many troublesome aspects arising from the reaction to Covid-19. Although many other courts in several other jurisdictions reviewed legal issues deriving from the pandemic, one can say that the *Dolan* case is among the controversies in which the highest number of different legal matters were examined within the same application. As seen, the High Court's scrutiny spanned from the principle of proportionality, to freedom of worship, to freedom of assembly, to many more fields. Most of judgments taken by courts around

the world, instead, focused on single issues (for example, the closure of places of worship, the prohibition of gatherings and manifestations, etc.).

In giving such a wide overview (or, rather, in performing this wide-ranging judicial scrutiny) on UK lockdown measures, the ruling on the High Court in *Dolan* places itself among those decisions in which public health considerations were deemed to prevail – at least temporarily and due to emergency circumstances caused by the Coronavirus – over many rights and freedoms.

Nevertheless, unlike other domestic courts that struck a similar balance, it cannot be said that the High Court acted deferentially towards the political powers. In fact, while courts of other jurisdictions came to similar conclusions simply pointing out the political discretion of Executive branches (thus resorting to a sort of “political question” doctrine), the High Court of England and Wales made public health outweigh other rights and freedoms through a careful and thorough examination of factual circumstances concerning the pandemic context and of the choices made by political authorities.

In order to demonstrate this statement, it is worth going through and examining more in details some steps of the reasoning of the High Court, comparing them, where possible, with the stances taken by other domestic courts on the same issues (or at least on similar ones).

The first point that deserves to be mentioned is the High Court’s approach to the lack of proportionality alleged by the applicants. The High Court could have stopped to the statement according to which «[t]here is no arguable basis for concluding that the decision to make the Regulations or to maintain them in force [...] was irrational» (*Dolan*, cited above, § 55) and to remark, as other UK courts did in the past, that it is up to the Executive, «under the urgent pressure of events, to take decisions which call for the evaluation of scientific evidence and advice as to the public health risks» (per Lord Chief Justice Bingham in *R v. Secretary of State for Health ex parte Eastside Cheese Company* [1999] 1 CMLR 123, § 50, cited in *Dolan*, cited above, at § 59). Yet the High Court decided to go beyond that stage. In order to demonstrate that the Secretary of State’s actions was rational, proportionate and, therefore, legitimate, the High Court engaged in a careful review of facts and figures concerning deaths due to the Covid-19 and, more in general, regarding the number of infected people and the pressure on the National Health System.

Other courts, called to adjudicate a similar issue – i.e. alleged lack of proportionality of measures taken to fight the pandemic – restrained themselves to mere assessment that the Executive’s action was not irrational.

Some decisions of Italian administrative courts are significant in this regard. When they were called to rule on limitations of rights taken by decrees of the President of the Council of Ministers, by acts of the Presidents of Regional Executives or even by acts of local administrations, these courts often ruled that those measure did not lack a rational basis, since a legitimate aim was pursued. They further stated that the assessment on whether (or not) adopted means were proportionate to pursued goal was to be left at the political discretion of the Executive (see, among others, TAR Campania, decree no. 416, 18 March 2020; TAR Friuli, order no. 61, 10 April 2020; TAR Veneto, decree no. 205, 21 April 2020; TAR Lazio, order no. 3453/2020, 4 May 2020).

Similarly, after lower courts took different stances (US District Court for the Southern District of California, Case No. 3:20-cv-865-BAS, Honorable Cynthia A. Bashant, 15 May 2020; US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom et al.*, No. 20- 55533, 22 May 2020), the US Supreme Court (*South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsome, Governor of California et al.*, 590 U.S. __ (2020)), in upholding the Governor of California’s decision to limit access to places of worship, referred to public health as a «sensitive issue», not to be adjudicated by unelected bodies (as the US Supreme Court is), but to be left at the sole

discretion of political bodies, legitimised by democratic elections. Thereby, even if implicitly, this decision of the US Supreme Court identifies public health matter as “political question” (see C. Graziani, *Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa*, in *Consulta OnLine*, 2020, 357 ff.). However, this approach of the Supreme Court has been recently reversed by the *Harvest Rock Church* judgment (see *Harvest Rock Church, et al. v. Newsom, Governor of California*, No. 20A94, 592 U.S. ____ (2020), 3 December 2020; see also *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, No. 20A87, 592 U.S. ____ (2020), 25 November 2020). Justice Coney-Barrett, recently appointed by President Donald Trump, played a crucial role in this *révirement*, as she cast the deciding vote to determine the 5-4 majority of the ruling.

This brief comparative overview is also useful to remark that, although public health matters are often classified as technical issues, their political implications cannot be overlooked, to the point that some courts regarded public health as a fully-fledged political question.

The second noteworthy aspect of *Dolan* is the careful interpretation that the High Court carried out regarding rights (and their grounds of restrictions) enshrined in the ECHR. This is particularly evident if one takes into account the excerpts of the ruling where the High Court examines Article 5 ECHR complaints. In holding that Article 5 only covers situations of detention or imprisonment or anyway involving solitary confinement and difficulties in getting facilities and essential goods, the High Court referred not only to previous domestic decisions (see, specifically, the House of Lords in *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2008] A.C. 385), but also to existing case law of the European Court of Human Rights (*Guzzardi v. Italy* (1980) 2 EHRR 3). Reliance on domestic and supranational case law reveals the effort to carry out a substantive analysis of the concept of “deprivation of liberty”, in the meaning that not only national judges, but also the Court of Strasbourg, give to it. Additionally, the concurrence of domestic and supranational precedents to infer the interpretation of a conventional provision contributes to reinforce the idea of the ECHR as the real “bill of rights” of the United Kingdom.

A third remarkable factor is the differentiation made by the High Court between the right to education and the closure of schools. As said, the High Court maintained that the latter has no impact on the former, as schools can carry on their activity through online devices. The High Court pursued an innovative reading of the right to education – otherwise traditionally associated to the physical premises of schools – without renouncing to show itself well aware of the added value, in social and relational terms, that going to school offers to students. In fact, the Court promptly highlighted that, notwithstanding the possibility to implement the right to education thanks to technology, the government had to take any possible effort, compatible with the evolution of the pandemic, to ensure that children went back to school as soon as possible.

5. – In conclusion, the *Dolan* judgment of the High Court of Justice for England and Wales proves that it is possible for a court to rule that individual rights and freedoms shall be (temporarily) outweighed by other considerations aimed at enhancing other legitimate aims (in this case, public health), without taking a deferential approach toward the political powers. Such deference is something that often happens when emergency circumstances are in place, as many cases dealing with judicial review of counter-terrorism measures – not only in the UK – show (on judicial deference in the context of national security, see A. Vidaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in 66 *The American Journal of Comparative Law*, 4/2018, 877 ff., 923; for an interesting parallel between public health and national

security, see the reasoning of Supreme Court of Israel (sitting as the High Court of Justice), *Ben Meir v. Prime Minister*, 26 April 2020, HCJ 2109/20, 2135/20, 2141/20, 2187/20).

Thanks to its careful assessment, taking into account scientific data, factual background and previous case law, the High Court engaged in a persuasive reasoning, which does not take the prevalence of the Executive in emergency matters for granted, but thoroughly reads legal measures in the light of the existing factual situation and scientific knowledge (on the relationship between courts and science in times of Covid-19, A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparator*, in questa *Rivista*, 2020, 2581 ff.). In this way, the High Court seems to fully perform that role that is traditionally entrusted with the Judiciary branch, i.e. to interpret the legal provisions in an impartial and independent way and to apply norms to concrete cases, without limiting themselves to the task of a Montesquieu-style “*bouche de la loi*”.

The *Dolan* judgment of the High Court was affirmed by the Court of Appeals for England and Wales on 1 December 2020 (*Dolan and others v. Secretary of State for Health and Social Care and Secretary of State and Secretary of State for Education*, 1 December 2020, [2020] EWCA Civ 1605) and the applicants have recently challenged the decision of the second instance court before the UK Supreme Court. Whatever the outcome will be, it is desirable that also the last instance Court justifies its conclusions through a reasoning as in-depth and evidence-based as the one of the High Court.

Chiara Graziani

Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
chiara.graziani@unimib.it

Le proposte di disciplina di *digital services* e *digital markets* della Commissione del 15 dicembre 2020

di Gianpaolo Maria Ruotolo

Title: December 2020 European Commission's proposals on digital services and digital markets

Keywords: Digital markets; digital services; EU Commission.

1. – Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato un pacchetto di misure per aggiornare la disciplina UE del settore digitale, distinte in due proposte di adozione di atti di diritto derivato: il regolamento Digital Services Act (DSA – Documento 15 dicembre 2020 COM(2020) 825 final), che mira a modificare la direttiva 2000/31/CE (*Direttiva sul commercio elettronico*, per esteso Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno) e a regolare la sicurezza, la trasparenza e le condizioni di accesso ai servizi online, e il regolamento Digital Markets Act (DMA – Documento 15 dicembre 2020 COM(2020) 842 final), che si occupa invece degli aspetti commerciali e di concorrenza.

Le due proposte sono collegate alle misure anticipate nella Comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020 “Plasmare il futuro digitale” (*Shaping Europe's digital future*, reperibile [qui](#)) e alle politiche relative alla c.d. “sovranità digitale” dell'Unione (Si veda al riguardo anche l'*EPRS Ideas Paper* intitolato appunto *Digital sovereignty for Europe* predisposto dal Parlamento europeo e reperibile [qui](#)). Ricordiamo che con quest'ultima espressione, a volte resa anche con “sovranità tecnologica”, si fa riferimento alla capacità dell'Unione (e dei suoi Stati membri) di agire in modo indipendente nel mondo digitale con strumenti sia difensivi sia offensivi, per promuovere l'innovazione digitale e proteggersi, al contempo, dall'influenza economica e sociale di imprese tecnologiche extra-UE che, secondo alcuni, starebbero mettendo in pericolo il controllo dei cittadini europei sui loro dati personali, nonché limitando la crescita delle imprese hi-tech europee e addirittura la capacità di legislatori nazionali e dell'UE di garantire l'*enforcement* delle proprie normative (al riguardo, v. tutta la *saga* delle cause promosse dall'attivista Maximilian Schrems dinanzi a corti interne e alla Corte di giustizia, il cui ultimo atto è rappresentato da Corte giust., sent. 16-7-2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, su cui M. Nino, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE: trasmissione dei dati personali dall'Unione europea agli Stati terzi e tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 733 ss.; I. Oldani, *The future of data transfer rules in the aftermath of Schrems II*, in *SidiBlog*, 2020).

In questo contesto il regolamento DSA mira quindi a rivedere le regole che disciplinano il c.d. *user generated content* e la relativa responsabilità dei fornitori con riferimento ai profili relativi a violenza, *fake news*, *hate speech* et similia, nonché alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. A tal fine il DSA mira a creare “categorie” di fornitori di servizi digitali e a graduare, di conseguenza, la loro responsabilità, anche in base alle loro capacità di conoscenza dei contenuti caricati dagli utenti.

La proposta pare sviluppare, senza innovare in maniera rivoluzionaria, concetti già contemplati dal diritto UE (e sui quali ci permettiamo di rinviare a G.M. Ruotolo, *A Little Hate, Worldwide! Di libertà d'opinione e discorsi politici d'odio on-line nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 549 ss.): essa, ad esempio, distingue i meri *provider*, che forniscono solo servizi di connettività e che quindi hanno scarse o nulle capacità di moderazione dei contenuti diffusi dai loro clienti, dai fornitori come Facebook o Google che, invece, hanno capacità di conoscenza – e quindi di moderazione – ben più penetranti, e aggrava la responsabilità di questi ultimi.

Il DSA, quindi, mira ad imporre solo ai fornitori di quest'ultimo gruppo una serie di penetranti obblighi di rimozione rapida dei contenuti illegali – rendendo così vincolante quanto da loro già volontariamente accettato con una serie di codici di condotta, in particolare quello relativo alla lotta ai discorsi d'odio (ricordiamo che il 31 maggio 2016, la Commissione, in applicazione della decisione quadro 2008/913/GAI e dell'art. 16 della direttiva sul commercio elettronico, ha promosso un Codice di condotta per il contrasto all'illecito incitamento all'odio online, al quale hanno aderito i principali operatori privati di servizi online, tra cui Google, Instagram, Snapchat, Dailymotion, Facebook, Twitter, Microsoft e YouTube) – e nuove responsabilità, tra cui quella di garantire alle istituzioni pubbliche la possibilità di sottoporre ad esame approfondito i loro dati interni, nonché l'obbligo di produrre annualmente un rapporto sullo stato di rischio dei loro servizi e di nominare un responsabile esterno e indipendente che verifichi il rispetto di tutte queste regole da parte loro.

Un altro passaggio del *draft* proposto dalla Commissione vuole poi imporre ai fornitori di servizi online l'obbligo di fornire ai loro utenti “informazioni significative” (anche se ora come ora è poco chiaro cosa ciò stia a significare) sui meccanismi che regolano la pubblicità online e, in particolare, sugli algoritmi di profilazione che decidono in tempo reale quale specifica inserzione mostrare loro.

Da quanto si legge, insomma, il regolamento DSA non pare ribaltare *upside-down* la regolamentazione UE della responsabilità dei fornitori di servizi online per i contenuti caricati dai loro utenti, quanto, più semplicemente, razionalizzarla nel rispetto di criteri e principi pregressi, di elaborazione prima giurisprudenziale e poi inseriti in misure normative già in vigore, come, ad esempio la già citata direttiva sul commercio elettronico (i cui artt. 14 e 15 escludono sia la responsabilità dei *provider* di servizi online per *user generated content* – sempre che il *provider* non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità e che, non appena al corrente di ciò, abbia agito immediatamente per rimuovere le informazioni illecite – sia ogni obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che questi trasmettono o memorizzano o più specifico di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite) o quella sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (il cui art. 17, par. 3, prevede esplicitamente che quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online operi alle condizioni stabilite dalla direttiva stessa, la limitazione di responsabilità di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva sul commercio elettronico non possa trovare applicazione con riguardo ai profili relativi alla violazione di diritti di proprietà intellettuale - Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019. Per una analisi dettagliata di questo aspetto v. G.M. Ruotolo, *A Season in the Abyss, Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il dir. dell'UE*, 2019, 367 ss.).

Quanto al regolamento DMA, invece, esso, avendo come obiettivo quello di rilanciare la competitività delle aziende europee in un settore dominato in larga misura da imprese statunitensi, va ad impattare sulle regole di concorrenza, mediante l'individuazione di imprese c.d. *gatekeeper*.

Con questa espressione si fa riferimento a quelle imprese che godono di una particolare posizione di dominio e che, per questo, possono costituire barriere all'ingresso di nuove aziende su un determinato mercato rilevante (si pensi ai mercati, distinti, del social networking, del cloud computing, della messaggistica, dello streaming, e così via...). Secondo il progetto della Commissione saranno considerate *gatekeepers*, in base a un criterio quantitativo, le imprese che in un anno fatturano, in UE almeno 6,5 miliardi di euro o che hanno almeno 45 milioni di utenti tra i cittadini dell'Unione, nonché, con un criterio invece qualitativo, le aziende, pur di dimensioni minori, che detengono posizioni di particolare dominio su mercati molto specifici. Tutte queste saranno soggette a regole volte a impedir loro di adottare comportamenti anticompetitivi: tali regole – e questa pare essere una delle innovazioni del pacchetto proposto, che però potrà essere valutata compiutamente solo dopo la sua approvazione definitiva – sono volte, ancor prima che a sanzionare *ex-post* le violazioni del diritto *antitrust*, ad impedire preventivamente comportamenti anticoncorrenziali.

I *gatekeeper*, infatti, non potranno promuovere esclusivamente i propri servizi o favorirli a discapito di quelli altrui, ciò che, invece, avviene attualmente: le aziende che gestiscono gli *store* di *app* (si pensi al caso dell'Apple Store) saranno quindi obbligate a garantire la parità di trattamento ai prodotti dei concorrenti, anche consentendo l'utilizzo di sistemi di pagamento e di abbonamento diversi dai loro (nei mesi scorsi, lo ricordiamo, si è assistito ad una controversia tra la Epic, azienda produttrice del notissimo videogioco online Fortnite e la Apple proprio per le modalità di pagamento del gioco imposte sullo Apple Store).

L'impianto punitivo proposto per la violazione di questi obblighi appare piuttosto severo, contemplando sanzioni *una tantum* fino al 10% del fatturato mondiale dell'azienda responsabile e sanzioni periodiche fino al 5% del fatturato globale giornaliero, con il loro aggravamento in caso di recidiva.

Le proposte, la cui approvazione definitiva è prevista entro il 2023, dovranno essere esaminate dalle Istituzioni UE competenti per la procedura legislativa ordinaria (Parlamento europeo e Consiglio, come noto) ed è probabile, come è già avvenuto in passato in occasione della procedura d'approvazione della direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che le proposte saranno oggetto di un dibattito molto acceso, tanto a livello istituzionale quanto di opinione pubblica: si pensi, ad esempio, agli interessi che potrebbero muovere Membri UE come il Lussemburgo o l'Irlanda, in cui hanno la loro sede europea molti degli "Over the Top", o all'impatto che le misure proposte dalla Commissione potrebbero avere sulla libertà d'espressione.

Gianpaolo Maria Ruotolo
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Foggia
gianpaolo.ruotolo@unifg.it