



Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA

ISSN 2281-2113

Fascicolo n. 3/2022

In copertina:

P.A. Maas

Das Neue Europa Mit Dem Dauernden Frieden.

Die Unionisierung Mitteleuropas

Wien, Otto Maas' Söhne, 1920

Forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA ISSN 2281-2113

Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna

Fascicolo n. 3/2022

Contributi di

Alessandra Algostino

Arianna Angeli

Daniele Casanova

Enzo Cheli

Lorenzo De Carlo

Laura Fabiano

Elena Falletti

Cristina Napoli

Costanza Nardocci

Alessandro Oddi

Paolo Passaglia

Roberto Pinardi

Andrea Pugiotto

Valentina Pupo

Elettra Stradella

Luigi Ventura

Il *Forum di Quaderni costituzionali* (fondato da **Roberto Bin** nel 2001) è la sezione telematica di *Quaderni costituzionali* (condirettori **Marta Cartabia** e **Andrea Pugiotto**); dal 2012 pubblica *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna* (Coordinatore **Emanuele Rossi**), Rivista telematica mensile (ISSN 2281-2113).

La Rivista si articola in cinque **obiettivi tematici**, ciascuno dei quali è affidato al coordinamento di alcuni componenti della Redazione: Principi, diritti e doveri; Istituzioni; Fonti del diritto; Europa; Corti costituzionali e giurisdizioni.

Il *Forum di Quaderni Costituzionali* è aperto a tutti gli studiosi di Diritto costituzionale. Chiunque può intervenire inviando il suo scritto alla Redazione: forumcostituzionale@mulino.it.

I contributi originali inviati vengono sottoposti ad un referee del Comitato dei valutatori, che si riserva il diritto di non accettarli.

La Redazione si riserva di non avviare alla valutazione i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste dal **Regolamento** (www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=14172).

Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti: non si accettano scritti anonimi.

Comitato scientifico:

GIULIANO AMATO (Pres. em. Corte cost., Univ. “La Sapienza”), ENZO BALBONI (Univ. catt. Sacro Cuore), AUGUSTO BARBERA (Giudice Corte cost., Alma mater studiorum), SERGIO BARTOLE (Univ. Trieste), ROBERTO BIN (Univ. Ferrara), ENZO CHELI (Vicepres. em. Corte cost., Univ. Firenze), FULCO LANCHESTER (Univ. “La Sapienza”), ANDREA MANZELLA (LUISS “Guido Carli”), VALERIO ONIDA (†), ANTONIO RUGGERI (Univ. Messina), GUSTAVO ZAGREBELSKY (Pres. em. Corte cost., Univ. Torino).

Comitato dei valutatori:

MARTA CARTABIA (Pres. em. Corte cost., Univ. comm. “Luigi Bocconi”), CARLO FUSARO (Univ. Firenze), TOMMASO F. GIUPPONI (Alma mater studiorum), ENRICO GROSSO (Univ. Torino), NICOLA LUPO (LUISS “Guido Carli”), MICHELA MANETTI (Univ. Siena – Univ. “Roma Tre”), ANDREA MORRONE (Alma mater studiorum), ANDREA PUGIOTTO (Univ. Ferrara), ROBERTO ROMBOLI (Univ. Pisa), CARMELA SALAZAR (Univ. “Mediterranea”), DILETTA TEGA (Alma mater studiorum), NICOLÒ ZANON (Vicepres. Corte cost., Univ. Milano).

Redazione:

EMANUELE ROSSI (coordinatore; SSSUP “Sant’Anna”), PAOLO ADDIS (SSSUP “Sant’Anna”), PAOLO BIANCHI (Univ. Camerino), FRANCESCA BIONDI DAL MONTE (SSSUP “Sant’Anna”), CORRADO CARUSO (Alma mater studiorum), VINCENZO CASAMASSIMA (Univ. Sannio), FRANCESCO CONTE (Avv. Foro di Bologna), GIACOMO DELLEDONNE (SSSUP “Sant’Anna”), CLAUDIA DI ANDREA (Cons. Camera dei deputati), LUCA GORI (SSSUP “Sant’Anna”), GIORGIO GRASSO (Univ. Insubria), ELISABETTA LAMARQUE (Univ. “Bicocca”), ERIK LONGO (Univ. Firenze), MICHELE MASSA (Univ. catt. Sacro Cuore), FABIO PACINI (Univ. Toscana), STEFANIA PARISI (Univ. “Federico II”), ELETTRA STRADELLA (Univ. Pisa), ELENA VIVALDI (SSSUP “Sant’Anna”).

Sono collaboratori della Redazione:

Lorenzo De Carlo (SSSUP “Sant’Anna”), Matteo Greco (SSSUP “Sant’Anna”), Giacomo Mingardo (Univ. “Bicocca”), Giulio Santini (SSSUP “Sant’Anna”), Federico Spagnoli (Univ. Pisa), Francesco Severgnini (Univ. catt. Sacro Cuore)

INDICE SOMMARIO

ENZO CHELI, Paolo Grossi, un ricordo	p. IX
ANDREA PUGIOTTO, In ricordo di Lorenza Carlassare, Maestra del diritto costituzionale	p. XI
LUIGI VENTURA, VALENTINA PUPO, Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina	p. 1
CRISTINA NAPOLI, Sulla sopravvenuta incompatibilità a Costituzione della delega amministrativa intersoggettiva	p. 33
ENZO CHELI, Perché dico no al presidenzialismo	p. 54
COSTANZA NARDOCCI, Il Protocollo n. 12 CEDU alla prova dei fatti: qualcosa di nuovo o, forse, no. In margine a X e altri c. Albania, Terza Sezione, nn. 73548/17, 45521/19, 31.05.2022	p. 63
ALESSANDRA ALGOSTINO, Recensione a G. Bucci, <i>Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione</i> , Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 1-166	p. 69
ROBERTO PINARDI, Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale	p. 72
LORENZO DE CARLO, L'adattamento del Regolamento del Senato alla riduzione del numero dei parlamentari: prime osservazioni	p. 77
ARIANNA ANGELI, L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád	p. 99
LAURA FABIANO, La decisione <i>Vega v. Tekob</i> : i <i>Miranda Rights</i> come regole profilattiche e il conseguente svuotamento delle garanzie (e dei rimedi alla lesione) dei diritti dell'indagato negli Stati Uniti d'America	p. 124

PAOLO PASSAGLIA, Sindacato accentrato di costituzionalità <i>vs.</i> diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	p. 143
DANIELE CASANOVA, Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di <i>life tenure</i> , <i>Court-packing</i> e <i>filibuster</i>	p. 158
ELENA FALLETTI, <i>Dobbs v. Jackson</i> : quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico	p. 181
ELETTRA STRADELLA, La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da <i>Dobbs v. Jackson Women's Health Organization</i>	p. 196
ALESSANDRO ODDI, <i>Vega v. Tekoh</i> e la controversa natura dei « <i>Miranda warnings</i> »: diritti costituzionali o mere « <i>prophylactic rules</i> »?	p. 224

INDICE TEMATICO

Editoriali: CHELI (p. IX), PUGIOTTO (p. XI)

Obiettivo Principi, diritti e doveri: VENTURA-PUPO (p. 1), ANGELI (p. 99)

Obiettivo Istituzioni: CHELI (p. 54), DE CARLO (p. 77)

Corti costituzionali e giurisdizioni: NAPOLI (p. 33), NARDOCCI (p. 63), PINARDI (p. 72)

Sezione speciale “6-3: faglie ideologiche e nuove linee di tendenza della Corte suprema statunitense”: FABIANO (p. 124), PASSAGLIA (p. 143), CASANOVA (p. 158), FALLETTI (p. 181), STRADELLA (p. 196), ODDI (p. 224)

Recensioni e autorecensioni: ALGOSTINO (p. 69)

INDICE DEGLI AUTORI

- Alessandra Algostino, p. 69
Arianna Angeli, p. 99
Daniele Casanova, p. 158
Enzo Cheli, pp. IX, 54
Lorenzo De Carlo, p. 77
Laura Fabiano, p. 124
Elena Falletti, p. 181
Cristina Napoli, p. 33
Costanza Nardocci, p. 63
Alessandro Oddi, p. 224
Paolo Passaglia, p. 143
Roberto Pinardi, p. 72
Andrea Pugiotto, p. XI
Valentina Pupo, p. 1
Elettra Stradella, p. 196
Luigi Ventura, p. 1

Paolo Grossi, un ricordo

ENZO CHELI*

Con Paolo Grossi scompare uno dei massimi storici del diritto ed un uomo di straordinaria cultura che ha lasciato tracce profonde nella scienza giuridica del nostro paese.

Riassumere in poche parole un percorso di studio e di ricerca come quello svolto, nell'arco di oltre sessanta anni, da Paolo Grossi resta un'impresa pressoché impossibile. La sua bibliografia è vastissima e i suoi interessi hanno investito i campi di ricerca più diversi che spaziano dal diritto canonico al diritto agrario, dal diritto comune medioevale alla nozione moderna di proprietà, dal diritto europeo al diritto costituzionale. Una ricostruzione dei passaggi fondamentali di questo ricchissimo percorso di lavoro si può, peraltro, trovare nelle tre lezioni autobiografiche che lo stesso Grossi svolse a Firenze nel 2006 su invito dell'Istituto di Scienze umane e che si trovano raccolte sotto il titolo "Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso" (Il Mulino, 2008).

Fiorentino di nascita e di formazione, Paolo Grossi ha svolto la massima parte del suo impegno di ricerca nell'ambito dell'Università di Firenze, sulla linea degli insegnamenti ricevuti dai grandi maestri del secondo dopoguerra operanti in quell'Ateneo, da La Pira a Calamandrei, da Calasso a Finzi, da Miele a Barile. Figure da Grossi ricostruite con grande vivezza e profondità nel profilo storico della "Scienza giuridica italiana" (Giuffré, 2000) e nei due documentatissimi volumi dedicati alla "Nobiltà del diritto" (Giuffré, 2008 e 2014). Su questa linea di indagine anche biografica erano nati, intanto, nel 1971 il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno e nel 1972 i "Quaderni fiorentini", rivista che, nell'arco di pochi anni, verrà ad acquistare un prestigio internazionale e intorno a cui seguita tuttora a svilupparsi una vivacissima scuola di giovani storici delle istituzioni.

Ma la fase più originale e innovativa del lavoro svolto da Paolo Grossi verrà ad emergere più tardi, negli anni della sua piena maturità, con testi come "L'ordine giuridico medievale" (Laterza, 1995), "Mitologie giuridiche della modernità" (Giuffré, 2001), "Prima lezione di diritto" (Laterza, 2006), "Società, diritto, Stato" (Giuffré, 2006). Opere in cui Grossi si impegna a fondo nella critica al giuspositivismo ed al formalismo giuridico, per rivendicare l'unicità e la storicità del diritto nella sua matrice sociale e consuetudinaria.

* Vicepresidente emerito della Corte costituzionale; professore ordinario a riposo di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze. Indirizzo mail: e.cheli@virgilio.it.

Una linea questa che verrà a svilupparsi attraverso approfondimenti geniali nell'“Europa del diritto” (Laterza 2011) e nei numerosi testi dedicati alla storia ed ai valori della nostra carta repubblicana di cui Grossi diviene, dopo la sua nomina nel 2009 a giudice della Corte costituzionale (e con la seguente esperienza di Presidente della stessa Corte dal 2016 al 2018), tenace assertore e difensore. “Una costituzione da vivere” come “breviario giuridico del cittadino” che nella visione di Grossi opera come norma fondamentale che attinge direttamente alle radici profonde della società e che spetta alla Corte costituzionale, “organo respiratorio” dell'ordinamento, adeguare alle trasformazioni del tessuto sociale anche attraverso la “scoperta” del diritto nascente (“L'invenzione del diritto”, Laterza, 2017 e “Una costituzione da vivere”, Marietti, 2018). Visione particolarmente innovativa destinata a spingere verso confini molto avanzati l'espansione in atto del diritto giurisprudenziale.

Chiudo queste brevi note con il ricordo personale dell'amico, del docente che ebbi modo di conoscere a Siena negli anni lontani del suo primo incarico universitario e che ho avuto poi la fortuna di frequentare durante l'intero arco della sua esistenza. Quello che di lui non potrò mai dimenticare sono le conversazioni amabilissime nel suo eloquio toscano arguto ed elegante; la precisione, ma anche l'umanità dei suoi giudizi sulle persone e sulle loro opere; la sua tenacia di organizzatore culturale che ho potuto sperimentare nei nostri lunghi incontri romani destinati ad avviare l'avventura degli Annali dell'Enciclopedia del diritto. Ma alla fine quello che sempre in lui più mi colpiva era il suo amore incondizionato per l'insegnamento e la sua straordinaria generosità nell'ascolto dei suoi allievi, dote naturale dei veri maestri.

In ricordo di Lorenza Carlassare, Maestra del diritto costituzionale

ANDREA PUGIOTTO*

1. «Quando mi rileggo, mi accorgo che l'impalcatura dei miei lavori è sempre e soltanto una: l'analisi critica del potere. Io, in fondo, detesto il potere. Amo istintivamente lo Stato di diritto e il costituzionalismo perché avverto che se è vero che il potere è necessario, è comunque importante ostacolarlo, limitarlo, tagliargli le ali». In queste sue parole, è facile riconoscere l'autoritratto di Lorenza Carlassare.

Il margine di elasticità della norma giuridica è particolarmente ampio nei principi costituzionali, per questo permeabili a valutazioni politiche e a giudizi di valore più che in altri rami delle scienze giuridiche. L'opzione interpretativa di Lorenza Carlassare è sempre stata una sola, netta e inequivoca, per il diritto costituzionale come regola e limite all'autorità, a tutela e garanzia delle libertà.

È il *passepertout* che apre alla corretta comprensione della lunga e intensa vita di questa Maestra originale e creativa, vivace e curiosa, mai reticente, anarchica rispetto alle forme e ai riti dell'accademia, autenticamente libera. Per tutte e per tutti, la prima donna (e, troppo a lungo, l'unica) capace di infrangere il tetto di cristallo dell'ordinariato in diritto costituzionale, in un mondo fino al 1978 declinato sempre e soltanto al maschile («E ciò mi sembrava gravissimo sul piano sociale e politico»).

2. Ciò è vero, innanzitutto, per la studiosa Lorenza Carlassare. Nelle sue numerosissime pubblicazioni ha affrontato tutti i nodi più intricati del costituzionalismo, comunque sciolti attraverso la sua peculiare opzione interpretativa. Impossibile un loro censimento. Meglio, piuttosto, esemplificarne alcuni temi esplicitandone la precomprensione.

Il sistema delle fonti, innanzitutto, sempre studiato in rapporto alla forma di governo, perché l'assetto della produzione normativa e delle relative procedure è l'altra faccia della dislocazione istituzionale del potere («Chi dispone delle fonti è il padrone del sistema»).

La giustizia costituzionale, mai risolta nella sua dimensione esclusivamente tecnico-processuale, perché i relativi meccanismi di accesso, deliberazione e decisione interessano in quanto garanzia effettiva dei diritti di libertà e presidio della legalità costituzionale.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Ferrara; condirettore di *Quaderni costituzionali*. Indirizzo mail: andrea.pugiotto@unife.it.

Lo Stato sociale, visto non come autonoma forma dello Stato-ordinamento (da contrapporre, diacronicamente e nei principi cardine, allo Stato di diritto liberale), semmai *«necessario modo di essere di uno Stato di diritto che (a differenza di quello ottocentesco) sia anche democratico»*. Fino ai più recenti studi sui vincoli costituzionali alla discrezionalità legislativa di spesa, perché per molti diritti sociali *«la quantità della prestazione [...] è segnata dalla loro stessa funzione»*.

Infine, le libertà fondamentali (inclusive, a pieno titolo, dei diritti sociali quali libertà dal bisogno) indagate specialmente in relazione all'effettività delle loro garanzie giurisdizionali. Fino alla critica antielitaria e antioligarchica alla tripartizione classica dei diritti (civili, politici, sociali) in ragione delle loro *«reciproche influenze e connessioni»*.

Lorenza Carlassare, che pure rifuggiva da ogni riflessione astrattamente metodologica, in realtà ha sempre mostrato una rigorosa coerenza nel fare ricerca (*«Di ogni tema credo di essere sempre riuscita a scorgere il risvolto latamente politico, il suo impatto concreto»*). È così che molti suoi scritti sono diventati veri e propri “classici” per il diritto costituzionale, con i quali è comunque necessario misurarsi. Da quelli sui testi unici e sulla potestà regolamentare del governo, alla pionieristica monografia sui rapporti tra amministrazione e potere politico. Dalle voci enciclopediche dedicate alla riserva di legge e al principio di legalità, agli studi sulla responsabilità penale del Capo dello Stato e sul potere presidenziale di scioglimento anticipato delle Camere. Dai due saggi sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità giudicate inammissibili, a quelli sul riequilibrio di genere nella rappresentanza politica. Dallo studio – più attuale che mai, anche se datato 1981 – in tema di adattamento ordinario e referendum abrogativo, alla rilettura originale del concetto mortatiano di Costituzione materiale applicato all'analisi del passaggio dal regime liberale all'avvento del fascismo. Ma il catalogo potrebbe non interrompersi qui.

3. L'approccio interpretativo della studiosa si riflette coerentemente in quello della intellettuale che prendeva voce, e spesso, nel dibattito politico-istituzionale

Nei suoi interventi pubblici, Lorenza Carlassare ha sempre denunciato ogni forma di concentrazione monocratica del potere e rifiutato una democrazia d'investitura che riduce l'elezione a delega. Netta era la sua preferenza per la regola elettorale proporzionale perché in grado di assicurare la rappresentanza delle minoranze, di proiettare in Parlamento il pluralismo della società civile, di evitare effetti distorsivi circa la reale rappresentatività delle forze politiche.

Ricordava sempre che la sovranità popolare non si esaurisce nel collocare periodicamente una scheda nell'urna, esprimendosi semmai continuamente nei diritti di cittadinanza attiva (riunione, associazione, manifestazione del pensiero), perché il *dèmos* non si risolve nel corpo elettorale, includendo *«tutti*

coloro i quali esercitano la loro influenza sul governo dello Stato attraverso l'esercizio delle libertà». Anche i minori, dunque. Anche i non cittadini.

Lorenza Carlassare ha così testimoniato un'incrollabile fiducia nella carica performativa della Costituzione, benchè consapevole della sua osteggiata attuazione: ciò la spronava all'impegno, non alla rassegnazione o – peggio – alla razionalizzazione dell'esistente perché, se la nostra è «una Costituzione rigida e garantita, ciò che contrasta con i suoi principi va considerato violazione e come tale denunciato». È così faceva, fedele alla radicata convinzione sul ruolo del costituzionalista quale «spina nel fianco del potere».

4. Se c'è una sineddoche di tutto ciò che Lorenza Carlassare è stata, la si ritrova nella sua travolgente passione per l'insegnamento e la divulgazione della Costituzione.

In queste tristi giornate seguite alla sua scomparsa, insieme a Giuditta Brunelli e Paolo Veronesi ho avuto modo di descrivere – con nostalgia e ammirazione - la professoressa che incontrammo da studenti, per poi affiancarla da colleghi, nelle aule dell'Università di Ferrara:

<https://www.unife.it/it/notizie/2022/persona/scomparsa-lorenza-carlassare>.

A quel ritratto di Lorenza Carlassare docente, faccio solo un'addenda, ricordando la sua determinazione nel dare forme durature a tutto quel generoso impegno didattico e divulgativo. Facile rilevarne le tracce impresse nel tempo. Nel 1987, il primo Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, in consorzio tra più Atenei ma con sede a Ferrara, realizzato insieme a Livio Paladin, Sergio Bartole e Valerio Onida, luogo di formazione scientifica oggi impensabile, successivamente coltivato con ingegno e fantasia da Roberto Bin (che, nel 1999, le subentrò nella cattedra ferrarese). Nel 1996, la prima edizione delle *Conversazioni sulla Costituzione* (Cedam), originale distillato della sua esperienza didattica e scientifica, concepite come un approccio critico e unitario al diritto costituzionale. Nel 2012, la pubblicazione del libro *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro* (Feltrinelli), dichiaratamente ispirato a un militante “patriottismo costituzionale” di cui Lorenza Carlassare si sentiva sentinella. Infine, l'esperienza di lunga durata della *Scuola di cultura costituzionale*, fondata nell'Università di Padova e diretta ininterrottamente dal 2009 al 2019, aperta alle persone di tutte le età, con l'obiettivo di radicare una conoscenza diffusa e non superficiale della Costituzione, della sua storia, del suo testo.

«Io credo molto nella parola, altrimenti non parlerei», così come era convinta che «il pensiero critico infastidisce»: infatti il potere lo emargina e, quando può, lo reprime. Ecco perché lo portava ovunque, anche nei luoghi più periferici e meno solenni, chiunque la invitasse.

5. Ho avuto l'enorme fortuna di incontrare Lorenza Carlassare da studente universitario che si affacciava allo studio del diritto, affascinato dalla sua materia e incantato dalla sua bellezza intellettuale. Ho avuto poi il grande privilegio di averla come Maestra amabile e generosa, ma anche esigente e severa. È stato un incontro che – retrospettivamente - ha determinato le svolte essenziali della mia vita, professionale e affettiva: anche per questo le sono infinitamente riconoscente.

Dell'eredità che lascia, vorrei trattenere e riuscire a coltivare anche soltanto un'oncia della sua libertà di pensiero e di azione. In Lorenza era radicata nella fede che – diceva - *«mi ha donato un grandissimo coraggio: mi ha sempre dato la sensazione che non dovevo rispondere a nessuno (su questa terra)»*. Da laico quale sono, mi resta soltanto il suo esempio, cioè tantissimo.

Ferrara, 23 agosto 2022

Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina *

LUIGI VENTURA, VALENTINA PUPO**

Abstract (EN): The article examines some of the main issues, both domestic and international, that emerged as a result of the war in Ukraine, focusing, in particular, on the issue of the sovereignty and constitutional compatibility of the decisions taken by Italy on these events. The article also includes an appendix with the list of conflicts that broke out in the world from 1945 to the present day.

Sommario: 0. Introduzione: in realtà postfazione. – 1. Considerazioni d’istinto su sovranità e guerra in Ucraina. – 2. L’invio delle armi in Ucraina e il rispetto dell’art. 11 della Costituzione. – 3. Appendice. I conflitti dal 1945 ad oggi.

Data della pubblicazione sul sito: 18 luglio 2022

Suggerimento di citazione

L. VENTURA, V. PUPO, *Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* La stesura del testo di questo lavoro, frutto della riflessione congiunta dei due autori, si deve, per il § 1 a Luigi Ventura e per il § 2 a Valentina Pupo. L’appendice allegata è a cura di Francesco Iannelli, dottorando di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo nell’Università degli studi “*Magna Græcia*” di Catanzaro.

** Luigi Ventura è professore emerito di Diritto costituzionale nell’Università degli studi “*Magna Græcia*” di Catanzaro. Indirizzo mail: ventura@unicz.it. Valentina Pupo è ricercatrice t.d. di Diritto costituzionale nell’Università degli studi “*Magna Græcia*” di Catanzaro. Indirizzo mail: v.pupo@unicz.it.

0. Introduzione: in realtà postfazione

Questo contributo nasce dalle ripetute considerazioni comuni degli autori, sviluppate nei vari incontri nei quali, anche a causa dei problemi di salute dell'autore del paragrafo primo, per fortuna superati (rassicurando, così, gli eventuali nemici), sul tema si sono confrontati, pervenendo alla sicurezza di condividere pienamente le riflessioni, alle quali ha partecipato anche il redattore dell'appendice finale. Il paragrafo primo, peraltro, è stato dettato dall'autore ai colleghi, per le ragioni di salute sopra accennate. Ed è per questo che esso fa riferimento a "considerazioni di istinto", vale a dire di memoria. È chiaro, pertanto, che ciascuno ha il suo stile e l'"anziano" del gruppo, che sempre legge i lavori degli allievi e colleghi, non si è mai permesso di interferire sul modo di scrivere, pur essendo il primo *referee* dei lavori del gruppo. E questo dovrebbe essere riconosciuto, come è stato riconosciuto per decreto ministeriale.

Discutendo del tema, è sorta l'idea di ancorare il tutto al sistema dei valori fondamentali della Costituzione, ed in particolare di considerare la legittimità dell'intervento italiano a difesa di Stati, popoli, democrazie attaccati con una guerra, perché guerra di difesa non vuol dire difesa soltanto della nostra Patria, su cui infine poi si dirà, ma difesa dei valori consacrati nella nostra Costituzione e della sovranità attaccata con bombardamenti e stragi. Certamente, dettando, si può essere non facilmente "leggibili"; e tuttavia, è pensabile che bisognerebbe aver studiato, come hanno fatto e fanno tutti i componenti del gruppo di Catanzaro, i grandi filosofi puri e/o della politica, antichi e moderni. Poi ci sono i filosofi contemporanei, che non fanno parte, se non episodicamente, del bagaglio culturale di costituzionalisti che non si occupano, tuttavia, soltanto di articoli e commi. Si può ricordare l'insegnamento di Massimo Severo Giannini, al Convegno su "Costantino Mortati-costituzionalista calabrese", organizzato da Fulco Lanchester a Catanzaro, in cui il grande Maestro, davanti a una platea composta da tutti i costituzionalisti italiani, esortava soprattutto le giovani generazioni, accusandole di scrivere i "temini" e di non occuparsi, invece, dei grandi problemi che poneva lo studio del diritto costituzionale. E sono nella memoria le lacrime del Maestro, quando, parlando dell'appartenenza di Mortati alla Corte costituzionale e della sua mancata elezione a Presidente, disse singhiozzando: «Era solo un grande costituzionalista».

La divisione dei compiti nasce collegialmente, e la scelta del tema del secondo paragrafo scaturisce, è da ribadire, dalla disponibilità dell'autrice, sulla scia del necessario collegamento ai valori costituzionali di cui si discorre.

L'elenco dei conflitti scoppiati dal 1945 in poi nasce sempre dalla comune riflessione ed è stato affidato a un giovane studioso, parte del gruppo, che ha elaborato con metodo scientifico, senza utilizzare facili e note "scappatoie", una

ricostruzione per quanto possibile completa e accurata. Si precisa questo perché nei testi consultati, a partire dai documenti dell'Onu, non vi era traccia della circostanza che i militari degli Stati Uniti combattevano coreani, russi e cinesi sotto l'egida delle Nazioni Unite, indossando i "caschi blu".

1. Considerazioni d'istinto su sovranità e guerra in Ucraina

In occasione della barbara e bestiale aggressione dell'Ucraina da parte della Russia di Putin (preceduta dalla guerra in Cecenia, dall'attacco alla Georgia, dall'annessione della Crimea, fino a giungere al Donbass e al Lugansk, autoproclamate Repubbliche indipendenti – situazioni stabilizzate dall'Accordo di Minsk, peraltro mai attuato), viene naturale, seppur brevemente, scrivere ancora sulla sovranità – di cui mi sono occupato già¹ – e del tirannicidio – che in gioventù studiai, all'interno di un discorso sul diritto di resistenza² – che mi pare essere un concetto, se praticato, ancora attuale. Non sono né un antropologo (nel caso di specie, sarei lombrosiano: la frenologia, pur ottocentesca, non tradisce mai!), né uno psichiatra, né un medico *tout court*; ma forse la futura attualità (per me auspicabile) o la storia ci diranno se, come sempre nel caso di autocrati o di dittatori, in questa circostanza si tratti di paranoia, megalomania, che sconfinata nel delirio di onnipotenza (si pensi alle minacce, esplicitate soprattutto dal suo *entourage*, di scatenare una guerra nucleare), di nichilismo o di necessarie, quanto massive, cure di cortisone, che determinano un viso "lunare" (non già, come ho letto, causato dal botulino consigliato da un suo caro amico italiano). Un Presidente che, per espressa dichiarazione, riportata dai *media*, intende ricondurre i confini a quelli della Russia di Pietro il Grande. Per non parlare dell'attuale vice presidente del Consiglio di Sicurezza della Federazione russa, Medvedev, il "*sancio panza*" della situazione, che è divenuto Presidente della Russia quando Putin non era immediatamente rieleggibile e che ha modificato, *ad usum Delphini*, la Costituzione stessa per consentire al suo dante causa di essere rieletto, il quale ha definito gli occidentali «bastardi da far sparire» ed ha insultato i capi di Governo di Germania, Francia e Italia, e quindi i rispettivi popoli, definendoli «fan europei di rane, salsicce di fegato e spaghetti, [che] amano visitare Kiev. Senza alcuna utilità. Hanno promesso all'Ucraina l'adesione all'Unione europea e vecchi obici, si sono inebriati con la vodka ucraina e torneranno a casa in treno come cento anni fa [...]. Ma questo non avvicinerà l'Ucraina alla pace»³. Senza con ciò voler coinvolgere nel ragionamento il popolo russo, inconsapevole perché disinformato.

¹ Cfr. L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino, 2014.

² Cfr. L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014 e ID., *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, 169 ss.

³ Cfr. il messaggio su *Twitter* di Dmitry Medvedev, postato il 16 giugno 2022.

Popolo che, a memoria, ha sempre subito i cambiamenti determinati dagli uomini al potere e persino la fine del comunismo (vedi Kruscev e la destalinizzazione; vedi Glasnost' e Perestrojka di Gorbaciov; vedi, per l'appunto, la caduta del muro di Berlino). Peraltro, non si sa cosa succede nei palazzi dei regimi totalitari ed autoritari, ma ho l'impressione che le dichiarazioni offensive, di cui sopra, compresa quella relativa al dubbio che l'Ucraina esista ancora il trentuno dicembre del corrente anno, siano fatte ad uso interno, in una, per così dire, "dialettica" che potrebbe anche preludere alla destituzione del Presidente. E tuttavia, mi ha fatto sorridere l'invito di un giornalista italiano: «toglietegli il fiasco!».

Quando impostai il mio libro sulla sovranità, richiamando il primo concetto che lo caratterizza, vale a dire "il monopolio legale dell'uso della forza", un collega di altissimo prestigio mi disse, in via informale, che ciò dimostrava che ero legato ancora a concetti marxiani. A parte che, per convinta coerenza, personalmente sono per un socialismo nelle libertà e nella democrazia, per dirla con Enrico Berlinguer, e considero la democrazia un valore universale; i giorni che viviamo mi danno ragione. Marx teorizzò che l'economia è il motore della Storia, che l'economia – che sovrasta la Politica – è il motore del mondo intero e, sia detto per inciso, la Russia era l'unico Paese in cui non potevano essere applicate ed attecchire le gigantesche teorie marxiane, semplicemente perché non esisteva la borghesia e perché solo pochi anni prima del 1917 era stata abolita la servitù della gleba. C'era un vuoto tra la popolazione minuta ed agricola e l'aristocrazia, la quale poi fu spazzata via dalla Rivoluzione di Ottobre; mancava, cioè, la classe dominante tipica di altri Paesi (si pensi soltanto all'Inghilterra e agli Stati Uniti). Il grande pensatore (per dirla con un concetto da "grandi magazzini", facilmente accessibile anche a chi di certe cose straparla) teorizzava che dopo la rivoluzione ci sarebbe stata l'instaurazione del socialismo e poi, alla fine della storia, il comunismo. Etichetta che purtroppo viene utilizzata da sempre per definire certe dittature e certe autocrazie. Prendendo a mutuo quel pensiero filosofico, si sono creati dei "mostri" sotto l'egida e la definizione di comunismo, invero non realizzato, ma che ha lasciato una eredità di gente proveniente dall'apparato e, *in primis*, dai servizi segreti, che ora scatena una guerra imperialista, per l'appunto, e che si circonda di c.d. oligarchi, cui nessuno chiede, pur in Occidente, da dove derivino le loro immense fortune. Comunismo, peraltro, che è stato il cavallo di battaglia, per molte campagne elettorali italiane, di Berlusconi; il quale, invero, più che lottare contro i comunisti, che nella realtà non esistevano più in Italia, dissimulava, così, le vere e ben note tre ragioni della "discesa in campo", che dura tuttavia⁴.

⁴ Mi piace citare, da ultimo, M. Gramellini, che nella sua rubrica di prima pagina sul *Corriere della sera* del 25 giugno 2022, con splendida sintesi, li elenca e ne aggiunge una quarta.

Come si può vedere, peraltro, la globalizzazione ventennale, ritenuta in qualche modo un limite alla sovranità, è, sì, in crisi, ma non è finita; e nondimeno, come molti analisti ritengono, è da rifondare in senso “regionale”, preferendo, se possibile, la distinzione tra Paesi amici e Paesi nemici, attuali o possibili in futuro. Una sorta di “*friendly partnership*”, che non può, ovviamente, essere accostata ad alcun tipo di impossibile autarchia. Poiché non vi è dubbio che la Russia di Putin è stata legittimata, come componente a pieno titolo della Comunità internazionale, proprio dai Paesi occidentali (si pensi solo al G7, divenuto G8, per poi inevitabilmente tornare al n. 7); ciò ha condotto, peraltro, ad una sorta di “sindrome del beneficiario rancoroso”. In termini di sfrenata globalizzazione, il risultato è che l’Italia e la Germania, ma anche l’Olanda e il Belgio, dipendono dal gas russo, cui ci si è affidati, non so se ingenuamente ovvero opportunisticamente. E gli effetti del ricatto economico del gas sono costi dell’energia più che triplicati, prezzi dei beni in aumento e conseguente inflazione (che nel nostro Paese ha raggiunto ormai quasi il 9% e che è accompagnata da una ormai evidente recessione anche negli USA e persino da un rallentamento della crescita in Cina), mentre la Russia, che taglia prima le forniture del 50% a Germania e Italia e che ha drasticamente e *a rate* prosciugato il *nord stream*, rompendo così dei contratti di carattere internazionale, si arricchisce vendendo il *surplus* di petrolio alla Cina e all’India; si pensi, però, al suo *default* sul debito estero. Ed è chiaro che strumentalmente, ma solo in questo senso, ciò si può attribuire come effetto delle sanzioni economiche e politiche, che secondo me sono perfettamente legittime. Questi atti danneggiano l’economia e le famiglie, soprattutto meno abbienti, non solo in Italia ma anche in Europa.

Riguardo ai rapporti economici tra Occidente e Cina, esiste una maggiore affidabilità rispetto alla Russia (ma lo dico con una certa imprudenza), tenendo conto anche di quello strano miscuglio che vede quel Paese contraddistinto da un comunismo del tutto “anomalo”, immerso tra ideologia e potenza economica non solo, anzi in minor parte, statale, ma soprattutto privata. La Cina è inserita a pieno titolo nel mercato capitalistico e aperto alla concorrenza ormai sul piano internazionale, come già detto in altra sede⁵, con la presenza di numerose multinazionali occidentali, costrette, per interesse, a delocalizzare in quell’area le loro produzioni, tanto da aver reso quello Stato un protagonista della globalizzazione estrema, che intrattiene scambi con l’Occidente per un valore di 1700 miliardi di dollari, contro i 170 miliardi di scambi della Russia, e con la prospettiva di una ulteriore dipendenza dell’Unione europea dalla produzione tecnologica cinese nel caso del definitivo cambiamento dell’industria automobilistica, previsto dall’Ue entro il 2035, che sancirebbe il passaggio dalla trazione a benzina (e derivati) a quella elettrica.

⁵ Cfr. L. VENTURA, *Sovranità*, cit., pp. 94 ss.

È indubbio che la Comunità internazionale risulta, a causa degli eventi attuali, più divisa sia al livello politico, ma altresì al livello economico e militare. Certo, discutendo in positivo, la sovranità innanzitutto deriva in sostanza dal (o è in sostanza il) “monopolio legale dell’uso della forza”; è una garanzia d’indipendenza che si contrappone ad un concetto di “monopolio illegale”, che si inverte quando, ad esempio, un Paese sovrano viene illegalmente occupato, con tutto quel che segue in termini di danni materiali, ma soprattutto umani. Una super potenza – di quelle che, al tempo dell’esistenza del muro di Berlino, si dividevano la super sovranità, l’una brutalmente e l’altra con influenze politiche (e forse talvolta criminali), di cui ancora non si conoscono pienamente cause ed effetti (vedi il caso di Aldo Moro, il quale voleva abbattere la c.d. *conventio ad excludendum* di una forza che aveva dato, peraltro, un’impronta indelebile alla Costituzione repubblicana e che rappresentava un terzo degli elettori italiani) – oggi invade l’Ucraina e semina terrore, distruzione e morte. Si tornerà più tardi sul tema, ma ciò di cui si discorre è l’ultimo esempio, tra decine e decine di casi, in cui la sovranità ha determinato guerre sanguinose, dal 1945 in poi⁶.

La dichiarazione del Papa, che, dall’alto del suo magistero, fa sicuramente il suo dovere e per il quale, in ogni guerra, non esistono buoni e cattivi, è sicuramente condivisibile (come potrà vedersi nell’appendice), ma non certo nel caso dell’aggressione dell’Ucraina. E mi viene in mente anche l’occupazione delle Isole Malvinas (*rectius* Falkland) da parte dell’Argentina, guidata da una dittatura cruenta; occupazione che determinò la reazione della Gran Bretagna, che sbaragliò gli occupanti, con mia somma soddisfazione, poiché sin dall’inizio prevedevo, a differenza di tanti altri, che la sconfitta in quella guerra avrebbe determinato la caduta di una dittatura sanguinaria. Il Papa ha ragione; ma aveva ragione anche Giovanni Paolo II, vero carburante del *bulldozer* che ha distrutto il muro di Berlino, quando avvertiva che era caduto il comunismo (ribadisco, non in senso marxiano), ma non erano venute meno le cause che ne avevano determinato il sorgere.

Bisogna, altresì, apprezzare (o disprezzare) l’uso illegale della forza, sia sotto il profilo interno, con riguardo all’oppressione di un popolo, sia, e soprattutto, sotto il profilo esterno, quando si aggredisce un Paese altrettanto sovrano (ma non una super potenza nucleare, ovviamente), con lo strumento della guerra. Perché c’è una differenza tra l’uso brutale della forza e una sovranità nel diritto e nelle libertà costituzionali.

Tuttavia, come appare evidente in questi giorni, vi sono altri aspetti della stessa sovranità: la sovranità tecnologica, quella energetica, quella alimentare, quella economica e quella che, per esclusiva responsabilità proprio degli Stati democratici, impedisce soluzioni, per così dire, “secondo natura”, a meno che non

⁶ Per un elenco dei conflitti dal 1945 ai giorni nostri, cfr. l’appendice allegata.

si voglia provocare un conflitto nucleare. Bisogna anche, e impropriamente, dal punto di vista lessicale, parlare di “sovranità delle risorse”, indispensabili alla vita dei popoli che dipendono dalle risorse energetiche altrui, che rendono sostenibile il tenore di vita dei “Paesi liberi”. Vi è la crisi del gas, ma vi è, altresì, la crisi mondiale del grano e il rischio concreto che si determinino pesanti carestie in varie zone del mondo, soprattutto in Africa, per la mancanza dei cereali provenienti dall’Ucraina, che è uno dei maggiori produttori mondiali, le cui navi sono bloccate nei porti e i cui depositi sono spesso oggetto di saccheggio e commercio illegale, quando non di totale distruzione. La mondializzazione, che avrebbe dovuto far evolvere i Paesi poveri, rischia ora di minacciarli con le carestie. È per questo che sarebbe auspicabile la c.d. globalizzazione amichevole.

C’è una sovranità dispari anche rispetto alla reale forza tra autocrazie (si può dire anche dittature paranoiche) e democrazie, che riguarda il diritto universale dei cittadini liberi ad una corretta informazione, non inquinata da menzogne di regime. In un Paese, invece, si reprime il dissenso con avvelenamenti e carcere, e i giornalisti rischiano fino a quindici anni di reclusione se si discostano dalla linea del c.d. *zax*. Del resto, le dittature hanno la necessità vitale di reprimere il dissenso, di soffocare qualunque forma di resistenza che potrebbe mutarsi in ribellione; al di là del fatto che si rincorrono elezioni plebiscitarie, come in altri Paesi autocratici e dittature, che non danno alcun certificato di democrazia.

Si potrebbe discutere di sovranità dei diritti e dei valori, ovvero di sovranità del capitale. Si potrebbe discutere di sovranità informatica e sovranità che deriva dalla incombenza dei servizi segreti, che trovo abbiano un “monopolio illegale dell’uso della forza”, tanto da poter incidere sull’esistenza politico-economica di altri Paesi. È la ben nota questione della *cyber-sicurezza* dei sistemi informatici privati ed istituzionali, sovente oggetto di attacchi malevoli e ricattatori⁷.

E c’è una sovranità in sostanza priva di odiosi ricatti. Senza dire delle intromissioni mediatiche ormai fuori controllo e dei nuovi strumenti di informazione e comunicazione planetaria, che certamente Marx non poteva

⁷ Cfr. F. SERINI, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *Federalismi.it*, n. 12/2022, pp. 241 ss.; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di Genova del “Gruppo di Pisa”, 18-19 giugno 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 39 ss.; D. MARRANI, *Il coordinamento delle politiche per la cybersecurity dell’UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom Security Justice*, n. 1/2021, pp. 77 ss.; B. BRUNO, *Cybersecurity tra legislazioni, interessi nazionali e mercato: il complesso equilibrio tra velocità, competitività e diritti individuali*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. 11 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, pp. 65 ss.; F. PIZZOLATO, P. COSTA (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, Giuffrè, Milano, 2017.

immaginare che sarebbero divenuti i detentori di nuove forme di potere e influenza, peraltro spesso incidenti sulla parte culturalmente meno avveduta e meno critica della popolazione. Per altri versi, escludo che quel genio di Karl Marx potesse immaginare tutto questo. Fatto sta che tutto ciò è condizionato dal monopolio dell'uso della forza legale nei Paesi democratici ed illegale nelle dittature guidate da deliri paranoici che generano mostri come le guerre illegali (perché legali sono quelle di difesa), e un numero sterminato di morti senza nemmeno correttamente informare i loro popoli, i quali appaiono privi di diritti elementari della prima generazione.

Potrei scrivere un libro sulla sensibilità di quella teorica riguardo ai diritti fondamentali, e forse lo farò. Se non altro perché quel grande genio rivoluzionario era teorico della rivoluzione del mondo di allora.

Perché parlo di uso illegale della forza? Perché ho in mente l'insegnamento del mio maestro Temistocle Martines, che sosteneva l'inesistenza del diritto internazionale, in ragione della sua inefficacia, fosse esso pattizio o per così dire istituzionale. Uso illegale della forza perché l'esercizio della forza contro Stati diversi è per definizione "illegale". Resta da vedere quali sono le sanzioni possibili, e questo è un tema del tutto teorico, nel quale brilla, per inutilità, l'Onu, Organizzazione della Nazioni Unite, in cui si mantiene il diritto di veto nel Consiglio di sicurezza anche a favore di componenti che violano le stesse Carte fondamentali, le quali, pertanto, non vedono sanzione alcuna. E bene ha fatto la Nato ad ammettere nell'Organizzazione anche la Svezia e la Finlandia (la quale più volte è stata invasa proprio dalla Russia), sebbene l'ammissione, che necessita del voto unanime, sia stata per diverso tempo ostacolata dal turco Erdoğan, il quale infine è stato accontentato nelle sue richieste.

C'è invece un diritto dell'Unione europea che deve fare anch'essa i conti con l'opposizione alle sanzioni, ad esempio attualmente nei confronti della Russia, da parte di chi dipende *in toto*, o quasi, dalle forniture di gas di un governo assassino. E allora di quali sanzioni si parla? C'è un tempo delle decisioni che superi i dibattiti ancora in essere tra governi, siano o non siano tuttavia vicini all'aggressore. Utopia, perché per modificare il Trattato dell'Unione, che prevede l'unanimità, ci vuole, per l'appunto, un voto unanime. Ed una proposta sensata ed utile, come quella del Presidente Draghi (uomo giusto al momento giusto), di porre un tetto al prezzo del gas, non convince tutti, mentre dovrebbe andare di pari passo alla proposta di Biden di porre un tetto al prezzo dei carburanti (temi questi, fra tanti altri, all'attenzione dell'attuale G7).

Il tema dell'Unione Europea: democrazia; abolizione dei veti; politica europea comune; politica fiscale comune; difesa comune; fisco comune. E chi non ci sta dovrebbe essere cacciato dall'Unione, perché non è più tempo di dibattiti. Ma ciò è altrettanto utopico, perché ci vuole sempre l'unanimità. Come sta avvenendo per decidere ulteriori sanzioni, per cui basta il veto dell'Ungheria (*rectius*, dei suoi

governanti sovranisti), un Paese che non mi pare condivida i valori europei, e viene meno il voto unanime. È tempo invece di rapporti di forza, è tempo di una sovranità europea che preveda ancora e per sempre il monopolio legale dell'uso della forza; o di qua o di là: la democrazia è una cosa seria. Visegrad è un serpente dentro l'Unione: nessuno la obbliga a starci; se gli Stati ci stanno, evidentemente hanno interessi soprattutto economici, politici, o di altro genere. Bisogna dimostrare di condividere i valori liberal-democratici. In Europa non è più tempo di pseudo-fascisti. Chi non ci sta se ne vada, senza bisogno di essere cacciati. Ed è anche per questo che occorrerebbe introdurre la maggioranza qualificata al posto dell'unanimità per l'assunzione delle decisioni.

Tra realtà ed utopia, queste sono le mie valutazioni.

E tuttavia, seguendo il giusto paradosso di Winston Churchill, secondo cui la democrazia è il peggiore regime, ma non ce n'è uno migliore, anche i sistemi democratici soffrono di nuovi e antichi vizi: si vedano gli Stati Uniti, per i quali si parla delle "due Americhe", che sono riusciti a eleggere – e corrono il rischio di rieleggere – un Presidente che ha contestato all'inverosimile l'elezione di Biden e che, in ragione quanto meno del suo ruolo nell'assalto di *Capitol Hill*, andrebbe sottoposto a un reale *impeachment*; e si pensi, in quello Stato, alla circolazione di armi automatiche da guerra, la cui legittimità è riconfermata da varie Corti Supreme, in collegamento con un emendamento della Costituzione redatto, mi sia consentito il dire, ai tempi delle armi ad avancarica; e alle conseguenti stragi, persino nelle scuole, alla violenza che si percepisce anche non stando nel luogo, nonché all'insufficienza, ormai provata, della polizia, che ha però in altri casi "licenza di uccidere". La potenza della *lobby* delle armi è onnipotenza. E si pensi alla aberrante sentenza della Corte Suprema, assunta dalla maggioranza determinata dalle nomine del suddetto Presidente, che abolisce, al livello federale, il diritto di aborto (attenzione ovvia: il "diritto di", non il "dovere di"), conclamato da una precedente sentenza della Corte Suprema, in composizione meno reazionaria, e che ha determinato il Presidente Biden ad emanare, in proposito, un ordine esecutivo, per cercare di tamponarne i possibili effetti più deleteri. Si veda, ancora, l'Inghilterra, il cui *Premier*, riluttante, si è dovuto dimettere a causa di ripetuti scandali e in cui britannici di origine asiatica o indiana della seconda generazione sono favorevoli, anche per atti formali, alla chiusura delle frontiere nei confronti di immigrati della loro stessa etnia; e si potrebbe continuare. Ma si consideri, altresì, la Francia, che celebra il bicentenario della Rivoluzione, genesi dello Stato di diritto, e vede, non per la prima volta, l'elezione del Presidente Macron e, dopo poco più di un mese, l'elezione di un Parlamento a maggioranza diversa.

Ma si consideri, soprattutto, l'Italia, in cui una classe politica poco responsabile, in parte populista e in parte attenta ai sondaggi, che prevedono, da un lato, possibilità di aumento del consenso, e, dall'altro, la sparizione dal panorama

politico di una forza di maggioranza, ha creato e crea problemi al Governo della Repubblica, guidato da un Presidente del Consiglio che, a mio giudizio, è il migliore, tra i cinque migliori che io ricordi, dal dopoguerra ad oggi, anche per il suo indiscusso prestigio internazionale oltre che interno (in questi giorni confermato più volte dai *leaders* euro-americani ai più alti livelli, nonché da una petizione di undici sindaci di importanti città italiane), costretto a dimettersi per coerenza, per onore e per etica, nonostante abbia ottenuto la fiducia numerica e, quindi, politica. Bene, molto bene, ha fatto il Presidente della Repubblica, rappresentante dell'Unità nazionale, per me ultima spiaggia del diritto di resistenza *infra*-istituzionale, a respingere le dimissioni e a rinviare il Governo alle Camere per verificare la fiducia. Tra guerra in Ucraina, pandemia – sulla quale si è abbassata l'attenzione, anche mediatica, per ragioni riguardanti l'economia – crisi economico-sociale ed energetica e, si aggiunge, ma non ultima come causa, una classe politica (con qualche dovuta eccezione) squinternata, primo elemento negativo che ha determinato una corsa ad ostacoli per il Governo, impegnato, tra l'altro, nell'attuazione del PNRR, riscritto dallo stesso Draghi per essere accettato dall'Unione europea e che attende una serie di provvedimenti, alcuni dei quali già sul “tavolo”, per essere realizzato e non far perdere all'Italia quest'unica *chance*.

E mi fermo, ricordando le cose già scritte e quanto altro potrei ancora aggiungere in relazione alla situazione politica italiana. E da questo punto emerge la seria esigenza di ancorare il nostro discorso alla Costituzione italiana e al suo articolo 11.

2. L'invio delle armi in Ucraina e il rispetto dell'art. 11 della Costituzione

La drammatica cronaca dell'aggressione armata all'Ucraina da parte della Federazione russa, linguisticamente camuffata, su quel fronte, da “operazione militare speciale”, ormai da quasi cinque mesi monopolizza ampiamente quotidiani e notiziari, alimentando un dibattito continuo, che, tra le altre cose, nel nostro Paese, oltre che sull'analisi delle pesanti conseguenze economiche globali, determinate dalle sanzioni europee ed internazionali contro la Russia, si è incentrato anche sulla compatibilità costituzionale della decisione italiana di supportare, con l'invio di materiale bellico, la resistenza dell'esercito ucraino agli attacchi sferrati dalle forze militari russe che ne hanno invaso il territorio.

Una delle questioni che ciclicamente viene in rilievo, in occasione di crisi internazionali ed eventi di natura bellica che, direttamente o indirettamente, coinvolgono le forze militari italiane, è quella relativa al modo di porsi della Costituzione rispetto alla guerra. Del tema, difatti, la nostra Carta fondamentale non si disinteressa, ma lo prende realisticamente in considerazione, e dunque non si pone in termini totalmente neutrali o pacifisti. L'elaborazione delle disposizioni costituzionali sulla guerra riflette, com'è ovvio, il momento storico in cui non si

poteva neppure pensare agli scenari moderni che, in termini di potenza tecnologica e complessità dei rapporti geo-politici, avrebbero radicalmente ridefinito le relazioni internazionali ed esteso la gamma di conflittualità interstatale⁸; tuttavia, ciò non ha inciso sulla forza normativa obiettivamente espressa dalla Costituzione⁹. Ed è noto come l'art. 11 della Carta esordisca sancendo il netto ripudio della guerra da parte dell'Italia come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. Com'è stato rilevato, non si tratta di una semplice rinuncia all'esercizio *ius ad bellum*, poiché anche il mero rifiuto avrebbe significato considerare ancora la guerra come un diritto consustanziale allo Stato¹⁰, laddove invece il "ripudio" integra un rifiuto accompagnato da una condanna morale e giuridica¹¹, che connota la «sovranità (esterna) della Repubblica italiana come sovranità *disarmata*»¹², che «orienta la postura internazionale dell'ordinamento repubblicano nel suo insieme»¹³. Ciò comporta l'adesione ad un sistema di relazioni tra Stati non improntato all'imperversare della forza, ma alla prevalenza del diritto e alla progressiva costruzione di un ordinamento giuridico che, come prevede ulteriormente lo stesso art. 11 Cost., sia diretto ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni; fini ai quali viene, per l'appunto, impegnata l'Italia, con il compito di promuovere e favorire le organizzazioni internazionali (come l'Onu) rivolte a tale scopo e di consentire, in tale ottica e in condizioni di parità con gli altri Stati, alle necessarie limitazioni anche della propria sovranità. Due principi fondamentali sui quali la dottrina si è da sempre interrogata: taluni rilevano la netta prevalenza del pacifismo costituzionale sancito nella prima parte dell'articolo, per cui, con la sola eccezione delle guerre di legittima difesa, la logica della disposizione imporrebbe di escludere anche i potenziali conflitti armati volti a conseguire la pace e la giustizia tra le Nazioni, eventualmente decisi nel quadro delle organizzazioni internazionali alle

⁸ Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2021; I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *New models of peacekeeping security and protection of human rights. The role of the UN and regional organizations*, Giappichelli, Torino, 2018;

⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, alleanze e conflitti*, in *La Stampa*, 19 marzo 2003, p. 1. Nel senso del mutamento, nel corso del tempo, della qualificazione e classificazione giuridica internazionale dell'impiego della forza armata cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, pp. 79 ss.

¹⁰ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2005, p. 108.

¹¹ Cfr. B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, p. 67; M. LUCIANI, *Costituzione, alleanze e conflitti*, cit., p. 1.

¹² Cfr. B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, cit., p. 67.

¹³ Cfr. M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, p. 26.

quali l'Italia partecipi, avendo consentito a limitazioni della propria sovranità¹⁴; mentre altri individuano almeno due ipotesi in cui potrebbe ammettersi una deroga al principio del ripudio, vale a dire, oltre alla legittima difesa da aggressioni esterne, proprio l'adeguamento alle deliberazioni di quelle organizzazioni internazionali responsabili della sicurezza collettiva, di cui l'Italia sia parte e che eventualmente implicassero il ricorso all'uso della forza armata¹⁵.

Realisticamente, dunque, la Costituzione prende in considerazione il fenomeno bellico, e pur ripudiando le guerre di aggressione, offensive¹⁶ o finalizzate alla risoluzione di controversie, ammette, al tempo stesso, la guerra difensiva, ed anzi sancisce, in proposito, un esplicito e penetrante dovere del cittadino, quello relativo alla difesa della Patria, non a caso qualificato come "sacro" dall'art. 52 della Costituzione¹⁷ ed espressione forse più alta del dovere di fedeltà alla Repubblica sancito dal successivo art. 54¹⁸. Il fenomeno in quanto tale è considerato anche in diverse disposizioni procedurali, prima fra tutte quella di cui

¹⁴ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, cit., pp. 108 ss., il quale conclude sostenendo che «la formulazione preliminare e risolutamente precettiva contro la guerra contenuta nella prima parte dell'articolo mette da parte e rende giuridicamente impossibile per l'Italia una guerra non puramente difensiva». In tal senso, cfr. anche L. CARLASSARE, *L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, n. II/1988, pp. 20 ss.; ID., *L'art. 11 nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, pp. 11 ss. Sul tema, M. DOGLIANI, *Il divieto costituzionale della guerra*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2003.

¹⁵ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, p. 75.

¹⁶ Cfr. A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 571.

¹⁷ Come è stato notato, tale qualificazione, in una Costituzione contraddistinta dal principio di laicità, configura «una "sacertà laica", consistente nell'assoluta intangibilità, inviolabilità e inderogabilità di tale dovere, che comporta anche l'astensione da qualunque azione in grado di mettere in pericolo la sicurezza nazionale»: cfr. M. LUCIANI, *Il segreto di Stato nell'ordinamento nazionale*, in AA. VV., *Il segreto di Stato. Evoluzioni normative e giurisprudenziali*, in *Gnosis-Quaderno di intelligence*, n. 2/2011, p. 12. Anche la Corte costituzionale ha sottolineato come la sicurezza «trova espressione nel nostro testo costituzionale, nella formula solenne dell'art. 52, che afferma essere sacro dovere del cittadino la difesa della Patria», che si richiama a un interesse costituzionale superiore, appunto la sicurezza nazionale, rispetto al quale altri interessi, pur di rango costituzionale primario, possono «fisiologicamente» divenire recessivi (cfr. sent. n. 86/1977; in tal senso anche sentt. nn. 110/1998, 106/2009; 24/2014).

¹⁸ Tra i tanti contributi sul tema, cfr. L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984 e ID., *Art. 54 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; più di recente, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013.

all'art. 78, che stabilisce la competenza del Parlamento per la deliberazione dello stato di guerra e il conseguente conferimento al Governo dei poteri necessari, e quella che attribuisce al Presidente della Repubblica (art. 87, co. 9, Cost.) il compito di dichiarare tale stato, oltre ad affidargli la presidenza del Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge¹⁹, sancendo così il principio per cui, nelle decisioni che interessano la sicurezza esterna dello Stato e l'eventuale impiego della forza armata in situazioni di grave crisi internazionale, debbano essere coinvolti organi di indirizzo politico (rappresentati dal circuito Parlamento-Governo) e organi di garanzia come il Presidente della Repubblica.

Com'è stato rilevato in dottrina, l'art. 11 Cost. non dovrebbe essere letto secondo un'impostazione prettamente neutralista, poiché se questo fosse stato l'intento dei costituenti, avrebbe dovuto essere sancito non solo il ripudio, ma una vera e propria neutralità dello Stato²⁰, mentre invece la Costituzione inserisce l'Italia in un contesto di organizzazioni internazionali di sicurezza collettiva finalizzate alla promozione della pace e della giustizia, che si sono variamente articolate nel corso degli anni [prima fra tutte l'ONU, ma anche l'Alleanza atlantica e la sua organizzazione-NATO; la Politica Europea di Sicurezza e Difesa (PESD), nel quadro degli strumenti della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) dell'Unione europea]. L'adesione a tali organizzazioni, e dunque la volontà di non isolamento del Paese dai rapporti internazionali, avrebbe, quindi, potuto comportare per l'Italia, in modo condizionato e nel rispetto dei principi statuiti in sede Onu, anche il ricorso alla forza armata.

L'interpretazione che, difatti, viene oggi data dell'art. 11 integra le due parti della disposizione e considera non soltanto il valore della pace e l'ammissione, in tal prospettiva, della sola guerra difensiva in senso classico, volta a fronteggiare un'aggressione diretta allo Stato italiano, ma altresì la «guerra internazionalmente ammessa o ammissibile»²¹, vale a dire quella ammessa sulla base di specifiche

¹⁹ Diverse sono le disposizioni costituzionali che contengono direttamente il lemma “guerra”, e numerose, altresì, quelle in cui ricorrono espressioni collegate (*difesa, militare, forze armate*, ecc.). Per un'analisi in tal senso, cfr. M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali*, cit., pp. 22 ss.

²⁰ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Il crescente uso della forza: riflessi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, pp. 5 ss.; ID., *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 42 ss. e 64 ss.

²¹ Cfr. A. MORELLI, Intervento al Seminario *on-line* “La guerra oggi. Profili storici, politici, giuridici, culturali”, Università di Messina, 22 marzo 2022, disponibile *on-line*, che nota, tuttavia, come l'elemento della necessità di una specifica risoluzione Onu, in numerosi casi eclatanti, sia mancato o abbia avuto profili piuttosto incerti (interventi nella ex-Jugoslavia, in Afghanistan, in Libia). Cfr., altresì, con riferimento ai rischi connessi al terrorismo e alla potenza delle armi di distruzione di massa, M. LUCIANI, *Costituzione, alleanze e conflitti*, cit., p. 1, che nota proprio come «la Costituzione debba essere

risoluzioni assunte da quell'ordinamento che, ai sensi proprio della seconda parte dell'art. 11 Cost., assicura (o, almeno, dovrebbe assicurare) la pace e la giustizia tra le nazioni (l'ONU). A questa lettura attuale dell'articolo vanno ricondotti anche gli sviluppi delle discipline legislative attuative dell'art. 11 Cost. e l'evoluzione della prassi, tesi a disciplinare l'ambito degli interventi e delle missioni militari internazionali che coinvolgono anche l'Italia. Tali discipline, in aderenza al dettato costituzionale, in tutti i casi di interventi militari all'estero da parte dello Stato italiano, garantiscono il coinvolgimento del Parlamento in via preventiva, il più delle volte tramite atti di indirizzo, come mozioni o risoluzioni, alla cui approvazione, secondo le modalità stabilite dai regolamenti delle Camere, viene subordinato l'avvio o la prosecuzione della partecipazione italiana. Senza poter qui ricostruire dettagliatamente le procedure in proposito previste, ed i rilievi critici formulabili sul ruolo talvolta poco centrale riconosciuto al Parlamento²², basti ricordare, da ultimo, la legge n. 145/2016, recante le disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, che ha ribadito lo schema che prevede una preventiva autorizzazione da parte delle Camere rispetto al coinvolgimento internazionale dell'Italia, deliberato dal Consiglio dei Ministri²³. E, sicuramente, con riguardo alla compatibilità di diversi interventi fino ad oggi svolti con la prima parte dell'art. 11 Cost., più di qualcosa ci sarebbe da dire, dal momento che non sempre il fatto che l'intervento sia riconducibile a decisioni rientranti nelle previsioni della seconda parte dell'articolo riesce a giustificarne

interpretata in modo adeguato alla nuova realtà dei fatti, che ci fa capire come di fronte a rischi connessi al terrorismo e alle armi di distruzione di massa, che possono colpire improvvisamente e irreversibilmente, la fattispecie della guerra difensiva non possa più essere limitata all'ipotesi di reazione a un'aggressione».

²² Cfr., in tal senso, L. CARLASSARE, "Opacità sulle scelte, l'invio di armamenti è incostituzionale", intervista di S. Truzzi, in *Il Fatto Quotidiano*, 28 aprile 2022, p. 3; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., pp. 86 ss.; D. CABRAS, *I poteri di indirizzo e controllo del Parlamento sulle missioni internazionali dopo la legge 21 luglio 2016, n. 145*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; P. CARNEVALE, *Il ruolo del Parlamento e l'assetto dei rapporti tra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del Golfo persico, Kosovo e Afghanistan*, in ID., *La costituzione va alla guerra?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 27 ss.; a R. DICKMANN, *L'approvazione parlamentare dell'impiego dello strumento militare. L'esperienza delle operazioni di pace*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2001, pp. 42 ss.

²³ Per alcune considerazioni attinenti ai profili procedurali delle decisioni in questione, cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., pp. 83 ss.; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali*, cit., pp. 23 ss.; ID., *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 50 ss.

l'ammissibilità e la finalizzazione all'assicurazione della pace e della giustizia, anche laddove si tratti di interventi qualificati da esigenze di carattere difensivo o umanitario²⁴.

Ora, con riferimento ai fatti più recenti, è opportuno ricordare che lo Statuto delle Nazioni Unite, all'art. 51, fa salvo il "diritto naturale di autotutela individuale o collettiva", nel caso in cui dovesse verificarsi un attacco armato contro un membro delle Nazioni Unite, "*fintanto che il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale*"²⁵. Nel caso in questione, non c'è dubbio che si sia trattato di un'aggressione non provocata, condotta in totale spregio dell'art. 2, par. 4 dello Statuto Onu²⁶, sferrata da una potenza nucleare nei confronti di uno Stato sovrano, retto da istituzioni democraticamente elette; e non vi è dubbio che tale Stato abbia tutto il diritto di difendere la propria integrità territoriale e di preservare la propria sovranità, che, peraltro, ha visto violata già dal 2014, anno della "annessione" della Crimea da parte della Russia. Ma altrettanto indubbia è stata, in questa circostanza, la straordinaria impotenza manifestata esattamente dall'organizzazione internazionale che avrebbe tra i propri compiti istituzionali fondamentali quello di garantire quella "pace e giustizia" tra le Nazioni, di cui all'art. 11 Cost., ma il cui funzionamento è sovente paralizzato dal potere di veto riconosciuto anche ad uno solo dei cinque Stati componenti in modo permanente il Consiglio di Sicurezza, come avvenuto in questa circostanza proprio da parte dell'aggressore russo²⁷. A

²⁴ Per riferimenti in tal senso, cfr. M. BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione e la (seconda) guerra di Libia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2011, pp. 1 ss.; ID., *Le conseguenze costituzionali*, cit., pp. 27 ss.; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., pp. 80 ss.; anche in ambito internazionale, A. VEDASCHI, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, pp. 47 ss.

²⁵ Cfr. art. 51 dello Statuto dell'Onu: «Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure prese da Membri nell'esercizio di questo diritto di autotutela sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quell'azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale».

²⁶ L'art. 2, par. 4 dello Statuto dell'Onu prevede che «I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite».

²⁷ Ai sensi dell'art. 23, co. 1, dello Statuto della Nazioni Unite, «Il Consiglio di Sicurezza si compone di quindici Membri delle Nazioni Unite. La Repubblica di Cina, la Francia,

quest'ultimo organo dell'ONU compete, ai sensi dell'art. 24 del medesimo Statuto, la responsabilità per l'assunzione delle decisioni in merito al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e l'azione in nome degli Stati membri dell'Assemblea generale.

Nell'impossibilità di azione del Consiglio di Sicurezza, l'Assemblea generale, pur in assenza di poteri decisori, ha perlomeno votato una censura nei confronti dello Stato aggressore, approvando, con una maggioranza senza precedenti²⁸, una risoluzione in cui viene condannato l'attacco, che ha determinato la violazione della pace e della sicurezza internazionale e in cui viene rivolto l'appello alla Federazione russa a porre fine alle aggressioni armate.

Nello stesso tempo, l'Unione europea, a partire dall'attacco militare in territorio ucraino del febbraio scorso, ha ampliato le sanzioni economiche e commerciali nei confronti della Russia, anche se l'unità iniziale manifestata dagli Stati europei all'indomani dell'aggressione, col passare del tempo, e via via che le conseguenze delle sanzioni hanno purtroppo cominciato a manifestare i propri effetti negativi indiretti, anche sul piano degli approvvigionamenti energetici e alimentari, rischia di rivelarsi oggi più vacillante.

Sul piano politico, e di fronte all'evidente paralisi dell'Onu nel deliberare interventi concreti e non solo esortazioni all'aggressore, è subentrata una solidarietà internazionale da parte di molti Paesi occidentali, non soltanto di quelli che, dalla II Guerra mondiale in poi, si sono storicamente contrapposti, al livello globale, all'Unione sovietica, prima, e alla Federazione russa, poi, come gli Stati Uniti o il Regno Unito, ma anche di molti Stati europei, che in questa circostanza, e dopo diversi decenni, si sono di nuovo tragicamente trovati a sperimentare la violenza della guerra nel cuore del "vecchio continente". Molti Paesi, quindi, si sono determinati a fornire armi e ulteriori equipaggiamenti militari all'Ucraina, oltre a predisporre un vasto apparato di accoglienza per l'ingente arrivo di profughi in fuga dai territori in guerra.

l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche, il Regno Unito di Gran Bretagna e l'Irlanda Settentrionale e gli Stati Uniti d'America sono Membri permanenti del Consiglio di Sicurezza. L'Assemblea Generale elegge dieci altri Membri delle Nazioni Unite quali Membri non permanenti del Consiglio di Sicurezza», per un periodo di due anni (art. 23, co. 2). L'art. 27 prevede che «Le decisioni del Consiglio di Sicurezza su ogni altra questione [diversa da quelle procedurali] sono prese con un voto favorevole di nove Membri, nel quale siano compresi i voti dei Membri permanenti».

²⁸ Al voto sulla risoluzione del 2 marzo 2022, dei 193 Paesi che compongono l'Assemblea generale dell'Onu, 141 si sono espressi a favore, 5 in modo contrario e 34 (tra i quali Cina e India e numerosi Stati africani) si sono astenuti: cfr. www.infodata.ilsole24ore.com 5 marzo 2022.

Com'è noto, anche l'Italia ha adottato decisioni in tal senso, già all'indomani dell'attacco armato russo, tramite l'emanazione del d. l. 25 febbraio 2022, n. 14²⁹, recante *Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina*, il quale ha previsto, tra l'altro, all'art. 2, che sia autorizzata, per l'anno 2022, la spesa di 12 milioni "per la cessione a titolo gratuito di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di protezione alle autorità governative dell'Ucraina", e, successivamente, del d. l. 28 febbraio 2022, n. 16, recante *Ulteriori misure urgenti sulla crisi in Ucraina*³⁰, il quale, fino al 31 dicembre 2022, previo atto di indirizzo delle Camere, ha previsto l'autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina, in deroga alle disposizioni di cui alla legge n. 185/1990 e agli articoli 310 e 311 del d.lgs. n. 66/2010.

Molto è stato detto, nel dibattito pubblico, a proposito di tali decisioni, e in particolare si è contestata la loro conformità all'art. 11 della Cost. e al ripudio della guerra in esso sancito, anche per l'assenza del presupposto di un pur minimo collegamento con una risoluzione Onu (peraltro impossibile da approvare, dato il veto proprio dell'aggressore russo). La tragicità della situazione ha reso evidentemente difficilissimo il vaglio delle soluzioni da organizzare, e tutte le ipotesi profilano in ogni caso conseguenze drammatiche e pesanti. Tuttavia, pare di poter affermare che tali decisioni non siano incompatibili con l'interpretazione del dettato costituzionale che si è affermata e con la legislazione e la prassi attuativa. Difatti, come accennato, la legittima difesa contro un'aggressione è riconosciuta dalla Carta Onu, come "diritto naturale di autotutela", individuale o collettiva, contro un attacco in corso; e tale diritto naturale è riconosciuto non solo all'agredito, ma anche a chi intenda prestare soccorso, mentre l'aggressione si sta svolgendo, e quindi a scopo difensivo. Com'è stato notato, è una consuetudine internazionale a legittimare l'aiuto, secondo quanto rilevato anche dalla Corte internazionale di Giustizia, nel caso Nicaragua-Stati Uniti, e l'ordinamento giuridico italiano, ai sensi dell'art. 10 Cost., si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute³¹. Da questo punto di vista, parrebbe legittimo l'aiuto espresso sotto forma di invio di armi a supporto dell'esercito ucraino per sostenere la resistenza ad un'aggressione illecita, in quanto andrebbe

²⁹ Convertito nella legge nella L. 5 aprile 2022, n. 28.

³⁰ Decreto poi abrogato con la L. 5 aprile 2022, n. 28, lasciando validi gli atti e i provvedimenti adottati e facendo salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto.

³¹ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., p. 89, che ricorda come, nel Caso Nicaragua-Stati Uniti, la Corte internazionale di Giustizia «ha affermato che il principio del divieto dell'uso della forza, consacrato nell'art. 2, par. 4, della Carta, va correlato all'art. 51 consentendo il diritto consuetudinario l'aiuto allo stato soggetto ad aggressione (ICJ, *Reports*, 1986, 100, par. 176)».

ad appoggiare la legittima difesa individuale dell'Ucraina³² e in qualche modo ad esprimere il "ripudio" italiano alla guerra come strumento di offesa alla libertà di un popolo (in questo caso, del popolo ucraino³³). Certo, anche il nostro Paese, con la decisione di aderire alle sanzioni economiche, all'invio di attrezzature belliche e di contribuire all'isolamento della Federazione russa, è entrato in un'«area di rischio»³⁴, probabilmente non relativa ad un coinvolgimento armato diretto, ma sicuramente già molto evidente sul piano economico ed energetico. Ma la mancanza di supporto, con l'invio di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari, avrebbe probabilmente portato alla capitolazione del Paese attaccato e del suo governo democraticamente scelto, con il verosimile insediamento di un governo "fantoccio" (come è accaduto nelle città e nelle regioni ucraine sopraffatte) e un concreto pericolo per la democrazia nel cuore dell'Europa.

Un atto di forza condotto al di fuori di ogni diritto, contro un popolo libero, che vuole mantenere la propria libertà, sovranità ed indipendenza, potrebbe rischiare di mettere fortemente in pericolo tutto il sistema liberal-democratico, europeo e non solo, legittimando il ritorno a rapporti internazionali improntanti alla prevalenza della forza e al suo uso ed abuso, in spregio a qualsiasi regola giuridica.

Il pacifismo, d'altra parte, è sacrosanto perché ostile alla violenza e alla sopraffazione; ma, come da più parti rilevato nel dibattito pubblico, quando il pacifismo entra nella sfera pubblica deve anche porsi in una prospettiva realistica ed assumersi delle responsabilità, prospettando soluzioni concrete a problemi concreti. Un tale sostegno ha mostrato che, a dispetto della manifesta incapacità delle organizzazioni internazionali di adempiere ai propri compiti istituzionali, anche in conseguenza delle regole che le governano e che forse richiederebbero qualche riforma, il resto del mondo non è rimasto a guardare e non si è girato dall'altra parte, come purtroppo è accaduto in numerosi altri conflitti. Ed ha reagito a protezione della libertà, della democrazia e del rispetto della sovranità dei popoli contro tentazioni imperialiste ormai fuori dalla storia.

È cosa certa che nessuna persona ragionevole ami la guerra, e molto si potrebbe anche discutere sulle ragioni che hanno portato all'attuale conflitto, ed è giusto altresì che, in un sistema democratico come il nostro, se ne discuta liberamente e

³² Cfr. G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., p. 90; P. ROSSI, *La compatibilità con la Costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022, disponibile all'indirizzo www.sidiblog.org.

³³ Cfr., in tal senso, A. MORELLI, Intervento al Seminario *on-line* "La guerra oggi", cit.; P. CECCHINATO, *La Costituzione, la guerra e le Patrie degli altri*, in *lacostituzione.info*, 8 aprile 2022.

³⁴ G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2022, p. 72.

con argomentazioni concrete³⁵, nell'ottica del confronto, anche aspro, ma democratico, di idee, senza "liste di proscrizione" o meccanismi affini, senz'altro molto più consoni a regimi di diversa natura. Ma, a questo punto, e di fronte a tanta violenza e distruzione, oltre che alle pesanti ripercussioni economiche mondiali, che a cascata mettono in pericolo gli approvvigionamenti energetici e alimentari globali, rischiando di determinare gravi crisi sociali e politiche, è ormai chiaro che il mero sostegno materiale non è più sufficiente, e potrebbe anzi rischiare di cronicizzare lo scontro. Sarebbe quindi opportuno che la politica, che è mancata per anni su tutti i fronti e finora si è dimostrata debole e mediocre, nonostante sia condotta da c.d. super potenze e dai "grandi" del mondo, si impegnasse adesso a far uscire la diplomazia dal "binario morto" in cui è stata confinata, anche per il rifiuto, opposto in particolare da parte dell'aggressore, di condurre trattative tese al "cessate il fuoco" e a porre fine ai massacri, ma forse anche per la tentazione non troppo velata, sull'altro versante, di sfruttare l'occasione per "indebolire" un regime e affermare il predominio di una potenza che gli è storicamente da sempre contrapposta.

In tal senso, parole di lucida saggezza sono pervenute dal Pontefice, che, nelle sue quotidiane esortazioni alla pace, ha invitato a non esasperare i dissidi e le contrapposizioni, perché l'insensatezza della guerra finisce con generare soltanto dolore, morte e milioni di poveri nel mondo.

Sul versante europeo, l'emergenza bellica, così come in precedenza quella pandemica, hanno del resto messo in luce la necessità di un'Europa in grado di esprimere un'azione realmente unita al livello politico, più solidale, meno piegata ai veti ed ai dissensi dei singoli Stati, indotti da presunte istanze sovraniste e populiste, e più incline all'azione coesa, anche per i benefici che essa può essere in grado di portare nelle singole realtà nazionali e nonostante le difficoltà dei vari sistemi politici.

Un'azione eventualmente anche in grado di affrancarsi da una subalternità acritica verso gli Stati Uniti, in grado di esprimere autorevolmente anche una

³⁵ Ed il problema, semmai, come accaduto anche nel corso del periodo pandemico, è quello di una sovra disponibilità di informazioni, che rischia di non far più discernere tra ciò che è attendibile e fondato e ciò che è "fake news". Sul tema, cfr. A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 28 ss.; G. SUFFIA, G. ZICCARDI, *Fake news, guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, pp. 205 ss.; C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, pp. 237 ss.; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, il Mulino, Bologna, 2019; A. MAZZIOTTI, *Fake news, fake people e società della (dis)informazione: riflessioni su democrazia, informazione e libertà fondamentali al tempo dei social network*, in *Diritti dell'uomo*, n. 1/2017.

posizione autonoma. Un'azione altrimenti fiaccata da veti incrociati rischierebbe di consolidare una costruzione indirizzata soltanto ai profili monetari ed economico-finanziari. E si può constatare come tale prospettiva rischi di manifestare i suoi limiti esattamente nel momento in cui le circostanze richiedano soprattutto sinergie politiche, sia in relazione alle questioni economiche (e la predisposizione dell'imponente piano di finanziamento della ripresa post pandemica ha rappresentato una prova proprio del valore di un'azione realmente coesa), ma altresì a quelle di natura tecnologica, energetica, diplomatica e militare. Se l'Europa vorrà veramente contare nella risoluzione del conflitto dovrà non solo preoccuparsi di ripensare il proprio approvvigionamento energetico, ma altresì assumere una più risoluta iniziativa diplomatica, soprattutto da parte dei *leader* dei suoi principali Paesi, nel senso della conclusione delle ostilità e dell'illegale aggressione, per riuscire ad arrivare a una pace in condizioni di dignità per le parti coinvolte (anche in considerazione dello "spettro" incombente dell'arma nucleare, ma senza che possa mai dimenticarsi che si deve nettamente distinguere tra aggressore ed aggredito) e per evitare che venga meno l'idea di libertà e di democrazia che ha, fin dalla sua formazione, contraddistinto l'Unione europea e ispirato sempre più Paesi ad aderire e, da ultimo, anche l'Ucraina a formalizzare³⁶, e vedere accolta³⁷, la propria richiesta in tal senso.

3. Appendice. I conflitti dal 1945 ad oggi

Nell'elenco che segue, salvi errori od omissioni, si riportano i conflitti scoppiati nel mondo, dal 1945 ai giorni nostri. Sono state, altresì, evidenziate in grassetto anche le missioni internazionali di *peacekeeping*, svoltesi sotto l'egida dell'Organizzazione delle Nazioni Unite³⁸, nonché segnalate le ulteriori missioni militari deliberate con risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'Onu.

1. Guerra dell'Indocina con intervento della Francia (1946-1950)³⁹;

³⁶ Sul tema cfr. T. CERRUTI, *Ucraina e Unione europea: le ragioni di un avvicinamento graduale*, in *SIDIBlog*, 12 aprile 2022, disponibile all'indirizzo www.sidiblog.org.

³⁷ Nella riunione tenutasi a Bruxelles il 23 e 24 giugno 2022, il Consiglio europeo ha concesso a Ucraina e Repubblica di Moldova lo *status* di Paesi candidati all'adesione all'Unione europea, e si è dichiarato pronto a concedere alla Georgia il medesimo *status* una volta che saranno state affrontate le priorità specificate nel parere della Commissione sulla domanda di adesione di quel Paese.

³⁸ In merito, indicazioni disponibili su www.peacekeeping.un.org. A tali missioni occorre aggiungere quelle in Nuova Guinea, nell'America centrale e nello Stato di El Salvador.

³⁹ P. DAFFINA, G. GIGLI, *Indocina*, in *Enciclopedia Italiana*, III appendice, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1961, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

2. **Guerre del Kashmir: India – Pakistan (1947-1949, 1965, 1966, 1971, 1980, 1999, 2019)**⁴⁰;
3. **Conflitti nel Medio Oriente:**
 - Iran – Azerbaijan (1946)⁴¹;
 - **Israele – Egitto, Libano, Siria, Giordania, Iraq, Yemen, Arabia Saudita (1948-1949)**⁴²;
 - **Guerra del Canale di Suez: Israele, Francia e Regno Unito – Egitto (1956-1957)**⁴³;
 - Intervento USA nel Libano (1958)⁴⁴;
 - Guerra dei Sei Giorni: Israele – Giordania, Siria ed Egitto (1967)⁴⁵;
 - Guerra d'usura: Israele – Egitto (1968-1970)⁴⁶;
 - Fedayn palestinesi – Libano (1969, 1973)⁴⁷;
 - **Guerra del Kippur: Israele – Egitto e Siria (1973)**⁴⁸;

⁴⁰ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, ed. it. a cura di P. PASTORELLI, LED Edizioni Universitarie, Milano, 1998, pp. 478 ss. e 655 ss.; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni. L'ordine internazionale dopo il 1945*, ed. it. a cura di D. VIGNATI, Guerini Scientifica, Milano, 2014, pp. 283 e 417; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 103; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 73; M. ARAGONA, M. ACCORRONI, *Guerre e aree di crisi – Pakistan*, in *IRIAD Review*, n. 2/2021, disponibile all'indirizzo www.archiviodisarmo.it.

⁴¹ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 28.

⁴² J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 465, che individua il conflitto negli anni 1948-1949; diversamente W.R. KEYLOR non include nel conflitto l'Arabia Saudita, precisando altresì che esso terminò nel 1948, in *Un mondo di nazioni*, cit., p. 169; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 95.

⁴³ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 540; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 176; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 100; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 67.

⁴⁴ L. FORLANI, *Dal Libano all'Iraq, sessant'anni di interventi Usa in Medio Oriente*, in *Agenzia Giornalistica Italia AGI*, 8 aprile 2017, disponibile all'indirizzo www.agi.it.

⁴⁵ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 185 e 424; J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 659.

⁴⁶ F. CATALUCCIO, *Guerre arabo-israeliane*, in *Enciclopedia Italiana*, IV Appendice, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1978, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁴⁷ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 662.

⁴⁸ A. ZEIDAN (ed.), *Yom Kippur War*, in *Encyclopaedia Britannica*, 16 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo www.britannica.com; per quanto concerne la missione di

- **Invasione turca di Cipro (1974)**⁴⁹;
 - **Iran – Iraq (1980-1988)**⁵⁰;
 - **Guerra cristiano-palestinese: Libano, Siria, OLP – Israele (1978-1981)**⁵¹;
 - Guerra del Libano (1982)⁵²;
 - **Iraq – Kuwait (1990) e la c.d. Prima Guerra del Golfo (1990-1991) tra Iraq – USA e coalizione internazionale (Inghilterra, Francia, Egitto, Siria, Italia, Arabia Saudita)**, seguito dall'intervento della NATO⁵³;
 - Israele – Libano (2006)⁵⁴;
4. **Conflitto israelo-palestinese:**
- Israele – Palestina nel Libano del nord (1973)⁵⁵;
 - Israele – Palestina (1975-1976)⁵⁶;
 - La Prima Intifada nella Cisgiordania e nella striscia di Gaza: Israele – OLP (1987-1993)⁵⁷;
 - La Seconda Intifada: Israele – Palestina (2000)⁵⁸;

peacekeeping, cfr. il contributo di R. CHARTROUX, R. CAIANI, *Le forze di pace delle nazioni unite 1948-1993*, in *Archivio Disarmo*, n. 2/1993, p. 2.

⁴⁹ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 740.

⁵⁰ *Ivi*, p. 749; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 431-432; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 123; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 81.

⁵¹ A tal proposito J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 746, precisa come le guerre che flagellarono il medio-oriente sono “guerre nella guerra” in quanto vi erano sciiti contro palestinesi a Beirut e nel Sud; palestinesi contro i siriani; siriani e sciiti contro iracheni.

⁵² W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 425-426.

⁵³ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 752; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 374 e 433; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 67; sull'intervento della Nato, *ivi*, p. 109; si ritiene opportuno evidenziare l'intervento armato degli Stati membri dell'Onu alla stregua della risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 678 del 29 novembre 1990, pt. 2, cfr. *Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite riguardanti la situazione dei rapporti fra Iraq e Kuwait. Documentazione*, tr. it. C. PADOVANI, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, n. 3/1990, pp. 265 ss., spec. p. 276, disponibile all'indirizzo www.unipd-centrodirittiumani.it.

⁵⁴ M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 156.

⁵⁵ Un raid israeliano fece 100 vittime, cfr. J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 664.

⁵⁶ *Ivi*, p. 746.

⁵⁷ *Ivi*, p. 745.

⁵⁸ W. R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 443.

- Israele – Palestina (2014, 2021)⁵⁹;
5. Guerra di Corea: Corea del Nord, URSS e Cina – Corea del Sud e USA (1950-1953)⁶⁰;
 6. Invasione cinese del Tibet per reprimere i moti indipendentisti (1950, 1959)⁶¹;
 7. Guerra di indipendenza tunisina: Tunisia – Francia (1952-1954)⁶²;
 8. Guerra di indipendenza del Kenya: Kenya – Regno Unito (1952-1963)⁶³;
 9. Guerra di indipendenza del Marocco: Marocco – Francia e Spagna (1953-1956)⁶⁴;
 10. Guerra di indipendenza algerina: Algeria – Francia (1954-1962)⁶⁵;
 11. Guerra di indipendenza del Camerun: Camerun – Francia (1955-1960)⁶⁶;
 12. Invasione russa dell'Ungheria (1956)⁶⁷;
 13. Marocco – Mauritania (1958-1961)⁶⁸;
 14. Somalia – Etiopia (1960-1964, 1973, 1983, 1987)⁶⁹;

⁵⁹ E. CAPORALE, *Gaza, le ragioni di un conflitto infinito. Nuovo capitolo nello scontro Israele-Palestina: ma perché da oltre 60 anni vince la guerra?*, in *La Stampa*, 16 settembre 2014; REDAZIONE SKYTG24, *Israele, lo scontro a Gerusalemme Est riacceso dallo sfratto dei palestinesi*, 11 maggio 2021, disponibile all'indirizzo www.tg24.sky.it.

⁶⁰ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 61 e 205 ss.; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 67; in ordine all'autorizzazione dell'uso della forza del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, si rinvia alle risoluzioni nn. 82 del 25 giugno 1950 e 84 del 7 luglio 1950, cfr. T. BALLARINO (a cura di), *Azioni militari da parte di forze internazionali, Atti del Convegno "Diritto e Forze armate. Nuovi Impegni"*, Padova, 30 novembre 2000, p. 4, disponibile all'indirizzo www.studiperlapace.it.

⁶¹ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 479; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 282.

⁶² Voce *Tunisia*, in *Enciclopedia Treccani - Enciclopedia on line*, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁶³ G. HUGUET PANÈ, *La guerra del Mau Mau*, in *Storica National Geographic*, 12 marzo 2021, disponibile all'indirizzo www.storicang.it.

⁶⁴ Voce *Marocco*, in *Enciclopedia Treccani - Enciclopedia on line*, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁶⁵ F. SECCIA, *1 novembre 1954: la guerra di Algeria*, in *com.unica*, 1 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.agenziacomunica.net.

⁶⁶ REDAZIONE, *Camerun*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 18 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it.

⁶⁷ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 515; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 178.

⁶⁸ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 650.

⁶⁹ REDAZIONE, *Somalia*, in *Conflitti dimenticati.it*, 26 gennaio 2017, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

15. **Eritrea – Etiopia (1960-1993,1998-2000)**⁷⁰;
16. **Guerra di indipendenza dell'Angola dal Portogallo (1961-1974)**⁷¹;
17. Invasione USA di Cuba nella Baia dei Porci (1961)⁷²;
18. Guerra sino-indiana: India – Cina (1962)⁷³;
19. Malesia – Indonesia con intervento del Regno Unito, dell'Australia e della Nuova Zelanda (1962-1966)⁷⁴;
20. **La Repubblica Democratica del Congo negli anni (1962-1996-2003)** fu lo scenario di guerre civili ed altri conflitti bellici che vide protagonisti Uganda, Ruanda, Angola, Ciad, Zimbabwe, Namibia e Sudan⁷⁵; seguiranno il conflitto dell'Ituri e del Katanga 1999-2007 e la guerra del Kivu di carattere interetnico⁷⁶;
21. Guerra delle sabbie: Algeria – Marocco (1963)⁷⁷;
22. USA – Laos (1964-1973)⁷⁸;
23. Guerra coloniale portoghese: Mozambico – Portogallo (1964-1975)⁷⁹;
24. Guerra del Vietnam: Vietnam del Nord e URSS – Vietnam del Sud e USA (1966-1975)⁸⁰;

⁷⁰ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 782; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 135.

⁷¹ Voce *Angola*, in *Enciclopedia Treccani, Atlante geopolitico*, 2012, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁷² J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., 568.

⁷³ Sia nel 1959 che nel 1962 si verificarono incidenti di frontiera tra i due Stati, cfr. *ivi*, pp. 640-655; W. R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 282.

⁷⁴ *Ivi*, p. 273.

⁷⁵ *Ivi*, p. 331.

⁷⁶ REDAZIONE, *Repubblica Democratica del Congo*, in *Conflitti dimenticati.it*, 2 gennaio 2018, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it; si evidenzia, altresì, l'autorizzazione all'uso della forza disposta dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite mediante la risoluzione n. 2098 del 2013 durante la missione di *peacekeeping* "MONUSCO", cfr. M. ARCARI, *Autorizzazioni all'uso della forza [dir. int.]*, in *Diritto on line*, 2014, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁷⁷ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 651.

⁷⁸ E. BIANCHI, *Gli Usa sganciarono sul Laos tante bombe come durante l'intera Seconda guerra mondiale*, in *ItaliaOggi*, 20 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo www.italiaoggi.it.

⁷⁹ G. BARBINA, G. CALCHI NOVATI, *Mozambico*, in *Enciclopedia Italiana, V Appendice*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, disponibile all'indirizzo www.treccani.it; M. SALVI, *Lettere dal Mozambico: dalla colonizzazione alla fine della guerra civile*, in *Lo Spiegone*, 26 novembre 2018, disponibile all'indirizzo www.lospiegone.com.

⁸⁰ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 627; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 111.

25. **Guerra di indipendenza della Namibia: Namibia – Sudafrica (1966-1989)**⁸¹;
26. La guerra civile cambogiana assunse i caratteri di conflitto armato tra Cambogia, Vietnam del Sud e USA – Khmer rossi, Vietnam del Nord, Vietcong e URSS (1967-1975)⁸²;
27. Invasione della Cecoslovacchia da parte dell'Armata Rossa e degli eserciti della RDT, della Bulgaria, dell'Ungheria e della Polonia, *c.d.* Primavera di Praga (1968)⁸³;
28. URSS – Cina (1969)⁸⁴;
29. Guerra del calcio: Honduras – El Salvador (1969)⁸⁵;
30. Vietnam del Sud e USA – Vietnam del Nord in Cambogia (1970)⁸⁶;
31. **Guerra di indipendenza bengalese: Pakistan Occidentale – India (1971)**⁸⁷;
32. Indonesia, Timor Est – Timor Ovest (1975)⁸⁸;
33. **Guerra del Sahara Occidentale: Marocco e Mauritania – Algeria e Fronte Polisario (1975-1989)**⁸⁹;
34. Ribelli della provincia del Katanga (Zaire) provenienti dall'Angola – Zaire e Marocco (1977)⁹⁰;
35. Guerra dell'Ogaden: Somalia – Etiopia e Cuba (1977-1978)⁹¹;
36. Guerra cambogiano-vietnamita: Cambogia – Vietnam (1978-1991)⁹²;
37. Uganda e Libia – Tanzania (1978-1979)⁹³;

⁸¹ Voce *Namibia*, in *Enciclopedia Treccani – Atlante geopolitico 2014*, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

⁸² M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 116.

⁸³ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 625; *53 anni fa l'inizio della Primavera di Praga: 5 cose da sapere su www.tg24.sky.it* del 5 gennaio 2021.

⁸⁴ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 264.

⁸⁵ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 771.

⁸⁶ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 265; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 116.

⁸⁷ Con annessa indipendenza del Pakistan Orientale, futuro Bangladesh: cfr. REDAZIONE, *Pakistan*, in *Conflitti dimenticati.it*, 10 aprile 2018, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

⁸⁸ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 275.

⁸⁹ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., pp. 757-758; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 319.

⁹⁰ *Ivi*, p. 316.

⁹¹ *Ivi*, pp. 322-323.

⁹² J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 784; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 401.

⁹³ REDAZIONE, *Uganda*, in *Conflitti dimenticati.it*, 2 maggio 2018, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

38. Guerra libico-ciadina: Ciad e Francia – Libia (1978-1989)⁹⁴;
39. Guerra sino-vietnamita: Cina – Vietnam (1979)⁹⁵;
40. URSS – Afghanistan (1979-1989)⁹⁶;
41. Guerra delle Falkland: Regno Unito – Argentina (1982)⁹⁷;
42. Invasione USA dello Stato di Grenada (1983)⁹⁸;
43. Sudafrica – Angola (1984)⁹⁹;
44. **Guerra dell’Agacher: Mali – Burkina Faso (1985)¹⁰⁰**;
45. Guerra del Nagorno Karabakh: Armenia – Azerbaijan (1988-1994)¹⁰¹; Guerra dei quattro giorni (2016); Seconda Guerra del Nagorno Karabakh (2020)¹⁰²;
46. Senegal – Mauritania (1989)¹⁰³;
47. Invasione USA dello Stato di Panama (1990)¹⁰⁴;

⁹⁴ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., pp. 760-761.

⁹⁵ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 402.

⁹⁶ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 707; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 284 e 389, 392; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 45.

⁹⁷ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 774; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 298; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 117; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 299.

⁹⁸ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 775; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 298; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 45.

⁹⁹ *Ivi*, p. 79.

¹⁰⁰ REDAZIONE, *Mali*, in *Conflitti dimenticati.it*, 26 gennaio 2017, disponibile all’indirizzo www.conflittidimenticati.it.

¹⁰¹ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 807; mentre W.R. KEYLOR fa risalire le ostilità dal 1990, *op. cit.*, 247.

¹⁰² REDAZIONE, *Nagorno-Karabakh*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 7 novembre 2021, disponibile all’indirizzo www.atlanteguerre.it.

¹⁰³ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 791.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 777.

48. **Guerra dei Balcani** nell'ex Jugoslavia dopo l'indipendenza della Slovenia (1991)¹⁰⁵, tra Serbia e Montenegro – Croazia, Bosnia ed Erzegovina¹⁰⁶ assunse carattere interetnico (1991-1995)¹⁰⁷;
49. Transnistria e Russia – Moldavia (1992)¹⁰⁸;
50. Russia – Cecenia (1994-2000)¹⁰⁹;
51. Camerun – Nigeria (1994)¹¹⁰;
52. Perù – Ecuador (1995)¹¹¹;
53. **NATO – Kosovo (1998-1999)**¹¹²;
54. Russia – Georgia (1999-2008)¹¹³;
55. - Guerra al terrorismo di Al Qaeda: Afghanistan – Coalizione guidata dagli USA, NATO (2001-2021)¹¹⁴;
- Lotta al terrorismo di Saddam Husayn nella Seconda guerra del golfo: Iraq – Usa, Regno Unito, Australia e Polonia (2003-2011)¹¹⁵;

¹⁰⁵ E l'indipendenza della Serbia, del Montenegro, della Macedonia, del Kosovo, della Bosnia Erzegovina, cfr. J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 730.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 731; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 382-383; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 129.

¹⁰⁷ Si evidenziano i bombardamenti degli USA e della Nato, cfr. A. COLOMBO, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 280 e 284; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 67.

¹⁰⁸ A. CIPOLLA, *Aria di guerra in Moldavia, cosa sta succedendo: la Transnistria sarà il nuovo Donbass?*, in *Money.it*, 27 aprile 2022, disponibile all'indirizzo www.money.it.

¹⁰⁹ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 357.

¹¹⁰ REDAZIONE, *Camerun*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, cit.

¹¹¹ M.S. MERLO, *La guerra aerea tra Perù ed Ecuador del 1995: la guerra guerreggiata*, in *Difesa Online*, 12 luglio 2017, disponibile all'indirizzo www.difesaonline.it.

¹¹² W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., pp. 384-385; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 132; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 77 e 109; Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, risoluzione n. 1244 del 10 giugno 1999, cfr. A. GIARDINA (a cura di), *Diritto internazionale e uso della forza, Atti del Convegno "Guerra e Costituzione"*, Roma, 12 aprile 2002, disponibile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹¹³ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 298.

¹¹⁴ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 394; M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, cit., p. 144; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 109.

¹¹⁵ Anche se ci sarà un cambiamento degli Stati a sostegno degli USA (Arabia Saudita e Giordania), cfr. *ivi*, pp. 67 e 109.

- Guerra al terrorismo islamico (Isis e Deash) in Siria, Iraq e Libia¹¹⁶;
- Guerra al terrorismo di Boko Haram in Nigeria (2009)¹¹⁷ e nel Camerun (2014)¹¹⁸;
- 56. Ciad – Sudan (2005)¹¹⁹;
- 57. NATO – Libia (2011)¹²⁰;
- 58. Guerra di Crimea: Ucraina – Russia (2014)¹²¹;
- 59. Guerra del Tigray: Etiopia ed Eritrea – Fronte di liberazione popolare del Tigray (2020)¹²²;
- 60. Venezuela – Colombia (2021)¹²³;
- 61. Kirghizistan – Tagikistan (2021)¹²⁴;
- 62. Russia – Ucraina (2022).

Le guerre civili dal 1945 fino ai nostri giorni

- 63. Cina (1946-1949)¹²⁵;
- 64. Grecia (1946-1949)¹²⁶;
- 65. Filippine: insurrezione armata contro il governo (1946-1954 e negli anni 60)¹²⁷;

¹¹⁶ C. EID, *Medio Oriente. La guerra al Califfato: ecco le città chiave*, in *Avvenire*, 29 dicembre 2015, disponibile all'indirizzo www.avvenire.it; A. VARVELLI, *La Libia post-Isis: i problemi continuano*, in *ISPI*, 24 agosto 2016, disponibile all'indirizzo www.ispionline.it.

¹¹⁷ F. MASTROIANNI, *Si fugge dalla guerra: ecco la mappa dei conflitti nel mondo*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 settembre 2018, disponibile all'indirizzo www.infodata.ilsole24ore.com.

¹¹⁸ REDAZIONE, *Camerun*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, cit.

¹¹⁹ REDAZIONE, *Ciad*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 18 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it.

¹²⁰ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., pp. 68 e 109.

¹²¹ *Ivi*, p. 49.

¹²² A. DE LUCA (red.), *Etiopia: Tigray, la guerra che il mondo non vuole vedere*, in *ISPI*, 14 maggio 2021, disponibile all'indirizzo www.ispionline.it.

¹²³ REDAZIONE, *Venezuela*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 10 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it.

¹²⁴ D. CANCARINI, *La guerra dell'acqua tra Kirghizistan e Tagikistan*, in *La Stampa*, 7 maggio 2021.

¹²⁵ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 460; W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 197.

¹²⁶ E. GOBETTI, *Grecia 1946, il massacro. Lo scontro dimenticato tra nazionalisti e rossi*, in *La Stampa*, 15 dicembre 2014.

¹²⁷ REDAZIONE, *Filippine*, in *Conflitti dimenticati.it*, 12 aprile 2017, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

66. **Yemen (1948¹²⁸, 1962-1969¹²⁹, 1986¹³⁰, 2010, 2011, 2014)**, la Guerra civile dello Yemen vede impegnata la coalizione guidata dall'Arabia Saudita e comprendente Marocco, Egitto, Sudan, Giordania, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Bahrain e Qatar (2015)¹³¹;
67. Costa Rica (1948)¹³²;
68. Myanmar (1948-1988, 2004, 2011, 2021)¹³³;
69. **Sudan (1955-1972, 1983-2003)**¹³⁴;
70. **Guatemala (1960-1996)**¹³⁵;
71. Zanzibar (1964)¹³⁶;
72. Colombia (1964-2016)¹³⁷;
73. **Repubblica Dominicana con intervento USA (1965)**¹³⁸;
74. Indonesia (1965)¹³⁹;

¹²⁸ F. BARBIERI, *Storia dello Yemen: dalla Prima Guerra Mondiale agli anni 50*, in *GlobalProject*, 19 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.globalproject.info.

¹²⁹ L. ZANOTTI, *Yemen: storia silenziosa di conflitti senza fine*, in *Orizzonti Politici*, 20 marzo 2019, disponibile all'indirizzo www.orizzontipolitici.it.

¹³⁰ D. FRANCESCHI, *La guerra civile nello Yemen, il ruolo di Arabia Saudita e Iran*, in *Storia in Network*, 1 novembre 2016, disponibile all'indirizzo www.storiain.net.

¹³¹ M. INDELICATO, *La guerra in Yemen spiegata*, in *InsideOver*, 12 luglio 2018, disponibile all'indirizzo www.it.insideover.com; A. CIPOLLA, *Guerra tra Arabia Saudita e Yemen: la storia della tragedia di cui nessuno parla*, in *Money.it*, 17 marzo 2022, disponibile all'indirizzo www.money.it.

¹³² K. CARBONI, *Pacific Republic of Costa Rica: senza esercito dal 1948*, in *Lo Spiegone*, 17 novembre 2017, disponibile all'indirizzo www.lospiegone.com.

¹³³ REDAZIONE, *Myanmar*, in *Conflitti dimenticati.it*, 26 gennaio 2017, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it; F. POLESE, *Guerra civile in Myanmar, la denuncia dell'Onu: «In corso crimini contro l'umanità»*, in *Osservatorio Diritti*, 23 marzo 2022, disponibile all'indirizzo www.osservatoriodiritti.it.

¹³⁴ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 761; A. SILVERIO, *Nazioni unite e guerra civile in Sudan*, in *Diritto.it*, 31 gennaio 2008, disponibile all'indirizzo www.diritto.it.

¹³⁵ REDAZIONE LA REPUBBLICA, *Guatemala, le origini del conflitto 36 anni di guerra civile e stermini*, 16 maggio 2013, disponibile all'indirizzo www.repubblica.it.

¹³⁶ F. LAMENDOLA, *Il genocidio di Zanzibar del 1964 venne ignorato perché infastidiva la vulgata marxista*, in *Nuova Italia Accademia Adriatica di Filosofia*, 26 novembre 2015, disponibile all'indirizzo www.accademianuivaitalia.it.

¹³⁷ REDAZIONE IL POST, *Cos'è stata la guerra civile in Colombia*, 8 ottobre 2016, disponibile all'indirizzo www.ilpost.it.

¹³⁸ Voce *Repubblica Dominicana*, in *Enciclopedia Treccani – Enciclopedia online*, disponibile all'indirizzo www.treccani.it.

¹³⁹ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 640.

75. **Ciad (1966, 1978-1979)**¹⁴⁰;
76. India (1967-2005)¹⁴¹;
77. Nigeria: guerra di secessione del Biafra (1967-1970¹⁴², 1982, 1999);
78. Irlanda del Nord (1969)¹⁴³;
79. Sri Lanka (1971-1983-1989-1990-2009)¹⁴⁴;
80. **Mozambico (1975-1992)**¹⁴⁵;
81. **Timor Est (1975)**¹⁴⁶;
82. Angola: Zaire e Sud Africa – Angola e Cuba (1975)¹⁴⁷;
83. **Libano (1975-1990)**¹⁴⁸;
84. Zimbabwe (1976-1979) con annessa dichiarazione d'indipendenza¹⁴⁹;
85. **Cambogia (1976-1978)**¹⁵⁰;
86. Uganda (1980)¹⁵¹;
87. **Burundi**: genocidio nel 1988, seguite da violenze (1994-2008)¹⁵²;
88. Haiti: colpo di stato (1988-1991)¹⁵³;
89. **Afghanistan (1989-1996-2021)**¹⁵⁴;

¹⁴⁰ REDAZIONE, *Ciad*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 18 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it.

¹⁴¹ REDAZIONE, *India*, in *Conflitti dimenticati.it*, 2 maggio 2018, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

¹⁴² J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 651; W. R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 310.

¹⁴³ P. PALUMBO, *La guerra segreta in Irlanda del Nord negli anni '70*, in *Difesa Online*, 2 febbraio 2018, disponibile all'indirizzo www.difesaonline.it.

¹⁴⁴ J.B. DUROSELLE, *Storia diplomatica dal 1919 ai nostri giorni*, cit., p. 765.

¹⁴⁵ M. SALVI, *Lettere dal Mozambico: dalla colonizzazione alla fine della guerra civile*, cit.

¹⁴⁶ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 274.

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 322, evidenzia l'interferenza di potenze straniere nella guerra civile dell'Angola.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 425.

¹⁴⁹ REDAZIONE IL POST, *L'indipendenza dello Zimbabwe, 40 anni fa*, in *Il Post*, 18 aprile 2020, disponibile all'indirizzo www.ilpost.it.

¹⁵⁰ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 401.

¹⁵¹ A. DI BELLO (ultimo aggiornamento), *Guerre e aree di crisi – Uganda*, in *IRIAD Review*, n. 9/2021, disponibile all'indirizzo www.archiviodisarmo.it.

¹⁵² REDAZIONE, *Burundi*, in *Conflitti dimenticati.it*, 18 maggio 2018, disponibile all'indirizzo www.conflittidimenticati.it.

¹⁵³ A. IACURCI, V. GALLO, S.M. ALESSANDRELLO, *Guerre e aree di crisi – Haiti*, in *IRIAD Review*, n. 9/2021, disponibile all'indirizzo www.archiviodisarmo.it.

¹⁵⁴ C. BERTOLOTI, *Dopo il ritiro Usa. Afghanistan: la guerra civile è iniziata a Herat*, in *ISPI*, 13 luglio 2021, disponibile all'indirizzo www.ispionline.it; P. MAURI, *La guerra civile in Afghanistan*, in *InsideOver*, 15 settembre 2021, disponibile all'indirizzo

90. **Liberia (1990-1997)**¹⁵⁵;
91. **Somalia (1991-2000-2006)**¹⁵⁶;
92. **Georgia (1991-1993)**;
93. **Algeria (1992-1999)**¹⁵⁷;
94. **Tagikistan (1992-1997)**¹⁵⁸;
95. **Genocidio del Ruanda (1994)**¹⁵⁹;
96. **Nepal (1996-2006)**¹⁶⁰;
97. **Albania (1997)**¹⁶¹;
98. **Sierra Leone (1997)**¹⁶²;
99. **Repubblica Centrafricana (2002-2022)**¹⁶³;
100. **Sud Sudan c.d. guerra del Darfur (2003)**¹⁶⁴;

www.it.insideover.com; in ordine all'autorizzazione all'uso della forza degli Stati membri delle Nazioni Unite mediante le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1386 del 20 dicembre 2001 e la n. 1510 del 2003, cfr. N. RONZITTI, *Afghanistan: la base giuridica della missione italiana*, in *Affari Internazionali*, 11 luglio 2006, disponibile all'indirizzo www.affarinternazionali.it.

¹⁵⁵ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 333.

¹⁵⁶ REDAZIONE, *Somalia*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 11 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it; inoltre, si veda la risoluzione n. 1816 del 8 giugno 2008 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che autorizzava l'adozione delle misure necessarie, quindi anche l'uso della forza militare, per contrastare la pirateria al largo delle coste somale, cfr. A. CALIGIURI, *Le misure di contrasto della pirateria nel mare territoriale somalo; osservazioni a margine della risoluzione 1816 (2008) del Consiglio di Sicurezza*, in *Il diritto marittimo*, 2008, pp. 1506 ss.

¹⁵⁷ W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 335.

¹⁵⁸ M. CHIARUZZI, C. MUZZI, D. ORIANI, *Il caso Tagikistan: guerra e pace al centro dell'Eurasia*, in *Limes*, n. 4/2000, disponibile all'indirizzo www.limesonline.it.

¹⁵⁹ I.L. GALGANO, *Ruanda: Il genocidio con tanti responsabili e pochi complici*, in *Geopolitica.info*, 27 giugno 2021, disponibile all'indirizzo www.geopolitica.info.

¹⁶⁰ REDAZIONE, *Nepal: guerra civile, insicurezza e fame*, in *Unimondo.org*, 9 dicembre 2003, disponibile all'indirizzo www.unimondo.org.

¹⁶¹ M. INDELICATO, S. DINOLFO, *Il blocco navale in Albania del 1997, spiegato*, in *InsideOver*, 28 settembre 2020, disponibile all'indirizzo www.it.insideover.com; giova evidenziare la missione di *peacekeeping* "ALBA" avallata dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 1101 del 28 marzo 1997, cfr. *1997 La missione ALBA nel quadro della FMP*, disponibile all'indirizzo www.carabinieri.it.

¹⁶² W.R. KEYLOR, *Un mondo di nazioni*, cit., p. 333.

¹⁶³ M. OPPIZZI, *Repubblica centrafricana, origini del conflitto*, in *La Repubblica*, 25 marzo 2015, disponibile all'indirizzo www.repubblica.it.

¹⁶⁴ M. INDELICATO, *Che cos'è la guerra del Darfur*, in *InsideOver*, 4 dicembre 2021, disponibile all'indirizzo www.it.insideover.com.

101. Thailandia (2004)¹⁶⁵;
102. **Costa d'Avorio (2010)**¹⁶⁶;
103. Libia (2011, 2014)¹⁶⁷;
104. **La guerra civile siriana** ha visto gli interventi di USA, Russia, Turchia, Iran, Israele, Arabia Saudita, Qatar e dei curdi (2011-2022)¹⁶⁸.

¹⁶⁵ REDAZIONE, *Thailandia*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 8 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it.

¹⁶⁶ REDAZIONE IL POST, *La guerra civile in Costa d'Avorio*, in *Il Post*, 30 marzo 2011, disponibile all'indirizzo www.ilpost.it.

¹⁶⁷ REDAZIONE, *Libia*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti del mondo*, 18 novembre 2021, disponibile all'indirizzo www.atlanteguerre.it; Cfr. Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, risoluzione n. 1973 del 2011, pt. 4, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it.

¹⁶⁸ V. CURATO, F. CARLINI, S. CAPRETTI, *Guerre e aree di crisi – Siria*, in *IRIAD Review*, n. 5/2019, disponibile all'indirizzo www.archiviodisarmo.it; E. CAPORALE, *Siria, la guerra dei dieci anni*, in *La Stampa*, 15 marzo 2021, disponibile all'indirizzo www.lastampa.it; I. SESANA, *Guerra in Siria: Paese in macerie dopo 10 anni di scontri e repressione*, in *Osservatorio Diritti*, 30 marzo 2021, disponibile all'indirizzo www.osservatoriodiritti.it.

Sulla sopravvenuta incompatibilità a Costituzione della delega amministrativa intersoggettiva*

CRISTINA NAPOLI**

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 189 del 7 ottobre 2021.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0189s-21.html.

Sommario: 1. Premessa. La discussa sopravvivenza della delega amministrativa intersoggettiva alla legge cost. n. 3/2001. – 2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. – 3. Verifiche ed osservazioni preliminari allo scrutinio nel merito da parte della Consulta. – 4. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nella Costituzione. – 5. La delega di funzioni amministrative tra enti territoriali dopo la legge cost. n. 3/2001 tra riflessione teorica e giurisprudenza costituzionale. – 5.1. Le argomentazioni a sostegno della compatibilità a Costituzione dell'istituto. – 5.1.1. Critica alle argomentazioni a sostegno della compatibilità a Costituzione dell'istituto. – 5.2. I precedenti della Corte costituzionale sull'utilizzo dell'istituto da parte del legislatore regionale. – 5.2.1. La sentenza n. 189/2021 e la delega quale strumento non più ordinario di allocazione delle funzioni amministrative. – 6. La semplificazione del “guazzabuglio” terminologico (ancora) in attesa della Carta delle autonomie. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 18 luglio 2022

Suggerimento di citazione

C. NAPOLI, *Sulla sopravvenuta incompatibilità a Costituzione della delega amministrativa intersoggettiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nella rivista *Le Regioni*.

** Ricercatrice t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”. Indirizzo mail: cristina.napoli@uniroma1.it.

1. Premessa. La discussa sopravvivenza della delega amministrativa intersoggettiva alla legge cost. n. 3/2001

Con la sentenza n. 189/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 6, comma 2, l.r. Lazio 9 luglio 1998, n. 27¹ nella parte in cui, come meglio si vedrà innanzi, le funzioni amministrative in materia di smaltimento e recupero dei rifiuti, già allocate dal legislatore statale a livello regionale ai sensi degli artt. 196 e 208 d.lgs. n. 152/2006, erano state delegate dal legislatore regionale ai comuni.

Il Giudice delle leggi con la pronuncia in commento torna ad occuparsi della delega di funzioni amministrative tra enti territoriali sulla cui (persistente) compatibilità a Costituzione la letteratura si è diffusamente soffermata. Le modificazioni apportate dal legislatore costituzionale del 2001 al testo elaborato in Assemblea costituente, infatti, hanno indotto la dottrina a mettere fortemente in discussione la sopravvivenza della delega amministrativa intersoggettiva e ciò in specie in considerazione della mancanza di qualsivoglia riferimento a quest'ultima all'interno dell'articolo – il 118 Cost. – appositamente dedicato alla allocazione delle funzioni amministrative tra gli enti territoriali, nonché del rinnovato rapporto tra potestà legislativa e potestà amministrativa di cui al combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost².

I rilievi teorici messi in evidenza dagli studiosi, esacerbati dalla successiva, discontinua ed incompleta, attuazione operata dal legislatore statale, hanno trovato composizione nella giurisprudenza costituzionale, la quale ha avuto occasione di intervenire, in specie con la pronuncia qui in commento, sull'utilizzo della delega di funzioni amministrative da parte del legislatore regionale.

¹ Recante *Disciplina regionale della gestione dei rifiuti*.

² Sulla delega amministrativa nella sua declinazione *intersoggettiva* v. F. FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1950; G. COLZI, voce *Delegazione amministrativa*, in A. AZARA, E. EULA (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1960, vol. V, pp. 351 ss.; G. MIELE, voce *Delega (diritto amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. XI, pp. 905 ss.; G. FAZIO, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Giuffrè, Milano, 1964; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 302 ss.; F. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, Giuffrè, Milano, 1970; U. POTOTSCHNIG, *La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, in *Foro amministrativo*, 1971, pp. 427 ss.; F. TESAURO, *Modello costituzionale e modello statutario della delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1973, pp. 173 ss.; G. BARONE, *L'amministrazione per delega*, in *Diritto e società*, 1974, pp. 751 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV Ed., Jovene, Napoli, 1984, pp. 233 ss.; M. CAMMELLI, voce *Delega amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, vol. X.

2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio

La Corte è stata chiamata dal T.a.r. Lazio a pronunciarsi sulla conformità all'articolo 117, comma 2, lett. s) Cost. dell'art. 6, comma 2, l.r. Lazio n. 27/1998 nella parte in cui prevede(va) che “[s]ono delegate ai comuni: [...] b) l'approvazione dei progetti degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione degli autoveicoli a motore e rimorchi, dalla rottamazione dei macchinari e delle apparecchiature deteriorati ed obsoleti e la relativa autorizzazione alla realizzazione degli impianti, nonché l'approvazione dei progetti di varianti sostanziali in corso di esercizio e la relativa autorizzazione alla realizzazione; c) l'autorizzazione all'esercizio delle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti di cui alle lettere a) e b)”³.

Il Tribunale rimettente, in particolare, nell'ambito di un giudizio di annullamento della determinazione dirigenziale con cui l'amministrazione di Roma Capitale aveva negativamente concluso la conferenza dei servizi decisoria indetta ai fini del rilascio in favore delle ricorrenti dell'autorizzazione all'esercizio delle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti pericolosi *ex art.* 208 d.lgs. n. 152/2006, ha ritenuto la questione relativa alla conformità a Costituzione della normativa regionale richiamata rilevante e non manifestamente infondata in ciò condividendo le deduzioni formulate sul punto nel primo motivo di ricorso.

Da un lato, infatti, con riguardo alla rilevanza, il giudice *a quo* ha osservato come la legittimità della norma attributiva del potere amministrativo esercitato dall'amministrazione capitolina e, quindi, la competenza di quest'ultima all'adozione degli atti impugnati nel giudizio principale assumessero carattere pregiudiziale rispetto alle ulteriori censure pure dedotte dalle ricorrenti, di modo che all'accoglimento della questione da parte del giudice costituzionale avrebbe necessariamente fatto seguito l'accoglimento del ricorso sotto questo profilo con assorbimento delle altre doglianze⁴.

³ Con due ordinanze di analogo tenore dell'8 luglio 2020; cfr. registro ordinanze 2020, nn. 181 e 185 (G.U. nn. 52 e 53, prima serie speciale, 2020).

⁴ Così p. 7 di entrambe le ordinanze di rimessione.

Il giudizio sulla rilevanza della questione effettuato dal T.a.r. Lazio, peraltro, è irrobustito dal richiamo alla Adunanza plenaria n. 15/2015 del Consiglio di Stato sul limite che il ricorrente incontra nella graduazione dei motivi di ricorso con riguardo al vizio di incompetenza.

Nell'ordinanza di rimessione, poi, il giudice *a quo* chiarisce come la disciplina indubbiata non possa considerarsi superata dalla disciplina contenuta all'interno del Codice dell'ambiente poiché la prima ha trovato una vera e propria convalida nella l.r.

Dall'altro lato, con riguardo alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* ricostruisce in via preliminare il contesto normativo di riferimento, ponendo l'accento sulla opzione formulata dal legislatore statale all'interno del d.lgs. n. 152/2006 per l'allocazione a livello regionale delle funzioni amministrative in materia di smaltimento e recupero dei rifiuti: così allocate le funzioni amministrative da parte dello Stato in esercizio della potestà legislativa esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., la successiva attribuzione (*rectius*, delega) di quelle medesime funzioni da parte del legislatore regionale al livello comunale introdurrebbe "un modello di distribuzione delle competenze decisionali che viola la riserva della competenza legislativa esclusiva statale", risultando sì pregiudicata quella omogeneità nella tutela della salute e dell'ambiente sull'intero territorio nazionale da conseguire anche in attuazione della normativa eurounitaria. In questo senso deporrebbe, altresì, anche l'art. 118 Cost. il quale nella sua vigente formulazione ha introdotto "un elemento di elasticità nell'attribuzione delle funzioni amministrative, correlato alle esigenze unitarie di esercizio 'sovraterritoriale' delle medesime" per il tramite dei criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nella distribuzione delle competenze⁵.

3. Verifiche ed osservazioni preliminari allo scrutinio nel merito da parte della Consulta

Lo scrutinio nel merito da parte della Corte costituzionale è preceduto da alcune verifiche ed osservazioni preliminari.

In primo luogo, la Consulta opera una rimodulazione delle censure per come formulate dal giudice rimettente limitando le medesime al riferimento alla sola lettera *b*), e non anche alla lettera *a*), contenuto nell'art. 6, comma 2, lettera *c*), della legge regionale censurata nella misura in cui, avendo i giudizi *a quibus* ad oggetto il diniego di autorizzazione alla realizzazione e gestione degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione di autoveicoli, il T.a.r. Lazio era chiamato a fare applicazione soltanto della lettera *b*) richiamata.

In secondo luogo, con riguardo al requisito della rilevanza, la Corte ritiene la motivazione del Tribunale rimettente sulla applicabilità delle disposizioni indubbiamente alla fattispecie concreta idonea a superare il controllo "esterno" proprio del giudice costituzionale: il vizio di competenza delle determinazioni dirigenziali impugnate nei giudizi principali è evidentemente sotteso alla eccezione di illegittimità costituzionale promossa, di tal che una decisione di accoglimento

Lazio 5 dicembre 2006, n. 23 la quale, apportando puntuali modificazioni alla legge regionale sottoposta a scrutinio di costituzionalità, si è limitata (soltanto) ad adeguare l'assetto organizzativo delle funzioni in materia di bonifica dei siti contaminati alle procedure previste all'interno del Codice medesimo.

⁵ Così p. 13 di entrambe le ordinanze di rimessione.

da parte della Consulta determinerebbe l'accoglimento dei ricorsi pendenti dinanzi al T.a.r. Lazio con assorbimento delle ulteriori censure pure formulate⁶.

Ritenuta ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata, in considerazione della motivazione ampia a sostegno del requisito, altresì, della non manifesta infondatezza, la Corte procede ancora in via preliminare ad una, spedita ma efficace, ricostruzione del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento. In questo senso, il fondamento della potestà allocativa non può che essere rinvenuto nella potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema cui, per giurisprudenza costituzionale consolidata, è ricondotta la disciplina della gestione dei rifiuti⁷: in linea generale, infatti, la competenza legislativa statale, anche in esecuzione degli obblighi comunitari, garantisce sull'intero territorio nazionale uniformità nel livello di tutela, fungendo al contempo da limite ad eventuali discipline regionali derogatorie e/o peggiorative⁸. Nel caso di specie, poi, venendo in considerazione una materia ontologicamente *trasversale*, alle regioni può essere riconosciuta una competenza legislativa propria “per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l'incidenza nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell'ambiente”⁹. Con riguardo, infine, alle scelte allocative operate dal legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. all'interno del Codice dell'ambiente, l'art. 196, comma 1 ha attribuito alle regioni la competenza all'approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione dei rifiuti, anche pericolosi, al rilascio dell'autorizzazione alle modifiche degli impianti esistenti e ancora al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero di rifiuti, anche pericolosi¹⁰, mentre l'art. 208 ha allocato ancora a livello regionale l'autorizzazione unica per i nuovi impianti di

⁶ Con riguardo, poi, alla persistente vigenza delle disposizioni censurate cui si è fatto cenno (cfr. *retro* nota n. 4) la Corte ritiene l'argomentazione del giudice rimettente idonea a sostenere la rilevanza della questione sollevata posto che “il controllo sull'attuale vigenza della norma sospettata di illegittimità costituzionale ‘spetta istituzionalmente al giudice comune e precede ogni possibile valutazione sulla legittimità costituzionale della medesima norma’, con la conseguenza che, ove il rimettente escluda espressamente, con affermazione non palesemente infondata, la ricorrenza di un fenomeno abrogativo, la Corte non può che rilevare come ‘ragioni essenziali di certezza del diritto impongano di scrutinare nel merito le questioni di legittimità costituzionale proposte’” (i riferimenti interni sono a Corte cost. nn. 272/2010 e n. 222/2007, e ancora a n. 33/2015).

⁷ Sul punto la Corte rammenta *ex multis* le sentenze nn. 86/2021 e 227/2020.

⁸ Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 58/2015.

⁹ La Corte nella sentenza in commento richiama le sentenze n. 86/2021, nn. 227, 214, 88/2020 e n. 289/2019.

¹⁰ Cfr. lett. *d*) ed *e*).

smaltimento e di recupero dei rifiuti dettagliando peraltro non poco il procedimento stesso¹¹.

4. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nella Costituzione

Può risultare opportuno brevemente rammentare la cornice costituzionale dei profili che vengono in questa sede in considerazione e ciò con riguardo alle disposizioni così come approvate in Assemblea costituente ed a quelle attualmente in vigore¹².

In tal senso, come è noto, il previgente testo dell'art. 118 Cost. prevedeva, al primo comma, che spettassero alle regioni le funzioni amministrative nelle materie elencate nel precedente art. 117, nelle quali le prime godevano di potestà legislativa concorrente. Da tale previsione era stato ricavato il c.d. *principio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative* in virtù del quale, in relazione ad un determinato ambito oggettivo, il soggetto competente a dettare la disciplina legislativa ne avrebbe necessariamente curato anche l'attuazione a livello amministrativo: da un lato, l'autonomia amministrativa regionale era da ricollegarsi all'ambito materiale prefissato in Costituzione all'art. 117 nei limiti in cui la potestà legislativa regionale non si ponesse in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre regioni; dall'altro, la potestà residuale statale avrebbe conseguentemente riguardato sia la legislazione che l'amministrazione¹³. In altri termini, con il principio richiamato non si sarebbe optato tanto e soltanto per una corrispondenza tra le due potestà, legislativa ed amministrativa, ma esso sarebbe stato indice della titolarità statale/regionale degli interessi pubblici sottesi alle materie elencate nell'art. 117 Cost.: tali interessi pubblici, detto altrimenti, avrebbero dovuto essere perseguiti sin dal momento della determinazione dell'indirizzo politico, per poi confluire nell'esercizio della potestà legislativa e, dunque, di quella amministrativa¹⁴. A ben guardare, tuttavia, se sotto il profilo della *titolarità* le funzioni amministrative sembravano dunque distinguersi in *proprie* dello Stato e *proprie* delle regioni, dal punto di vista dell'*esercizio*, il medesimo art. 118 Cost. non riproponeva in maniera rigida tale scissione, legittimando, al

¹¹ Cfr. art. 208, commi 1 e 3-20.

¹² Sul punto sia consentito rinviare a C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Giappichelli, Torino, 2011, in spec. capp. II, III, IV e V.

¹³ Per un'attenta ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale sul previgente art. 118 Cost. e sulle principali problematiche interpretative sorte con riferimento ad esso, v. ampiamente M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle regioni*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 18 ss.

¹⁴ Cfr. G. FALCON, *Art. 118, I comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1986, XXVI, pp. 230 ss.

contrario, talune deroghe al principio del parallelismo¹⁵. In questa misura, infatti, si prevedeva, al secondo periodo del primo comma, che, all'interno delle materie di competenza legislativa concorrente, le leggi della Repubblica potessero attribuire a province, comuni o altri enti locali funzioni amministrative ritenute di *interesse esclusivamente locale*; al secondo comma, che l'esercizio delle funzioni proprie dello Stato potesse essere *delegato* alle regioni (e da queste *subdelegato* agli enti territoriali minori ai sensi dell'art. 1, comma 3, n. 3, lett. *b*), legge n. 382/1975)¹⁶; al terzo comma, che le funzioni proprie delle regioni dovessero essere esercitate normalmente attraverso *delega* a province, comuni o altri enti locali ovvero mediante l'istituto dell'*avvalimento di uffici*¹⁷.

La riforma costituzionale del 2001 ha notoriamente inciso sulla relazione intercorrente tra potestà legislativa ed amministrativa in una data materia¹⁸,

¹⁵ Per una dettagliata analisi delle deroghe al principio del parallelismo delle funzioni, v. A. D'ATENA, voce *Funzione (Funzioni amministrative delle regioni)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, vol. XIV.

¹⁶ Sulle problematiche relative alla delega di funzioni statali, v. G. BERTI, *Funzioni statali delegate e controlli*, in *Le Regioni*, 1973, pp. 888 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti fra Stato e regioni*, in AA.VV., *Stato, Regioni ed Enti locali nella programmazione economica*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 149 ss.; N. MARZONA, *Delegazione amministrativa statale alle regioni*, in *Le Regioni*, 1976, pp. 865 ss.; L. VANDELLI, *Art. 118, II e III comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 278 ss.

¹⁷ In generale, sulla delega di funzioni regionali agli enti locali, v. M.S. GIANNINI, *Il decentramento amministrativo nel quadro dell'ordinamento regionale*, in AA. VV., *Atti del terzo convegno di studi giuridici sulla regione*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 185 ss.; M. CAMMELLI, *Osservazioni sulla delega di funzioni amministrative regionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1203 ss.; F. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, cit.; U. POTOTSCHNIG, *La delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, cit.; F. TESAURO, *Modello costituzionale e modello statutario della delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali*, cit.; G. ABBAMONTE, *La delega delle funzioni agli enti locali: aspetti finanziari*, in *Regioni e comunità locali*, 1976, pp. 11 ss.; F. CUOCOLO, *Aspetti della delega delle funzioni amministrative dalle regioni agli enti locali*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 635 ss.

¹⁸ Ciò, è noto, vale per le regioni ordinarie e non anche per quelle a statuto speciale. Gli statuti regionali della Valle d'Aosta, del Trentino Alto Adige, del Friuli Venezia Giulia, della Sicilia e della Sardegna, infatti, seguono ancora il principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative, il quale dovrebbe valere anche in relazione alle materie acquisite dalla potestà legislativa regionale speciale in forza dell'art. 10 legge cost. n. 3/2001. Con riguardo alla possibilità di estendere, in virtù dell'art. 10 appena richiamato, alle regioni a statuto speciale anche il novellato art. 118 Cost. v. Corte cost. 8 luglio 2004, n. 236 nella quale la Corte ha sostenuto che, in relazione alle competenze legislative che trovano il loro fondamento negli statuti speciali, il principio del parallelismo

ripartendo all'art. 117 Cost. la potestà legislativa in esclusiva dello Stato, concorrente dello Stato e delle regioni e residuale regionale negli ambiti materiali non espressamente individuati e di converso svincolando nell'art. 118 Cost. l'allocazione della funzione amministrativa ad un determinato livello di governo dalla titolarità della relativa potestà legislativa.

Al combinato disposto di cui agli artt. 117 e 118 Cost., infatti, è generalmente ricondotto un duplice effetto: il superamento del principio del parallelismo e la decostituzionalizzazione delle materie¹⁹.

In un senso, la regola del parallelismo delle funzioni risulta di fatto sostituita dal principio per cui, a prescindere dalla titolarità della potestà legislativa, le funzioni amministrative debbono essere preferibilmente esercitate dai comuni, a meno che esigenze di esercizio unitario non ne impongano una diversa allocazione che, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, può estendersi a tutti i livelli superiori di governo, compreso quello statale²⁰. Il legislatore costituzionale, in tal modo, confermando la competenza legislativa in capo agli enti territoriali di maggiori dimensioni e mostrando una preferenza per il livello comunale nell'esercizio del potere amministrativo, fa sì che la concentrazione presso lo stesso ente delle funzioni legislative e di quelle amministrative, che nel precedente modello rappresentava la regola, costituisca secondo quanto stabilito dall'art. 118 Cost. una vera e propria eccezione²¹: l'accoglimento in Costituzione del principio di sussidiarietà nella sua declinazione verticale importa una diversa distribuzione delle funzioni amministrative, le quali, al fine di privilegiare la vicinanza territoriale con i cittadini, spettano in primo

tra funzioni legislative e funzioni amministrative conserva la sua validità, diversamente dalle ulteriori funzioni legislative ad esse derivanti dal testo della Costituzione in virtù della clausola di maggior favore, per le quali è ritenuto applicabile l'art. 11 legge n. 131/2003, cosicché il trasferimento delle funzioni ha luogo secondo le modalità indicate dalle norme di attuazione e con la partecipazione delle commissioni paritetiche.

¹⁹ F.S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 399 ss.

²⁰ Cfr. A. D'ATENA, *Prime impressioni sul progetto di riforma del Titolo V*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 232 ss.

²¹ Ha avanzato perplessità sulla scissione tra potestà amministrativa e potestà legislativa prodotta dalla legge cost. n. 3/2001 M. CAMELLI, *Relazione*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le autonomie territoriali*, cit., pp. 89 ss. Ha invece negato che il principio di sussidiarietà abbia sostituito quello del parallelismo poiché tali due principi opererebbero su piani diversi R. BIN, *Il nuovo Titolo V: cinque interrogativi (e cinque risposte) su sussidiarietà e funzioni amministrative*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 gennaio 2002; ID., *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 365 ss.

luogo ai comuni, ormai da considerarsi «vero cuore amministrativo» della Repubblica²².

In altro senso, l'ambito delle funzioni amministrative non è più individuato in conformità ad un catalogo materiale prefissato in Costituzione, essendo bensì rimesso alle scelte del legislatore, statale e regionale²³: nell'art. 118 Cost., infatti, non sono predeterminati, attraverso il collegamento all'enumerazione di materie di cui all'art. 117 Cost., gli ambiti delle competenze, essendo delineate soltanto le procedure di assegnazione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo²⁴.

Il vigente art. 118 Cost., in definitiva, capovolge il criterio originario di distribuzione delle funzioni amministrative, che dall'alto della piramide dell'amministrazione muoveva verso il decentramento in periferia, collocando le funzioni amministrative «nel punto più basso dell'articolazione dei poteri amministrativi: quello primario dei Comuni e da lì ripartire verso l'alto» in applicazione del principio di sussidiarietà, temperato dalla differenziazione e dall'adeguatezza²⁵.

5. La delega di funzioni amministrative tra enti territoriali dopo la legge cost. n. 3/2001 tra riflessione teorica e giurisprudenza costituzionale

Benché l'art. 118 Cost. non contenga più riferimento alcuno all'istituto della delega, la dottrina si è a lungo interrogata sulla possibilità di considerare quest'ultimo strumento (ancora) costituzionalmente legittimo di allocazione delle funzioni amministrative, collocandosi in tempi relativamente recenti la giurisprudenza costituzionale che ha contribuito a far luce sui profili qui oggetto di approfondimento.

5.1 Le argomentazioni a sostegno della compatibilità a Costituzione dell'istituto

Tra le argomentazioni a sostegno della sopravvivenza della delega amministrativa intersoggettiva viene in considerazione innanzitutto il dato testuale: dall'art. 121, ultimo comma, Cost., non abrogato dalla legge cost. n. 3/2001, non potrebbe, in ogni caso, prescindersi, essendo dunque una disposizione costituzionale necessariamente valida ed efficace. A tale considerazione, peraltro, devono

²² Così G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Foro italiano*, 2001, V, p. 215.

²³ A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 180.

²⁴ Così F.S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali*, cit., p. 400.

²⁵ P. URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2003, p. 460.

aggiungersi i rilievi per cui, da un lato, il legislatore costituzionale del 2001 non ha mancato di intervenire, se ritenuto opportuno, sulle disposizioni già riformate nel 1999²⁶, e, dall'altro, le riforme della parte seconda della Costituzione bocciate dai *referendum* costituzionali del 25-26 giugno 2006 e 4 dicembre 2016 mantenevano inalterato l'art. 121 Cost. per quanto viene qui in considerazione.

In secondo luogo, potrebbe dirsi che, accogliendo di fatto la terminologia invalsa nella legislazione degli anni Novanta, la riforma del Titolo V abbia recepito non soltanto il riferimento formale al termine conferimento, ma anche la definizione del medesimo contenuta nella legge n. 59/1997²⁷.

Ancora, è stato sottolineato come centrale rilevanza assuma la previsione di cui all'art. 117, comma 6, Cost. ed in particolare il richiamo in essa contenuto alla "*delega alle Regioni*" la quale soltanto *prima facie* avrebbe riguardo alla potestà regolamentare dello Stato. In questo senso, autorevole dottrina si è interrogata sulle motivazioni che dovrebbero spingere lo Stato a demandare alle regioni la disciplina secondaria di una materia di propria competenza legislativa esclusiva, eventualmente anche conferendo, in ossequio al principio di sussidiarietà, le relative funzioni amministrative ad un ente locale. In tal modo ragionando, infatti, è stato ritenuto più opportuno ricollegare il riferimento alla *delega* a quella di funzioni amministrative: questa interpretazione, infatti, sarebbe da preferirsi avendo riguardo non soltanto allo stesso art. 117, comma 6, Cost. – in relazione al quale, altrimenti, si assisterebbe ad una potenziale triplicazione dei soggetti protagonisti nell'esercizio delle potestà normativa ed amministrativa²⁸ –, ma anche

²⁶ Il riferimento è all'art. 123 Cost. all'interno del quale la legge cost. n. 3/2001 ha aggiunto un ulteriore ed ultimo comma avente ad oggetto la necessaria previsione da parte degli statuti regionali del Consiglio delle autonomie locali.

²⁷ Secondo l'art. 1, comma 1, secondo periodo, legge n. 59/1997, infatti, "*Ai fini della presente legge, per conferimento si intende trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti...*". In questo senso, un avallo avrebbe potuto rinvenirsi nella sentenza n. 14/2004 della Corte costituzionale all'interno della quale la Consulta ha rilevato che "[l]'art. 117 Cost. e il tipo di riparto di funzioni fra Stato e Regioni [...] si pone [...] in linea di continuità con quanto era già previsto dal d.lgs. n. 112 del 1998" e, ancora, che il legislatore delegato del 1998 "[c]hiama dalla legge 15 marzo 1997, n. 59 a realizzare l'ampliamento delle autonomie nella misura massima consentita dalle norme costituzionali allora vigenti, impiegando la versatile figura organizzativa del conferimento, che può combinare trasferimento di funzioni e delega (sentenza n. 408 del 1998), ha ridotto l'ambito delle funzioni statali fino al minimo ipotizzabile...": in altri termini, pur riferendosi al conferimento effettuato dal d.lgs. n. 112 del 1998, la Corte è persa utilizzare una forma verbale estendibile anche al tempo in cui essa veniva a pronunciarsi.

²⁸ Ciò che si tende a rilevare, cioè, sono le difficoltà derivanti dal fatto che, diversamente interpretando l'art. 117, comma 6, Cost., in una medesima materia lo Stato potrebbe porre

al coordinamento ermeneutico tra il suddetto articolo, l'art. 118, commi 1 e 2 e l'art. 121, ultimo comma, Cost., poiché, potendo lo Stato delegare alle regioni determinate funzioni amministrative, verrebbe meno il monopolio normativo statale sulla materia di competenza esclusiva e, quindi, la regione potrebbe (anzi spesso dovrebbe) dettare una propria disciplina per l'esercizio di quelle funzioni amministrative. Con riferimento a tale disciplina regionale, piuttosto, potrebbe sorgere un diverso problema derivante dalla necessità di ricorrere alla via regolamentare ovvero dalla percorribilità di quella legislativa²⁹. In definitiva, a norma dell'art. 117, comma 6, Cost., lo Stato manterrebbe la potestà regolamentare «*soltanto* laddove abbia potestà legislativa esclusiva e *soltanto* se non decida di delegare le funzioni amministrative alle Regioni; in quest'ultima ipotesi, perde il potere regolamentare e si espande conseguentemente il potere normativo (se in forma di legge o di regolamento sarà lo Statuto regionale, oltre alle circostanze, a determinarlo)»³⁰: l'ipotesi della delega del potere regolamentare, in altri termini, avrebbe senso soltanto ove accompagnata dalla contestuale delega di funzioni amministrative, la quale, a sua volta, comporterebbe un ampliamento della potestà legislativa regionale³¹.

5.1.1 *Critica alle argomentazioni a sostegno della compatibilità a Costituzione dell'istituto*

Le richiamate argomentazioni a sostegno della persistente sopravvivenza della delega amministrativa intersoggettiva si ritiene debbano essere confutate.

Seguendo l'ordine di esposizione del paragrafo che precede, il riferimento alle funzioni amministrative delegate dallo Stato alle regioni, per quanto effettivamente contenuto all'interno dell'art. 121, ultimo comma, Cost., necessita di un opportuno raccordo con il vigente Titolo V della Costituzione e con i principi in esso contenuti.

Procedendo in tal senso, una prima incoerenza sembra rilevarsi nella circostanza per cui sulla base del nuovo dettato costituzionale soltanto allo Stato

la normazione primaria, le regioni la normazione secondaria ed, infine, gli enti locali eserciterebbero le funzioni amministrative.

²⁹ In altri termini, il principio di legalità e lo stesso statuto regionale potrebbero opporsi ad una disciplina regolamentare della funzione (amministrativa) delegata e richiedere, invece, una disciplina di rango legislativo: in questa prospettiva si riproporrebbe, pertanto, a tutti gli effetti il principio di parallelismo delle funzioni che, del resto, proprio dall'esigenza di legalità trae fondamento.

³⁰ Questo ragionamento è condotto da R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, p. 368.

³¹ R. BIN, *La funzione amministrativa*, in AA. VV., *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 114 ss.

sembrerebbe residuare la facoltà di delegare funzioni alle regioni: venuto meno, infatti, nell'art. 118 Cost. il riferimento all'istituto della delega come "*normale esercizio delle funzioni amministrative*" regionali, il legislatore costituzionale, non abrogando l'ultimo comma dell'art. 121 Cost., avrebbe demandato (esclusivamente) allo Stato la possibilità di rimanere titolare di una funzione amministrativa e di delegarne l'esercizio alle regioni, indicando contestualmente al capo dell'esecutivo regionale le "*istruzioni*" da seguire per l'esercizio stesso. Nessuna norma costituzionale, invece, fa riferimento alla medesima opportunità da parte delle regioni, le quali potrebbero, a differenza dello Stato, conferire funzioni ai sensi dell'art. 118, comma 2, Cost. e non anche delegarle. A dire il vero, tuttavia, tale ipotesi pare stridere con la *ratio* della disposizione da ultimo richiamata, nel senso che, dinanzi al tentativo di creare un'amministrazione prevalentemente locale, il legislatore costituzionale avrebbe poi deciso di lasciare aperto questo *canale preferenziale* soltanto tra Stato e regioni e non anche tra regioni ed enti locali. A ben guardare, tali considerazioni sembrano confermare che l'art. 121, ultimo comma, Cost. presupponga irriducibilmente la precedente configurazione dell'art. 118 Cost. ovvero, non soltanto la parallela possibilità per le regioni di delegare funzioni, ma anche e soprattutto l'esistenza di funzioni amministrative proprie statali all'interno delle quali delegare alle regioni e di funzioni amministrative proprie regionali alle quali aggiungere quelle delegate dallo Stato e nessuna di tali condizioni caratterizza il vigente modello di amministrazione.

Ancora, interpretando l'art. 121, ultimo comma, Cost. alla luce del vigente art. 118 Cost. e dei principi allocativi in esso contenuti, l'unica strada percorribile per attribuire un senso alla disposizione sembrerebbe quella per cui il legislatore statale, all'interno delle materie di potestà legislativa esclusiva, per esigenze di esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, decida di allocare le relative funzioni amministrative a livello statale e, al contempo, di avvalersi, comunque, della "collaborazione" delle regioni. In tale ipotesi ricostruttiva, tuttavia, pare ravvisarsi una palese contraddizione in termini nella misura in cui lo Stato, dopo aver ritenuto soltanto il livello di governo da sé medesimo rappresentato adeguato per l'esercizio di quella determinata funzione amministrativa, dovrebbe in seguito decidere di rinunciare allo stesso, pur rimanendone titolare, a favore delle autonomie regionali³²: la flessibilità che caratterizza il vigente art. 118 Cost., in altri termini, non esclude per nulla che, là dove comprovate (successive) ragioni consentano l'allocazione di funzioni statali ad un livello più basso, anche soltanto regionale, a tale (nuova) allocazione si possa comunque procedere.

³² Su questi aspetti v. T. MARTINES, A. MORELLI, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 246.

Venendo all'ipotesi di considerare accolti, oltre al termine "conferimento", anche la definizione di esso fornita dalla legge c.d. Bassanini, se non può negarsi che il legislatore abbia certamente recepito la terminologia ivi inaugurata e confermata già nella legge n. 265/1999 prima e nel d.lgs. n. 267/2000 poi, è pur vero, tuttavia, che tali fonti primarie in passato assumessero un determinato significato in quanto inserite in un contesto costituzionale del tutto diverso da quello attuale: in altri termini, non può pretendersi che, una volta costituzionalizzate per contenuto e per principi ispiratori talune innovazioni legislative degli anni novanta, permanga il significato che quelle stesse disposizioni venivano ad assumere in passato in quanto interpretate in maniera conforme ad un impianto costituzionale oggi profondamente differente, posto che, in questa ipotesi, nessuna riforma costituzionale sarebbe stata, di fatto, necessaria.

Ancora, non intendendo indugiare oltremodo su quanto pur emerge dalla legge n. 59/1997 e cioè che, ai sensi del primo comma dell'art. 1, la definizione ivi fornita valesse "[a]i fini della presente legge", si concorda con l'opinione di chi ha considerato azzardata la citata ipotesi ricostruttiva nella misura in cui «non è corretto forzare l'interpretazione di norme costituzionali basandosi su disposizioni legislative ordinarie»³³, peraltro, nel caso in esame, antecedenti rispetto alla disposizione costituzionale da interpretare.

Infine, la lettura proposta dell'art. 117, comma 6, Cost. sembra forzare oltremodo il dato letterale il quale – verrebbe da dire inequivocabilmente – sembra riferirsi alla (sola) *delega* di potere regolamentare³⁴ e ciò in disparte la considerazione per cui, poste le considerevoli difficoltà di coordinamento sistematico della delega all'interno dei nuovi principi in tema di titolarità ed esercizio delle funzioni amministrative, sarebbe forse auspicabile che qualsivoglia argomentazione a sostegno della sopravvivenza dell'istituto fosse rinvenuta all'interno della disposizione precipuamente dedicata alla potestà amministrativa statale, regionale e locale e non (soltanto) in altre dalle quali si pretende di derivare opzioni concettuali incompatibili con la formulazione dell'art. 118 Cost.

Peraltro, la principale difficoltà cui tale ricostruzione tenderebbe a rimediare – la tripartizione, cioè, dei soggetti territoriali potenzialmente coinvolti, con esercizio della potestà legislativa statale da parte dello Stato, di quella regolamentare da parte delle regioni e di quella amministrativa da parte degli enti locali – non verrebbe, comunque, meno nell'ambito delle materie di potestà legislativa

³³ In questo senso, v. A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, p. 1315.

³⁴ G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, p. 392, efficacemente rileva la «spontaneità del testo», seguendo il quale non potrebbe che riferirsi la delega alla stessa potestà regolamentare.

concorrente, all'interno delle quali le regioni, sulla base dei principi fondamentali stabiliti con leggi dello Stato, provvedono all'emanazione della normativa legislativa di dettaglio, a quella regolamentare, pur potendo (o forse dovendo) allocare le funzioni amministrative al livello locale di governo.

In ogni caso, è stato autorevolmente sostenuto come la tesi, pur avendo il pregio di riuscire a restituire un senso al quarto comma dell'art. 121 Cost., incorra, tuttavia, in altra incongruenza: non vincolando più la Costituzione la titolarità di alcuna funzione amministrativa, infatti, la *delega*, se fatta con legge, finirebbe per perdere «ogni elemento di tipicità, e non si distingue[rebbe] più dal semplice “conferimento”», cosicché l'inciso “*salva la delega*” sarebbe rivolto «ad evitare che la spettanza, in ipotesi “necessaria”, del potere regolamentare allo Stato po[ssa] essere intesa come un limite al legislatore statale, che può invece disciplinare la materia esclusiva come crede, anche attribuendo alle Regioni poteri normativi oltre che amministrativi»³⁵.

A ciò si aggiunga che, venendo meno il principio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative, non ci sarebbe alcun bisogno di ricorrere alla delega per consentire nelle materie di potestà legislativa esclusiva il conferimento di funzioni amministrative alle regioni, già perseguibile mediante il ricorso a quanto previsto dal primo comma dell'art. 118 Cost.; in questa misura, peraltro, non sarebbe necessario «forzare l'interpretazione del sesto comma dell'art. 117 al fine di consentire per via di delega ciò che è pienamente praticabile in via di conferimento per tutte le funzioni amministrative *secondo le rispettive competenze*»³⁶.

5.2 I precedenti della Corte costituzionale sull'utilizzo dell'istituto da parte del legislatore regionale

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001 ed in attesa della sua attuazione legislativa, la Corte costituzionale non si è trovata a direttamente trattare la tematica qui in argomento, essendo, piuttosto, rinvenibili pronunce in cui il riferimento al previgente quadro costituzionale – e, quindi, all'istituto della delega di funzioni – rilevasse meramente ai fini dell'individuazione delle diversità puntuali e di sistema rispetto al vigente assetto costituzionale³⁷ ovvero pronunce in cui talune leggi di delega di funzioni amministrative assurgessero sì ad oggetto del giudizio di costituzionalità per

³⁵ G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali*, cit., p. 392, nota 1.

³⁶ A. FERRARA, *L'incerta collocazione dell'ordinamento degli enti locali tra federalismo e municipalismo e il nodo delle “funzioni fondamentali”*, in *federalismi.it*, n. 5/2004, p. 12.

³⁷ In questo senso, v. sentenze nn. 43, 69, 70, 71, 72 e 73/2004.

quanto esaminate, *ratione temporis*, in riferimento al testo costituzionale per come approvato in Assemblea costituente³⁸.

Venendo alle occasioni in cui la Consulta ha affrontato la questione teorica di fondo che è in questa sede oggetto di approfondimento, non sorprende come esse abbiano riguardato l'allocazione delle funzioni amministrative operata dal legislatore regionale, posto che nell'ambito dei (rari) provvedimenti legislativi statali successivi al 2001 che hanno inteso incidere sul sistema delle autonomie l'istituto della delega non risulta essere stato declinato quale strumento allocativo ordinario di funzioni amministrative³⁹.

Pare il caso di segnalare a questo proposito due pronunce.

La prima è la n. 187/2011 con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 7, l.r. Marche n. 16/2010 nella parte in cui, novellando l'art. 4 l.r. n. 24/2009, attribuiva ai comuni la cura delle procedure relative all'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico, nonostante l'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 182/2003 allocasse la richiamata funzione amministrativa a livello regionale. Poiché la disciplina dei rifiuti è per giurisprudenza costituzionale costante riconducibile all'ambito materiale di cui alla lettera s) dell'art. 117, comma 2, Cost.⁴⁰, la Consulta precisa

³⁸ Cfr. sentenze nn. 282/2004 e n. 364/2010.

³⁹ In questo senso il riferimento è alla legge n. 131/2003 ed alla legge n. 56/2014. Con particolare riguardo a quest'ultima, a parere di chi scrive, il richiamo alla delega contenuto al comma 44 dell'articolo unico è da intendersi come sinonimo di generica allocazione di funzioni amministrative; quale sinonimo di avalimento di uffici, invece, pare potersi interpretare il richiamo alla delega contenuto nel comma 11, lett. b) ultimo inciso, nonché nel comma 89.

Quanto segnalato non può peraltro ritenersi "smentito" dalla legge n. 42/2009, la quale, all'art. 27, dopo aver stabilito, al primo comma, che le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano debbano concorrere al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all'esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno ed all'assolvimento degli obblighi posti dall'ordinamento comunitario, precisa, al terzo comma, che ciò debba avvenire "*anche mediante l'assunzione di oneri derivanti dal trasferimento o dalla delega di funzioni statali alle medesime regioni a statuto speciale e province autonome ...*": tale richiamo, infatti, non rileva con riguardo ai profili esaminati nella misura in cui, come già visto, per le regioni speciali continua ad applicarsi la disciplina contenuta nei relativi statuti improntati, ora come allora, al principio del parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative il quale della delega rappresenta il presupposto giuridico.

⁴⁰ La difesa resistente, diversamente, aveva provato a sostenere la riconducibilità della disciplina legislativa indubbiata alla potestà legislativa concorrente in materia di "*porti e aeroporti civili e alle grandi reti di trasporto e navigazione*" muovendo dal luogo in cui il rifiuto è prodotto – all'interno di una nave nel corso del tragitto dal porto di partenza a quello di arrivo – anziché (soltanto) dalla circostanza che di rifiuto si tratta.

che la scelta allocativa effettuata dal legislatore regionale in difformità rispetto a quella compiuta dal legislatore statale determina l'illegittimità costituzionale della prima, non essendo rinvenibile alcuna legittimazione della regione ad intervenire sulla disciplina in materia di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti in senso modificativo rispetto a quanto delineato dal legislatore statale per quanto stabilito dagli artt. 196 e 199 d.lgs. n. 152/2006⁴¹.

La seconda è la n. 159/2012 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 l.r. Toscana n. 41/2011, nella parte in cui, sostituendo integralmente l'art. 6 *ter* l.r. n. 25/1998, stabiliva che all'espletamento delle procedure per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi e dei residui del carico provvedesse la comunità d'ambito in avvalimento e per conto della Autorità marittima. La Corte, rammentando la inderogabilità da parte del legislatore regionale di quanto già stabilito dal legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., sottolinea come, nel caso di specie, la disposizione censurata, non soltanto ha allocato la funzione diversamente da quanto previsto dal legislatore statale, ma altresì ha individuato una nuova competenza della autorità marittima in violazione dell'art. 117, comma 2, lett. g) Cost. in considerazione della sicura riconducibilità di tale struttura alla organizzazione dello Stato.

5.2.1 La sentenza n. 189/2021 e la delega quale strumento non più ordinario di allocazione delle funzioni amministrative

Con la sentenza n. 189/2021 la Corte costituzionale, diversamente rispetto alle pronunce innanzi richiamate, si sofferma diffusamente sulla questione teorica sottesa alla fattispecie sottoposta alla propria attenzione, sottolineando come la circostanza per cui l'art. 118 Cost. non contenga più alcun riferimento alla delega di funzioni amministrative regionali non possa che determinare l'impossibilità di configurare l'istituto stesso "come ordinario strumento di allocazione di competenze da parte del legislatore regionale" in particolare in considerazione delle divergenze tra l'assetto ordinamentale originario e quello derivante dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001.

⁴¹ La Corte sottolinea, difatti, come dalle due disposizioni richiamate non derivi alcuna facoltà per le regioni di riallocare con proprio atto legislativo al comune la funzione amministrativa di cui all'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 182/2003, posto che l'art. 196 prevede l'assegnazione alle regioni della predisposizione, dell'adozione e dell'aggiornamento dei piani di gestione dei rifiuti, nonché della regolamentazione della attività di gestione dei rifiuti stessi, mentre l'art. 199 prevede che nel piano regionale di gestione dei rifiuti sia trattata anche la questione dei "flussi di rifiuti disciplinati da una normativa comunitaria specifica".

Nel primo, ove la distribuzione delle competenze legislative e amministrative tra Stato e regioni supponeva una “presunzione di adeguatezza” del relativo livello di governo all’esercizio di quella determinata funzione, l’istituto della delega, “comportando la scissione tra titolarità ed esercizio della funzione, rispondeva a un’essenziale esigenza di flessibilità”, così garantendo lo svolgimento delle funzioni amministrative da parte dell’ente più idoneo dinanzi ad un’inadeguatezza in concreto dell’ente per come individuato dal Costituente: pur mantenendo inalterata l’intestazione soggettiva delle funzioni, veniva ad essere modificato l’assetto sul piano operativo, al momento, cioè, dell’adozione degli atti conseguenti alle funzioni⁴². Del resto, la richiamata presunzione di adeguatezza, prestabilita in Costituzione, (soltanto) del livello di governo statale ovvero regionale all’atto pratico non poteva che mostrarsi difficilmente applicabile in maniera severa, soprattutto in considerazione dei cambiamenti economici e sociali che necessariamente si manifestano nella loro concretezza e dinamicità. I soggetti istituzionali titolari delle funzioni, pertanto, erano chiamati ad utilizzare lo strumento della delega nei confronti degli enti di minori dimensioni là dove, avendo riguardo alle risorse disponibili ed agli obiettivi da raggiungere, l’ambito territoriale individuato come competente in via teorica e generale dal testo costituzionale si rivelasse inadeguato in relazione alle specifiche caratteristiche degli interventi da realizzare all’interno di una determinata realtà sociale. In tal modo il delegante, pur mantenendo in capo a sé medesimo la titolarità di una determinata funzione, ne demandava “a tempo indeterminato” il relativo esercizio ad un altro soggetto, delegato, considerato evidentemente più idoneo a curare quel determinato interesse pubblico in quel determinato contesto storico: la delega si fondava, pertanto, su una valutazione di maggiore adeguatezza di un ente territoriale di minore dimensione, non titolare della funzione amministrativa sulla base del testo costituzionale, a garantire il migliore perseguimento dell’interesse pubblico⁴³.

Nel secondo, è la stessa allocazione delle funzioni amministrative da parte del legislatore statale o regionale a fondarsi su di una “valutazione di adeguatezza” dell’ente individuato come destinatario della competenza amministrativa: pur risultando espressa una “preferenza” per l’esercizio comunale delle funzioni amministrative, lo Stato e le regioni, all’interno dei rispettivi ambiti materiali di competenza, ben possono diversamente allocare le medesime funzioni sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, per assicurarne

⁴² In questo senso acutamente già Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 2342.

⁴³ Ancora Q. CAMERLENGO, *ivi*, p. 2343.

l'esercizio unitario⁴⁴. In altri termini, l'aspetto maggiormente innovativo del vigente art. 118 Cost. è proprio «l'eliminazione di qualunque titolarità costituzionale (statale o) regionale *a priori* di funzioni amministrative e la codificazione costituzionale di un nucleo di principi che nel testo sono espressi con le parole sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza»⁴⁵. Il principio che permea il primo comma dell'art. 118 Cost., infatti, è da rinvenirsi nella *teoria della dimensione degli interessi*, in virtù della quale il legislatore, statale o regionale, attribuisce la titolarità di una determinata funzione amministrativa ad un dato ente di governo a seconda che l'interesse da curare abbia una dimensione rispettivamente locale, regionale ovvero nazionale, ed in tale operazione è necessario privilegiare quanto più possibile il livello locale, e segnatamente quello comunale⁴⁶. E proprio in ciò si apprezza maggiormente la differenza oggi riscontrabile tra gli artt. 117 e 118 Cost., l'uno basato su un criterio rigido, quale l'elencazione delle materie da ripartire tra legislatore statale e legislatore regionale, l'altro su un criterio caratterizzato dalla massima elasticità, quale, appunto, la dimensione degli interessi nell'ambito delle diverse materie⁴⁷.

Posto che l'organizzazione e la regolazione mediante atto legislativo dell'agire amministrativo costituiscono (mera) espressione del principio di legalità e, al contempo, che l'adozione della fonte di primo grado non può che spettare all'ente, Stato o regioni, secondo le rispettive competenze, «il soggetto titolare del potere di provvedere su determinati interessi» attraverso l'istituto della delega «conferisce ad altro soggetto la legittimazione ad adottare atti che rientrano nella propria sfera di attribuzione, così dando luogo a una competenza di carattere derivato, ancorché limitata al solo esercizio della funzione e non incidente sulla sua titolarità»: ne consegue che l'alterazione della competenza che la delega determina non può prescindere dalla «titolarità originaria, in capo al conferente, del potere che ne forma oggetto» e, al contempo, dalla «espressa previsione e delimitazione ad opera della stessa fonte normativa che attribuisce la competenza a delegare»⁴⁸.

In tal modo argomentando, nelle materie di cui all'art. 117, comma 2, Cost. soltanto il legislatore statale è legittimato all'allocazione delle funzioni

⁴⁴ Punto 6.2.1. del Considerato in diritto.

⁴⁵ Così G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali*, cit., p. 393.

⁴⁶ A questo proposito, v. V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (diritto amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, vol. XXX, p. 2.

⁴⁷ Così V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionali dei pubblici poteri*, in ID. (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del titolo V della Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 48, disponibile all'indirizzo www.astridonline.it.

⁴⁸ Punto 6.1. del Considerato in diritto.

amministrative e là dove questi abbia, in ossequio ai principi di cui all'art. 118, comma 1 Cost., inteso allocare la funzione amministrativa a livello regionale non può che intendersi preclusa al legislatore regionale una nuova e diversa allocazione da cui inevitabilmente deriverebbe una modifica della distribuzione delle competenze per come delineata dal legislatore statale. In questa misura, la disposizione indubbiata, delegando al livello comunale le funzioni amministrative collocate a livello regionale con legge statale, ha inciso sulla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, posta peraltro a tutela di un bene di primario interesse, l'ambiente⁴⁹.

6. La semplificazione del “guazzabuglio” terminologico (ancora) in attesa della Carta delle autonomie. Considerazioni conclusive

Rimanendo in attesa dell'emanazione da parte del legislatore statale di una disciplina organica in materia di autonomie territoriali adottata in attuazione del Titolo V riformato, la sentenza n. 189/2021, pur arrivando dopo un ventennio dall'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001, contribuisce sensibilmente a far ordine all'interno del c.d. “guazzabuglio terminologico” generatosi in Costituzione con riguardo alle categorie di funzioni amministrative⁵⁰, il quale risulta dunque semplificato dalla eliminazione di quelle “delegate”.

Con le modifiche apportate nel 2001 i soggetti titolari della potestà legislativa individuano essi stessi il livello territoriale di governo che, ritenuto “idoneo” a svolgere una determinata funzione amministrativa sulla base dei principi di cui all'art. 118, comma 1, Cost., ne diventa conseguentemente titolare: la Carta costituzionale, pur ammettendo una preferenza per l'esercizio comunale delle funzioni, non imprime, diversamente rispetto al passato, un'intestazione teorica e generale delle funzioni amministrative in termini di titolarità, rimettendo, piuttosto, l'identificazione dell'ente territoriale più adeguato alle scelte del legislatore, statale o regionale, la cui discrezionalità risulta condizionata (esclusivamente) dal rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza⁵¹. Il rinvio operato dal primo comma dell'art. 118 Cost. alle valutazioni

⁴⁹ Poiché soltanto a seguito dell'entrata in vigore del Codice dell'ambiente il riparto di funzioni amministrative nelle materie di cui all'art. 117, comma 2, lett. p) ha trovato concreta attuazione, l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata è fatta decorrere dal 29 aprile 2006, data di entrata in vigore degli artt. 196 e 208 d.lgs. n. 152/2006.

⁵⁰ Così S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 187.

⁵¹ In questo senso, v. P. CARETTI, *Le funzioni amministrative tra Stato, Regioni e autonomie locali*, in ID., *Stato, Regioni, Enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 152, il quale esclude che vi sia ancora spazio per la vecchia distinzione tra funzioni *proprie* e funzioni *delegate*,

concrete dei soggetti titolari della potestà legislativa e, soprattutto, il fatto che gli stessi debbano attenersi ai principi in esso contenuti inducono ad escludere che possano residuare ipotesi di dissociazione tra titolarità ed esercizio delle funzioni amministrative⁵². Ed a ciò non può obiettarsi che la disposizione da ultimo richiamata faccia riferimento alle esigenze di unitario *esercizio* – dal che potrebbe derivarsi un'eventuale dissociazione rispetto alla titolarità – poiché l'«*esercizio unitario*» costituisce uno dei criteri per l'allocazione della funzione⁵³ e dunque «solo il presupposto per l'attribuzione della competenza ad un livello più elevato ed attiene perciò al momento della definizione di chi ne sia titolare, non dei modi di esercitarla»⁵⁴.

Sulla base del dettato costituzionale vigente risulterebbe contraddittorio individuare un certo ente come soggetto titolare di una determinata funzione, e, contemporaneamente o successivamente, delegarne l'esercizio ad un altro soggetto perché più adeguato: «il riconoscimento dell'adeguatezza», infatti, «comporta, quale soluzione immediatamente ascrivibile al canone della sussidiarietà, l'attribuzione della titolarità»⁵⁵. Se la delega di funzioni amministrative trovava ragion d'essere in un sistema fondato sul parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative all'interno del quale soltanto lo Stato e le regioni risultavano titolari della potestà amministrativa, non può altrettanto dirsi in

dal momento che gli strumenti ordinari di esercizio delle funzioni a livello regionale, ossia l'utilizzazione degli uffici e la delega di funzioni, fuoriescono dal quadro disegnato dal legislatore costituzionale del 2001.

⁵² Alla medesima soluzione – dell'inapplicabilità dell'istituto della delega nella sua tradizionale impostazione – si giungerebbe, in ogni caso, anche là dove si ammettesse che il primo comma dell'art. 118 Cost., disponendo che «*le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni*», abbia stabilizzato in capo ad essi la *titolarità* in via teorica, comportando, cioè, che il relativo *esercizio* possa configurarsi come mobile in virtù delle esigenze di unitarietà. Si vuol dire, cioè, che nel previgente sistema costituzionale, in ipotesi di sperimentata inadeguatezza dell'ente territoriale dal testo costituzionale individuato come titolare della funzione amministrativa (Stato o Regioni), pur rimanendo «fissa» in capo a questi ultimi la titolarità della funzione, l'esercizio «scendeva» a livello più basso ritenuto all'atto pratico «adeguato» al perseguimento di quel determinato interesse pubblico; nel sistema amministrativo attualmente vigente, invece, qualora l'ente comunale venisse immaginato come *titolare* della generalità delle funzioni amministrative per espressa previsione costituzionale, la dissociazione con il relativo *esercizio* seguirebbe un moto del tutto differente: non più, evidentemente, «verso il basso», bensì «verso l'alto», il che sembrerebbe contraddire e non poco la *ratio* stessa dello strumento della delega sì come immaginato dal Costituente.

⁵³ In questo senso A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, cit., p. 191.

⁵⁴ Così M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, p. 1302, nota n. 43.

⁵⁵ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, cit., p. 2343.

relazione al dettato costituzionale vigente, il quale, procedendo in senso opposto quanto all'allocazione dei poteri amministrativi, determina la distribuzione di titolarità attraverso la scelta dell'ente più adeguato che, una volta identificato come tale, diviene necessariamente titolare della funzione amministrativa che è chiamato concretamente ad esercitare.

A tali considerazioni, relative precipuamente ai meccanismi operativi della delega, se ne aggiungono altre, di carattere prevalentemente sistematico ed in parte già rammentate, in forza delle quali l'idea che il governo della Repubblica possa impartire "istruzioni" al Presidente della Regione pare stridere, prima ancora che con lo spirito della legge cost. n. 3/2001, con la legge cost. n. 1/1999, dalla quale la figura del presidente della giunta nella forma di governo regionale è uscita significativamente rafforzata⁵⁶.

Pare allora di poter concludere che l'istituto della delega di funzioni amministrative risulta incompatibile con il vigente assetto costituzionale in tema di individuazione e distribuzione dei compiti amministrativi⁵⁷ e, ancora, che la previsione contenuta nell'art. 121, ultimo comma, configuri un sostanziale difetto di coordinamento tra le due citate leggi costituzionali⁵⁸ il quale ha generato un'antinomia che deve essere superata attraverso il ricorso al criterio della successione delle leggi (costituzionali) nel tempo.

⁵⁶ T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2005 p. 244, dove si sottolinea, peraltro, come, già vigente l'originario testo costituzionale, le indicazioni che l'ente delegante era abilitato a dare al delegato si consideravano comunque circoscritte, così da tutelare l'autonomia costituzionalmente riconosciuta all'ente delegato.

⁵⁷ Sull'inesistenza di funzioni amministrative delegate, v. anche A. D'ATENA, *Le Regioni dopo il big bang. Il viaggio continua*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 37.

⁵⁸ In questo senso A. CORPACI, *La revisione del Titolo V*, cit., p. 1315; A. FERRARA, *L'incerta collocazione dell'ordinamento degli enti locali*, cit., p. 12; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 221.

Perché dico no al presidenzialismo

ENZO CHELI*

Sommario: 1. Il percorso carsico del presidenzialismo italiano. 2. Prima ragione dell'insuccesso storico del presidenzialismo italiano. 3. Il progetto di riforma costituzionale proposto da "Fratelli d'Italia". 4. Alcuni rilievi critici sul progetto. 5. Il metodo seguito dalla Costituente italiana per la scelta del governo parlamentare. 6. L'obiettivo ideologico perseguito dal progetto proposto da "Fratelli d'Italia". 7. Valutazione del progetto alla luce delle caratteristiche attuali del nostro sistema politico. 8. Sintesi dei motivi che inducono oggi a rifiutare la prospettiva presidenziale.

Data della pubblicazione sul sito: 7 settembre 2022

Suggerimento di citazione

E. CHELI, *Perché dico no al presidenzialismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Vicepresidente emerito della Corte costituzionale; professore ordinario a riposo di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze. Indirizzo mail: e.cheli@virgilio.it.

1. Il percorso carsico del presidenzialismo italiano

Il presidenzialismo, nell'arco della nostra storia repubblicana, è stato un tema carsico che ha attraversato sotto traccia l'intero percorso di questa storia per emergere, di volta in volta, in congiunture politiche diverse ed in passaggi cruciali della vita nazionale. Può essere dunque utile riflettere sul senso di questo percorso ove s'intenda valutare la compatibilità di una forma di governo ispirata al presidenzialismo con i caratteri propri del nostro sistema politico e del nostro impianto istituzionale.

Partiamo da una prima constatazione che sfiora soltanto la superficie del problema. Il presidenzialismo nel nostro sistema politico non è stato patrimonio esclusivo di una ideologia o di una forza politica, avendo trovato in tempi diversi condivisione e sostegno sia a destra che a sinistra.

Già in sede costituente, come sappiamo, la scelta di una forma di governo presidenziale fu sostenuta nel programma del Partito d'Azione trovando un difensore molto efficace in Piero Calamandrei, sinceramente convinto che il presidenzialismo unito al federalismo secondo il modello nordamericano fosse la forma di governo più idonea per garantire in Italia l'introduzione di un regime democratico. Nella sua visione, infatti, il nostro paese era scivolato nella dittatura non per la presenza di governi forti, ma di governi deboli.

La prospettiva del presidenzialismo alla Costituente restò, peraltro, minoritaria e fu ben presto abbandonata, forse ancor più che per lo "spettro del tiranno" che ancora aleggiava, per la valutazione molto realistica che i costituenti operarono in ordine alle condizioni che venivano a caratterizzare il sistema politico nel momento in cui si dovevano stabilire con la nuova costituzione le regole fondamentali della nascente Repubblica.

Un sistema politico che, come rilevava nel settembre del 1946 Costantino Mortati nella Seconda Sottocommissione della Commissione dei 75 introducendo il tema della forma di governo, si presentava segnato da forti tensioni e divisioni interne per la presenza di "molti partiti molto divisi". Erano quindi le radicali fratture del tessuto sociale rispecchiate nella disomogeneità e frammentazione della politica che inducevano i costituenti – dopo l'approvazione del famoso ordine del giorno Perassi – ad adottare la scelta di un governo parlamentare in quanto forma più idonea alle esigenze di una convivenza democratica tra forze molto contrapposte e divise.

La scelta che allora fu operata fu, dunque, più che ideologica, una scelta di tecnica costituzionale in quanto sorretta da una analisi molto approfondita e attenta delle radici storiche e dello stato di fatto di un sistema politico quale quello riemerso dopo l'esperienza fascista nel secondo dopoguerra, sistema segnato da un alto e rischioso livello di disomogeneità interna.

Dopodiché, costruito con la Carta del 1948 un impianto pluralista e garantista che veniva a trovare il suo specchio naturale e diretto nel governo parlamentare, il tema del presidenzialismo, salvo rare e marginali eccezioni, scompariva dalla scena politica per riemergere solo alla fine degli anni settanta nel disegno di “grande riforma” costituzionale promossa dal PSI di Bettino Craxi: una riforma che poneva come primo obiettivo la “governabilità”, cioè il superamento di quelle condizioni di instabilità ed inefficienza che avevano caratterizzato i governi nel primo trentennio di vita repubblicana, condizioni che venivano imputate sia alla presenza di una legge elettorale ispirata rigorosamente al principio proporzionale sia all’esistenza di una costituzione eccessivamente garantista in quanto troppo gravata da *checks and balances*.

Il dibattito che allora si aprì sul rafforzamento dell’esecutivo fu molto intenso fino a condurre dopo molti passaggi, nel 1993, alla sostituzione del sistema elettorale proporzionale con un sistema prevalentemente maggioritario che avrebbe dovuto portare alla nascita di un impianto politico bipolare in grado di migliorare, attraverso un meccanismo di alternanza nell’azione di governo, la funzionalità del nostro sistema parlamentare. Questa prospettiva, mentre muoveva da una forte critica di come il nostro governo parlamentare aveva sino ad allora funzionato (anche in conseguenza dell’esistenza di una struttura parlamentare sorretta da un anomalo bicameralismo paritario), trascurava di considerare il fatto che a questa forma di governo andava anche riconosciuto il merito della complessiva tenuta dell’impianto istituzionale e del radicamento graduale, attraverso lo sviluppo del sistema delle libertà e delle autonomie territoriali, delle basi della nostra democrazia.

In questa fase, che impegnava il passaggio tra gli anni settanta e ottanta del secolo scorso (fase che molti commentatori insistono ancora impropriamente a qualificare come avvio di una Seconda Repubblica), nascevano su iniziativa del Parlamento le tre Commissioni bicamerali (la Commissione Bozzi nel 1983; la Commissione De Mita – Jotti nel 1992; la Commissione D’Alema nel 1997, istituite per avviare, con un largo consenso di tutte le forze in campo, una stagione di riforme dirette a modificare la seconda parte della Costituzione e, in particolare, il funzionamento della forma di governo che negli orientamenti della politica si intendeva sempre più indirizzare verso un rafforzamento dell’esecutivo. Ma nessuno dei progetti elaborati da queste tre Commissioni, come sappiamo, giungeva in porto per la difficoltà di maturare un accordo sulle scelte di fondo.

2. Prima ragione dell’insuccesso storico del presidenzialismo italiano

Se ripensiamo a questo percorso che l’idea presidenzialista ha avuto nel nostro paese dobbiamo riconoscere che il modello di forma di governo più elaborato e compiuto connesso a tale idea è stato quello discusso e definito tra il 1997 ed il

1998 nell'ambito della Commissione D'Alema. Un modello che cercava di combinare l'impianto del semipresidenzialismo di stampo francese con la tradizione parlamentare italiana e che, pertanto, veniva allora definito nel linguaggio giornalistico come una forma di "semipresidenzialismo temperato all'italiana". Ma anche questo progetto alla fine abortì per la rottura dell'intesa fra destra e sinistra sui temi della giustizia, rottura che portò alla interruzione dei lavori della Commissione.

Si deve, quindi, riconoscere che l'idea presidenzialista che, in tempi diversi, è ripetutamente affiorata nel nostro paese non ha mai condotto ad approdi concreti. Il fatto è che tutti coloro che questa idea hanno coltivato, sia pure da angolazioni politiche diverse, sembrano essersi ispirati ad una convinzione apprezzabile, ma di stampo illuminista: alla convinzione cioè che al malfunzionamento della politica e all'inadeguatezza di una classe governante si potesse porre rimedio attraverso modifiche del modello costituzionale. Tesi fallace dal momento che viene a riferire ad un difetto della macchina costituzionale le disfunzioni prodotte essenzialmente dalla cattiva qualità del carburante politico cui spetta il compito di far funzionare la macchina.

3. Il progetto di riforma costituzionale proposto da "Fratelli d'Italia"

Oggi, dopo anni di silenzio, il tema del presidenzialismo ritorna di attualità in relazione al disegno di legge costituzionale (Atto Camera n. 716; Atto Senato n. 1489) presentato alle Camere nel giugno del 2018 da "Fratelli d'Italia" per l'elezione diretta del Capo dello Stato.

Il disegno, formalmente respinto dalla Camera nel maggio del 2022, rimane attualmente al centro dell'attenzione del mondo politico per il fatto di essere stato riproposto da "Fratelli d'Italia" come uno dei primi obiettivi del proprio programma di governo per la prossima legislatura. Se consideriamo che analogo obiettivo viene proposto nei programmi elettorali anche dalle altre due formazioni della destra (Forza Italia e Lega) nonché dalla nuova formazione di centro (Azione-Italia Viva), con previsioni elettorali che danno vincente lo schieramento di destra, la prospettiva presidenziale sembra, dunque, oggi per la prima volta nel nostro paese presentare buone probabilità di successo.

Ma qual è la vera posta in gioco che questa riforma viene a mettere in campo? Un passo avanti nella stabilità dei governi o un passaggio rischioso verso una maggiore instabilità dell'intero impianto costituzionale?

Per rispondere alla domanda occorre innanzitutto soffermarsi sui tratti fondamentali della proposta che "Fratelli d'Italia" avanza. Il testo della legge costituzionale che è stato presentato alle Camere si sviluppa in tredici articoli che vengono ad incidere su dodici norme della seconda parte della Costituzione in vigore e cioè sugli artt. 83-89, relativi al Presidente della Repubblica, sugli artt. 92-

96, relativi al Governo e sull'art. 104, relativo al Consiglio Superiore della Magistratura. Il disegno di forma di governo che in questo testo viene definito è così costruito: a) elezione a suffragio universale e diretto del Capo dello Stato, che resta in carica cinque anni e che può essere rieletto una sola volta; b) affidamento al Capo dello Stato della presidenza del Consiglio dei Ministri, della direzione della politica generale del Governo e del mantenimento dell'unità di indirizzo politico attraverso la promozione ed il coordinamento dell'attività dei ministri (tutti compiti che oggi l'art. 95 della Costituzione affida al Presidente del Consiglio); c) affidamento al Capo dello Stato di una gamma di ulteriori poteri molto ampi e rilevanti che in parte ricalcano gli attuali poteri presidenziali (nomina del Presidente del Consiglio e dei ministri; scioglimento delle Camere; promulgazione e rinvio delle leggi; comando delle forze armate; presidenza del Consiglio Supremo di difesa), in parte aggiungono poteri nuovi (come la revoca dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio e la presidenza di un nuovo Consiglio supremo per la politica estera). Inoltre per molti atti presidenziali si rafforza la piena discrezionalità del Capo dello Stato con l'eliminazione del vincolo della controfirma. L'unico potere vigente che viene sottratto al Capo dello Stato riguarda la presidenza del Consiglio superiore della magistratura, che il progetto affida al Presidente della Cassazione; d) mantenimento del potere di sfiducia delle Camere nei confronti del Governo, ma nelle forme della "sfiducia costruttiva", con l'obbligo cioè, per le Camere di indicare al Capo dello Stato il nuovo Presidente del Consiglio.

4. Alcuni rilievi critici sul progetto

Così definito il progetto presenta anche a prima vista una contraddizione di fondo quando combina elementi tra loro inconciliabili come l'elezione diretta di un Capo dello Stato investito dalla funzione di governo con la "sfiducia costruttiva", che affida al Parlamento il potere di vincolare lo stesso Capo dello Stato nella scelta del Primo Ministro. Il rapporto naturale tra rappresentati (volontà popolare) e rappresentanti (volontà parlamentare) viene in questo modo innaturalmente capovolto. Ma al di là di questo aspetto, che mette in gioco un vero e proprio errore tecnico, il progetto ha già suscitato molte critiche sia nel mondo della politica che della scienza costituzionale. Basti solo richiamare per la scienza costituzionale le valutazioni di recente espresse da Gustavo Zagrebelsky (in *La Repubblica* del 7 agosto 2022), da Sabino Cassese (in *La Repubblica* dell'8 aprile 2022) e da Luciano Violante (in *La Repubblica* del 10 agosto 2022): il primo preoccupato della deriva autoritaria che una riforma come questa potrebbe innescare in un paese come il nostro, in passato spesso condizionato da pulsioni antidemocratiche; il secondo non contrario in linea di principio al presidenzialismo, ma timoroso delle conseguenze che una riforma come questa potrebbe produrre in assenza di un

sistema di contropoteri adeguato alle forme di un governo semipresidenziale; il terzo contrario all'importazione del presidenzialismo in una realtà quale quella italiana dove esiste il rischio di "accentuare la contrapposizione frontale, la delegittimazione reciproca ed il conflitto elettorale come gioco per vincere e non come procedura per stabilire chi governa".

5. Il metodo seguito dalla Costituente italiana per la scelta del governo parlamentare

Se così stanno le cose per dare una valutazione oggettiva del progetto in esame la domanda che sopra si poneva può essere così riformulata: il presidenzialismo, suscettibile di dar forma ad un progetto come quello in esame (o eventualmente ad altri progetti di contenuto analogo) risponde alle condizioni attuali del nostro sistema politico? E, se attuato, quali effetti potrebbe produrre negli equilibri e nel funzionamento complessivo del nostro impianto costituzionale?

Ora, se riteniamo che la risposta alla domanda vada cercata, per quanto è possibile, fuori dagli steccati delle ideologie e nel terreno proprio della tecnica costituzionale, tutto induce a ritenere che il metodo da seguire per trovare questa risposta sia ancor oggi quello che con molto impegno e fiuto storico seguirono i nostri padri costituenti quando, dinanzi al problema di quale fosse la forma di governo più idonea a garantire la "felicità" del popolo italiano, scelsero come punto di partenza l'analisi dello stato di salute del sistema politico entro cui stavano operando. E questo perché avevano ben presente che, come ricorda Zagrebelsky nell'intervento appena richiamato, la forma di governo è "un abito che in astratto non va bene per tutti", ma che va ritagliato sulle misure del paese che deve indossarlo, tenendo conto "delle (sue) caratteristiche ed anche delle (sue) malformazioni".

6. L'obbiettivo ideologico perseguito dal progetto proposto da "Fratelli d'Italia"

Le misure che in questo momento vanno prese per valutare quale sia la forma di governo più idonea all'attuale contesto politico italiano inducono a ritenere poco credibile e difficilmente praticabile la riforma che viene proposta da "Fratelli d'Italia": e questo tanto per la finalità ultima sottesa a tale progetto quanto per la particolare congiuntura storica in cui questo progetto viene avanzato.

Per quanto concerne la finalità ultima quello che immediatamente emerge, al di là dello scopo dichiarato nella relazione al progetto di voler contribuire a rafforzare la stabilità dei governi, è la volontà diretta a recidere, attraverso uno strumento "forte" quale l'elezione diretta del Capo dello Stato, le stesse radici storiche di un impianto repubblicano nato nel secondo dopoguerra su una larga e comune piattaforma antiautoritaria. E questo al fine di impiantare radici costituzionali di

segno opposto orientate sulle lunghe distanze ad oscurare in nome di una “democrazia decidente” quella vocazione personalista, pluralista e garantista che sta alla base della carta del 1948 e che ha guidato fino ad oggi l’intera nostra vita istituzionale. Finalità che, del resto, viene a trovare conferma in una ulteriore proposta di legge costituzionale presentata sempre da “Fratelli d’Italia” nel marzo del 2022 (Atti Camera n. 3541) al fine di istituire una Assemblea costituente per la riforma della II parte della Costituzione.

Il nucleo centrale del progetto in esame tende, dunque, ad annullare, attraverso l’elezione diretta del vertice statutale, l’attuale funzione del Presidente della Repubblica quale garante imparziale dell’unità nazionale (e cioè sia della maggioranza che delle minoranze) per trasformarla in una funzione di parte qual è quella che spetta al maggior titolare dell’indirizzo politico di maggioranza. Con questa operazione le minoranze, attraverso la trasformazione dell’organo supremo di garanzia nell’organo supremo di governo, vengono a perdere una delle loro maggiori linee di difesa, mentre si concentra nelle mani di una sola persona fisica un potere particolarmente esteso e penetrante. Si viene così a demolire uno dei due perni fondamentali chiamati a sorreggere quella funzione di controllo costituzionale - contrapposta alla funzione di indirizzo politico affidata al Parlamento ed al Governo - che la Costituente intese affidare, con competenze diverse ma convergenti, al Presidente della Repubblica ed alla Corte costituzionale. Una funzione di controllo costituzionale che, in questi settantasei anni di esperienza repubblicana, ha operato efficacemente così da controbilanciare (e talvolta supplire) le carenze di un sistema politico autoreferenziale che nel corso del tempo anziché correggere ha finito per aggravare le proprie disfunzioni e divisioni interne. Ed è proprio al buon rendimento di questa funzione di controllo costituzionale che va riferita la tenuta complessiva del nostro impianto istituzionale anche nelle sue fasi più critiche.

7. Valutazione del progetto alla luce delle caratteristiche attuali del nostro sistema politico

Tutto questo non conduce di necessità ad escludere che l’Italia, in condizioni diverse da quelle attuali, possa adottare in futuro una forma di governo ispirata ad un modello presidenziale o semipresidenziale. Conduce, invece, ad escludere con ragionevole certezza che sia questo il momento per operare un passaggio di questa portata attraverso un “salto di corsia” dal modello parlamentare che abbiamo sinora utilizzato ad un modello semipresidenziale.

È indubbio che il modello parlamentare che oggi seguiamo a utilizzare è un modello non privo di difetti, alcuni anche gravi, che andrebbero corretti sia attraverso riforme elettorali e dei regolamenti parlamentari sia intervenendo sul terreno costituzionale ai fini del superamento dell’anomalo bicameralismo

paritario di cui disponiamo. Va, peraltro, tenuto presente che una riforma molto incisiva di questo modello è già stata varata nel 2020 con la riduzione consistente del numero dei parlamentari, riforma che va ancora messa alla prova e verificata sia sul piano della rappresentatività che sul piano dell'efficienza delle Camere. Gli effetti di questa riforma restano, quindi, ancora estremamente incerti e potrebbero aggravarsi nei loro possibili esiti negativi ove venissero proiettati, senza il sostegno dell'esperienza, dentro una forma di governo diversa da quella attuale.

Ma al di là di questo il primo fatto da considerare è che oggi stiamo attraversando una fase istituzionale in cui il sistema politico, per il distacco che lo ha allontanato dal tessuto sociale, ha raggiunto un livello di fragilità e volatilità tale da rendere molto rischiosa l'eventualità di un suo passaggio dentro le forme di un modello di stampo presidenziale: modello che per sua natura risulta più divisivo e meno aperto alle intese del modello parlamentare. In fasi di questo tipo, per non trasformare la fragilità in rottura del tessuto istituzionale, le riforme, oltre che ben calibrate, devono evitare di indebolire il quadro delle garanzie, tanto più se le stesse si colleghino ad un sistema di *checks and balances* come il nostro, che nel complesso ha ben funzionato consentendo alla costituzione di esprimere sinora un livello molto elevato di resilienza. Per questo, a mio avviso, in una fase come questa che stiamo attraversando – caratterizzata dalla presenza di una costituzione “forte”, in quanto resiliente e socialmente ben radicata, contrapposta ad un sistema politico “fragile”, in quanto frammentato e diviso – le riforme, nei limiti in cui risulti possibile farle, andrebbero orientate non tanto verso l'impianto costituzionale quanto verso il mondo sconnesso della politica le cui disfunzioni andrebbero corrette utilizzando gli strumenti più appropriati allo stato delle cose quali la legislazione elettorale, la disciplina ed il finanziamento dei partiti politici, la promozione delle tecniche di selezione e formazione della classe governante.

8. Sintesi dei motivi che inducono oggi a rifiutare la prospettiva presidenziale

Questi sono i motivi che, nella fase attuale della nostra vita politica, inducono a dire no alla prospettiva presidenziale.

Se è vero che, in linea di principio, non esistono forme di governo “buone” o “cattive”, ma solo forme di governo “funzionali” o “disfunzionali” rispetto al tessuto politico che vengono a regolare, la conclusione da trarre è che oggi in Italia, mancando le basi sociali e politiche di un impianto bipolare nonché le condizioni per costruire in tempi brevi un tale impianto, mancano anche le premesse per poter trasformare senza correre rischi di rottura la nostra forma di governo da parlamentare a semipresidenziale. Questa è il metodo di analisi che, nell'immediato dopoguerra, orientò i nostri costituenti a non uscire dal solco storico del parlamentarismo, un metodo che resta, a nostro avviso, ancora valido. È vero che nell'arco di questi settantasei anni di vita repubblicana tutto è cambiato nel tessuto

economico, sociale e culturale del nostro paese, così come nella cornice internazionale, ma è anche vero che il nostro sistema politico, nonostante le riforme tentate sia nella legislazione elettorale che nella disciplina dei partiti, è rimasto nella sostanza immutato nella sua struttura di fondo caratterizzata dalla presenza di “molti partiti molto divisi”, cioè dalla esistenza di una articolazione particolarmente complessa e disomogenea. La conseguenza è che il problema maggiore che oggi dobbiamo affrontare sul terreno costituzionale riguarda non tanto quella “governabilità” che si è inseguita a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, quanto un profilo molto più impegnativo e radicale quale è la stessa “sostenibilità” del nostro tessuto democratico. La costituzione del 1948, in ragione del suo impianto garantista, del suo governo parlamentare e dei suoi efficaci poteri di controllo, ha assicurato sinora questa “sostenibilità” nonostante i progressivi smottamenti del sistema politico sottostante. Per questo tutto induce a pensare che la costituzione vada oggi difesa ancor più che in passato e che la forma di governo parlamentare di cui disponiamo, ancorché migliorata, non vada abbandonata.

Il Protocollo n. 12 CEDU alla prova dei fatti: qualcosa di nuovo o, forse, no. In margine a *X e altri c. Albania*, Terza Sezione, nn. 73548/17, 45521/19, 31.05.2022

COSTANZA NARDOCCI*

Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, *applications* nn. 73548/17 e 45521/19 del 31 maggio 2022.

Disponibile all'indirizzo:

hudoc.echr.coe.int/fre#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-217624%22.

Data della pubblicazione sul sito: 13 settembre 2022

Suggerimento di citazione

C. NARDOCCI, *Il Protocollo n. 12 CEDU alla prova dei fatti: qualcosa di nuovo o, forse, no. In margine a X e altri c. Albania (Terza Sezione, nn. 73548/17, 45521/19, 31.05.2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: costanza.nardocci@unimi.it.

1. La discriminazione etnico-razziale, soprattutto quando assume portata collettiva, cioè “di gruppo” (su cui si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016), più raramente accede alle aule di giustizia. Con altrettante se non maggiori difficoltà ne è, poi, verificata la ricorrenza e la correlata violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione.

Non fanno eccezione, in questo senso, Strasburgo e la sua Corte.

Assenti nei primi decenni di attività, gli accertamenti di violazioni dell’art. 14 CEDU hanno cominciato a fare timidamente ingresso nella giurisprudenza della Corte europea senza che ne sia stata, però, mai abbandonata la lettura che ne disconosce valenza autonoma e che ne ammette, viceversa, la lesione soltanto in combinato disposto con uno o più dei diritti convenzionali “sostanziali” oppure, come più spesso accade, l’assorbimento laddove sia ridimensionata la rilevanza della discriminatorietà della condotta (in tema R. O’CONNELL, *Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, 2009, pp. 211 ss.; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, Jovene, Napoli, 2013).

Non ha mutato questo approccio della Corte nemmeno l’adozione del Protocollo n. 12 alla Convenzione, che, nelle intenzioni dei suoi estensori, avrebbe dovuto irrobustire le tutele convenzionali e censurare comportamenti e prassi destinati a sfuggire all’ambito applicativo delle disposizioni convenzionali “tradizionali”. Al netto dell’esiguo numero di ratifiche¹, l’eguaglianza davanti alla legge ex art. 1, Protocollo n. 12, CEDU, ha ricevuto scarsa attenzione nella giurisprudenza europea che non ne ha, peraltro, valorizzato l’eterogeneità rispetto all’art. 14 CEDU finendo per parificarne ambito applicativo, contenuti precettivi, destinatari (Corte EDU, *Sejdic’ e Finci c. Bosnia Erzegovina*).

Dalla prospettiva delle relazioni tra i due principi e le due norme convenzionali, *X e altri c. Albania* (a commento, M. VRANCKEN, *Breaking the ‘circle of marginalisation’ through desegregation measures: X and Others v. Albania*, in *Strasbourg Observer*, 2022) rappresenta una sentenza di sicuro interesse. Costituisce la prima applicazione del Protocollo n. 12 CEDU ad un caso di segregazione scolastica di due gruppi etnici di minoranza e la prima occasione per ragionare della portata effettiva del Protocollo n. 12 nelle sue relazioni con il divieto di discriminazione operante ai sensi dell’art. 14 CEDU.

¹ Al 10 agosto 2022, il Protocollo n. 12 alla CEDU risulta sottoscritto da 17 Stati membri (18 considerando la Russia, non più membro del Consiglio d’Europa) e ratificato e reso esecutivo da 20. Tra questi, l’Italia ha sottoscritto il Protocollo n. 12 in data 4 novembre 2011, ma alla firma non ha sinora fatto seguito la ratifica.

2. Decidendo un caso di segregazione scolastica delle minoranze di etnia rom e egiziana, la Corte europea ha, infatti, condannato l'Albania per non aver impedito la sovra-rappresentanza dei due gruppi etnici all'interno di una scuola primaria, considerata causa di marginalizzazione e di esclusione, accertando la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12 CEDU.

La vicenda nasce dai ricorsi presentati nell'interesse dei minori iscritti alla scuola elementare "Naim Frashëri", che lamentavano la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU (e non, anche, dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 2, Protocollo n. 1, CEDU), a motivo della ritenuta inerzia dello Stato che si sarebbe colpevolmente astenuto dal promuovere politiche di de-segregazione scolastica, funzionali a favorire l'inclusione scolastica dei minori di etnia rom ed egiziana, che costituivano quasi il 90% del totale della componente studentesca locale. I ricorrenti si ritenevano, quindi, vittime di una discriminazione a sfondo etnico tradottasi nella loro marginalizzazione rispetto al gruppo sociale di maggioranza.

Sullo sfondo del caso portato all'attenzione della Corte, si ponevano due questioni: se sia o meno contraria a Convenzione, poiché discriminatoria, la presenza sul territorio dello Stato contraente di un sistema scolastico differenziato su base etnica; se sussista una responsabilità dello Stato, accertabile da una Corte sovranazionale, che ometta di attivarsi di fronte alla creazione spontanea, cioè non intenzionalmente provocata da leggi o da politiche pubbliche, di enclavi che tengano separati i gruppi di minoranza dalla maggioranza.

La Corte europea legge unitariamente i due interrogativi, precisando che tema "saliente" da affrontare dalla prospettiva dell'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU, è se le autorità nazionali abbiano rispettato l'obbligazione positiva che loro impone di porre rimedio alla condizione di diseguaglianza di fatto sofferta dai ricorrenti allo scopo di evitare la discriminazione che risulta dalla loro sovra-rappresentanza all'interno della scuola [...], rompendo così il circolo della emarginazione" (§ 84). La Corte, cioè, circoscrive l'oggetto del suo scrutinio presupponendo a priori l'esistenza di un obbligo dello Stato teso a favorire la costruzione di luoghi educativi inclusivi etnicamente differenziati. Non si chiede, quindi, la Corte se la condotta omissiva dello Stato integri una discriminazione e, se sì, di che tipo. Piuttosto se, di fronte alla discriminazione prodottasi nei fatti e protrattasi nel tempo, le autorità nazionali abbiano delle responsabilità e debbano porvi rimedio.

3. Così ricostruita la fattispecie e chiariti i termini della "domanda", la risposta della Corte è piuttosto netta. La Corte afferma che la segregazione scolastica su base etnica costituisce una pratica lesiva del principio di eguaglianza davanti alla legge di cui al Protocollo n. 12 CEDU, poiché la coesistenza tra gli appartenenti ad una società, che si realizza nella libertà dalla segregazione razziale, costituisce

un valore fondamentale delle società democratiche (§78); e che l'intenzionalità nella creazione di scuole etnicamente omogenee, o la sua assenza, è irrilevante ai fini della integrazione di una discriminazione lesiva della Convenzione e della connessa responsabilità statale.

Nella sentenza non vi è alcun dubbio sulla non conformità a Convenzione, poiché discriminatoria, dell'inerzia statale. E, tuttavia, pure condividendone l'esito che non si allontana dalle conclusioni già raggiunte in pronunce precedenti, la motivazione si rivela poco approfondita e, in parte, deludente.

Per prima cosa, la Corte tace sulle ragioni alla base della discriminazione, limitandosi a rilevare che l'assenza di politiche di de-segregazione scolastica costituisce in sé un trattamento diseguale sprovvisto di una giustificazione oggettiva e ragionevole. Non vi è, poi, traccia nella motivazione dello scrutinio tipico sulla discriminatorietà della condotta, a partire dal giudizio comparativo, così come difettano riferimenti alla tipologia di discriminazione oggetto di censura (quella indiretta). La Corte non spiega, cioè, *perché* l'omissione dello Stato si riverbera negativamente ai danni delle minoranze cui appartengono i ricorrenti, lasciando intendere che è la segregazione scolastica ad essere ontologicamente discriminatoria a prescindere dai suoi effetti nel caso concreto.

X e altri c. Albania non sviluppa, poi, nessuno degli argomenti utilizzati dalla Corte nella famosa pronuncia *D.H. et al. c. Repubblica Ceca* per argomentare la violazione dell'allora art. 14, in combinato disposto con l'art. 2, Protocollo n. 1, CEDU, in una vicenda che, similmente, si occupava degli effetti di politiche scolastiche segregazioniste su base etnica.

Il rapporto con i precedenti costituisce un aspetto da segnalare della sentenza. *X e altri c. Albania* coesiste, infatti, con qualche difficoltà con la giurisprudenza della Corte (Cfr. *Sampanis et al. c. Grecia*; *Oršuš e altri c. Croazia*; *Sampani et al. c. Grecia*; *Horváth e Kiss c. Ungheria*; *Lavida et al. c. Grecia*), collocandosi in una posizione intermedia tra sviluppo coerente e arretramento rispetto ai progressi raggiunti a partire da *D.H. e altri*. Coerente, poiché la Corte ribadisce l'irrilevanza del *discriminatory intent* ai fini della violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12; arretramento, perché la sentenza non approfondisce gli estremi e i caratteri della violazione del principio di eguaglianza davanti alla legge e la sua eterogeneità e più ampia potenzialità precettiva rispetto al (semplice) divieto di discriminazione.

4. Sono, allora, i silenzi della Corte a destare qualche perplessità.

Si è detto che la Corte non si dilunga sulla caratterizzazione della condotta all'origine del caso come discriminazione indiretta e che omette qualsiasi collegamento con *D.H. e altri*. È vero che i principi convenzionali protagonisti delle due sentenze sono differenti, ma la sovrapposibilità delle vicende e dei contenuti delle doglianze avrebbe potuto suggerire una pronuncia che, muovendo

da quel precedente e dai successivi (Cfr., in particolare, *Lavida e altri c. Grecia*), chiarisse dove risieda la discriminatorietà di politiche e prassi di segregazione scolastica, questa volta, in base al solo art. 1, Protocollo n. 12, CEDU. Analogamente, la Corte non menziona i requisiti su cui si fonda la nozione di discriminazione indiretta: l'esistenza di una norma oppure di una prassi apparentemente neutrali, che la Corte non identifica nella pronuncia in commento; lo svantaggio proporzionalmente maggiore sofferto da una categoria rispetto ad un'altra e la sua *ratio*; la rilevanza in prospettiva probatoria delle evidenze statistiche, di cui viene ridimensionata la centralità, cruciale viceversa in *D.H. e altri*. La lettura lacunosa della fattispecie discriminatoria finisce, così, per determinare un arretramento rispetto alla precisa tipizzazione della nozione di discriminazione e di discriminazione indiretta messa a punto dalla Corte nella sua giurisprudenza precedente.

Oltre le specificità del caso, la sentenza è, inoltre, ondivaga quanto alla differenza, però richiamata in apertura (Cfr. § 75), tra art. 1, Protocollo n. 12 (*Eguaglianza davanti alla legge*) e art. 14 CEDU (*Divieto di discriminazione*). Da un lato, si afferma la diversità tra i due principi e, dall'altro, si estende all'art. 1, Protocollo n. 12, lo stesso significato della nozione di discriminazione ricavabile dall'art. 14 CEDU. Da un lato, si applicano all'art. 1, Protocollo n. 12 CEDU, alcuni dei portati della giurisprudenza europea sull'art. 14 CEDU, come l'irrilevanza dell'*intent*, dall'altro, lo scrutinio sulla dedotta violazione della norma convenzionale è oscuro e preclude una valutazione sulla omogeneità o eterogeneità delle modalità di accertamento della lesione dell'uno oppure dell'altro principio convenzionale.

La Corte, insomma, dichiara di voler impostare il proprio sindacato in modo "nuovo" rispetto a quanto si verifica in presenza di una doglianza ancorata all'art. 14 CEDU, interrogandosi sulla sussistenza, *ex art. 1, Protocollo n. 12, CEDU*, di un'obbligazione positiva dello Stato ricavabile dal diritto interno. Un'impostazione condivisibile, che sembrerebbe prendere "sul serio" la portata innovativa del Protocollo n. 12. E, tuttavia, la motivazione che segue riproduce, però, tutta l'instabilità e l'incertezza di cui si è detto: la Corte non risponde in modo diretto alla "domanda" dei ricorrenti, non spiega perché la segregazione scolastica prodottasi "nei fatti" costituisce un trattamento discriminatorio e, nel condannare lo Stato, si appoggia alle logiche del sindacato sull'art. 14 CEDU, censurando l'inerzia statale senza però mai esplicitare quale sia la *ratio* che rende la differenziazione irragionevole.

Appare, in definitiva, quantomeno discutibile l'interpretazione proposta dell'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU che, al di là delle intenzioni, la Corte ridimensiona nella sua portata applicativa finendo per non chiarirne le specificità e per appiattirne contenuti e forza precettiva su quelli, però eterogenei, dell'art. 14 CEDU.

5. Un ultimo aspetto da segnalare riguarda l'art. 46 CEDU.

La Corte chiude la propria pronuncia, imponendo allo Stato albanese l'adozione di misure di de-segregazione scolastica per assicurare l'esecuzione interna della sentenza di condanna. Non ci si trova al cospetto di una procedura pilota (su cui, C. PARASKEVA, *Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The "Pilot Judgment Procedure" Developed by the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Commentary*, 2003), trattandosi di misure individuali che la Corte ritaglia sul caso di specie. La scelta pare, in ogni caso, meritevole di qualche attenzione se non altro perché, se letta unitariamente alla violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU, potrebbe rafforzare e, così, differenziare (nel senso di rafforzare) – tornando ai rapporti tra art. 14 CEDU e art. 1, Protocollo n. 12, CEDU di cui sopra – le conseguenze derivanti dalla violazione del secondo. Si potrebbe, cioè, ritenere che l'art. 46 CEDU operi *ad adiuvandum* e a rafforzamento dell'obbligazione positiva che la Corte riconosce in capo allo Stato in base alle norme di diritto interno.

A voler mantenere, invece, separati i due piani, cioè la portata applicativa degli artt. 1, Protocollo n. 12, e 46 CEDU, l'obbligazione statale potrebbe piuttosto collegarsi alla volontà della Corte europea di assegnare alle proprie pronunce di condanna maggiore efficacia a livello domestico non limitandosi alla mera sanzione pecuniaria a scopo risarcitorio *ex art. 41 CEDU*. Volontà da leggersi, eventualmente, anche in risposta alle controverse omesse ratifiche ed esecuzioni del Protocollo n. 16, a cui di recente anche l'Italia ha espressamente scelto di aderire² (in tema, E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2022).

6. In conclusione, il primo caso di segregazione scolastica deciso dalla Corte europea in base al solo Protocollo n. 12 non soddisfa.

La condanna di politiche e prassi segregazioniste da sola non basta. Piuttosto, sarebbe stato preferibile un maggiore rigore e dettaglio sulle ragioni della violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12 CEDU; un rigore che avrebbe potuto trasformare una pronuncia sul "caso singolo" in un precedente utile, capace di influenzare la giurisprudenza successiva e di ribadire con un'argomentazione convincente il diritto fondamentale di ogni minore a formarsi in contesti educativi inclusivi e rispettosi dell'eguaglianza etnica, razziale e culturale.

² Il riferimento è allo stralcio del Protocollo n. 16 dal disegno di legge, che mirava ad approvare la sua ratifica unitariamente a quella relativa al Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, definitivamente approvato con l. n. 11 del 2021, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013*.

Recensione a G. Bucci, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 1-166

ALESSANDRA ALGOSTINO*

Indice disponibile all'indirizzo:

https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?attachment_id=17804

Data della pubblicazione sul sito: 13 settembre 2022

Suggerimento di citazione

A. ALGOSTINO, *Recensione a G. Bucci, Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, *Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 1-166*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Torino.
Indirizzo mail: alessandra.algostino@unito.it.

Il presente ci restituisce l'immagine di un sistema che si contorce su se stesso, mistifica le diseguaglianze che produce, si chiude in una cittadella viepiù fortificata, reprime le proteste e soffoca le alternative, correndo verso il baratro di democrazie svuotate, della guerra, dell'olocausto nucleare, della devastazione ambientale.

Il libro di Gaetano Bucci ha in primo luogo il pregio, nell'epoca dell'egemonia del pensiero unico neoliberale, di richiamare una prospettiva alternativa, che, attraverso l'esperienza del passato, si proietta verso il futuro. L'attuazione di una Costituzione che ha nel cuore un progetto di emancipazione è un modo per sfuggire all'avvitamento sul presente che una crisi e una logica emergenziale senza soluzione di continuità pretendono di chiudere nel TINA (*There Is No Alternative*).

Con lo sguardo del materialista storico, che ricerca i «principi e moventi di ogni sviluppo umano» (LABRIOLA, citato a p. 63) e assumendo «come metodo di analisi e come orizzonte culturale» il costituzionalismo moderno (p. 9), come paradigma di riferimento la Costituzione del 1948, l'attenzione dell'Autore si concentra sui rapporti economici e sul progetto di trasformazione politica, economica e sociale.

Un nodo centrale è individuato nella programmazione come «potere pubblico-sociale» (D'ALBERGO, citato a p. 27), letta nell'interdipendenza «rispetto agli altri rapporti sociali» (p. 34), nel suo essere parte del «disegno espansivo della sovranità popolare» (p. 30), i cui assi sono individuati nel riconoscimento del conflitto (p. 29), nel «principio proporzionalistico» (p. 30), nella forma di governo parlamentare come «capace di conferire operatività ai principi di democrazia sociale» (pp. 31-32).

Gaetano Bucci ricostruisce il senso dei piani «per obiettivi e terreni di intervento» (INGRAO, citato a p. 41), che si accompagnano alle nazionalizzazioni, alle partecipazioni statali, in simbiosi con le forme di democrazia di base frutto delle lotte degli anni Settanta e la programmazione a livello territoriale.

Poi mutano i «rapporti di forza tra le classi» e la programmazione diviene «settoriale e meramente indicativa» ed infine, con una eterogenesi dei fini, «preordinata a sostenere, tramite i vincoli di bilancio, le strategie competitive delle imprese industriali e finanziarie» (p. 46).

Nel contempo, in uno con una strategia revisionista, in campo storico, etico-culturale, politico e giuridico (p. 49), documenti come il Rapporto della Trilaterale e il Piano di Rinascita democratica della P2 disegnano i contorni del nuovo ordine fondato sulla concorrenza e sul mercato: l'interdipendenza tra rapporti sociali, economici e politici ricompare, nel nome – questa volta – non dell'attuazione, ma della neutralizzazione della Costituzione. Appare come «le forme istituzionali non costituiscano una dimensione neutrale rispetto alla questione sociale, bensì il terreno in cui si esprime il conflitto di classe» (p. 54).

L'Unione europea funge da veicolo di una metamorfosi della «sostanza democratico-sociale» (p. 66) delle istituzioni nazionali e, specie con il «nuovo verbo maastrichtiano» (MORTELLARO, citato a p. 51), le rifunzionalizza in prospettiva ordoliberal. È una «controrivoluzione neoliberista» globale, sottolinea Gaetano Bucci, citando le politiche di Margaret Thatcher e Ronald Reagan, l'influenza della «scuola di Chicago» e il golpe in Cile del 1973.

Si apre una gramsciana «crisi organica», i cui parametri non mutano con la pandemia: la sospensione del Patto di stabilità e le misure di sostegno adottate dall'UE non ne mettono in discussione «le fondamenta e gli orizzonti» (p. 89). La crisi diviene strumento di governo nel contesto di una rivoluzione passiva e immobilizza il presente in una sua eterna riproduzione, pretendendo di espellere ogni alternativa.

Ma qui l'Autore innesta, in una critica rigorosa e storicamente contestualizzata, la speranza, che la prospettiva dialettica insegna essere concreta, di una «rivoluzione attiva».

Sulla scia di Gramsci, le cui analisi costituiscono un *fil rouge* del testo, Gaetano Bucci indica la necessità di sviluppare una coscienza critica, che unisca «spontaneità» e «direzione consapevole» (GRAMSCI, citato a p. 98), per «riaprire la storia» (GALLI, citato a p. 105). La Costituzione si presenta ancora come «un'orizzonte di cambiamento possibile» (AZZARITI, citato a p. 109), per costruire «democrazia di base» e controllo dei processi produttivi, ovvero «potere sociale dal basso» (p. 109). La programmazione, che muove «dai luoghi di produzione e dai territori» (p. 114), viene concepita come mezzo per rilanciare anche «nuovi strumenti di partecipazione democratica e di controllo sociale» (p. 114).

Con un discorso e un argomentare chiaro e limpido, Gaetano Bucci critica lo stato di cose presente e propone una via che, sulle spalle delle lotte del passato e di quelle che verranno, si situa dalla parte dell'emancipazione, dell'eguaglianza sostanziale, della giustizia sociale.

Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale

ROBERTO PINARDI*

Nota a Corte costituzionale, sentenze nn. 180 del 19 luglio 2022 e 183 del 22 luglio 2022.

Disponibili all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2022/0180s-22.html?titolo=Sentenza%20n.%20180;
www.giurcost.org/decisioni/2022/0183s-22.html?titolo=Sentenza%20n.%20183.

Data della pubblicazione sul sito: 13 settembre 2022

Suggerimento di citazione

R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia. Indirizzo mail: roberto.pinardi@unimore.it.

Con le sentt. nn. 180 e 183 del 2022 la Corte costituzionale si è pronunciata su due questioni sollevate in via incidentale e riguardanti, rispettivamente, la mancata previsione di un potere del prefetto di escludere le decadenze ed i divieti indicati dall'art. 67, comma 5, del Codice antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011) qualora ritenga che, a seguito degli stessi, verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia; e la disposizione che stabilisce l'indennità spettante nell'ipotesi di licenziamento illegittimo laddove questo venga intimato da un datore di lavoro che non possiede i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970).

In entrambi i casi il giudice delle leggi:

- In primo luogo, ha apertamente riconosciuto la fondatezza delle doglianze prospettate dai giudici *a quibus* (cfr. infatti, in tal senso, le riflessioni sviluppate nel punto 5 in diritto della sent. n. 180 e nei punti 5 e ss. della sent. n. 183);

- In secondo luogo, ha escluso di poter pervenire all'adozione di una pronuncia di natura additiva in ragione dei molteplici modi di porre rimedio ai *vulnera* accertati e dunque del necessario rinvio alla discrezionalità degli organi legislativi (si vedano, rispettivamente, i punti da 6 a 6.4; e da 6 a 6.2.3 del *Considerato in diritto*);

- In terzo luogo, infine, si è pronunciato per l'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo scrutinio invitando il decisore politico ad intervenire, in materia, quanto prima possibile. Anche perché, avverte la Corte mediante il ricorso ad una formula monitoria che viene ripetuta, alla lettera, in chiusura di entrambe le motivazioni in diritto: «questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte».

Ora, il modello argomentativo che ho rapidamente sintetizzato – e che può esser ricondotto, nei suoi tratti essenziali, allo schema tipico delle pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore – sollecita tre ordini di considerazioni tra loro connesse.

(A) Nell'ord. n. 207 del 2018, e cioè nella prima e famosa pronuncia che è stata adottata dalla Corte costituzionale allo scopo di decidere il caso Cappato, la necessità di introdurre una nuova (ed assai discussa, com'è noto) tecnica decisionale veniva giustificata richiamando l'esigenza di abbandonare la strada sin lì seguita in situazioni analoghe che prevedeva, per l'appunto, il ricorso a pronunce di inammissibilità per rispetto della sfera di discrezionalità politica che è riservata agli organi legislativi. E questo sulla base dell'esplicita argomentazione secondo cui quest'ultima soluzione ha il grave difetto «di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione» (punto 11 in diritto).

Ebbene, nei quattro anni successivi a siffatta affermazione, il giudice delle leggi, al contrario, ha nuovamente adottato decisioni del genere in ben diciassette occasioni (si vedano infatti, in tal senso, oltre alle pronunce indicate in R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2022, pp. 53-54, le sentt. nn. 22, 96, 100, 101, 177 e, ora, 180 e 183 del 2022). Né varrebbe obiettare, in senso contrario, che la Corte, nell'ord. n. 207 cit., aveva argomentato che la nuova tecnica decisionale veniva utilizzata per la prima volta in ragione della «rilevanza dei valori [...] coinvolti» in quel frangente (punto 11 della motivazione in diritto), dato che lo stesso è possibile affermare anche in rapporto a non poche delle diciassette fattispecie cui ho fatto poc'anzi riferimento (rinvio ancora, in proposito, alle riflessioni sviluppate in R. Pinardi, *Governare il tempo (e i suoi effetti)*, cit., p. 54, cui *adde* il caso deciso con la sent. n. 177 del 2022). Anche oggi, del resto, la Corte, per un verso, auspica un pronto intervento del legislatore «in considerazione del rilievo dei diritti costituzionali interessati» dalle questioni sollevate dal giudice *a quo* (sent. n. 180 del 2022, punto 7 in diritto); ma per l'altro, tuttavia, dichiarando le stesse inammissibili senza “trattenere”, presso di sé, il giudizio – come era invece avvenuto nel caso Cappato – non esclude che una disciplina che è già stata espressamente riconosciuta come illegittima possa continuare a essere applicata. In aperto contrasto, pertanto, con quanto programmaticamente affermato nell'ord. n. 207 del 2018.

(B) La Corte, con le odierne pronunce, prospetta la possibilità (o meglio: la necessità) di un suo futuro intervento di carattere ricostruttivo nel momento stesso, tuttavia, in cui argomenta, e con dovizia di particolari, la sua (giuridica) impraticabilità.

L'incoerenza delle motivazioni sviluppate, al riguardo, dal giudice delle leggi non passa inosservata: da un lato, infatti, si afferma a chiare lettere – per fare solo un esempio – non soltanto che la materia investita dalla *quaestio legitimitatis* «non può che essere rivista in termini complessivi», ma anche che a «ognuna delle scelte ipotizzabili corrispondono [...] differenti opzioni di politica legislativa» sicché «si profilano [...] ineludibili valutazioni discrezionali, che, proprio perché investono il rapporto tra mezzi e fine, non possono competere a questa Corte»; dall'altro, però, poche righe dopo, nel caso del protrarsi dell'inerzia del legislatore, si minaccia un intervento diretto da parte dell'organo di giustizia costituzionale, «nonostante le difficoltà qui descritte» (tutte le frasi riportate tra virgolette si leggono nel punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 183).

Senonché, a me pare, delle due l'una: o si tratta semplicemente di «difficoltà», come tali (e per definizione) superabili, ed allora non si capisce per quale motivo la Corte rinunci all'adozione di una pronuncia di carattere manipolativo, negando, in tal modo, giustizia costituzionale a chi aveva ottenuto, viceversa, nella parte motiva della pronuncia di inammissibilità, un pieno riconoscimento della

fondatezza (attuale, si noti) delle sue ragioni; oppure si tratta di un intervento (giuridicamente) «impossibile», in quanto estraneo alle funzioni che la Costituzione o le leggi assegnano al custode della legalità costituzionale, ed allora il monito si risolve in un *bluff*, dato che la Corte, in realtà, non potrà risolvere in prima persona la questione sottoposta al suo sindacato nonostante il mancato attivarsi del decisore politico.

(C) Ma – e con questo vengo alla terza e conclusiva osservazione – la Corte argomenta nel modo descritto perché convinta che, in ipotesi siffatte, la semplice “messa in mora” degli organi legislativi e la loro successiva inerzia sia in grado, in quanto tale, di mutare i termini giuridici della problematica in questione.

Questo intimo convincimento del giudice leggi è ben sintetizzato dall’espressione, peraltro già utilizzata in altre occasioni, secondo cui, se è vero che, nella fattispecie, «una pronuncia di questa Corte» non può «sanare l’accertato *vulnus*» costituzionale, lo è altrettanto, tuttavia, che un’affermazione del genere vale solo «allo stato» (così si legge, infatti, al punto 7 in diritto della sent. n. 180 del 2022). E cioè prima che venga rivolto un monito al legislatore affinché lo stesso si attivi e prima che venga accertata la sua successiva (ed eventuale) inerzia. Mentre una decisione di carattere fortemente manipolativo, con cui al Corte eserciti la discrezionalità che è normalmente riservata al legislatore, diverrà, al contrario, praticabile, nel caso in cui la medesima *quaestio* ritorni all’attenzione del giudice delle leggi senza che il suo precedente invito abbia sortito effetto alcuno.

Le pronunce in esame rientrano, quindi, in un recente orientamento giurisprudenziale, che ha interessato principalmente la materia penale (orientamento inaugurato con la sent. n. 236 del 2016 e su cui v., per tutti, le ricostruzioni operate da M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, pp. 648 ss.; e da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna University Press, Bologna, 2020, pp. 101 ss.), con il quale la Corte, dopo aver sollecitato, ma senza successo, un intervento degli organi di produzione normativa, procede direttamente ad adottare una nuova disciplina compatibile con il dettato costituzionale pur in assenza di “rime obbligate”, ossia scegliendo tra molteplici opzioni tutte compatibili con la Costituzione.

Non ritengo, tuttavia, che l’argomento che è alla base di questo modo di procedere meriti condivisione.

Non si vede, infatti – da un punto di vista prettamente giuridico – come, a fronte di un quadro normativo che rimane del tutto immutato, la semplice inerzia degli organi legislativi, che segue all’invito della Corte, sia in grado di rimuovere, di per sé, l’ostacolo, che era ritenuto, in precedenza, insormontabile, del necessario rispetto delle funzioni riservate al decisore politico. Da un lato, infatti, occorre

ricordare che dall'adozione di moniti al legislatore non discende, per lo stesso, alcun obbligo di agire secondo quanto indicato dai giudici della Consulta. Dall'altro, non va sottaciuto che se è possibile attribuire all'invito formulato dalla Corte una *ratio* e fors'anche un'effettiva valenza sotto il profilo della limitazione della propria responsabilità *politica* in via diffusa, ossia di difesa preventiva rispetto a future e prevedibili critiche relative ad un possibile intervento giurisprudenziale che si preannuncia marcatamente manipolativo (della serie: io ho dato la possibilità al Parlamento di intervenire, lui non l'ha fatto, ora devo in ogni caso provvedere io), lo stesso non può dirsi sul piano *giuridico* se non a costo di sostenere una tesi che risulta difficilmente armonizzabile con il principio di legalità. E cioè che un organo che, sulla base della disciplina vigente, è sprovvisto di un certo potere lo acquista, tuttavia, semplicemente invitando il titolare dello stesso ad esercitarlo senza che questo, poi, si verifichi.

L'adattamento del Regolamento del Senato alla riduzione del numero dei parlamentari: prime osservazioni

LORENZO DE CARLO*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La genesi della proposta di revisione regolamentare presso il Senato. – 3. L'*iter* del testo base in Giunta per il Regolamento. – 4. Il contenuto della riforma del Regolamento del Senato: una serie di interventi ad ampio spettro. – 5. Una comparazione con il testo all'esame della Camera. – 6. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 28 settembre 2022

Suggerimento di citazione

L. DE CARLO, *L'adattamento del Regolamento del Senato alla riduzione del numero dei parlamentari: prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allievo ordinario di Scienze giuridiche della Scuola superiore di studi universitari e perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: lorenzo.decarlo@santannapisa.it.

1. Introduzione

Com'è noto, con legge costituzionale n. 1 del 19 ottobre 2020, a seguito dell'esito positivo del *referendum* confermativo del 20 e 21 settembre, è entrata in vigore la riduzione del numero dei parlamentari, che ha portato rispettivamente a 400 e 200 il numero dei componenti di Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, originariamente ammontanti a 630 e 315. Sebbene la riduzione in sé fosse destinata ad essere produttiva di effetti solo a decorrere dalla legislatura successiva, ambo i rami del Parlamento e il Governo si sono trovati a dover operare degli interventi correttivi o integrativi rispettivamente dei regolamenti delle Camere e della disciplina elettorale. Se con d.lgs. n. 177/2020 è stata operata la rideterminazione dei collegi uninominali e plurinominali dei sistemi elettorali delle Camere, permettendo di rendere immediatamente operativa la legge n. 165/2017 (c.d. *Rosatellum*), unitamente alla sterilizzazione dei dati numerici contenuti nelle leggi elettorali per renderle adattabili a qualsiasi composizione numerica (già effettuata con l. n. 51/2019), il processo di adattamento dei regolamenti parlamentari alla nuova composizione numerica di Camera e Senato è stato indubbiamente più farraginoso.

La lentezza dell'*iter* di riforma ha fatto sì che, al momento della delibera dello scioglimento delle Camere in data 21 luglio da parte del Presidente della Repubblica, nessuno dei due rami del Parlamento avesse ancora completato l'attività di revisione. Certamente, le instabilità politiche e le numerose emergenze verificatesi nell'ultimo biennio, a partire dalla crisi pandemica per arrivare a quella energetica passando per il conflitto in Ucraina, hanno posto all'attenzione delle maggioranze succedutesi altri temi maggiormente contingenti. Di fatto, non vi è stato l'impegno a fornire una rapida risposta all'esigenza di garantire la piena funzionalità *ab origine* delle Camere che teoricamente si sarebbero dovute insediare nel 2023: vi era il rischio che il Parlamento nella XIX Legislatura non potesse prendere in carico le materie più urgenti se non dopo aver apportato almeno le modifiche regolamentari indispensabili. Sembrava profilarsi minacciosamente il rischio di quella che è stata definita "opzione zero"¹, ovvero la totale inerzia del Parlamento, in ragione tanto della lentezza dell'*iter*, quanto dell'interesse da parte dei gruppi maggiori a rendere più complessi la costituzione e in generale l'operato delle formazioni minori, svantaggiate dal mancato

¹ G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma parziale (fin troppo)*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 224; R. IBRIDO, *La riduzione del numero dei parlamentari ed il "cantiere" delle riforme regolamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2020, pp. 165 ss.

abbassamento dei *quorum*². Anzi, tale dinamica avrebbe potuto sortire anche effetti positivi nell'ottica di una maggiore aggregazione delle forze politiche in sede tanto parlamentare quanto extra-parlamentare³, dal momento che, a legge elettorale e dunque a soglia di sbarramento (3%) invariate, sarebbero stati necessari il 5%, e non più il 3,7%, del totale dei componenti della singola assemblea a formare un gruppo. Proprio nell'eccessiva elasticità delle regole sulla costituzione dei gruppi, infatti, risiederebbe a detta di alcuni l'eccessiva frammentazione del panorama partitico italiano, per quanto comunque la discrasia in oggetto sia considerata necessitante di una correzione per salvaguardare le esigenze organizzative delle assemblee elettive⁴.

Il termine anticipato della legislatura ha fatto sì che Camera e Senato accelerassero i tempi, data la fissazione della convocazione della prima riunione delle neolette Camere per il 13 ottobre 2022 e la necessità, per non dire l'urgenza, di assicurare fin da subito al Parlamento la possibilità di esercitare pienamente e speditamente le proprie funzioni, considerando anche le scadenze imminenti dell'approvazione della legge di bilancio e del conseguimento degli obiettivi quantitativi e qualitativi previsti dal PNRR per il secondo semestre del 2022.

Si è così arrivati il 27 luglio all'approvazione della revisione del Regolamento del Senato, tra l'altro già oggetto di riforma nel 2017. Al momento dello scioglimento delle Camere, l'*iter* in questione era caratterizzato da un maggior stato di avanzamento rispetto a quello della Camera dei Deputati, essendo stato presentato dalla Giunta per il Regolamento il 29 giugno e trattato in Aula il 7 e il 12 luglio. A Montecitorio, invece, il testo predisposto dalla Giunta per il Regolamento non è mai approdato in Aula; esso, inoltre, prevedeva in alcuni punti una "sospensione del giudizio" in attesa dell'esito dei lavori presso Palazzo Madama, in modo tale da garantire un maggior coordinamento tra i documenti.

Anzitutto, se è vero che tra i principali obiettivi dei promotori della riforma costituzionale in oggetto c'era quello di garantire una miglior funzionalità delle Camere grazie alla loro composizione ridotta, bisogna ricordare che non sussiste una corrispondenza automatica tra i due elementi, dal momento che sarebbe stata

² L. CIAURRO, *Riduzione del numero dei parlamentari e procedure parlamentari*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, pp. 359-360.

³ G. SANTINI, *Riforma costituzionale e sistema dei partiti. Tra crisi della rappresentanza e opportunità di partecipazione, un'occasione per attuare l'art. 49 Cost.*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 117.

⁴ S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2022, pp. 12-13.

necessaria un'efficace opera di revisione dei Regolamenti, anche al di là dei semplici aspetti numerici⁵.

È necessario premettere che la riduzione del numero dei parlamentari ha comportato come principale conseguenza sui lavori delle Camere l'incongruenza delle soglie numeriche⁶ previste a livello regolamentare rispetto alla nuova composizione, che risulta ridotta di circa il 36,5% nei confronti di quella attualmente in vigore. Tale discrasia avrebbe potuto incidere in senso sfavorevole con riferimento alle prerogative dei singoli parlamentari, specialmente se appartenenti alle minoranze, sia da un punto di vista statico sia da uno dinamico. Si pensi, ad esempio, alla difficoltà che si sarebbe presentata qualora il numero minimo di senatori richiesti per la formazione di un gruppo fosse rimasto di 10, a fronte di un'Assemblea composta non più da 315 ma da 200 membri. Analoghe criticità si sarebbero presentate con riferimento alle Commissioni e alle Giunte, con il rischio che, anche in caso di abbassamento delle soglie minime per la costituzione, i singoli gruppi non riuscissero a far partecipare in modo attivo i propri membri ai lavori delle varie articolazioni delle Camere, posto che l'appartenenza a più di una di esse sarebbe stata pressoché inevitabile per le formazioni più esigue dal punto di vista numerico (anche se nulla vieterebbe di definire un differente numero di Commissioni per Camera e Senato, come già avvenuto in passato⁷). Il problema sarebbe poi acuito per quanto riguarda gli organismi bicamerali quali il Comitato di vigilanza sui servizi di sicurezza (COPASIR), per i quali sono previste rigide regole in tema di composizione, anche se non v'è chi non veda come non sia concepibile mantenere intatta la consistenza numerica di questi organi, data la riduzione del numero dei parlamentari e il conseguente aumento del carico di lavoro in capo a ciascuno di essi, anche a fronte del rischio di disfunzioni dovuti alla diminuzione dei componenti⁸.

⁵ C. FUSARO, *Riduzione dei parlamentari? Riforma marginale, ma il "sì" apre a nuove riforme*, in *Libertà Eguale*, 24 febbraio 2020. *Contra*, L. VIOLINI, *Il meglio è nemico del bene? Brevi note per andare a votare con consapevolezza*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., p. 272, a detta della quale la riduzione dei parlamentari non solo non agevolerà un più spedito funzionamento delle Camere, ma avrebbe anzi aumentato il carico di lavoro dei singoli parlamentari, rendendo ancora più lento l'iter legislativo.

⁶ *Nulla quaestio*, teoricamente, per le soglie frazionarie, anche se la ridotta composizione delle Camere renderebbe non poche prerogative attivabili da un numero assai esiguo di parlamentari.

⁷ L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui regolamenti di Camera e Senato*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, p. 559.

⁸ N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, p. 327.

Si consideri poi la potenziale impossibilità di rispecchiare fedelmente in tali organi gli equilibri tra maggioranza e opposizione registrati in Aula, sempre che, come è stato suggerito, non si propenda per un mutamento di prospettiva relativamente al ruolo del singolo membro, da valorizzare più per la propria autorevolezza e competenza personale piuttosto che per la sua appartenenza al gruppo⁹.

Dall'altra parte, quanto ai singoli atti, il *quorum* di 8 firmatari per la presentazione di mozioni *ex art.* 157 r.S., ad esempio, sarebbe risultato indubbiamente più ostico da raggiungere in un Senato a composizione ridotta. L'alternativa alla riduzione proporzionale sarebbe stata l'espansione del novero dei diritti dei singoli parlamentari, di per sé un obiettivo legittimo, ma che reca con sé il rischio di rendere ulteriormente più complesso il contrasto a condotte ostruzionistiche. Ad ogni modo, si è avvertito, la forte eterogeneità delle disposizioni che prevedono soglie numeriche avrebbe richiesto un supplemento di riflessione sulla *ratio* degli istituti, evitando di applicare meccanicamente una riduzione percentuale automatica, ma valorizzando le specificità e cercando di correggere alcune anomalie tra Camera e Senato presenti nei testi vigenti (si pensi al numero dei segretari provvisori di Presidenza *ex artt.* 2, comma 2, r.C. ed r.S., quattro a Montecitorio e sei a Palazzo Madama nonostante la maggior numerosità dei deputati rispetto ai senatori)¹⁰.

Se dunque da un lato si richiedevano indefettibilmente delle misure puntuali di adeguamento dei valori numerici, dall'altro si è presentata l'occasione per riformare in modo più ampio l'organizzazione interna delle Camere: in particolare, fin da subito si è cercato di introdurre delle misure atte a contrastare il cosiddetto fenomeno del transfughismo, estremamente ricorrente nel corso delle ultime legislature¹¹. Altro tema di dibattito è stato quello della predisposizione di

⁹ D. PICCIONE, *Riduzione del numero dei parlamentari e funzionamento dei collegi di Senato e Camera: metodo e prospettive della revisione regolamentare*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2022, pp. 7, 12-13.

¹⁰ L. CIAURRO, *Riduzione del numero dei parlamentari e procedure parlamentari*, cit., pp. 361-362. N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., p. 333; C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, pp. 177-178.

¹¹ Ad oggi (23 settembre 2022), durante la XVIII Legislatura ben 306 parlamentari (218 deputati e 88 senatori) hanno effettuato almeno un passaggio di gruppo, per un totale di 464 "cambi di casacca", 305 alla Camera e 159 al Senato. Il numero massimo di passaggi avvenuti è di 5, raggiunti dall'on. Giovanni Marilotti al Senato e dall'on. Maria Teresa Baldini alla Camera. Cifre ancora abbastanza lontane da quelle della XVII Legislatura, che aveva registrato in tutto 566 passaggi di gruppo, 313 a Montecitorio e 253 a Palazzo Madama.

meccanismi e strumenti volti a correggere le intrinseche criticità proprie del bicameralismo paritario all'italiana: si pensi a due misure agli antipodi quanto a effetti quali l'istituto del voto a data certa o la limitazione della possibilità di apporre la questione di fiducia. Inoltre, la revisione regolamentare avrebbe potuto rappresentare l'occasione per dare un indirizzo più definito al modello del parlamentarismo italiano, tuttora oscillante tra l'originaria impostazione proporzionalistica e le più recenti tendenze maggioritarie all'interno di un sistema bipolare basato sull'alternanza¹².

Si andranno dunque ad analizzare le modifiche apportate al Regolamento del Senato dalla recentissima revisione, valutandone l'impatto sui lavori e operando una comparazione con il progetto oggetto di esame da parte della Camera, che, tuttavia, non è stato approvato in tempo utile per garantirne l'applicazione a partire dall'inizio della XIX Legislatura.

2. La genesi della proposta di revisione regolamentare presso il Senato

Una volta acquisito il risultato del *referendum*, la Presidente del Senato ha senza indugio dato inizio ai lavori della Giunta per il Regolamento, che si è riunita il 23 settembre 2020, deliberando la formazione al proprio interno di un comitato ristretto di sei senatori (tre di maggioranza e tre di opposizione), incaricato di porre le basi alla predisposizione di un testo mediante discussioni informali e non oggetto di resoconto, e di riferire periodicamente agli altri membri dell'organo. La Commissione ha dunque adottato le modalità di lavoro già previste per la revisione del Regolamento del Senato del 2017, non coinvolgendo, almeno in questa prima fase, la Presidente (che pure nella sua originaria proposta aveva caldeggiato la propria partecipazione)¹³.

In seguito, nella seduta della Giunta per il Regolamento del 2 dicembre 2020, sono stati nominati relatori i senatori Roberto Calderoli (Lega) e Vincenzo Santangelo (M5S), con la presentazione da parte del primo – il 21 gennaio successivo – di una proposta di modificazione del Regolamento avente a oggetto esclusivamente adattamenti puntuali caratterizzati da una riduzione tra il 30 e il 40% di tutte le soglie numeriche previste, procedendo poi a una diminuzione a 10 delle Commissioni permanenti mediante accorpamenti.

Circa due mesi dopo (17 marzo) è stato il senatore del Partito Democratico Luigi Zanda ad avanzare una propria proposta di revisione, che riprendeva gli

¹² D. PICCIONE, *Riduzione del numero dei parlamentari e funzionamento dei collegi di Senato e Camera*, cit., pp. 4-5.

¹³ F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Federalismi.it*, ultimo aggiornamento 6 luglio 2022, p. 5.

adeguamenti numerici presenti in quella dell'on. Calderoli, integrandoli con l'introduzione, tra gli altri, di meccanismi di tutela del pluralismo interno ai gruppi, del voto a data certa e di forme di controllo sul contenuto dei disegni di legge sui quali sia stata posta la questione di fiducia (in particolare per quanto riguarda i maxi-emendamenti recanti oneri maggiori rispetto al testo approvato in sede referente).

In estate (8 luglio), anche l'on. Vincenzo Santangelo (M5S) ha presentato un nuovo progetto di modifiche al Regolamento, con particolare attenzione al tema, assai caro alla propria forza politica di riferimento, del contrasto al transfughismo mediante l'ingresso automatico dei senatori a inizio legislatura nel gruppo di riferimento della forza politica con la quale fossero stati eletti, il divieto di formare nuovi gruppi in corso di legislatura e la trasformazione del Gruppo Misto in un "gruppo dei non iscritti", con la possibilità per tre membri di costituire componenti al proprio interno, ma con specifici strumenti di dissuasione dalla permanenza in esso.

Ad ogni modo, l'inerzia della Giunta si è protratta per gran parte del 2021, in assenza tanto di un testo congiunto quanto di una volontà politica delle forze della composita maggioranza a sostegno del Governo Draghi di accelerare le tempistiche della revisione regolamentare. Solo il 3 novembre è stato ripreso l'esame dei progetti di riforma, concordando sull'urgenza di affrontare anzitutto la ridefinizione dei *quorum* e dei componenti dei vari organismi interni e l'accorpamento delle Commissioni permanenti, nonché la disciplina del Gruppo Misto, da adattare all'inevitabile maggior difficoltà di costituire una suddivisione autonoma, data la riduzione del numero degli eletti. Sugli altri temi, quali le norme anti-transfughismo e la ridefinizione delle modalità di voto di alcuni provvedimenti, non è stato rilevato consenso unanime, dunque si è preferito accantonarli temporaneamente, così da garantire anzitutto una rapida risoluzione delle criticità più contingenti. Nella medesima occasione si è provveduto a nominare un nuovo comitato ristretto da affiancare ai due correlatori.

Nel frattempo, un nuovo progetto di modificazione regolamentare è stato predisposto e comunicato alla Presidenza il 18 novembre 2021 dai senatori pentastellati Perilli, Maiorino e Donno. Tra le proposte di maggior rilievo, si segnala l'istituzione di una Commissione speciale che a inizio legislatura operi in sostituzione di tutte le Commissioni permanenti non ancora formatesi per la trattazione degli atti urgenti presentati dal Governo e che in corso di legislatura svolga le funzioni delle Commissioni speciali generalmente istituite di volta in volta. Si prevedevano anche una disciplina più rigida in materia di ammissibilità degli emendamenti riformulati troppo eterogeneamente, l'introduzione del voto a data certa sui disegni di legge già approvati dalla Camera e la possibilità di formulare una dichiarazione d'urgenza per ddl di iniziativa parlamentare con deliberazione entro 90 giorni. Era riproposto infine il tema del transfughismo, con

il divieto di aderire al Gruppo Misto in corso di legislatura e anche all'inizio, tranne nel caso in cui si risultasse eletti in una forza politica che avesse ottenuto un numero di seggi minore rispetto alla soglia minima per costituire il gruppo, e la previsione di penalizzazioni di natura economica tanto per il senatore che "cambi casacca" quanto per la formazione di destinazione.

3. *L'iter del testo base in Giunta per il Regolamento*

Il proposito originario della Giunta prevedeva l'adozione del testo base entro la fine di gennaio 2022, il che è avvenuto il 18 del mese, con la redazione di un progetto di modifica di 45 articoli del Regolamento secondo i criteri stabiliti nella seduta del 3 novembre, escludendo quindi le misure eccessivamente divisive. Il 15 febbraio, poi, è stata intrapresa la discussione generale in Giunta del testo base, che si è conclusa il 27 aprile, quando è stato conferito il mandato ai correlatori Calderoli e Santangelo di riferire all'Assemblea, dopo l'approvazione di alcuni emendamenti, che, tuttavia, non hanno alterato la sostanza della riforma.

Tra le principali modifiche, per contrastare i "cambi di casacca" è stata approvata la decadenza dal Consiglio di Presidenza di quanti, ad eccezione del Presidente del Senato, cessino di far parte del gruppo cui appartenevano al momento dell'elezione. Inoltre, sulla stessa linea, si è inserita la previsione di considerare non iscritti coloro che si siano dimessi dal proprio gruppo (anche dal Misto) o vi siano stati espulsi, salvo che entro tre giorni non siano entrati a far parte di un altro raggruppamento già esistente. Analogamente, quanto alla dotazione dei gruppi parlamentari, si è approvata la riduzione dell'importo del contributo annuale secondo criteri predefiniti dal Consiglio di Presidenza, che poteva riguardare sia la formazione di cui il senatore avesse cessato di far parte, sia quella di destinazione. È stata altresì suggerita l'introduzione del Comitato per la legislazione, già istituito presso la Camera, ed è stato effettuato l'accorpamento delle Commissioni permanenti, ridotte da 14 a 10.

Relativamente al coinvolgimento nell'attività delle Commissioni di membri di altri organi elettivi, è stata aperta la strada alla partecipazione dei membri del Parlamento Europeo, eletti o meno in Italia¹⁴, alle sedute della IV Commissione Politiche dell'Unione Europea, anche se non si è proceduto a concretizzare la proposta di una Commissione bicamerale unica per gli Affari europei, in modo tale da favorire la condivisione della funzione di controllo sull'attività del Governo e la formazione della volontà del Parlamento in modo maggiormente unitario e coeso¹⁵.

¹⁴ Il testo definitivo dell'art. 23, comma 1-*bis*, ha poi limitato questa previsione ai soli eletti in Italia.

¹⁵ N. LUPO, *Il referendum per ridurre i parlamentari? La riforma è nulla, senza l'attuazione*, in *LUISS School of Government – Policy Brief*, 5, 2020, pp. 3-4.

Sulla stessa linea, si è prevista la possibilità di invitare ai lavori della Commissione parlamentare per le questioni regionali i rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali; non si tratta però di un'attuazione dell'art. 11 della l. cost. n. 3/2001, dato che non è prevista l'obbligatorietà della loro partecipazione né tantomeno l'espressione di un voto, senza contare poi che la norma sarebbe applicabile solo qualora sia un senatore a presiedere l'organo in oggetto¹⁶.

Non è stato approvato invece l'emendamento volto a impedire ai senatori a vita e di diritto di iscriversi ad alcun gruppo parlamentare (nonché di escludere il loro voto qualora sia posta la questione di fiducia), così come quello volto a salvaguardare il "libero convincimento" di ciascun componente a tutela della democrazia e del pluralismo interni¹⁷. Analogo destino per la proposta di consentire l'assegnazione a più Commissioni riunite di un ddl su richiesta di almeno 2/3 dei membri della Commissione competente oppure del Presidente della stessa. Non ha passato il vaglio della Giunta neanche il tentativo di introduzione della cosiddetta "corsia preferenziale" per i disegni di legge di iniziativa governativa o comunque indicati dall'esecutivo, per i quali il voto sarebbe stato calendarizzato "a data certa".

Infine, non ha avuto successo nemmeno l'emendamento che avrebbe subordinato la validità del voto nelle elezioni per scheda all'indicazione per esteso del nome e del cognome. Si tratta di un tema apparentemente di scarso rilievo pratico, ma che presenta un precedente significativo: durante le elezioni del Presidente del Senato del 29 aprile 2006, la seconda votazione registrò l'impossibilità di proclamare l'on. Franco Marini in quanto non solo in un primo tempo ben tre schede (decisive per il raggiungimento del *quorum*) recavano l'indicazione "Francesco Marini", ma anche dopo l'annullamento e la ripetizione della votazione non si riuscì a giungere a un esito incontrovertibile, dal momento che il suffragio necessario per pervenire a quota 162 era stato espresso per "Marini", cognome condiviso con un altro senatore, e dunque non era univocamente attribuibile. La questione si è posta anche per altre assemblee elettive, dato che le modalità di espressione del voto sono utilizzabili come stratagemmi per aggirare la segretezza del voto e per verificare il rispetto degli accordi stretti tra gli appartenenti ai vari gruppi. Si pensi in tema al dibattito, riproposti in occasione di numerose elezioni del Presidente della Repubblica, relativo alle modalità di espressione grafica del voto sulla scheda da parte dei

¹⁶ F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 60.

¹⁷ Sul tema *funditus* S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, cit., pp. 24-26.

componenti del collegio e di lettura da parte del Presidente della Camera dei nomi indicati sulle schede.

La discussione in Aula del testo base è stata calendarizzata nelle sedute del 7 e del 12 luglio, con la presentazione degli emendamenti. Ai sensi dell'art. 167, comma 4, r.S., poi, nel pomeriggio stesso del 12 è iniziato l'esame in Giunta di questi ultimi, ai quali si sono aggiunti ulteriori proposte predisposte dai relatori. Si è arrivati così alla votazione finale il 27 luglio, quando il testo, ulteriormente emendato, è stato approvato a maggioranza assoluta.

4. Il contenuto della riforma del Regolamento del Senato: una serie di interventi ad ampio spettro

Riepilogando i punti affrontati dalla revisione, anzitutto si estende a tutti i componenti del Consiglio di Presidenza la decadenza *ex art. 13 r.S.* in caso di fuoriuscita non concordata dal gruppo parlamentare di appartenenza al momento dell'elezione (si fanno salvi i casi di espulsione e di scioglimento o fusione), con l'eccezione del Presidente del Senato. Tale previsione è poi stata estesa dall'art. 27 alla decadenza dalla partecipazione agli Uffici di Presidenza di tutti gli organi collegiali dei senatori che abbiano cessato di far parte del gruppo di appartenenza al momento dell'elezione, facendo sempre salvo il Presidente d'assemblea. Con riferimento a quest'ultimo, ci si è chiesti se, per salvaguardarne ulteriormente le funzioni di garanzia e l'imparzialità, non fosse semmai più opportuno disporre il divieto di iscrizione a qualsiasi gruppo¹⁸, per quanto, essendo il Presidente stato necessariamente eletto nelle liste di uno dei partiti che esprimono i propri rappresentanti in Parlamento, si tratterebbe di una previsione di natura eminentemente formale, dato che già la prassi dell'astensione nelle votazioni contribuisce a evitare un'eccessiva politicizzazione della carica in questione. Di fatto, si tratta di una specificazione della disciplina dettata dalla riforma del 2017, in quanto è ora necessario estendere la fattispecie ai senatori che non abbiano aderito ad altro gruppo entro tre giorni dalla fuoriuscita dalla formazione originaria, i quali risultano tra i non iscritti. Non è stato invece trattato il tema del c.d. "prestito dei parlamentari", dinamica verificatasi anche nel corso della XVIII legislatura e caratterizzata dalla fuoriuscita di uno o più parlamentari dal proprio schieramento originario con l'esclusivo intento di consentire la costituzione di un nuovo gruppo, generalmente politicamente affine¹⁹.

¹⁸ R. IBRIDO, *Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, pp- 361-362.

¹⁹ S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, cit., p. 20.

Quanto alla composizione dei gruppi, con eccezione del Misto e delle minoranze linguistiche (per il quale sono sufficienti quattro membri), essi devono essere costituiti da almeno sei senatori; sono stati poi recepiti gli emendamenti dei correlatori sul tema dei non iscritti. Nello specifico, è stata recepita la proposta di impedire ai senatori fuoriusciti dal gruppo di appartenenza di aderire entro tre giorni al Gruppo Misto per evitare di essere inclusi nel novero dei non iscritti: questa eventualità potrà essere scongiurata soltanto con l'ingresso in un altro gruppo preesistente. Tuttavia, si fa salvo il caso di adesione entro tre giorni a una componente politica del Gruppo Misto, in presenza di una deliberazione favorevole dei suoi appartenenti e di autorizzazione da parte del legale rappresentante della forza politica di riferimento. Di conseguenza, la portata di questa misura volta a contrastare il c.d. transfughismo risulta piuttosto temperata, anche se indubbiamente i cambi di gruppo dovranno essere maggiormente ponderati, in ragione della necessità di individuare una formazione di destinazione in breve tempo. Ad ogni modo, il rischio che si presenta è quello dell'incremento dell'imprevedibilità e dell'incontrollabilità delle dinamiche parlamentari, con i non iscritti che non troverebbero una collocazione chiara negli equilibri tra maggioranza e opposizione e nella composizione dei vari organi²⁰.

Sulla *vexata quaestio* della formazione di nuovi gruppi, la disciplina dell'art. 14, comma 4, già modificata nel 2017, è stata resa maggiormente chiara, specificando che le consultazioni di riferimento per la presentazione dei candidati con il medesimo contrassegno devono essere le ultime e che è necessaria l'elezione di almeno un senatore. Analoga specificazione riguarda la costituzione di gruppi autonomi da parte di eletti di forze politiche diverse in liste con lo stesso contrassegno: per consentirla sarà necessario essersi presentati in coalizione alle ultime elezioni del Senato, superando l'ambigua formula "uniti o collegati".

In senso ancor più restrittivo rispetto alla proliferazione dei gruppi e specialmente delle componenti politiche del Misto, si è altresì previsto, in caso di aggregazione in sede elettorale di più forze politiche, di consentire la costituzione di un solo gruppo o componente politica per ciascun contrassegno presentato, con tanto di necessario assenso alla formazione da parte di chi ha effettuato il deposito. Rimane ad ogni modo possibile costituire in deroga gruppi di almeno nove senatori che rappresentino, anche con la denominazione o il contrassegno, un partito che abbia registrato l'elezione di candidati nelle proprie liste durante la legislatura in corso in sede di consultazioni per le Camere o per il Parlamento europeo²¹. È stata poi introdotta la possibilità di costituire componenti politiche all'interno del

²⁰ D. PICCIONE, *Riduzione del numero dei parlamentari e funzionamento dei collegi di Senato e Camera*, cit., pp. 10-11.

²¹ È stata espunta la possibilità di farvi rientrare anche le elezioni regionali, dato il rischio di incrementare eccessivamente le *chance* di proliferazione dei gruppi.

Gruppo Misto, come già avviene alla Camera: una modifica funzionale a una più capillare rappresentatività delle forze politiche e a una più efficace organizzazione interna in un Senato a ranghi ridotti in cui la costituzione di gruppi autonomi sarà sempre più ardua.

Rimane comunque per la costituzione dei gruppi la condizione *ex art.* 14, comma 4, che richiede la rappresentanza di una forza politica (anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti) che alle ultime votazioni del Senato abbia presentato propri candidati con il medesimo contrassegno e abbia ottenuto almeno un seggio. Sia per i gruppi sia per le componenti politiche del Misto, poi, si rende necessaria una dichiarazione di riconoscimento da parte della forza politica che intendono rappresentare. Infine, quanto allo scioglimento, esso è previsto non solo nel caso di riduzione del numero dei membri sotto la soglia minima, ma anche in caso di perdita dei requisiti di corrispondenza e riconoscimento da parte della forza politica di riferimento.

Puntuali modifiche riguardano anche la disciplina della Giunta per il Regolamento *ex art.* 18: sarà possibile partecipare alle riunioni, senza diritto di voto, anche ai presidenti o ai delegati dei gruppi parlamentari che non abbiano componenti all'interno di essa. Inoltre, per meglio coordinare l'attività legislativa e interpretativa tra le due Aule, si dispone la convocazione in seduta congiunta delle due Giunte per il Regolamento, una previsione assai funzionale qualora si volesse procedere a un'ulteriore revisione nell'imminente XIX Legislatura che vada a trattare i temi più divisivi non trattati dalla riforma in oggetto.

Quanto invece alla Giunta delle elezioni e delle immunità, il novellato art. 19 diminuisce a 19 il numero dei componenti, richiedendo tuttavia esplicitamente il rispetto delle proporzioni tra i gruppi riscontrabili in Assemblea e l'appartenenza perdurante all'opposizione del Presidente, pena la decadenza dalla carica. È abrogato invece il comma 2, che impediva ai senatori selezionati di rifiutare la nomina e di dimettersi dalla carica di membro della Giunta in corso di legislatura e consentiva al Presidente di sostituire un componente che non potesse partecipare ai lavori dell'organo per un periodo prolungato e per gravissimi motivi.

Uno dei temi maggiormente attinti dalla riduzione del numero dei senatori è indubbiamente la composizione delle Commissioni permanenti: l'art. 21 ha ridefinito, in coerenza con l'accorpamento effettuato, la designazione di un membro di un gruppo ogni 10 iscritti (anziché 14), mentre i non iscritti sono assegnati direttamente dal Presidente del Senato, nel rispetto comunque degli equilibri tra maggioranza e opposizione. In tema di materie di competenza delle Commissioni, le variazioni più significative riguardano:

- La Commissione Affari Esteri (III°), che va a includere la Commissione Difesa (*ex* IV°)

- La Commissione Lavori pubblici e comunicazioni (VIII°), alla quale si unisce la Commissione Ambiente (già XIII°), assumendo anche le competenze anche in materia di innovazione tecnologica, transizione ecologica ed energia

- La Commissione Agricoltura e produzione agroalimentare (IX°), alla quale è stata accorpata la Commissione Industria, commercio e turismo (già X°)

- La nuova X° Commissione, che ricomprende le preesistenti XI° (Lavoro pubblico e privato) e XII° (Affari sociali), ora denominata “Affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato e previdenza sociale”.

Sarà da valutare quanto la nuova distribuzione di competenze risulterà compatibile con l'omogeneità delle materie da trattare, con i Ministeri di riferimento e con il carico di lavoro di ciascuna delle Commissioni.

In materia di attività delle Commissioni, è stato modificato l'art. 29, comma 8, con la previsione della possibilità di convocare queste ultime in concomitanza con l'Assemblea, sempre che non siano state calendarizzate votazioni e che il Presidente del Senato non disponga diversamente. Altra specificazione procedimentale è stata inserita nell'art. 35: qualora il disegno di legge assegnato alla Commissione in sede deliberante sia rimesso all'Assemblea, è possibile procedere all'approvazione finale con sole dichiarazioni di voto, ma previa votazione degli articoli. Se, invece, l'assegnazione è in sede redigente, è venuta meno la possibilità *ex art.* 36, comma 2, di richiedere entro otto giorni dalla comunicazione che prima della trattazione in Commissione si tenga una discussione in Assemblea volta a stabilire i criteri informativi per la redazione del testo. Sono state altresì riviste le soglie numeriche previste per le Commissioni in sede deliberante dall'art. 41, comma 1: per le votazioni nominali e a scrutinio segreto da rispettivamente 3 e 5 senatori si scende a 2 e 3. In sede di votazione finale in Assemblea del disegno di legge, poi, ci si limiterà *ex art.* 42, comma 5, alle sole dichiarazioni di voto finali.

Per quanto riguarda invece l'assegnazione in sede referente, è stata soppressa la previsione del comma 3-*bis* dell'art. 43 della relazione in ogni Commissione permanente da parte dei componenti della Commissione Politiche Europee qualora essa debba esprimere un parere. Sempre la IV Commissione vede il venir meno della nomina di un relatore per l'esame delle sentenze di maggior rilievo della Corte di Giustizia dell'UE, *ex art.* 144-*ter*, comma 2. Nessuna variazione invece per quanto riguarda l'annoso tema dell'esame delle sentenze della Corte Costituzionale, che senza dubbio avrebbe richiesto un intervento nell'ottica di un più proficuo dialogo tra organi.

È stata ulteriormente integrata anche la disciplina dei pareri obbligatori *ex art.* 40: in particolare, il parere della V Commissione (Programmazione economica e bilancio) si richiede esclusivamente per gli emendamenti oggetto di approvazione, ma in assenza di esso il relatore non può essere incaricato di riferire all'Assemblea se non dopo che sono trascorsi 15 giorni dalla richiesta (a meno che il Presidente

del Senato non fissi un termine diverso²²). Sulla stessa linea, qualora la V Commissione richieda al Governo una relazione tecnica sugli oneri finanziari correlati agli emendamenti, questa dovrà essere inviata entro cinque giorni, anche se il mancato adempimento non può comportare la presunzione di onerosità. Se poi il parere della Commissione Programmazione economica e bilancio è contrario o favorevole condizionatamente alle modifiche formulate, queste saranno poste in votazione dalla Commissione competente per materia e, se quest'ultima non si è conformata e si tratta di esame in sede redigente o deliberante, saranno rimesse all'Assemblea. Lo stesso procedimento vale anche per i casi di parere della I Commissione Affari Costituzionali. Tuttavia, il comma 5 dell'art. 41 attenua il rigore della disciplina dei pareri obbligatori delle Commissioni: se nel testo previgente gli emendamenti che rientrassero nella fattispecie non potevano essere votati se non dopo essere stati preventivamente trasmessi, la versione attuale si limita a prevederne l'invio, non definendo conseguenze in caso di inottemperanza.

Quanto ai rapporti con il Governo, il nuovo art. 47, comma 1, estende la possibilità per i componenti delle Commissioni di chiedere ai Ministri di far trasmettere notizie ed elementi di natura tecnico-amministrativa da amministrazioni ed enti sottoposti al loro controllo. Tali informazioni possono essere utilizzate non solo in funzione dei disegni di legge e degli affari assegnati alle Commissioni, ma anche di tutte le altre materie di loro competenza. Inoltre, il comma 2 permette l'apertura di un dibattito autonomo all'esito dell'audizione (anche in sede congiunta) dei candidati proposti dall'esecutivo per nomine sulle quali la Commissione debba esprimere il proprio parere.

Nuove prerogative sono concesse alle Commissioni permanenti anche dall'art. 50, con l'introduzione dei commi 4 e 5, che dispongono che, su proposta del rappresentante di almeno un gruppo, esse, sia individualmente sia riunite, possano votare delle risoluzioni volte a definire indirizzi su materie di propria competenza anche qualora non siano inerenti alla trattazione di un affare specificamente assegnato *ex* comma 2, con possibilità di votazione per parti separate.

In materia di organizzazione dei lavori dell'Assemblea, è stato soppresso l'intero art. 54, che prevedeva la predisposizione di uno schema dei lavori per la settimana in caso di mancato accordo sul programma in sede di Conferenza dei Presidenti dei gruppi: rimane dunque il solo calendario come strumento di formazione dell'ordine del giorno. Rilevante l'istituzione di una sorta di "voto a data certa": la Conferenza, ai sensi dell'art. 55, comma 5, acquisisce la facoltà di fissare un termine alla cui decorrenza sono posti in votazione i ddl calendarizzati nel testo presentato o trasmesso al Senato o approvato dalla Commissione. Qualora poi il ddl sia discusso in Assemblea, quest'ultima sarà chiamata a votare nuovamente gli emendamenti approvati dalla Commissione. Il termine in ispecie, tuttavia, è

²² Nel testo base il termine poteva essere esclusivamente inferiore.

comunque oggetto di una successiva deliberazione da parte dell'Assemblea con voto nominale simultaneo, e non può essere apposto per ddl in materia costituzionale, elettorale, di delegazione legislativa, di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali o di approvazione di bilanci e consuntivi, nonché di amnistia o indulto.

Il comma 7 provvede poi ad abbassare da 8 a 5 il numero di senatori che possono proporre di inserire nel calendario argomenti relativi a situazioni sopravvenute e urgenti non inclusi nel programma; stessa diminuzione per suggerire l'inversione della trattazione degli argomenti iscritti all'ordine del giorno e per discutere o votare su argomenti non inclusi nell'ODG, *ex* commi 3 e 4 dell'art. 56. Ridotto nella stessa misura anche il numero dei senatori abilitati a proporre l'apertura di una nuova discussione o la sua chiusura anticipata *ex* art. 99, commi 2 e 3, nonché a presentare nel corso della seduta ulteriori emendamenti riferiti ad altri già presentati o approvati, a norma del comma 5 dell'art. 100, e a richiedere di aprire un dibattito autonomo sulle comunicazioni del Governo *ex* art. 105, comma 1. Passa da 8 a 5 anche il numero dei senatori abilitati a chiedere lo svolgimento di un dibattito con il Ministro competente in materia in relazione a proposte della Commissione Europea destinate ad essere inserite all'ordine del giorno del Consiglio o comunque su tematiche connesse agli accordi sull'Unione e alle sue attività, a norma dell'art. 142, comma 1, così come quelli in grado di domandare lo stralcio e la votazione separata di singole norme in caso di modificazione del Regolamento *ex* art. 167, comma 6.

Calano da 9 a 7 il numero minimo di richiedenti di una questione pregiudiziale su un disegno di legge di conversione *ex* art. 78²³, comma 3; da 20 a 12 quello *ex* art. 81, comma 1, per domandare di adottare la procedura abbreviata per i ddl presentati entro sei mesi dall'insediamento delle Camere e riproduttivi di progetti già approvati dal solo Senato nella precedente legislatura, e per la richiesta di votazione a scrutinio segreto *ex* art. 113, comma 2, nonché, *ex* artt. 135-*bis* e -*ter*, comma 7, per formulare proposte in difformità dalle conclusioni della Giunta delle elezioni e delle immunità nella fattispecie di esame degli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria per l'autorizzazione a procedere per reati *ex* art. 96 Cost. o in caso di verifica dei poteri.

Scende invece da 15 a 10 il numero di senatori in grado di chiedere la votazione degli emendamenti sui quali la V Commissione abbia espresso parere contrario per mancanza di copertura finanziaria *ex* art. 102-*bis*, comma 1, e la votazione nominale, anche con appello *ex* art. 116, comma 1. Più marcata (da 12 a 7) la riduzione del numero di senatori abilitati a richiedere la verifica del numero

²³ Lo stesso art. 78 vede una variazione al comma 6, che è stato espunto, eliminando dunque la previsione della presentazione e distribuzione all'Assemblea degli emendamenti proposti e fatti propri dalla Commissione.

legale²⁴. Cade invece *de plano* l'obbligo, imposto dall'art. 127, comma 2, della sottoscrizione da parte di almeno 8 senatori per ripresentare in Assemblea emendamenti non accolti dal Governo o respinti dalle Commissioni.

Tornando alle procedure, in caso di comunicazioni del Governo l'*iter* (già diffuso nella prassi, si vedano le comunicazioni del Presidente Draghi del 20 luglio) viene codificato in modo più analitico all'art. 105, comma 1: al termine degli interventi le proposte di risoluzione dei singoli senatori sono votate secondo l'ordine di presentazione, ma, se l'esecutivo dichiara di accettare una o più di esse, queste sono votate per prime, mentre le residue resisteranno solo nella misura in cui non siano precluse o assorbite. Per quanto riguarda gli annunci e le dichiarazioni di voto *ex art.* 109, la Conferenza dei Presidenti dei gruppi è chiamata a definire i tempi di intervento per i senatori non iscritti.

Alcune modifiche sono state apportate al procedimento previsto dall'art. 135-*bis*: il nuovo comma 8-*bis* dispone che, qualora vi siano proposte di diniego dell'autorizzazione, sia possibile votare per l'intera seduta con votazione nominale e simultanea o, in caso di sospensione, dichiarando il proprio suffragio ai Segretari. Ampliate invece le prerogative delle minoranze nell'art. 135-*ter* in materia di verifica dei poteri, in quanto sarà sempre possibile per esse presentare un'autonoma relazione. Sul punto, al comma 1 si stabilisce un termine di 60 giorni dalla trasmissione delle proposte della Giunta per la deliberazione da parte dell'Assemblea.

Inoltre, rispondendo a specifiche esigenze emerse nel dibattito, all'art. 145, comma 1-*bis*, è stata prevista la possibilità di effettuare interrogazioni sull'operato delle Autorità indipendenti, alle quali però è tenuto a rispondere il Presidente del Consiglio o il Ministro competente; non si ammette, come pure era stato chiesto, la convocazione diretta dei vertici di tali enti, nel rispetto della loro autonomia. Sono poi snellite le procedure previste dall'art. 153, comma 2, per le interrogazioni con richiesta di risposta scritta: se decorre il termine di 20 giorni senza che vi sia una replica, l'interrogazione è automaticamente iscritta per la risposta orale nella prima seduta disponibile dell'Assemblea o della Commissione competente, superando l'intermediazione del Presidente e la sua intesa con il presentatore. Si ampliano altresì i margini per le interpellanze con procedimento abbreviato sottoscrivibili da ciascun senatore *ex art.* 156-*bis*, comma 2, che aumentano da 6 a 9 per anno. Anche l'art. 157 in materia di mozioni subisce delle variazioni: il numero minimo di presentatori cala da 8 a 5, aumenta invece da 6 a 9 la quota massima di procedimenti abbreviati che ogni senatore può sottoscrivere ogni anno; inoltre, è stato abrogato il comma 2, eliminando la possibilità per l'Assemblea di fissare una seduta supplementare per la discussione della mozione.

²⁴ È stata espunta dal testo base la possibilità di avvalersi di questa facoltà da parte di un Presidente di gruppo di almeno sette componenti.

Soppressa anche la previsione, che sarebbe potuta apparire anacronistica rispetto all'obiettivo perseguito negli ultimi anni di garantire una sempre maggior pubblicità dei lavori e degli atti parlamentari, del comma 2 dell'art. 165, che disponeva la normale pubblicità della discussione in Assemblea sul bilancio e sul conto consuntivo del Senato, aprendo però la possibilità di svolgerla a porte chiuse qualora la Presidenza o venti senatori lo avessero richiesto.

Vi è poi un impegno da parte del Senato alla digitalizzazione e alla dematerializzazione: si prevede, infatti, ove possibile, la sostituzione della stampa e della distribuzione degli atti parlamentari con la pubblicazione in formato digitale, lasciando al Consiglio di Presidenza la competenza sulla definizione degli atti per i quali mantenere il formato cartaceo. Un'apertura all'informatizzazione si registra anche con l'introduzione del comma 2-*bis* dell'art. 140: è infatti consentita la presentazione di petizioni in formato elettronico, nelle forme e nelle modalità stabilite dal Consiglio di Presidenza.

Tra le innovazioni più significative, troviamo l'introduzione del Comitato per la Legislazione, composto da 8 senatori nominati dal Presidente del Senato rispettando una paritaria rappresentanza di maggioranza e opposizione e presieduto a turno per un anno ciascuno da uno dei suoi componenti. Tale organismo si occupa di esprimere pareri sui ddl discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante, nonché i disegni di legge di conversione dei decreti-legge, entro cinque giorni dalla trasmissione, con partecipazione del relatore e del rappresentante del Governo all'esame. La funzione principale è dunque quella di garantire la qualità dei testi, assicurandone "omogeneità, semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione" e il coordinamento e la coerenza con la legislazione vigente. Qualora le Commissioni in sede deliberante non intendano conformarsi, è possibile avocare all'Assemblea l'approvazione del ddl; se invece esse agiscono in sede redigente, è possibile per il Presidente ammettere emendamenti esclusivamente mirati ad adattare il testo alle indicazioni del Comitato. Come è stato osservato, sebbene la denominazione sia la medesima, le funzioni di questo organo differiscono rispetto a quello presente presso la Camera: la sua prospettiva è eminentemente interna, non guarda invece al coordinamento con il Governo, e il carico di lavoro appare estremamente rilevante, tanto da far sorgere dubbi sull'effettiva capacità di svolgere le proprie mansioni²⁵.

Infine, come caldeggiato diffusamente dalle principali forze politiche, si è proceduto a disporre la quantificazione della riduzione del contributo da parte del Consiglio di Presidenza in caso di cambio di gruppo: la diminuzione del beneficio al gruppo di cui il senatore cessa di far parte è del 50%, con l'attribuzione del 30% della quota proporzionale originaria al raggruppamento di destinazione. Se il

²⁵ F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari*, cit., p. 59.

senatore in oggetto figura tra i non iscritti, il risparmio viene imputato al bilancio del Senato.

Come appare evidente, tutte le modificazioni in oggetto entreranno in vigore a decorrere dalla XIX Legislatura.

5. Una comparazione con il testo all'esame della Camera

L'*iter* della riforma regolamentare della Camera si è arrestato a uno stadio embrionale, non essendo mai approdato in Assemblea, nonostante il dibattito fosse iniziato già nel 2019, un anno prima rispetto al referendum confermativo della revisione costituzionale. Il testo base, frutto del coordinamento delle proposte degli onorevoli Simone Baldelli (Forza Italia), Andrea Giorgis (Partito Democratico) e Davide Crippa (Movimento 5 Stelle), è stato presentato durante la seduta della Giunta per il Regolamento del 27 aprile di quest'anno, l'11 maggio, poi, è scaduto il termine per la presentazione degli emendamenti. Tuttavia, nessun passo avanti significativo è stato fatto in seguito, tanto che nella seduta della Giunta del 9 agosto di quest'anno è stato preso atto dell'impossibilità di addivenire a un accordo tra i gruppi, né tantomeno alla calendarizzazione in Aula della discussione della riforma nel periodo di *prorogatio*. Se è vero che i tempi erano assai stretti, bisogna anche considerare che da una parte l'impatto complessivo della revisione prospettata era tutto sommato minore rispetto al Senato, in quanto la maggior parte delle modifiche era rappresentata da riduzioni proporzionali delle soglie numeriche di circa un terzo (per i gruppi, ad esempio, il numero minimo calava da 20 a 14), dall'altra la Giunta della Camera pareva aver atteso che l'*iter* a Palazzo Madama fosse portato a termine per effettuare alcuni riallineamenti, come ad esempio nel caso della ridefinizione della composizione e delle materie delle Commissioni.

Tra le indicazioni che possiamo rinvenire nel testo base, troviamo la previsione della decadenza dagli incarichi di Vicepresidenti e Segretari della Camera che abbiano cambiato gruppo parlamentare, fatti salvi i casi previsti anche al Senato (rispetto al quale c'è un allineamento della disciplina), nonché la cessazione dall'appartenenza all'Ufficio di Presidenza in caso di assunzione di cariche all'interno dell'esecutivo. Viene traslata alla Camera anche la previsione dei requisiti di corrispondenza dei gruppi formati in corso di legislatura a una forza politica presente nel Paese e partecipante alle consultazioni elettorali, estendendo la disposizione anche ai gruppi in deroga e alle componenti politiche del Gruppo Misto²⁶. Lo stesso vale per la rimodulazione del contributo ai singoli gruppi in

²⁶ In questo ultimo caso, è consentita la costituzione di componenti politiche di almeno 7 deputati provenienti da un unico gruppo parlamentare o componente preesistente del

ragione dei “cambi di casacca”, per quanto i criteri adottati siano differenti. Non viene formalmente meno il divieto *ex art. 19 r.C.* per i deputati di far parte di più di una Commissione, ma di fatto per i gruppi composti da un numero di membri inferiore al totale delle Commissioni sarà possibile una duplice designazione. Inoltre, in sede di assegnazione in sede referente *ex art. 72 r.C.*, non sarà più consentito deliberare per alzata di mano sulla proposta di assegnazione di un progetto di legge a una Commissione diversa da quella indicata dal Presidente della Camera. È soppressa altresì la possibilità di definire in calendario se discutere il progetto di legge alternativamente per ciascuna parte o per ciascun titolo e, in caso di mancata indicazione, di deliberare per alzata di mano. Quanto alle mozioni, si limita la facoltà di discutere e votare un atto in questione che sia stato oggetto di rinuncia da parte del proponente in caso di richiesta da parte di un presidente di gruppo o di 10 deputati, a norma dell'art. 111.

Approvata la riforma del Regolamento del Senato, tuttavia, non vi è stata un'accelerazione decisa da parte della Camera, anzitutto in sede di Giunta, affinché il testo fosse portato in Aula al più presto. Sebbene non apparissero numerosi i punti realmente divisivi e le modifiche avessero certamente uno spettro e un impatto minore rispetto a quelle apportate al Senato, è mancata la volontà politica di agire rapidamente e coordinatamente, soprattutto in ragione della presente situazione di *prorogatio*²⁷. Al massimo, l'Ufficio di Presidenza della Camera nella riunione del 3 agosto ha apportato alcune modifiche ai regolamenti di tutela giurisdizionale per dipendenti e non dipendenti, in modo tale da evitare soluzioni di continuità dell'operatività tra le legislature di tali documenti.

La questione della riforma più ampia del Regolamento della Camera resta aperta: sarà però compito delle Camere della XIX Legislatura, le prime a composizione ridotta, valutare se portare avanti una nuova revisione in ambo i rami del Parlamento, andando ad apportare modifiche di sistema e correzioni al sistema bicamerale paritario, oppure limitarsi a integrare con interventi puntuali l'essenziale disciplina che auspicabilmente sarà a breve dettata.

Ad ogni modo, il primo intervento di modifica regolamentare, in apertura di legislatura, dovrà necessariamente riguardare la composizione dei gruppi e il funzionamento dei vari istituti che prevedono soglie fisse e non percentuali; in attesa della revisione, che ovviamente non potrà avvenire immediatamente, sarà inevitabile applicare il testo attualmente in vigore per la costituzione di gruppi e organi. Di conseguenza, ove possibile e soprattutto ai fini della formazione dei gruppi, risulterà opportuno derogare alle previsioni regolamentari incompatibili

Misto, sempre che rappresentino, “in forza di elementi certi ed inequivoci” una forza politica organizzata, anche formatasi in seguito alle elezioni.

²⁷ *Funditus*, S. CURRERI, *Modifiche al regolamento parlamentare in periodo di prorogatio: occorre l'unanimità dei gruppi?*, in *laCostituzione.info*, 27 luglio 2022.

con la riduzione del numero dei deputati e con i conseguenti abbassamenti percentuali adottati al Senato. Opportuno è quindi il suggerito richiamo all'art. 16, comma 3, r.C. e al valore che esso assegna all'esperienza come elemento da sfruttare dalla Giunta per promuovere modifiche e aggiunte al Regolamento: in particolare, la sperimentazione sarà utile per configurare soluzioni ponte che facciano tesoro della pratica dei limiti e delle potenzialità del parlamentarismo all'italiana ed evitino cesure troppo nette a fronte di riforme di ampio spettro che incidano sull'organizzazione delle Camere²⁸.

6. Conclusioni

In sintesi, è possibile affermare che la revisione del Regolamento del Senato, sebbene non abbia apportato modifiche di impatto particolarmente dirompente sul sistema parlamentare italiano, non si è comunque limitata al meccanico adeguamento dei *quorum* e delle soglie numeriche alla nuova composizione dell'Assemblea. Nel complesso, sono stati modificati 54 articoli e 88 commi, con l'aggiunta di 2 articoli e 22 commi e l'abrogazione di un articolo e 10 commi²⁹, anche se non si è provveduto all'auspicabile razionalizzazione e riorganizzazione del Regolamento a livello strutturale, essendo esso costellato da numerose aggiunte operate in modo alluvionale³⁰. Non si può trascurare in questo contesto la circostanza per cui, qualora fossero stati posti in essere interventi di carattere radicale come la corsia preferenziale per i ddl di origine governativa o la limitazione alla possibilità di apporre la questione di fiducia, sarebbe stato decisamente inopportuno limitare le modifiche a una sola delle due Camere, in questo caso il Senato, date la maggior lentezza dell'*iter* di revisione del Regolamento di Montecitorio e la conseguente assenza di certezze in merito a un esito positivo di tale procedimento. Inoltre, la mancata una riforma della legge elettorale, per la quale è mancato l'accordo tra le forze politiche, non ha richiesto interventi volti ad adeguare il Regolamento a un sistema nuovo di trasformazione dei voti in seggi³¹.

Nonostante ciò, al di là delle numerose disposizioni di dettaglio aventi a oggetto modifiche puntuali, non si può non osservare come i gruppi siano riusciti a concordare degli interventi non trascurabili, in particolare in materia di contrasto al c.d. transfughismo, tema assai sentito tanto dalle forze politiche quanto dall'opinione pubblica. I "cambi di casacca" saranno sanzionati tanto a livello

²⁸ R. DICKMANN, *La transizione tra XVIII e XIX legislatura: nuovi regolamenti per "nuove" Camere?*, in *Federalismi.it*, 21 settembre 2022, pp. 11-12, 17-18.

²⁹ Dati Openpolis.

³⁰ R. IBRIDO, *Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari*, cit., p. 362.

³¹ C. MASCIOTTA, *I Regolamenti parlamentari alla prova della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2, 2020, pp. 777-778.

individuale, con la decadenza dal Consiglio di Presidenza e dagli Uffici di Presidenza delle Commissioni e l'impossibilità di aderire al Gruppo Misto in caso di fuoriuscita dalla formazione di appartenenza, quanto a livello di gruppi, con la ridefinizione dei contributi spettanti a ciascuno di essi. Sembrano scongiurate, ad ogni modo, forzature eccessive dell'art. 67 Cost., tali da impedire il pieno e libero esercizio delle proprie funzioni da parte del singolo parlamentare, specialmente in assenza di una legge elettorale in grado di minimizzare il controllo verticistico interno ai partiti anche nella fase della selezione delle candidature³². Tuttavia, non si può non considerare come un mutamento netto delle posizioni del partito di appartenenza in corso di legislatura possa rendere quanto meno comprensibile la fuoriuscita dal gruppo del parlamentare che voglia tener fede agli ideali che vedeva rispecchiati nella collocazione originaria della formazione di riferimento.

Un altro fenomeno rispetto al quale le forze politiche hanno dimostrato la volontà di impegnarsi in una strategia di contrasto è la proliferazione dei gruppi parlamentari, rispetto alla quale, ad oggi, appare comunque insufficiente la previsione dell'art. 14, comma 4, dal momento che è stata sovente aggirata mediante l'utilizzo di contrassegni di forze politiche minoritarie. I nuovi requisiti introdotti dalla revisione regolamentare, unitamente alla riduzione del numero degli eletti, renderanno senza dubbio più arduo costituire nuovi gruppi, specialmente in corso di legislatura; solo parzialmente potrà compensare la possibilità di formare componenti politiche interne al Gruppo Misto.

Non vi sono state invece modifiche in tema di statuto delle opposizioni, se si eccettuano le puntuali specificazioni relative alle nomine governative che devono essere sottoposte al vaglio delle Commissioni e alla possibilità di sottoporre a interrogazione, seppur non direttamente, l'operato delle Autorità indipendenti. Nessuna variazione è stata apportata nemmeno in tema di ridefinizione dei tempi di intervento per i singoli parlamentari, non si è introdotto dunque un contingentamento più rigido, in ragione della composizione ridotta del Senato, ma è chiaro che si avrà una naturale contrazione, che agevolerà la speditezza dell'*iter*, soprattutto per quanto riguarda la conversione dei decreti-legge.

In linea generale, si può anche evidenziare una valorizzazione dell'operato delle Commissioni e delle Giunte, anche se il carico di lavoro che attenderà molte di esse nella XIX Legislatura sarà maggiore, in ragione dei numerosi accorpamenti, che potrebbero sovraccaricare l'agenda, nonché dalla particolare eterogeneità delle materie affrontate.

Senza dubbio, estremamente positivo è l'avvio del processo di dematerializzazione e informatizzazione degli atti parlamentari, mentre del tutto incerto appare l'impatto del Comitato per la Legislazione, il cui intento è

³² Preoccupazioni già espresse da R. BORRELLO, *La coda della legislatura*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2022, pp. 7-8.

certamente apprezzabile, ma rimangono dubbi sull'adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini prestabiliti.

In conclusione, è possibile estendere anche al Senato le considerazioni formulate in precedenza per la Camera. Se è vero che l'*iter* per le modifiche essenziali è stato portato a termine, con ogni probabilità nella XIX Legislatura il Senato dovrà attendere l'esito dell'inevitabile revisione del Regolamento della Camera; in seguito, esso dovrà valutare, in base all'estensione dell'impianto riformatore che sarà stato delineato a Montecitorio, se mantenere invariato il testo approvato in luglio o, invece, provvedere a un allineamento.

Inoltre, il dibattito sulle modifiche regolamentari non potrà prescindere da un collegamento con le riforme istituzionali prospettate da numerose forze politiche in vista delle elezioni: non v'è dubbio che una revisione della forma di governo in senso presidenziale o semipresidenziale richiederebbe un ripensamento del ruolo delle Camere e di conseguenza una ridefinizione di gran parte degli istituti e delle prerogative in capo ai singoli parlamentari e ai gruppi.

L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád

ARIANNA ANGELI*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del 4 marzo 2022 che introduce un regime di protezione temporanea per gli sfollati dall'Ucraina. – 3. Il sistema di protezione degli stranieri ed il recepimento della direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea in Polonia, Slovacchia e Ungheria. – 4. La legge polacca «Sull'assistenza ai cittadini ucraini in relazione al conflitto armato sul territorio dell'Ucraina» del 12 marzo 2022. – 5. La proclamazione dello stato di emergenza e le misure per fare fronte all'emergenza umanitaria in Slovacchia. – 6. Il X emendamento costituzionale ungherese: il regime provvisorio e la nuova disciplina dello stato di emergenza. – 7. Brevi riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 28 settembre 2022

Suggerimento di citazione

A. ANGELI, *L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoressa di ricerca in Diritto e scienze umane nell'Università degli studi dell'Insubria; docente di Tutela comparata dei diritti nell'Università degli studi di Milano. Indirizzo mail: arianna.angeli@unimi.it.

1. Premessa

Nel presente contributo si cercherà di comprendere come i paesi del Gruppo di Visegrád – che a partire dal 2015, nel contesto della crisi siriana, hanno assunto una posizione comune sulle tematiche legate alla protezione dei richiedenti asilo e dell’immigrazione ed hanno manifestato una profonda ostilità nei confronti del sistema europeo comune di asilo (CEAS) e della sua potenziale riforma¹ – hanno gestito dal punto di vista normativo il grande afflusso di sfollati nel periodo successivo all’invasione russa dell’Ucraina, a partire dal 24 febbraio 2022. Ci si concentrerà sui tre paesi confinanti con l’Ucraina – Polonia, Slovacchia e Ungheria – ovvero quelli più esposti alle conseguenze del conflitto e che per primi hanno dovuto fare fronte all’emergenza umanitaria.

Non solo considerazioni connesse alla vicinanza geografica, ma anche l’emergere di un senso di prossimità culturale con l’Ucraina, hanno condotto Polonia, Slovacchia e Ungheria a predisporre un sistema di accoglienza per gli sfollati senza precedenti². Si tratta di paesi che con l’Ucraina hanno condiviso esperienze storiche – che non si limitano al periodo comunista ma risalgono molto più indietro nel tempo –, e che per lungo tempo hanno convissuto all’interno di una medesima cornice statutale, dapprima nell’ambito della Confederazione polacco-lituana e successivamente degli Imperi asburgico e zarista³.

¹ R. BYRNE, G. NOLL, J. VEDSTED-HANSEN, *Understanding the crisis of refugee law: Legal scholarship and the EU asylum system*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 33, n. 4, 2020, pp. 871-892; *Riforma del sistema di asilo dell’UE*, disponibile all’indirizzo www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/eu-asylum-reform/; REUTERS STAFF, *Visegrad Four grouping push back on new EU migration plan*, in *Reuters*, disponibile all’indirizzo www.reuters.com/article/us-europe-migrants-hungary-idUSKCN26F1T6, 24.09.2020.

² I. LANDINI, *Visegrad countries U-turn on migration: fresh impetus for EU asylum policy?*, in *Eurac research*, disponibile all’indirizzo www.eurac.edu/en/blogs/mobile-people-and-diverse-societies/visegrad-countries-u-turn-on-migration-fresh-impetus-for-eu-asylum-policy, 04.04.2022.

³ L’Ucraina è storicamente una terra di confine (come la stessa etimologia della parola indica), divisa in due parti dal fiume Dnipro: quella occidentale per molto tempo dominata dalla Confederazione polacco-lituana e successivamente dall’Impero asburgico, e quella orientale, legata all’eredità della Rus’ di Kiev e poi conquistata all’Impero zarista. Nel XIV secolo i territori dell’odierna Ucraina centrale e occidentale furono conquistati dal Regno di Polonia e dal Granducato di Lituania, e nel 1567, con l’unione dei due potentati, divennero parte della Confederazione polacco-lituana. La parte orientale dell’odierna Ucraina divenne parte dell’Impero zarista già intorno alla metà del XVII secolo. Infine, nel 1795 la Confederazione polacco-lituana cessò di esistere ed i suoi territori vennero divisi tra l’Impero asburgico e l’Impero zarista. Il Regno d’Ungheria – di cui faceva parte anche

Dal passato imperiale, o meglio dalle modalità di disfacimento degli Imperi e di tracciamento dei confini dei nuovi Stati, questi paesi hanno però ereditato un insieme di problematiche legate all'eterogeneità etnico-culturale della popolazione, cui si connettono dispute confinarie e irredentismi, che tendono a riemergere in maniera ciclica⁴.

La questione delle minoranze nazionali trovò infatti solo in parte soluzione al termine del secondo conflitto mondiale, attraverso i processi di trasferimento forzato delle popolazioni e le cessioni territoriali, oltre che per effetto delle politiche genocidarie della Germania nazista⁵. Solo la Polonia perse il proprio carattere multinazionale⁶. In Cecoslovacchia rimase una sola minoranza numericamente consistente, ovvero quella ungherese⁷. La composizione etnico-

la Slovacchia, regione dell'Ungheria storica abitata da una popolazione slava e amministrata dalla nobiltà magiara – era divenuto anch'esso parte dei possedimenti asburgici, a seguito della sconfitta nella battaglia di Mohács, nel 1525. F. DVORNIK, *Gli Slavi nella storia e nella civiltà europea*, Dedalo, Bari, 1968; C. CARPINELLI, *Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino*, in *Passaggi costituzionali*, vol. 2, n. 2, 2022.

⁴ M. WALDENBERG, *Le questioni nazionali nell'Europa centro-orientale*, il Saggiatore, Milano, 1994, pp. 9 ss.

⁵ A. ANGELI, *Il decentramento territoriale*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Europa centro-orientale*, Cedam, Padova, 2019, p. 259.

⁶ Il 9 settembre del 1944 venne raggiunto un accordo tra la Polonia e l'Unione sovietica sullo scambio della popolazione polacca e ucraina, che tra il 1944 e il 1946 portò al rimpatrio in Polonia di circa 2 milioni di sfollati polacchi dalla Galizia orientale e dalla Volinia ed al trasferimento di 500 mila ucraini nell'Unione sovietica. Sulla base di quanto stabilito alla Conferenza di Potsdam, i tedeschi vennero espulsi dalle terre polacche (oltre che dalla Cecoslovacchia e dall'Ungheria). Agli ucraini che decisero di restare venne offerta la possibilità di stabilirsi nella Polonia orientale, nelle regioni dalle quali era stata espulsa la popolazione tedesca. M. WALDENBERG, *Scambi di popolazione tra Polonia e Unione sovietica*, in M. CATTARUZZA, M. DOGO, R. PUPO (a cura di), *Esodi. Trasferimenti forzati di popolazione nel Novecento europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 151 ss.

⁷ Al termine del secondo conflitto mondiale la composizione nazionale della popolazione della Cecoslovacchia subì grandi trasformazioni. La regione della Rutenia subcarpatica (regione storica ungherese), che nel 1918 era stata inclusa nel nuovo Stato cecoslovacco, venne ceduta all'Unione sovietica. Sulla base di quanto stabilito nei c.d. decreti Beneš – ed in particolare nei decreti del Presidente n. 5, 12, 16, 27, 28, 33, 71, 88, 108 del 1945 –, tedeschi e ungheresi subirono la confisca dei propri beni senza compensazione, vennero privati dei più basilari diritti civili e della cittadinanza ed espulsi dalla Cecoslovacchia. Il 27 febbraio 1946 venne inoltre firmato un accordo tra la Cecoslovacchia e l'Ungheria sullo scambio di popolazione slovacca e ungherese. Il numero dei tedeschi residenti nelle terre ceche passò dunque dal 22,3% della popolazione nel 1930 al 1,3% nel 1950, e tra il 1945 e il 1948, il 20% dei residenti ungheresi in Slovacchia

nazionale della popolazione della Repubblica socialista sovietica Ucraina (RSSU), uno degli Stati fondatori dell'Unione sovietica, divenne invece ancora più complessa. Al termine del secondo conflitto mondiale – con l'annessione della Galizia orientale, che rappresentava il vero cuore dell'etno-nazionalismo ucraino, e della Rutenia subcarpatica, e con la riconquista della Bucovina e della Bessarabia⁸ – tutti i territori dell'Ucraina “storica” vennero per la prima volta riuniti. Ciò condusse però all'incorporazione nella RSSU di territori abitati da gruppi nazionali che, anche se numericamente ridotti, possedevano un proprio Stato al di là dei confini (*kin State*), la cui presenza ha creato e continua a creare tensioni con i paesi vicini⁹. In tutti i paesi del blocco socialista le questioni nazionali nel periodo della guerra fredda rimasero solo sopite ed inoltre, come è noto, l'URSS procedette a dislocazioni forzate di popolazioni ed all'insediamento di popolazioni russe in tutte le Repubbliche al fine di ridurre il peso del gruppo etnico prevalente.

A seguito della disgregazione dell'Unione sovietica, il mutuo riconoscimento dei confini definiti nel contesto della seconda guerra mondiale¹⁰, alla conferenza di Yalta, e l'introduzione di forme di tutela delle minoranze – in conformità con quanto stabilito quindici anni prima alla conferenza di Helsinki¹¹ e nell'ambito dei procedimenti di adesione all'Unione europea – hanno garantito una grande stabilità nelle relazioni tra i tre paesi del Gruppo di Visegrád e l'Ucraina. Nonostante tensioni connesse ad un passato complesso siano riemerse, anche in

vennero deportati in Ungheria. Gli ungheresi rimasti in Slovacchia vennero assoggettati ad un intenso processo di “slovacchizzazione”. Sulla base dei dati rilevati nel censimento del 2021, gli ungheresi-etnici costituiscono l'8,48% della popolazione slovacca. A. DI GREGORIO, *Repubblica Ceca*, il Mulino, Bologna, 2003. Cfr. *Memorandum on the Beneš Decrees*, Center for Legal Analyses-Kalligram Foundation, disponibile all'indirizzo pdc.ceu.hu/archive/00001015/01/benes_decrees.htm.

⁸ Al termine del secondo conflitto mondiale, delle porzioni delle regioni storiche ucraine della Bucovina e della Bessarabia settentrionale vennero incorporate nel territorio della RSS Ucraina. G. LAMI, *Su alcuni punti nodali della questione ucraina (XIX-XXI secolo)*, in A. FRANCO, O. RUMYANTESEV (a cura di), *L'Ucraina alla ricerca di un equilibrio*, Edizioni Cà Foscari, Venezia, 2019, p. 39.

⁹ Sulla base dei dati rilevati nel censimento del 2001, la popolazione dell'Ucraina era composta da ucraini (77,5%), russi (17,2%), e con una percentuale inferiore all'1% da bielorusi, moldavi, tatarci di Crimea, bulgari, ungheresi, polacchi, rumeni, armeni, greci, tatarci. In www.cia.gov/the-world-factbook/countries/ukraine/. La diffusione della lingua russa va però ben oltre i confini del gruppo nazionale russo e la distinzione tra russi-etnici e ucraini-etnici non rappresenta fedelmente la contrapposizione in atto. G. LAMI, *Su alcuni punti nodali della questione ucraina (XIX-XXI secolo)*, cit., p. 44.

¹⁰ Polonia e Ungheria riconobbero l'indipendenza dell'Ucraina rispettivamente il 2 e il 3 dicembre 1991, mentre la Federazione cecoslovacca il 5 dicembre 1991.

¹¹ G. BARBERINI, *Le fonti CSCE/OSCE sulle minoranze nazionali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 27.06.2011.

epoca recente – si pensi ad esempio alle c.d. “guerre sulla memoria”¹², o alla questione della minoranza ungherese e rutena (o meglio russina) in Ucraina¹³ – queste non hanno mai condotto a fratture insanabili. Al contrario, le relazioni di questi tre paesi con l’Ucraina si sono progressivamente rafforzate nel corso degli anni, con la creazione di nuove forme di cooperazione¹⁴, soprattutto nel contesto del partenariato orientale dell’Unione europea¹⁵.

L’invasione russa ha riportato alla mente episodi che hanno duramente segnato la memoria collettiva dei paesi Gruppo di Visegrád, e più in generale dei paesi dell’Europa centro-orientale – dalle spartizioni della Polonia, al patto Molotov-Ribbentrop, fino agli eventi di Budapest nel 1956 e di Praga nel 1968 – generando una forte reazione “emotiva” e un profondo senso di solidarietà con il paese aggredito.

Polonia, Slovacchia e Ungheria hanno condannato l’invasione russa e offerto il proprio sostegno all’Ucraina¹⁶. Considerazioni strategiche, legate all’approvvigionamento energetico – ma anche tensioni latenti con l’Ucraina,

¹² A. DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia*, FrancoAngeli, Milano, 2012; EAD., *Giustizia post-comunista e politiche della memoria nei paesi della CSI*, in C. FILIPPINI (a cura di), *La Comunità di Stati Indipendenti a più di venti anni dalla dissoluzione dell’Urss*, Maggioli, Rimini, 2014; U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS, M. MÄLKSOO, *Memory Laws and Memory Wars in Poland, Russia and Ukraine*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 69, 2021, pp. 95-117; N. KOPOSOV, *Populism and Memory: Legislation of the Past in Poland, Ukraine, and Russia*, in *East European Politics and Societies*, vol. 36, n. 1, 2022, pp. 272-297.

¹³ N. KICHERA, *Ensuring and protecting the rights of national minorities in the Visegrad countries (on the example of Slovakia)*, in *Border and Regional Studies*, vol. 8, n. 1, pp. 21-38.

¹⁴ Si pensi ad esempio al Triangolo di Lublino, ovvero l’alleanza regionale istituita nel 2020 tra Polonia, Lituania e Ucraina finalizzata a rafforzare la cooperazione economica, politica, culturale e militare tra i tre paesi. *Lublin Triangle / Poland Lithuania Ukraine*, disponibile all’indirizzo www.umcs.pl/en/lublin-triangle-poland-lithuania-ukraine.22124.htm.

¹⁵ A. DI GREGORIO, A. ANGELI, *The Eurasian Economic Union and the European Union. Moving toward a Greater Understanding*, Eleven, The Hague, 2017.

¹⁶ *President: Russia’s Action in Ukraine Is Military Aggression and Occupation*, in *NewsNow*, disponibile all’indirizzo newsnow.tasr.sk/foreign/president-russias-action-in-ukraine-is-military-aggression-and-occupation/, 22.02.2022; ‘Unprovoked and unjustified Russian attack’ on Ukraine: Polish president, in *PolskieRadio*, disponibile all’indirizzo www.polskieradio.pl/395/7784/Artykul/2907880.Unprovoked-and-unjustified-Russian-attack-on-Ukraine-Polish-president, 24.02.2022; MTI-HUNGARY TODAY, *President Áder: Hungary Strongly Condemns Russia’s Attack on Ukraine*, in *HUNGARY today*, disponibile all’indirizzo hungarytoday.hu/ader-russia-ukraine-hungary-president-attack-1956/, 26.02.2022.

legate alla tutela della minoranza ungherese – hanno però portato l’Ungheria ad assumere un atteggiamento più cauto nei rapporti con la Federazione di Russia, creando tensioni con la vicina Polonia¹⁷. Il Gruppo di Visegrád, all’interno del quale già da tempo si rilevavano grandi fratture¹⁸, è apparso anche in questo contesto poco coeso, ed i tre paesi, come si vedrà, hanno affrontato l’emergenza umanitaria con tempi e strumenti differenti.

2. La decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del 4 marzo 2022 che introduce un regime di protezione temporanea per gli sfollati dall’Ucraina

L’invasione russa dell’Ucraina ha generato la più grande emergenza umanitaria dalla fine del secondo conflitto mondiale¹⁹. Sulla base dei dati raccolti dall’Alto Commissariato per i Rifugiati delle Nazioni Unite, si stima che vi siano circa 7,1 milioni di sfollati nell’Unione europea provenienti dall’Ucraina²⁰.

La drammaticità degli eventi ha portato l’Unione europea a concedere per la prima volta un regime speciale di protezione temporanea per gli sfollati, sulla base di quanto previsto dalla direttiva 2001/55/CE «Sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi» del 20 luglio 2001²¹.

La direttiva, originariamente introdotta per rispondere all’emergenza migratoria generata dalle guerre nei Balcani occidentali, ed in particolare nella Bosnia-Erzegovina e nel Kosovo, non aveva fino ad oggi trovato applicazione²². Il timore che il meccanismo di emergenza potesse costituire un “fattore di attrazione”

¹⁷ V. MAKSZIMOV, *Hungary: Kyiv’s minority rights stance ‘limits’ any support in conflict*, in *Euractiv*, disponibile all’indirizzo www.euractiv.com/section/politics/short_news/hungary-kyivs-minority-rights-stance-limits-any-support-in-conflict/, 27.01.2022; A. COAKLEY, *Putin’s Trojan Horse Inside the European Union. No matter what Moscow does, Hungary’s prime minister consistently carries water for the Kremlin*, in *Foreign Policy*, 03.02.2022.

¹⁸ A. DI GREGORIO, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *DPCE*, n. 1, 2022, pp. 124-129.

¹⁹ *The war has caused the fastest and largest displacement of people in Europe since World War II*, disponibile all’indirizzo ukraine.un.org/en/175836-war-has-caused-fastest-and-largest-displacement-people-europe-world-war-ii.

²⁰ *Ukraine Refugee Situation*, disponibile all’indirizzo data.unhcr.org/en/situations/ukraine.

²¹ Disponibile all’indirizzo eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex%3A32001L0055.

²² C. PANZERA, *Crisi umanitarie e diritto d’asilo in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 9, 2022.

per i migranti che tentano di entrare nel territorio dell'Unione aveva condotto gli Stati membri ad assumere una posizione cauta²³.

Il “sistema comune di protezione temporanea” è un meccanismo di emergenza al quale è possibile fare ricorso nell'eventualità di “massicci afflussi di sfollati” provenienti da paesi terzi – che non possono rientrare nel proprio paese d'origine a causa di conflitti armati o di violazioni sistematiche e generalizzate dei diritti umani –, per fornire protezione immediata e collettiva alle persone e ridurre la pressione sui sistemi nazionali di asilo dei paesi membri²⁴. L'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati è accertata con decisione del Consiglio, adottata a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, nella quale si individuano i gruppi specifici di persone alle quali si applica la protezione temporanea e la data dalla quale decorre la protezione temporanea (art. 5). Alle persone che beneficiano del regime di protezione temporanea vengono assicurati diritti di soggiorno, accesso al mercato del lavoro, accesso all'alloggio, assistenza sociale, assistenza medica e per i minori non accompagnati la tutela legale e l'accesso all'istruzione (artt. 8-14). La durata della protezione temporanea è di un anno, prorogabile automaticamente per un periodo massimo di un anno. Per il terzo anno è richiesta invece una decisione in tal senso del Consiglio, adottata su proposta della Commissione a maggioranza qualificata (art. 4).

Nelle conclusioni del 24 febbraio 2022, il Consiglio europeo ha condannato con fermezza l'aggressione “non provocata e ingiustificata” della Russia nei confronti dell'Ucraina²⁵. Poco dopo, il 4 marzo 2022, il Consiglio europeo, su proposta della Commissione, ha approvato all'unanimità la decisione di esecuzione (UE) 2022/382 «Che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea»²⁶. Il Consiglio ha così preso atto della situazione “straordinaria ed eccezionale” generata dal conflitto in Ucraina (considerando 16), nonché della forte pressione migratoria sui confini orientali dell'Unione che si è prodotta in conseguenza delle ostilità, in particolare su Polonia, Slovacchia, Ungheria e Romania (considerando 5).

²³ A. CORRERA, *Protezione temporanea per la popolazione ucraina: una svolta per la politica di asilo dell'Unione europea?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2022.

²⁴ *L'UE offre protezione temporanea agli sfollati*, disponibile all'indirizzo www.consilium.europa.eu/it/infographics/temporary-protection-displaced-persons/.

²⁵ *Conclusioni del Consiglio europeo sull'aggressione militare non provocata e ingiustificata della Russia nei confronti dell'Ucraina*, 24 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo www.consilium.europa.eu/media/54503/st00018-it22.pdf.

²⁶ Disponibile all'indirizzo eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382&from=IT.

La protezione temporanea si applica alle persone fuggite dall'Ucraina, in possesso della cittadinanza ucraina²⁷, e agli apolidi ed ai cittadini di paesi terzi che beneficiavano della protezione internazionale o di una protezione nazionale equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 ed ai loro familiari. I paesi membri applicano inoltre la decisione di esecuzione, o una protezione “adeguata” ai sensi del proprio diritto nazionale, agli apolidi ed ai cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina che soggiornavano legalmente nel territorio dell'Ucraina, sulla base di un permesso di soggiorno permanente rilasciato dalle autorità ucraine e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine (art. 2, commi 1-3, decisione di esecuzione UE 2022/382).

La “decisione di esecuzione UE 2022/382” viene definita compatibile con i regimi nazionali di protezione temporanea, con i quali è stata data attuazione alla direttiva n. 2001/55/CE. Gli Stati membri che dispongono di un regime nazionale più favorevole rispetto a quanto previsto da tale direttiva possono continuare ad applicare tale regime. In caso contrario, lo Stato membro è tenuto a garantire i diritti aggiuntivi previsti dalla direttiva 2001/55/CE (considerando 17).

Nelle pagine che seguono si cercherà di comprendere come Polonia, Slovacchia e Ungheria abbiano recepito la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea e come abbiano dato attuazione alla decisione di esecuzione (UE) 2022/382, nel contesto dell'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina.

3. Il sistema di protezione degli stranieri ed il recepimento della direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea in Polonia, Slovacchia e Ungheria

Nei tre paesi del gruppo di Visegrád che confinano con l'Ucraina le disposizioni sulla protezione temporanea fanno parte di un *corpus* di norme in materia di asilo introdotte a seguito del crollo dei regimi comunisti, nell'ambito del processo di adesione all'Unione europea, e successivamente riformate per adeguarsi al diritto europeo²⁸. Ungheria, Polonia e Slovacchia hanno ratificato la Convenzione di

²⁷ Sulla base di quanto previsto dal regolamento (UE) 2018/1806 del 14 novembre 2018, i cittadini ucraini sono esenti dall'obbligo di visto all'atto dell'ingresso nel territorio dell'Unione per soggiorni la cui durata globale non sia superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni. Regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, disponibile all'indirizzo eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1806&from=EN.

²⁸ D. STOLA, *Poland*, in C. WALLACE, D. STOLA (eds.), *Patterns of Migration in Central Europe*, Palgrave, London, 2001, pp. 175-202; P. VERMEERSCH, *EU enlargement and immigration policy in Poland and Slovakia*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2005.

Ginevra del 1951 e il Protocollo di New York del 1967 – che costituiscono il fondamento della disciplina del diritto di asilo – tra la fine degli anni ottanta ed i primi anni novanta²⁹. Dal 1° maggio 2004, Polonia, Slovacchia e Ungheria sono parte del sistema di Dublino e dal 2007 del sistema di Schengen.

In tutti e tre i paesi in esame vi sono disposizioni costituzionali sul diritto di asilo³⁰. Tali disposizioni trovano attuazione attraverso le leggi sull'asilo e sul soggiorno degli stranieri. Una peculiarità dell'ordinamento polacco è rappresentata dalla distinzione introdotta dalla Costituzione del 1997, all'art. 56, tra il «diritto di asilo», concesso per ragioni politiche, che costituisce un retaggio del passato comunista³¹, e lo «status di rifugiato» riconosciuto in relazione agli impegni assunti dal paese a livello internazionale. In Polonia, a differenza di Ungheria e Slovacchia, sono per questo previste quattro forme di protezione per gli stranieri – ovvero lo «status di rifugiato» e il «diritto di asilo», in conformità

²⁹ L'Ungheria è stato il primo tra i paesi di Visegrád, e più in generale tra i paesi del blocco socialista, a ratificare la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo addizionale di New York del 1967, il 14 marzo 1989, ancora prima dell'avvio dei negoziati della Tavola Rotonda. Al momento dell'adesione, tuttavia, sulla base di quanto previsto dall'art. 1 B (1) (a), l'Ungheria pose una riserva geografica, indicando che la convenzione si sarebbe applicata unicamente ai rifugiati europei. Solo nel 1998, l'Ungheria ha esteso le garanzie previste dalla Convenzione di Ginevra del 1951 a tutti i rifugiati. La Polonia ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo di New York del 1967 il 27 settembre 1991. Il Parlamento della Repubblica federale cecoslovacca ratificò la Convenzione del 1951 e il Protocollo addizionale del 1967 il 10 luglio 1991, che vennero firmate dal presidente Havel il 7 ottobre 1991 ed entrarono in vigore rispettivamente il 26 novembre 1991 e il 24 febbraio 1992. La Slovacchia ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo di New York del 1967 nel 1993, in quanto paese successore, insieme alla Repubblica ceca della Repubblica federale cecoslovacca. *States parties, including reservations and declarations, to the 1951 Refugee Convention*, disponibile all'indirizzo www.unhcr.org/protection/convention/5d9ed32b4/states-parties-including-reservations-declarations-1951-refugee-convention.html; O. SHEVEL, *Migration, Refugee Policy, and State Building in Postcommunist Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 198.

³⁰ Art. 56, Cost. polacca, art. 53, Cost. slovacca, art. XIV, Legge fondamentale ungherese.

³¹ La Repubblica popolare polacca riconosceva il diritto di asilo ai cittadini di altri Stati perseguitati «per avere difeso gli interessi delle classi lavoratrici, per avere lottato per l'avanzamento sociale, la difesa della pace e la libertà delle nazioni o per avere condotto attività scientifica» (art. 75, Cost. RP polacca 1952). Tale disposizione è stata ripresa ed in parte riformulata nella Costituzione del 1997. La concessione dell'asilo, a differenza del riconoscimento dello status di rifugiato, conserva una natura discrezionale. M. KOWALSKI, *From a different angle – Poland and the Mediterranean refugee crisis*, in *German Law Journal*, vol. 17, n. 6, p. 971.

con quanto previsto dall'art. 56, Cost., «la protezione sussidiaria» in accordo con quanto previsto dalla c.d. «direttiva qualifiche»³², e la «protezione temporanea», in attuazione della direttiva 2001/55/CE – disciplinate dalla legge n. 128 del 13 giugno 2003 «Sulla protezione degli stranieri sul territorio della Repubblica di Polonia»³³. Inoltre, per un periodo di tempo limitato, possono essere concessi agli stranieri il «permesso di soggiorno per ragioni umanitarie» e il «permesso di soggiorno tollerato», sulla base di quanto previsto dalla legge «Sugli stranieri» del 12 dicembre 2013, entrata in vigore il 1° maggio 2014³⁴.

In Slovacchia, la Costituzione, all'art. 53, contiene unicamente un riferimento al diritto di asilo, che è garantito agli «stranieri perseguitati per l'esercizio dei diritti e delle libertà politiche»³⁵. Sono previste tre forme di protezione internazionale degli stranieri, ovvero l'«asilo», la «protezione sussidiaria» e la «protezione temporanea», disciplinate dalla legge n. 480/2002 del 20 giugno 2002 «Sull'asilo e che emenda altre leggi»³⁶ e la legge n. 404/2011 del 21 ottobre 2011 «Sugli stranieri e che emenda altre leggi»³⁷. La prima regola le procedure connesse alla concessione dell'asilo, della protezione sussidiaria e della protezione temporanea, le autorità incaricate dell'espletamento di tali procedure, i diritti e gli obblighi dei richiedenti e le misure per favorire l'integrazione dei richiedenti. La seconda definisce le condizioni per il soggiorno degli stranieri nel territorio della

³² Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 «Recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta», disponibile all'indirizzo eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:IT:PDF.

³³ *Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzieleniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej* [Legge del 13 giugno 2003 sulla concessione della protezione agli stranieri all'interno del territorio della Repubblica polacca], disponibile all'indirizzo isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20031281176.

³⁴ *Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach* [legge del 12 dicembre 2013 sugli stranieri], disponibile all'indirizzo isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20130001650. Cfr. B. KOWALCZYK, *Migration Law in Poland*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020.

³⁵ A. DI GREGORIO, *La Costituzione della Slovacchia*, in M. GANINO, *Codice delle Costituzioni*, Cedam, Padova, 2013, p. 321.

³⁶ *Zákon z 20. júna 2002 o azyle a o zmene a doplnení niektorých zákonov* [Legge del 20 giugno 2002 sull'asilo e sulla modifica di alcune leggi], disponibile all'indirizzo www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2002/480/.

³⁷ *Zákon z 21. oktobra 2011 o pobyte cudzincov a o zmene a doplnení niektorých zákonov* [Legge del 21 ottobre 2011 sul soggiorno degli stranieri e sulla modifica di alcune leggi], disponibile all'indirizzo www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2011/404/20220330.

Repubblica slovacca (esclusi i cittadini dell'Unione il cui status è disciplinato da una legislazione distinta)³⁸.

In Ungheria, il diritto di asilo è disciplinato all'art. XIV dalla Legge fondamentale, dalla legge LXXX del 2007 «Sull'asilo»³⁹ e dalla legge II del 2007 «Sull'entrata e il soggiorno di cittadini di paesi terzi»⁴⁰. Sono previste tre forme di protezione degli stranieri, ovvero lo «status di rifugiato», la «protezione sussidiaria» e la «protezione temporanea»⁴¹. È tuttavia estremamente complesso ricostruire i contenuti della disciplina della protezione degli stranieri a causa delle incessanti modifiche introdotte a partire dal 2015, nel contesto dell'emergenza umanitaria legata alla crisi siriana, e delle modalità nelle quali tale disciplina ha trovato attuazione⁴².

L'istituto della protezione temporanea è stato introdotto negli ordinamenti dei tre paesi in esame nell'ambito del procedimento di adesione all'Unione europea. A differenza dei procedimenti previsti per le altre forme di protezione internazionale (diritto di asilo/status di rifugiato e protezione sussidiaria), la protezione temporanea viene concessa con un procedimento semplificato che non richiede una valutazione della richiesta individuale, ma si configura come un diritto collettivo di cui beneficiano tutti gli appartenenti al gruppo in relazione alla situazione nel paese di origine.

La protezione temporanea è stata originariamente introdotta nell'ordinamento polacco dalla legge sugli stranieri del 2001⁴³ e riformata dalla legge sulla protezione degli stranieri del 2003⁴⁴. Sulla base di quanto stabilito dall'art. 106, c. 1 della legge

³⁸ V. LAUKO, L. TOLMÁČI, F. KRÍŽAN, A. MYDLOVÁ, *Slovakia: silent, steady and regulated immigration*, in Á. ERŐSS, D. KARÁCSONYI, *Discovering migration between Visegrad countries and Eastern Partners. Czechia, Hungary, Poland, Slovakia, Belarus, Georgia, Ukraine and Moldova on the eastern edges of the Schengen area*, HAS RCAES Geographical Institute, Budapest, 2014.

³⁹ 2007. évi LXXX. Törvény a menedékjogról [LXXX del 2007. Legge sul diritto di asilo], disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700080.tv.

⁴⁰ Disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0700002.tv.

⁴¹ Cfr. J. TOTH, *Migration law in Hungary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016.

⁴² Solo tra luglio e settembre del 2015 sono state approvate ben 19 leggi e 19 decreti sulla gestione dei migranti/ricipienti asilo. T. HOFFMANN, *Illegal Legality and the Façade of Good Faith – Migration and Law in Populist Hungary*, in *Review of Central and Eastern European Law*, n. 47, 2022, pp. 139-165.

⁴³ *Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz o zmianie niektórych ustaw* [legge dell'11 aprile 2001 sulla modifica della legge sugli stranieri e sulla modifica di alcune leggi], disponibile all'indirizzo isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20010420475/U/D20010475Lj.pdf.

⁴⁴ P. VERMEERSCH, *EU enlargement and immigration policy in Poland and Slovakia*, cit.; B. KOWALCZYK, *Migration Law in Poland*, cit., p. 134.

n. 128 del 2003, «gli stranieri che hanno lasciato il proprio paese di origine o una particolare area geografica a causa di un'invasione straniera, di una guerra, di una guerra civile, di conflitti etnici o di violazioni generalizzate, gravi e sistematiche dei diritti umani, e sono entrati in massa nel territorio della Repubblica di Polonia possono beneficiare della protezione temporanea a prescindere dal fatto che il proprio arrivo fosse spontaneo o legato all'aiuto concesso dalla Repubblica di Polonia o dalla comunità internazionale».

Il regime temporaneo di tutela degli stranieri è stato introdotto nell'ordinamento slovacco dalla legge n. 480/2002, la quale all'art. 29, stabilisce che «la protezione temporanea viene concessa ai cittadini di paesi terzi, per proteggere questi ultimi dalla guerra, dalla violenza endemica, dalle conseguenze di una catastrofe umanitaria o da continue o massicce violazioni dei diritti umani nel loro paese d'origine».

Come già detto, per quanto concerne l'Ungheria è estremamente complesso ricostruire la disciplina della protezione internazionale degli stranieri, e dunque anche della protezione temporanea. La legge LXXX del 2003 sull'asilo, all'art. 19, stabilisce che la protezione temporanea venga concessa «agli stranieri che appartengono a un gruppo di sfollati arrivati in massa sul territorio ungherese», sulla base di una decisione del Consiglio europeo o del Governo. Il 7 settembre 2015, nel contesto della crisi siriana⁴⁵, è stata tuttavia approvata la legge CXL del 2015 «Che emenda alcune leggi legate all'immigrazione di massa»⁴⁶, con la quale non solo non si è dato attuazione alle disposizioni sulla protezione temporanea⁴⁷, ma sono state istituite le c.d. “zone di transito”, ovvero dei luoghi disposti lungo il confine con la Serbia – che non si consideravano formalmente parte del territorio ungherese, anche se fatto erano collocate in Ungheria – dove era possibile presentare richiesta di protezione internazionale e nei quali i richiedenti erano tenuti a rimanere fino alla decisione finale sulla concessione dell'asilo/protezione internazionale (art. 15). Con la legge CXL del 2015 si è inoltre introdotto un nuovo regime di emergenza, ovvero la situazione di crisi “legata all'afflusso massiccio di migranti” (art. 16). Il 15 settembre 2015, il Governo ungherese ha prontamente proclamato lo stato di emergenza legato all'afflusso massiccio di migranti nelle circoscrizioni territoriali al confine con la Serbia e la Croazia, e il 9 marzo 2016 lo

⁴⁵ T. HOFFMANN, *Illegal Legality and the Façade of Good Faith – Migration and Law in Populist Hungary*, cit., pp. 145 ss.

⁴⁶ Disponibile all'indirizzo mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1500140.TV.

⁴⁷ A differenza della Polonia e originariamente della Slovacchia, dove la protezione temporanea poteva essere concessa solo a seguito dell'approvazione della decisione del Consiglio europeo, come già detto, in Ungheria la legge LXXX del 2003 sull'asilo, all'art. 19, lett. b consente al Governo di concedere la protezione temporanea anche in assenza di una decisione di esecuzione del Consiglio europeo.

stato di emergenza è stato esteso a tutto il paese, e rinnovato ogni sei mesi per i sei anni successivi⁴⁸.

A differenza della Polonia, l'Ungheria – insieme a Slovacchia, Repubblica ceca e Romania – ha votato contro la decisione del Consiglio (UE) 2015/1601 del 22 settembre 2015 «Che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia», che prevedeva il ricollocamento di 120 mila richiedenti asilo ed ha rifiutato di darvi attuazione. Il 17 novembre 2015, l'Assemblea nazionale, *Országgyűlés* ha così approvato la legge CLXXV del 2015 «Sulle azioni per contrastare la quota obbligatoria di ricollocamento per la difesa dell'Ungheria e dell'Europa»⁴⁹. Il 2 ottobre 2016 si è poi tenuto il referendum sul sistema di ricollocamento dell'Unione europea. Il 98% di coloro che si sono recati alle urne ha votato contro il “sistema delle quote”. Con un'affluenza del 40,4% degli aventi diritto non è stato raggiunto il quorum necessario affinché il risultato del referendum potesse essere considerato valido⁵⁰. Tuttavia, la coalizione di governo Fidesz-KDNP ha interpretato il risultato della consultazione referendaria come una sorta di “investitura popolare” o meglio di “autorizzazione” per approvare ulteriori riforme per contrastare l'immigrazione irregolare.

Il 20 giugno 2018, l'Assemblea nazionale ha approvato il c.d. pacchetto legislativo “stop Soros”⁵¹, che ha colpito duramente le organizzazioni non governative impegnate a dare assistenza ai richiedenti asilo, ed introdotto una nuova fattispecie di reato nell'ordinamento ungherese, ovvero l'“assistenza all'immigrazione irregolare”⁵². Pochi giorni più tardi, il 28 giugno 2018, è stato

⁴⁸ Hungarian Helsinki Committee, *Country Report: Short overview of the asylum procedure. Hungary*, in asylumineurope.org/, 25.04.2022.

⁴⁹ Disponibile all'indirizzo magyarokozlony.hu/dokumentumok/a318be33ad4d81dcde0cb105e5112eebea2d4773/megtekintes, 24.05.2022.

⁵⁰ K. ADLER, *Hungary PM claims EU migrant quota referendum victory*, in BBC, disponibile all'indirizzo www.bbc.com/news/world-europe-37528325, 03.10.2016.

⁵¹ 2018. évi VI. Törvény egyes törvényeknek a jogellenes bevándorlás elleni intézkedésekkel kapcsolatos módosításáról [legge VI del 2018 che modifica alcune leggi relative alle misure contro l'immigrazione irregolare].

⁵² La Corte costituzionale ungherese, con la decisione n. 3/2019 del 7 marzo 2019, ha stabilito che la legge VI del 2018 è conforme alla Legge fondamentale. La Corte ha però introdotto una interpretazione della criminalizzazione dell'assistenza ai migranti conforme al diritto internazionale e stabilito che il reato deve essere commesso “intenzionalmente”. V. KARZAI, *Stop Soros Law Left on the Books – The Return of the “Red Tail”?*, in *VerfBlog*, 05.03.2019. Sul punto è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea che nella sentenza del 16 novembre 2021, caso C-821/19 ha stabilito che l'Ungheria è venuta meno ai propri obblighi in materia di riconoscimento dello status di protezione

approvato il VII emendamento alla Legge fondamentale⁵³, con il quale è stato introdotto nel testo costituzionale il divieto per i “popoli alieni” di stabilirsi nel territorio dell’Ungheria (nuovo art. XIV, c. 1 Cost.) e si è esclusa la possibilità per gli stranieri che sono entrati nel territorio dell’Ungheria attraversando un paese nel quale non hanno subito persecuzioni o la minaccia di persecuzioni di presentare richiesta di asilo (nuovo art. XIV, c. 4, Cost.)⁵⁴.

Infine, con la sentenza del 14 maggio 2020 nelle cause C-924/19 e C-925/19⁵⁵ – alla quale ha fatto seguito un’altra importante pronuncia della Corte di Giustizia, ovvero la sentenza nella causa C-808/18 del 17 dicembre 2021 sempre sulle zone di transito al confine con la Serbia⁵⁶ – la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha stabilito che l’obbligo imposto ai cittadini di un paese terzo di soggiornare nelle zone di transito non può considerarsi conforme al diritto dell’Unione. Il 17 giugno 2020, l’Assemblea nazionale ungherese è prontamente intervenuta ed ha approvato la legge LVIII del 2020⁵⁷ con la quale sono state abolite le zone di transito e sono state incaricate le ambasciate ungheresi nei paesi di transito della gestione le richieste di asilo. Si è così esclusa totalmente la possibilità di presentare richiesta di protezione internazionale sul territorio dell’Ungheria. L’applicazione della disciplina sull’immigrazione di massa nel contesto della crisi ucraina avrebbe creato una situazione paradossale e costretto le persone in fuga dalla guerra a fare ritorno a Kiev o a recarsi a Belgrado per presentare richiesta di protezione internazionale in Ungheria.

internazionale degli stranieri. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 novembre 2021 – Commissione europea/Ungheria, Causa C-821/19, disponibile all’indirizzo curia.europa.eu.

⁵³ Magyarország Alaptörvényének hetedik módosítása 2018. június 28 [Settimo emendamento alla Legge fondamentale dell’Ungheria. 28 giugno 2018], disponibile all’indirizzo <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1800628.ATV>.

⁵⁴ Fundamental Law (prior to the Ninth Amendment, adopted on 15 December 2020), disponibile all’indirizzo [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)046-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)046-e).

⁵⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 14 maggio 2020, nelle cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, disponibile all’indirizzo curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=746CE9BB08C74D7AB9DA3611C1A47ACB?text=&docid=226495&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8281650.

⁵⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 17 dicembre 2020 – Commissione europea / Ungheria, disponibile all’indirizzo curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-808/18.

⁵⁷ 2020. évi LVIII. Törvény a veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készültségről [legge LVIII del 2020 sulle norme transitorie relative alla fine dello stato di emergenza e sulla preparazione alle epidemie], disponibile all’indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2000058.tv.

Il massiccio afflusso di sfollati dall'Ucraina non solo ha reso necessario dare attuazione per la prima volta alle disposizioni sulla protezione temporanea – recepite oltre vent'anni prima, nell'ambito dei procedimenti di adesione all'Unione europea – ma ha anche condotto i tre paesi di Visegrád confinanti con l'Ucraina, ed in particolare l'Ungheria, a ripensare in senso più ampio i sistemi di protezione internazionale degli stranieri.

4. La legge polacca «Sull'assistenza ai cittadini ucraini in relazione al conflitto armato sul territorio dell'Ucraina» del 12 marzo 2022

La Polonia è l'unico tra i paesi del Gruppo di Visegrád confinanti con l'Ucraina che ad oggi non ha fatto ricorso ad un regime speciale di emergenza per dare soluzione alla crisi umanitaria⁵⁸.

A seguito dell'approvazione all'unanimità della decisione di esecuzione (UE) 2022/382, il Parlamento polacco ha adottato la legge del 12 marzo 2022 «Sull'assistenza ai cittadini ucraini in relazione al conflitto armato sul territorio dell'Ucraina»⁵⁹, che è stata più volte emendata nei mesi successivi, con la quale è

⁵⁸ La Polonia ha invece proclamato lo stato di emergenza per gestire crisi migratoria al confine con la Bielorussia. Si ricorda infatti, che il Presidente bielorusso Alexander Lukashenko – per rispondere alle sanzioni imposte dai paesi europei contro la violenta repressione delle manifestazioni che ha fatto seguito alle elezioni presidenziali bielorusse del 2020, nell'ambito delle quali sono emerse accuse di pesanti brogli – ha fatto ricorso ad una politica spregiudicata e favorito l'arrivo di migliaia di profughi dal Medio Oriente (ed in particolare da Siria, Iraq e Afghanistan), ai quali è stato promesso un accesso facilitato nel territorio dell'Unione. Il 2 settembre 2021, il Presidente della Repubblica polacca, Andrej Duda su richiesta del Consiglio dei ministri ha proclamato lo stato di emergenza per un periodo di trenta giorni in 115 città e comuni del voivodato di Podlaskie ed in 68 di Lubelskie al confine con la Bielorussia (in una striscia di circa 3 km). Nelle aree individuate è stato sospeso il diritto di riunione, la possibilità di organizzare eventi/spettacoli di intrattenimento, introdotto l'obbligo di identificarsi su richiesta delle forze dell'ordine, il divieto di transito e di fotografare o riprendere le aree di confine e le attività delle forze dell'ordine ed infine è stato limitato l'accesso alle informazioni sulle attività svolte per la protezione dei confini e la prevenzione dell'immigrazione irregolare. Il 14 ottobre 2021, il Parlamento polacco ha approvato una legge che consente i respingimenti al confine e autorizzato la costruzione di un muro al confine con la Bielorussia. Lo stato di emergenza è stato prorogato per 10 mesi e si è concluso il 1° luglio del 2022. Cfr. J. SAWICKI, *La nuova interpretazione illiberale della Costituzione come base per dichiararne l'incompatibilità con il diritto primario dell'Unione europea, nonché per affrontare in modo innovativo la crisi umanitaria al confine con la Bielorussia*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, n. 3, 2021.

⁵⁹ Versione consolidata disponibile all'indirizzo sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/pomoc-obywatelom-ukrainy-w-zwiazku-z-konfliktem-zbrojnym-na-terytorium-19216115.

stato introdotto un regime di protezione temporanea, in attuazione di quanto previsto dalla direttiva 2001/55/CE e dalla legge del 13 giugno 2003 «Sulla protezione degli stranieri sul territorio della Repubblica di Polonia»⁶⁰.

La legge del 12 marzo 2022 regola unicamente lo status dei cittadini ucraini e dei loro familiari, che sono entrati legalmente nel territorio dello Stato polacco a causa del conflitto in Ucraina. La legge consente ad essi di soggiornare legalmente nel paese per un periodo di 18 mesi e di godere della protezione temporanea nella Repubblica di Polonia ai sensi dell'art. 106, c. 2 della legge del 13 giugno 2003 (art. 2)⁶¹. La richiesta di protezione temporanea – che deve essere presentata in forma cartacea presso un comune sul territorio della Repubblica, per ottenere l'assegnazione del numero di previdenza sociale (art. 4) – è incompatibile con le altre forme di protezione internazionale, ed in particolare con il possesso di un permesso di soggiorno (permanente, per motivi di studio, temporaneo, tollerato), con lo status di rifugiato e con la protezione sussidiaria (art. 2, c. 3). Disposizioni specifiche sono previste per i cittadini ucraini in possesso della “Carta dei polacchi”, *Karta polaka* – ovvero un documento che certifica l'appartenenza di uno straniero alla nazione polacca – la quale assicura condizioni di permanenza in Polonia più vantaggiose⁶².

Nella legge vengono disciplinati i servizi a favore degli sfollati e si prevede la creazione di un fondo per finanziare tali attività (art. 14 ss.). In particolare, i

⁶⁰ *Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzieleniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej* [Legge del 13 giugno 2003 sulla concessione della protezione agli stranieri all'interno del territorio della Repubblica polacca], disponibile all'indirizzo isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20031281176. Cfr. J. SAWICKI, *La guerra in Ucraina cambia anche il corso della storia polacca*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, n. 1, 2022.

⁶¹ Secondo quanto stabilito dalla legge del 13 giugno 2003, all'art. 106, agli stranieri in arrivo nella Repubblica di Polonia che hanno lasciato il proprio paese di origine a causa di un'invasione straniera/guerra/guerra civile, di un conflitto etnico o di una palese violazione dei diritti umani può essere concessa protezione temporanea.

⁶² Il richiedente deve essere in possesso di una serie di requisiti, tra i quali una conoscenza di base della lingua e della cultura polacca, oppure deve dimostrare di discendere da persone di nazionalità polacca o di avere significativamente contribuito nei tre anni precedenti alla ricerca sulla lingua e la cultura polacca. Il possesso della *Karta Polaka* assicura una serie di diritti, tra i quali il diritto al lavoro e la possibilità di svolgere attività imprenditoriali alle stesse condizioni dei cittadini polacchi, la possibilità di proseguire gli studi in Polonia, compresi gli studi di dottorato, di partecipare a gruppi di ricerca e sviluppo scientifico, la possibilità di accedere al sistema sanitario polacco in caso di emergenza, ecc. La *Karta Polaka* non consente di entrare e stabilirsi in maniera permanente nel paese e non può essere concessa ai cittadini polacchi ed agli apolidi. *Karta Polaka*, disponibile all'indirizzo www.gov.pl/web/republikamoldawii/karta-polaka-informacje-ogolne.

voivodi (ovvero le autorità che rappresentano l'esecutivo nelle regioni amministrative, o voivodati), sono incaricati fornire assistenza per quanto concerne alloggio, ristorazione, servizi alle persone con disabilità, trasporti, accesso ai mezzi pubblici e fornitura di beni di prima necessità, e di coordinare le attività delle autorità pubbliche, delle organizzazioni non governative e degli imprenditori nell'erogazione di tali servizi (art. 12).

La legge del 12 marzo 2022 contiene una disciplina organica dei diritti di cui godono i cittadini ucraini che soggiornano legalmente sul territorio della Polonia (nonché sulla proroga dei periodi di soggiorno nel paese), ai quali viene garantito l'accesso all'istruzione, al lavoro (art. 22) e il diritto di esercitare attività imprenditoriali (art. 23) e sono previste forme di assistenza per i minori non accompagnati (art. 25). Ai cittadini ucraini viene inoltre assicurato l'accesso alle prestazioni del sistema assistenziale polacco (artt. 26, 29, 31), compreso il diritto ad un contributo *una tantum* di 300 zł, ed al sistema sanitario (art. 37). Tra i paesi di Visegrád che confinano con l'Ucraina, come si vedrà, la Polonia è quello ha offerto le condizioni migliori agli ucraini in fuga dalla guerra.

Gli apolidi ed i cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina, che godevano di forme di protezione internazionale in Ucraina o che soggiornavano in maniera permanente sul territorio dell'Ucraina e che non possono rientrare in maniera sicura nel proprio paese, possono comunque presentare richiesta per ottenere la protezione temporanea, ma il loro status è regolamentato dalla direttiva 2001/55/CE e dalla legge del 13 giugno 2003, art. 106, c. 4⁶³. Tutto ciò sembra testimoniare un atteggiamento ostile da parte delle autorità polacche nei confronti degli sfollati non ucraini, che sembra confermato dalla prassi⁶⁴.

Al confine polacco con l'Ucraina si sono verificati infatti gravi episodi di razzismo. A diversi cittadini africani in fuga dalla guerra – prevalentemente studenti che soggiornavano legalmente nel territorio dell'Ucraina – è stata negata l'accoglienza in Polonia, o hanno dovuto subire un trattamento differenziato. Tali avvenimenti sono stati denunciati dal Presidente dell'Unione africana e Presidente

⁶³ *Ochrona czasowa dla cudzoziemców niebędących obywatelami Ukrainy* [Protezione temporanea per gli stranieri che non sono cittadini ucraini], disponibile all'indirizzo www.gov.pl/web/udsc/ochrona-czasowa-dla-cudzoziemcow-niebedacych-obywatelami-ukrainy, 23.03.2022.

⁶⁴ *Poland Protection Analysis (May 2022)*, disponibile all'indirizzo reliefweb.int/report/poland/poland-protection-analysis-may-2022.

del Senegal, Macky Sall⁶⁵. Episodi simili si sono verificati ai danni di cittadini ucraini o apolidi di etnia rom, prevalentemente donne e bambini⁶⁶.

5. La proclamazione dello stato di emergenza e le misure per fare fronte all'emergenza umanitaria in Slovacchia

In Slovacchia, ancora prima dell'approvazione della decisione di esecuzione del Consiglio (UE) 2022/382, si sono prontamente adottati una serie di provvedimenti normativi per gestire l'afflusso massiccio di sfollati provenienti dall'Ucraina. Con una popolazione di soli 5,4 milioni di abitanti⁶⁷, la Slovacchia rappresentava, tra i paesi membri dell'Unione che confinano con l'Ucraina, quello più esposto ai rischi di destabilizzazione connessi al conflitto.

Il 25 febbraio 2022, il Consiglio nazionale, ovvero il parlamento monocamerale slovacco ha prontamente approvato la legge n. 55/2022 «Su talune misure relative alla situazione in Ucraina»⁶⁸, con la quale ha introdotto importanti modifiche alla legge n. 42/1994 «Sulla protezione civile»⁶⁹ e alla legge n. 480/2002 «Sull'asilo»⁷⁰. In particolare, con la legge n. 55/2022 è stato modificato l'art. 3, c. 2 della legge n. 42/1994 sulla protezione civile, per includere tra gli eventi straordinari che possono portare alla proclamazione dello stato di emergenza le conseguenze generate afflusso massiccio di stranieri nel territorio della Repubblica slovacca. Tale modifica ha consentito al Governo, il giorno successivo, ovvero il 26 febbraio 2022, di proclamare lo stato di emergenza⁷¹.

⁶⁵ R.I., *Réfugiés africains empêchés d'entrer en Pologne : l'UA dénonce un acte raciste*, in *Maghreb Emergent*, disponibile all'indirizzo maghrebemergent.net/refugiés-africains-empêchés-d'entrer-en-pologne-lua-denonce-un-acte-raciste-video/, 01.03.2022.

⁶⁶ E. MIRGA-WOJTOWICZ, K. FIALKOWSKA, "Be careful out there, in that Gypsy district" – *anti-gypsyism in a war situation*, Heinrich Böll Foundation in Warsaw, Warsaw, 2022, disponibile all'indirizzo pl.boell.org/en/2022/05/16/uwazajcie-tam-w-tej-cyganskiej-dzielnicy-antycyganizm-w-warunkach-wojny.

⁶⁷ Disponibile all'indirizzo www.worldometers.info/world-population/slovakia-population/.

⁶⁸ *Zákon o niektorých opatreniach v súvislosti so situáciou na Ukrajine* [Legge su alcune misure in relazione alla situazione in Ucraina], disponibile all'indirizzo www.slovlex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/55/.

⁶⁹ *Zákon Národnej rady Slovenskej republiky o civilnej ochrane obyvateľstva* [Legge del Consiglio nazionale della Repubblica slovacca sulla protezione civile], disponibile all'indirizzo www.zakonypreludi.sk/zz/1994-42.

⁷⁰ *Zákon o azyle a o zmene a doplnení niektorých zákonov* [Legge sull'asilo e che modifica determinate leggi], disponibile all'indirizzo www.zakonypreludi.sk/zz/2002-480.

⁷¹ Decisione n. 142/2022, disponibile all'indirizzo rokovania.gov.sk/RVL/Material/26981/1.

Con la legge n. 55/2022 sono state inoltre emendate alcune disposizioni sulla protezione temporanea, contenute nella legge n. 480/2002 «Sull'asilo». Il nuovo art. 29, c. 2 prevede che il Governo – che è incaricato di determinare l'inizio, le condizioni e la fine della protezione temporanea – possa concedere la protezione temporanea “anche in assenza di una decisione del Consiglio dell'Unione europea”. Il 28 febbraio 2022 il Governo ha così adottato la decisione n. 144/2022⁷² con la quale ha concesso la protezione temporanea ai cittadini ucraini e ai loro familiari, ancora prima che venisse adottata la decisione di esecuzione del Consiglio europeo.

Originariamente il regime di protezione temporanea è stato concesso ai soli cittadini ucraini fino al 31 dicembre 2022. Tale regime, a partire dal 17 marzo 2022, è stato esteso anche ai cittadini di paesi terzi/apolidi che al 24 febbraio 2022 godevano di forme di protezione internazionale in Ucraina ed ai cittadini di paesi terzi in possesso di un permesso di soggiorno permanente in Ucraina che non potevano fare ritorno in maniera sicura nel proprio paese e prorogato fino 4 marzo 2023, per conformarsi alla decisione di esecuzione (UE) 2022/382⁷³.

A seguito della proclamazione dello stato di emergenza e della concessione del regime di protezione temporanea, il Governo è intervenuto con una serie di misure, in ambito economico, in materia di servizi sociali, servizi per la famiglia, servizi per l'impiego, previdenza sociale a favore degli sfollati dall'Ucraina⁷⁴. In particolare, sulla base di quanto stabilito dal regolamento n. 59/2022 del 2 marzo 2022 si prevede che agli stranieri che godono della protezione temporanea venga rilasciato un documento identificativo, sia consentito avere un impiego (ma non svolgere un'attività autonoma), e venga garantito l'accesso al sistema scolastico (compresi contributi per la mensa e per acquisto del materiale scolastico). Non viene però riconosciuto il diritto alle prestazioni sociali, agli assegni familiari, parentali, funebri, di nascita, di cui beneficiano invece coloro che hanno ottenuto la residenza temporanea o permanente.

⁷² Decisione n. 144/2022, disponibile all'indirizzo rokovania.gov.sk/RVL/Resolution/19928/1.

⁷³ *Temporary refuge*, disponibile all'indirizzo www.ukraineslovakia.sk/en/i-am-already-in-slovakia/temporary-refuge/.

⁷⁴ Regolamenti n. 59/2022, n. 93/2022, n. 94/2022, n. 100/2022, n. 109/2022, n. 119/2022, n. 130/2022, n. 131/2022, n. 143/2022, n. 144/2022, n. 167/2022, n. 210/2022, n. 267/2022, n. 270/2022. Disponibile all'indirizzo www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/.

Infine, con la legge n. 92/2022 del 22 marzo 2022 «Su alcune altre misure in relazione alla situazione in Ucraina»⁷⁵ e la legge n. 199/2022 del 24 maggio 2022⁷⁶ sono state introdotte importanti disposizioni in materia di assistenza sanitaria e riformate alcune disposizioni in materia di previdenza sociale, lavoro e proroga dei permessi di soggiorno. In particolare, la legge n. 92/2022 garantisce il diritto al rimborso delle cure urgenti per 30 giorni per coloro che entrano nel territorio della Slovacchia, ancora prima della presentazione della richiesta di asilo/protezione sussidiaria/protezione temporanea. Il rimborso per le cure urgenti è poi garantito, per il periodo di permanenza in Slovacchia, agli stranieri non assicurati cui è stata concessa la protezione temporanea⁷⁷.

6. Il X emendamento costituzionale ungherese: il regime provvisorio e la nuova disciplina dello stato di emergenza

Il 24 febbraio 2022, ancora prima dell'approvazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio europeo, il Governo ungherese ha adottato il decreto governativo (*kormány rendelet*) n. 56/2022⁷⁸ con il quale ha introdotto un regime speciale di protezione temporanea per i cittadini ucraini e i cittadini di paesi terzi che soggiornavano legalmente su territorio dell'Ucraina, che consentiva di fatto a

⁷⁵ *Zákon z 22. marca 2022 o niektorých ďalších opatreniach v súvislosti so situáciou na Ukrajine* [Legge del 22 marzo 2022 su alcune altre misure in relazione alla situazione in Ucraina], disponibile all'indirizzo www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/92/.

⁷⁶ *Zákon z 24. mája 2022 o niektorých opatreniach v sociálnej oblasti v súvislosti so situáciou na Ukrajine* [Legge del 24 maggio 2022 relativa a talune misure in campo sociale in relazione alla situazione in Ucraina], disponibile all'indirizzo www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/199/.

⁷⁷ La legge n. 92/2022 del 22 marzo 2022 modifica, inoltre, la legge n. 461/2003 sulla previdenza sociale e la legge n. 580/2004 sull'assicurazione sanitaria prevedendo la sospensione del pagamento dei contributi previdenziali e dell'assicurazione sanitaria da parte dei lavoratori ucraini che hanno fatto ritorno nel proprio paese per prestare servizio nell'esercito. Viene modificata infine la legge n. 404/2011 sugli stranieri, e disposta la proroga dei permessi di soggiorno (permanenti, temporanei, tollerati) per tutta la durata della situazione di emergenza e per i due mesi successivi. La legge n. 92/2022 introduce infine misure attive per favorire l'integrazione sociale e nel mercato del lavoro dei cittadini di paesi terzi richiedenti asilo/cui è stato concesso asilo/protezione temporanea.

⁷⁸ 56/2022. (II. 24.) *Kormány Rendelet a veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készütségről szóló 2020. évi LVIII. törvény menekültügyi eljárás átmeneti szabályainak eltérő alkalmazásáról* [56/2022. (II. 24.) Decreto governativo sulle deroghe alle norme transitorie sulla procedura di asilo come disciplinate nella legge LVIII del 2020 sulle norme transitorie relative alla fine dello stato di emergenza e alla preparazione alle epidemie], disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A2200056.KOR&dbnum=1.

tutte le persone in fuga dalla guerra di beneficiare forme di protezione internazionale in Ungheria. Due settimane più tardi però, il 7 marzo 2022, il Governo ungherese ha approvato il decreto governativo n. 86/2022⁷⁹ con il quale ha “limitato la portata” di tale regime speciale, escludendo dai “beneficiari della protezione temporanea” stranieri e apolidi in possesso di un permesso di soggiorno permanente rilasciato dalle autorità ucraine. Sulla base di quanto previsto dal decreto governativo n. 86/2022, alle persone che presentano richiesta/beneficiano della protezione temporanea viene assicurato l'accesso ai servizi di assistenza sanitaria, incluse le cure oncologiche e per le malattie croniche, ed il rimborso dei medicinali (art. 6). Gli stranieri che godono della protezione temporanea possono inoltre svolgere un'attività lavorativa sul territorio dell'Ungheria, comprese le attività nel settore pubblico (artt. 6-7). Nelle settimane successive, l'esecutivo ha poi approvato una serie di decreti governativi per fare fronte alla crisi umanitaria⁸⁰.

Tutte le misure con le quali è stato gestito l'enorme flusso di sfollati dall'Ucraina sono dunque state introdotte attraverso lo strumento del decreto governativo. Si tratta di decreti di emergenza, adottati ai sensi dell'art. 53, c. 2 della Legge fondamentale, che disciplina lo stato di pericolo, ovvero una situazione di emergenza tecnica. L'art. 53 tuttavia, non prevedeva le emergenze umanitarie tra le fattispecie che potessero portare alla proclamazione dello stato di pericolo. Le misure per gestire l'emergenza umanitaria sono state introdotte sulla base legge di

⁷⁹ *Government Decree No. 86/2022. (III. 7.) on rules applicable in state of danger and related to persons recognized as eligible for temporary protection, and on derogations from the rules of Act CVI. of 2011 on public employment and on the amendment of acts related to public employment and of other acts*, disponibile all'indirizzo helsinki.hu/en/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/HUgovdecree_implementing_councildecision_tempprotEN.pdf.

⁸⁰ Si ricordano in particolare il decreto governativo n. 95/2022 (III.10.) sui servizi di assistenza umanitaria dei consigli di contea e metropolitani, il decreto governativo n. 96/2022 (III.10) sul sostegno all'occupazione dei cittadini ucraini, il decreto governativo n. 104/2022 (III.12) sull'alloggio delle persone che arrivano durante lo stato di emergenza a causa della catastrofe umanitaria in un paese vicino e su altre misure ad esso connesse, il decreto governativo n. 106/2022 (III.12) su talune norme relative all'occupazione delle persone riconosciute aventi diritto alla protezione temporanea e che modifica il decreto governativo n. 301/2007 (XI.9) sull'attuazione della legge LXXX del 2007 sull'asilo in considerazione della catastrofe umanitaria in un paese vicino durante lo stato di emergenza, il decreto governativo n. 121/2022 (III.28.) sulle norme di emergenza per l'impiego di operatori sanitari rifugiati dall'Ucraina in Ungheria, il decreto governativo n. 147/2022 (IV.14) sulla fornitura di assistenza ai bambini arrivati dal territorio dell'Ucraina, e il decreto governativo n. 172/2022 (IV.29) sul sostegno all'occupazione delle persone con cittadinanza ucraina.

autorizzazione I del 2021 «Sul contenimento della pandemia da coronavirus»⁸¹ e sarebbero potute rimanere in vigore solo per la durata dello stato di pericolo legata alla pandemia da coronavirus.

A seguito della vittoria alle elezioni parlamentari del 3 aprile 2022, la coalizione Fidesz-KDNP ha dunque ritenuto necessario presentare un nuovo progetto di riforma costituzionale dello stato di emergenza – che era stato però già ampiamente riformato con l’approvazione del IX emendamento alla Legge fondamentale del 22 dicembre 2020⁸² – e il 24 maggio 2022 l’Assemblea nazionale ha approvato il X emendamento alla Legge fondamentale⁸³ insieme alla legge III del 2022 «Sulla prevenzione delle catastrofi e la modifica di alcune leggi ad essa correlate».

Con il X emendamento non solo si è anticipata l’entrata in vigore delle disposizioni sugli stati di eccezione contenute nel IX emendamento, dal 1° luglio 2023 al 1° novembre 2022⁸⁴, ma viene anche modificato l’art. 53, c. 1 della Legge fondamentale con l’aggiunta di nuove circostanze che possono portare alla proclamazione dello stato di pericolo. Si prevede in particolare che, oltre a una calamità naturale o un disastro industriale che minacci la vita o la proprietà, anche «lo stato di guerra, il conflitto armato o la crisi umanitaria in un paese confinante» possano portare alla proclamazione dello stato di pericolo⁸⁵. La legge III del 2022, all’art. 1, precisa poi che a seguito della proclamazione dello stato di pericolo, il Governo adotta decreti di emergenza attraverso i quali è possibile sospendere l’applicazione o derogare a specifiche disposizioni di legge e introdurre altre misure straordinarie. Il X emendamento alla Legge fondamentale e la legge III del 2022 sono entrati in vigore il 25 maggio 2022 e, quello stesso giorno, il Governo ha proclamato lo stato di pericolo legato alla guerra in Ucraina⁸⁶.

⁸¹ 2021. évi I. törvény a koronavírus-világjárvány elleni védekezésről [Legge I del 2021 sulla protezione contro la pandemia di coronavirus], disponibile all’indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2100001.tv.

⁸² Magyarország Alaptörvényének kilencedik módosítása (2020. december 22.) [IX emendamento alla Legge fondamentale dell’Ungheria – 22 dicembre 2020], disponibile all’indirizzo mkogy.jogtar.hu.

⁸³ Disponibile all’indirizzo www.parlament.hu.

⁸⁴ La Legge fondamentale nella versione attualmente in vigore disciplina sei stati di eccezione, ovvero lo stato di crisi nazionale, di emergenza, di difesa preventiva, di minaccia terroristica, di attacco inaspettato e lo stato di pericolo (artt. 48-54). Il IX emendamento riduce da sei a tre gli stati di eccezione, ovvero lo stato di guerra, lo stato di emergenza e lo stato di pericolo.

⁸⁵ Magyar Közlöny 84. szám. Magyarország hivatalos lapja 2022. május 24., kedd [Hungarian Journal No. 84. Official Journal of Hungary, Tuesday, 24 May 2022], disponibile all’indirizzo www.parlament.hu.

⁸⁶ 180/2022. (V. 24.) Korm. rendelet az Ukrajna területén fennálló fegyveres konfliktusra, illetve humanitárius katasztrófára tekintettel, valamint ezek magyarországi

L'8 giugno 2022 l'Assemblea nazionale ha approvato la legge VI del 2022 «Sulla prevenzione delle conseguenze in Ungheria di un conflitto armato o di una catastrofe umanitaria in un paese confinante»⁸⁷, con la quale l'Assemblea nazionale ha autorizzato il Governo a adottare decreti di emergenza che saranno efficaci fino a quando rimarrà in vigore la legge di autorizzazione. Quello stesso giorno, il Governo ha adottato il decreto n. 203/2022 (VI, 8)⁸⁸ con il quale ha esteso la validità di tutti i provvedimenti adottati prima del 25 maggio 2022 per contrastare le conseguenze dell'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina.

La proclamazione dello stato di pericolo consentirà inoltre all'esecutivo di “governare tramite decreto”, escludendo l'Assemblea nazionale – nonché le forze politiche di opposizione – dalla gestione della crisi. Grande preoccupazione è stata manifestata dalle istituzioni europee, ed in particolare dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con riferimento alla tenuta delle istituzioni democratiche nel contesto del regime di eccezione⁸⁹.

7. Brevi riflessioni conclusive

A sei mesi dall'inizio dell'invasione russa, è forse possibile formulare qualche prima considerazione sulle modalità con le quali Polonia, Ungheria e Slovacchia hanno

következményeinek az elhárítása érdekében veszélyhelyzet kihirdetéséről és egyes veszélyhelyzeti szabályokról [180/2022. (V. 24.) Decreto governativo sulla dichiarazione dello stato di emergenza e di alcune disposizioni sullo stato di emergenza per prevenire le conseguenze in Ungheria del conflitto armato e della catastrofe umanitaria nel territorio dell'Ucraina], disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2200180.kor.

⁸⁷ *In 2022. évi VI. Törvény szomszédos országban fennálló fegyveres konfliktus, illetve humanitárius katasztrófa magyarországi következményeinek elhárításáról* [Legge VI 2022 Sulla prevenzione delle conseguenze di un conflitto armato o di una catastrofe umanitaria in un paese confinante], disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A2200006.TV&searchUrl=/gyorskereso.

⁸⁸ *03/2022. (VI. 8.) Korm. Rendelet a 2022. május 25. napjával kihirdetett veszélyhelyzettel összefüggő rendkívüli intézkedések hatályának meghosszabbításáról* [03/2022. (VI. 8.) Decreto governativo sulla proroga delle misure di emergenza relative allo stato di emergenza dichiarato il 25 maggio 2022], disponibile all'indirizzo net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2200203.kor.

⁸⁹ L. GALL, *Hungary's New 'State of Danger'. Orban Instrumentalizes Ukraine War to Further Consolidate Power*, in *Human Rights Watch*, disponibile all'indirizzo www.hrw.org/news/2022/06/08/hungarys-new-state-danger, 08.06.2022; *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Newly declared 'state of danger' in Hungary should not weaken political dialogue and parliamentary oversight, say PACE co-rapporteurs*, disponibile all'indirizzo pace.coe.int/en/news/8746/newly-declared-state-of-danger-in-hungary-should-not-weaken-political-dialogue-and-parliamentary-oversight-say-pace-co-rapporteurs, 17.06.2022.

affrontato la forte pressione migratoria che si è generata ai confini orientali dell'Unione. Sulla base dei dati pubblicati dall'Alto Commissariato per i Rifugiati delle Nazioni Unite, dal 24 febbraio al 7 settembre 2022 4 milioni di persone (su 7,1 milioni di sfollati provenienti dall'Ucraina, presenti nell'Unione europea) hanno presentato richiesta di protezione temporanea in uno dei paesi membri. La Polonia è divenuta la prima meta delle persone che fuggono dalla guerra, seguita da Germania, Repubblica ceca, Italia e Spagna⁹⁰. In Polonia – un paese di quasi 37,7 milioni di abitanti – sono stati registrati 5,9 milioni di ingressi dall'Ucraina; tra questi, 3,9 milioni di persone hanno fatto ritorno nel proprio paese mentre 1,36 milioni di persone hanno presentato richiesta di protezione temporanea⁹¹. In Slovacchia – che come già detto è il più piccolo tra i paesi del Gruppo di Visegrád, con una popolazione di 5,4 milioni di abitanti⁹² –, si sono registrati 757 mila ingressi; tra questi 92 mila persone hanno presentato richiesta di protezione temporanea. Infine, in Ungheria, che ha una popolazione di quasi 9,7 milioni di abitanti⁹³, a fronte di 1,2 milioni di ingressi si registrano solo 29 mila richieste di protezione temporanea⁹⁴.

Le misure adottate dai tre paesi in esame per gestire questi afflussi massicci presentano un insieme di caratteristiche comuni. Tutti e tre i paesi hanno sostenuto la proposta della Commissione europea per l'introduzione di un regime di protezione temporanea del 2 marzo 2022, che è stata approvata dal Consiglio europeo all'unanimità il 4 marzo 2022 (decisione di esecuzione UE 2022/382).

La principale criticità nell'applicazione di tale decisione riguarda il diverso trattamento riservato agli sfollati, a seconda del paese di origine. Come già detto, è comprensibile che sia emerso un profondo senso di solidarietà nei confronti dei cittadini ucraini, che ha portato i tre paesi del Gruppo di Visegrád a predisporre un sistema di accoglienza senza precedenti. Un atteggiamento differente è emerso però con riferimento ai cittadini di paesi terzi e apolidi che beneficiavano di forme di protezione internazionale in Ucraina, ma soprattutto di stranieri e apolidi che

⁹⁰ In Germania si registra la presenza 971 mila sfollati dall'Ucraina. Solo 670 mila hanno però presentato richiesta di protezione temporanea. Per quanto riguarda gli altri paesi dell'Unione europea, in Repubblica ceca sarebbero presenti 423 mila sfollati dall'Ucraina, in Italia 159 mila, in Spagna 139 mila. La quasi totalità delle persone provenienti dall'Ucraina che si sono registrate in questi tre paesi ha presentato richiesta di protezione temporanea. Disponibile all'indirizzo data.unhcr.org/en/situations/ukraine.

⁹¹ Disponibile all'indirizzo www.worldometers.info/world-population/poland-population/.

⁹² Disponibile all'indirizzo www.worldometers.info/world-population/slovakia-population/.

⁹³ Disponibile all'indirizzo www.worldometers.info/world-population/hungary-population/.

⁹⁴ Disponibile all'indirizzo data.unhcr.org/en/situations/ukraine.

soggiornavano legalmente sul territorio dell'Ucraina, in possesso di un permesso di soggiorno permanente.

L'Ungheria, che aveva originariamente concesso la protezione temporanea a tutti gli "stranieri provenienti dall'Ucraina", ha successivamente escluso dai benefici del regime di protezione temporanea apolidi e cittadini di paesi terzi in possesso di un permesso di soggiorno permanente in Ucraina. La Slovacchia e la Polonia, invece, che avevano prontamente concesso la protezione temporanea ai "cittadini ucraini ed ai loro familiari", solo in un secondo tempo hanno esteso il regime di protezione temporanea a coloro che beneficiano di forme di protezione internazionale o in possesso di un permesso di soggiorno permanente rilasciato dalle autorità ucraine, sulla base di quanto previsto dalla direttiva 2001/55/CE.

All'ostilità ed ai ritardi nella regolamentazione della condizione dei cittadini di paesi terzi/apolidi hanno fatto seguito criticità in fase di attuazione. In tutti e tre i paesi del Gruppo di Visegrád⁹⁵, così come in altri paesi membri dell'Unione⁹⁶, sono emerse nella prassi gravi pratiche discriminatorie nei confronti di persone provenienti da paesi extraeuropei e soprattutto degli appartenenti alle minoranze rom, che molto spesso non sono in possesso di documenti validi o sono apolidi⁹⁷. Grande preoccupazione è stata dunque espressa a livello internazionale per il diverso livello di tutela degli apolidi e dei cittadini di paesi terzi non ucraini e dei loro familiari⁹⁸.

⁹⁵ EURONEWS, *Nigerians fleeing Ukraine war freed from Polish detention camps, say officials*, in *Euronews*, disponibile all'indirizzo www.euronews.com/2022/04/21/nigerians-fleeing-ukraine-war-freed-from-polish-detention-camps-say-officials, 21.04.2022.

⁹⁶ J.-L. MOUNIER, *African students who fled Ukraine now stuck in 'Kafkaesque' limbo in France*, disponibile all'indirizzo www.france24.com/en/europe/20220505-african-students-fleeing-ukraine-endure-hardship-in-france; T. OVUORIE, *Africans fleeing Ukraine accuse Germany of double standards*, in *DW*, disponibile all'indirizzo www.dw.com/en/africans-fleeing-ukraine-accuse-germany-of-double-standards/a-61879479, 23.05.2022.

⁹⁷ K. BABICKÁ, *Temporary Protection: Poland and Hungary Once Again Creating Their Own Rules in Breach of EU Law*, in *OpinioJuris*, disponibile all'indirizzo opiniojuris.org/2022/04/11/temporary-protection-poland-and-hungary-once-again-creating-their-own-rules-in-breach-of-eu-law/, 11.04.2022.

⁹⁸ E. VENTURI, A. IASMI VALLIANATOU, *Ukraine exposes Europe's double standards for refugees*, in *Chatham House*, disponibile all'indirizzo www.chathamhouse.org/2022/03/ukraine-exposes-europes-double-standards-refugees, 30.03.2022.

La decisione *Vega v. Tekoh*: i *Miranda Rights* come regole profilattiche e il conseguente svuotamento delle garanzie (e dei rimedi alla lesione) dei diritti dell'indagato negli Stati Uniti d'America *

LAURA FABIANO**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 21–499, decided June 23, 2022.

Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-499_gfbh.pdf.

Sommario: 1. Le procedure di nomina e di conferma alla Corte suprema nel corso del mandato Trump: il legame inestricabile fra criteri di composizione dell'organo e funzionalità del medesimo. – 2. L'affermazione dei *Miranda Rights* e la successiva giurisprudenza progressivamente restrittiva (con un'eccezione?). – 3. La decisione *Vega v. Tekoh*, i diritti di difesa dell'imputato ed il federalismo statunitense.

Data della pubblicazione sul sito: 4 ottobre 2022

Suggerimento di citazione

L. FABIANO, *La decisione Vega v. Tekoh: i Miranda Rights come regole profilattiche e il conseguente svuotamento delle garanzie (e dei rimedi alla lesione) dei diritti dell'indagato negli Stati Uniti d'America*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro". Indirizzo mail: laura.fabiano@uniba.it.

1. Le procedure di nomina e di conferma alla Corte suprema nel corso del mandato Trump: il legame inestricabile fra criteri di composizione dell'organo e funzionalità del medesimo

Le nomine effettuate agli scranni della Corte suprema degli Stati Uniti d'America dalla Presidenza Trump hanno condotto, nel giro di pochi anni, ad una profonda alterazione della composizione del massimo organo giudicante del Paese con una significativa ed innegabile ricaduta sulla giurisprudenza dello stesso.

Difatti, con le tre nomine effettuate dal 45° Presidente degli Stati Uniti d'America, la SCOTUS ha assunto una composizione personale ove vi è una maggioranza (costituita, oltre che dal *Chief Justice* Roberts, dai giudici Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, e Barrett) di orientamento fortemente conservatore ed una (oramai) minoranza considerata di inclinazione "*liberal*", la quale, pur caratterizzata da personalità di indubbio alto profilo¹, ha perso figure di spicco e di riferimento che contribuivano a portare avanti, con grande energia, gli orientamenti propri della stagione della *rights revolution* (*Justice* Ginsburg) o ad instaurare un proficuo dialogo con gli altri giudici della Corte (*Justice* Kennedy).

Seppure a tratti calmierata dalla personalità dell'attuale *Chief Justice*, il quale interpreta il proprio ruolo in termini rigorosi ed ancorati ai principi formalistici che governano il *rule of law* e lo *stare decisis*², la *conservative supermajority* che attualmente caratterizza la Corte suprema non ha "tradito" le aspettative di chi presagiva³ un profondo cambiamento nella giurisprudenza del supremo giudice federale adottando, nei più recenti mesi, diverse decisioni che sembrano orientate a disarticolare l'apparato delle garanzie offerte ai diritti fondamentali

¹ Oltre alla neo insediata giudice Ketanji Brown Jackson (che a partire 30 giugno 2022 ha sostituito il giudice Breyer), si collocano nella minoranza "*liberal*", frequentemente in *dissenting*, le giudici Sotomayor e Kagan.

² È noto che la giurisprudenza del *Chief Justice* Roberts, rispettosamente aderente al principio dello *stare decisis*, a volte ha condotto lo stesso *Chief Justice* ad effettuare scelte in controtendenza rispetto al proprio orientamento conservatore conducendolo ad esprimere uno *swing vote* in alcune importanti occasioni. Sul punto cfr. J.H. DAVIS, *With Kennedy gone, Roberts will be the Supreme Court's swing vote*, in *Supreme Court Preview*, 2018, pp. 87-90. T.J. MOLONY, *Taking Another Look at the Call on the Field: Roe, Chief Justice Roberts, and Stare Decisis*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 43, n. 3, 2020, pp. 733 ss.

³ In primo luogo lo stesso Presidente Trump. Sul punto cfr. i seguenti *Research Papers* del Congresso: V.L. KILLION, *President Trump Nominates Judge Amy Coney Barrett: Initial Observations*, *Congressional Research Service*, LSB10540, September 28, 2020; A. NOLAN, *President Trump Nominates Judge Brett Kavanaugh: Initial Observations*, *Congressional Research Service*, LSB10168, July 10, 2018; tutti disponibili all'indirizzo: [crsreports.congress.gov](https://www.congress.gov/crsreports).

faticosamente costruito dalla giurisprudenza del medesimo giudice costituzionale nei decenni passati.

La possibilità che una Presidenza, in un momento storico particolarmente propizio, possa avere l'occasione di effettuare diverse nomine federali e con ciò possa tentare di influenzare, per il futuro, la composizione dell'apparato amministrativo e giudiziario federale non rappresenta di per sé una novità⁴ e, tuttavia, nel caso in discussione, la questione è più complessa in relazione al fatto che tanto le nomine effettuate dal Presidente Trump, quanto le conferme accordate dal Senato statunitense, si sono svolte forzando, spesso, le normali regole dedicate a tale procedura finendo per alterarne i connotati e le finalità garantistiche e contromaggioritarie. Ci si riferisce, ad esempio, alle polemiche legate alla conferma al Senato della nomina del giudice Neil Gorsuch, nell'Aprile del 2017, attraverso l'utilizzo della c.d. *Nuclear Option*, ovvero approvando una mozione che consente di superare l'ostruzionismo parlamentare, che ha condotto, di fatto, alla possibilità di approvare le proposte presidenziali a maggioranza assoluta dei componenti del Senato (dunque con 51 voti favorevoli) piuttosto che con la maggioranza qualificata di 60 voti favorevoli normalmente necessaria. L'opzione nucleare è stata introdotta nel novembre del 2013 dall'allora maggioranza democratica attraverso una reinterpretazione della *Rule XXII* del Regolamento del Senato escludendola, tuttavia, per le procedure di *advice and consent* concernenti la Corte suprema⁵. Superando tale limite, nel 2017, la maggioranza repubblicana ha fatto utilizzo dell'opzione nucleare per il voto sulla nomina del giudice Gorsuch ed ha in effetti conferito a tale voto una connotazione maggioritaria.

Altra questione procedurale⁶ sulla quale si è consumato un acceso dibattito in relazione alle proposte di Trump alla Corte suprema ha riguardato la nomina del

⁴ Cfr. sul punto il *Research Paper* del Congresso dal titolo: *Supreme Court Appointment Process: President's Selection of a Nominee*, Congressional Research Service, R44235, March 8, 2022, disponibile all'indirizzo crsreports.congress.gov.

⁵ Sull'opzione nucleare in generale si rinvia a V. HEITSHUSEN, *Majority Cloture for Nominations: Implications and the "Nuclear" Proceedings*, CRS Report for Congress 7-5700, December 6, 2013.

⁶ Alle perplessità collegate alla forzatura delle regole procedurali si sono affiancate alcune polemiche riguardanti la statura morale di alcuni candidati. In particolare la nomina del giudice Kavanaugh è stata particolarmente dibattuta essendo egli stato coinvolto nel noto dibattito sollevato dal movimento *Me Too*. Sul punto cfr. K. LASSON, *Dalliances, Defenses, and Due Process: Prosecuting Sexual Harassment in the Me Too Era*, in *University of Massachusetts Law Review*, vol. 15, Iss. 1, 2020, pp. 54 ss., spec. 99 ss.; E.H. HERNANDEZ, D.L. OSWALD, *Who Supports #MeToo and the Kavanaugh Confirmation? Exploring Tolerance for Sexual Harassment among Young Adults*, in *Journal of Social Issue*, July 23, 2022, disponibile all'indirizzo: pspsi.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/josi.12531.

giudice Amy Coney Barrett, il 26 settembre del 2020, confermata dal Senato il 26 ottobre successivo. Come noto, nel 2016, il Senato statunitense aveva negato il consenso alla nomina di Merrick Garland, individuato dall'allora Presidente Obama, sostenendo che la troppa ravvicinata scadenza (a otto mesi) del mandato presidenziale producesse una carenza di legittimazione del medesimo; tuttavia, come risulta evidente, qualche anno più tardi tale ragionamento non è stato applicato alla nomina del giudice Barrett da parte di Donald Trump il cui mandato scadeva poche settimane dopo.

Il peso conferito dalla maggioranza repubblicana alle nuove designazioni, e dunque le attese riposte in esse, si evince dagli argomenti trattati nel corso dei *confirmation hearings* i quali, oltre che sul profilo competenziale e sulla precedente carriera del candidato⁷ si sono spesso concentrati su tematiche apparentemente formalistiche (quali il punto di vista del giudice nominando sul principio dello *stare decisis* e sulle teorie e sulle tecniche dell'*overruling*) ma, nei fatti, di grande sostanza attenendo, invero, al modo in cui il giudice in corso di nomina intende il ruolo contromaggioritario⁸ giocato dalla suprema Corte nel sistema dei poteri⁹.

L'evoluzione nella composizione della Corte sembra aver favorito l'inaugurazione di una nuova stagione giurisprudenziale che prendendo le mosse a partire dal 2018 (quando, con la nomina del giudice Kavanaugh, cambiano sostanzialmente gli equilibri interni della Corte) ha probabilmente raggiunto il suo apice con la nomina del giudice Barrett.

⁷I materiali concernenti i *Confirmation Hearings* dei giudici nominati dal Presidente Trump sono disponibili ai seguenti indirizzi: www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf (per il giudice Gorsuch); ucsd.libguides.com/SCOTUS_kavanaugh (per il giudice Kavanaugh), e ucsd.libguides.com/SCOTUS_barrett (per il giudice Barrett). Sul punto si rinvia inoltre ai *Reports* del Congresso: *Judge Amy Coney Barrett: Her Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Congressional Research Service R46562, October 6, 2020; *Judge Brett M. Kavanaugh: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Congressional Research Service R45293, August 21, 2018; *Judge Neil M. Gorsuch: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Congressional Research Service R 44778, March 8, 2017.

⁸ Il riferimento è certamente ad A.M. BICKEL, *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986. Sul tema si rinvia alle osservazioni di C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, Relazione al Convegno AIC 2006, *La Circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio in Europa*, disponibile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹ Cfr. B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, CRS Report, September 24, 2018.

Nell'ultimo quinquennio la Corte suprema ha difatti effettuato diversi *overruling* significativi¹⁰ ed ha adottato decisioni nelle quali, pur non disconoscendo alcuno specifico precedente, sembra aver scelto di dirigere la giurisprudenza federale verso orientamenti “più radicalmente” conservatori: si pensi al caso *Rucho v. Common Cause*¹¹ (2019) con il quale è stato affermato che il

¹⁰ Nella decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. __, (2018, *Docket n.* 16-1466) la Corte ha ribaltato il caso *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, del 1977, stabilendo che le leggi che richiedono ai dipendenti pubblici il pagamento di una “quota equa” al sindacato designato a rappresentarli (anche se i dipendenti non sono iscritti al sindacato) viola il Primo Emendamento; nel caso *South Dakota v. Wayfair*, 585 US __, (2018, *Docket n.* 17-494) la Corte ha ribaltato i precedenti *National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of the State of Illinois*, 386 U.S. 753 (1967) e *Quill Corp. v. North Dakota* 504 U.S. 298 (1992) in tema di *Dormant Commerce clause* (in senso ampliativo per gli Stati e restrittivo per il potere federale), infine, nel caso *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. __, (2018, *Docket n.* 17-965) la Corte ha disconosciuto il famigerato precedente *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944) con il quale era stata sancita la legittimità delle ghezzizzazioni dei cittadini di origine asiatica nel periodo della seconda guerra mondiale affermando che «*Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and - to be clear - “has no place in law under the Constitution”*». La decisione *Trump v. Hawaii* è tuttavia particolarmente significativa in quanto in essa, la Corte, pur ripudiando il precedente *Korematsu* a causa della profonda storica avversione a tale decisione (che si è resa, nel tempo, evidente in considerazione della mancata “*compliance*” al disposto giurisprudenziale da parte dell’intera società americana), è approdata ad un deciso che, nei fatti, costituisce tutt’altro che un ripudio di quel precedente stabilendo che i provvedimenti adottati dal governo in tema di sicurezza devono essere valutati utilizzando uno scrutinio deferente e che, a ragione di ciò, il *Presidential proclamation* 9645 con il quale Donald Trump aveva limitato l’ingresso negli Stati Uniti di persone provenienti da alcune specifiche Nazioni, con l’obiettivo di ridurre i rischi di ingresso negli Stati Uniti di terroristi o di persone suscettibili di mettere a rischio la sicurezza pubblica, non fosse in violazione dell’*Establishment clause* del I emendamento della Costituzione statunitense. Sulla decisione *Trump v. Hawaii* cfr. N.K. KATYAL, *Trump v. Hawaii: How The Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in *The Yale Law Journal Forum*, January 30, 2019 e R.A. DEAN, *Trump v. Hawaii is Korematsu all Over Again*, in *Civil Rights Law Journal*, vol. 29, n. 2, 2019, p. 175.

Più recentemente ha rappresentato certamente un momento spartiacque l’*overruling* adottato nel caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. __ (2022, *Docket n.* 19-1392), con il quale la Suprema Corte, attraverso una decisione vergata dal giudice Alito, ha ripudiato lo storico precedente *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973) e sancito, di conseguenza, che non essendovi alcuna garanzia da parte della Costituzione federale per il diritto all’aborto la disciplina in tale ambito ritorna ad essere pienamente di competenza statale.

¹¹ *Rucho v. Common Cause*, 588 US_ (2019), *Docket n.* 18-422.

disegno delle circoscrizioni elettorali (il *gerrymandering*) è questione politica su cui la Corte non può pronunciarsi ed al caso *Department of Commerce v. New York*¹² (noto come *Census case*)¹³ in cui i giudici conservatori della Corte Suprema hanno preferito non dare peso all'evidenza probatoria che dimostrava come l'Amministrazione Trump (nella persona del Segretario al Commercio Wilbur Ross), in sede di sindacato giurisdizionale, avesse effettivamente avanzato delle motivazioni pretestuose al fine di giustificare la modifica dei quesiti del censimento del 2020 coprendo il tentativo di articolare il quesito censitario col fine esplicito di scoraggiare la partecipazione delle fasce più vulnerabili della popolazione¹⁴. Più recentemente, non possono non segnalarsi i diversi casi decisi dalla suprema Corte in tema di *Establishment clause* (volti ad interpretare i limiti del Primo Emendamento secondo direttrici maggiormente favorevoli alla libertà di espressione religiosa)¹⁵ e la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*¹⁶ con la quale, a strenua garanzia del Secondo Emendamento, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge di New York che limitava la possibilità di portare liberamente armi in luoghi pubblici.

Nell'ambito di tale articolato contesto si inserisce la decisione *Vega v. Tekoh*¹⁷ con la quale la Corte suprema, negando la possibilità di ricorso in sede civile per violazione dei c.d. *Miranda Rights* ha limitato, in parte, la tutela giurisprudenziale risarcitoria dei diritti di difesa. Tale decisione si avvale di una giurisprudenza pregressa già segnata da un'impronta conservatrice la quale ha, nel tempo, contribuito a restringere quanto più possibile, un'importante categoria di diritti. La sentenza *Vega*, tuttavia, si evidenzia come particolarmente significativa in quanto spinge tale precedente evoluzione esegetica alle sue estreme conseguenze.

2. L'affermazione dei *Miranda Rights* e la successiva giurisprudenza progressivamente restrittiva (con un'eccezione?)

I c.d. *Miranda Rights* sono i diritti di cui è titolare un soggetto posto in condizione di custodia e interrogato dalla polizia al fine di rendere effettivo quanto disposto nel V Emendamento ove è stabilito che in un procedimento penale nessuno può essere obbligato a testimoniare contro sé stesso.

¹² *Department of Commerce v. New York*, 588 US_ (2019), *Docket n.* 18-966.

¹³ La decisione è ampiamente illustrata in *Harvard Law Review*, vol. 133, 2019, pp. 372 ss.

¹⁴ Sul punto ancora J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., pp. 143 ss.

¹⁵ Cfr. *Carson v. Makin*, 596 US_ (2022), *Docket n.* 20-1088 e *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 US_ (2022), *Docket n.* 21-418.

¹⁶ *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 US_ (2022), *Docket n.* 20-843.

¹⁷ *Vega v. Tekoh*, 597 US_ (2022), *Docket n.* 21-499.

I diritti *Miranda*, notoriamente, vengono resi noti al sospettato attraverso i c.d. *Miranda Warnings* e la regola generale, stabilita a partire dalla decisione *Miranda v. Arizona*¹⁸, è che tutte le prove ottenute in violazione dei *Miranda Rights* (a partire dal fatto stesso di non aver reso edotto il sospettato dei propri diritti) sono inammissibili in un successivo procedimento penale a suo carico¹⁹.

La decisione *Miranda v. Arizona* viene adottata nel 1966 dalla Corte suprema presieduta dal giudice Warren e vergata dallo stesso *Chief justice* la cui giurisprudenza è particolarmente nota per l'attento approccio alla tutela dei diritti civili nonostante la nomina proveniente dal Presidente repubblicano Eisenhower (che in effetti definì tale scelta il suo peggior errore politico)²⁰. Essa si inserisce in una serie di decisioni adottate nel corso degli anni sessanta attraverso le quali la Corte suprema ha ridisegnato in senso maggiormente garantista i vincoli posti alla procedura penale statunitense tanto statale quanto federale (ci si riferisce alle

¹⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966).

¹⁹ «*The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination. ... As for the procedural safeguards to be employed, unless other fully effective means are devised to inform accused persons of their right of silence and to assure a continuous opportunity to exercise it, the following measures are required. Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking, there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him. The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned*», *Miranda v. Arizona*, at 444-445 (1966).

²⁰ Cfr. S.J. WERMIEL, *The Nomination of Justice Brennan: Eisenhower's Mistake? a Look at the Historical Record*, in *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994-1995, pp. 515 ss. disponibile all'indirizzo: core.ac.uk/download/pdf/217203783.pdf.

decisioni *Elkins v. US*²¹, *Mapp v. Ohio*²², *Gideon v. Wainwright*²³, *Escobedo v. Illinois*²⁴, *Terry v. Ohio*²⁵).

Con il ritiro del giudice Warren e la successiva profonda modifica, in termini di composizione, della Corte suprema (a partire dalla nomina, da parte del Presidente Nixon, del giudice Burger) la giurisprudenza seguente al caso *Miranda* si fa tuttavia complessa in quanto corredata di eccezioni e specificazioni in senso restrittivo. Ciò finisce per condurre ad una significativa differenziazione fra le garanzie attinenti ai diritti affermati in quella decisione rispetto ad altri diritti procedurali concernenti il processo penale.

La decisione *Miranda* fonda una *exclusionary rule*²⁶ (ovvero una regola sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute illegittimamente) con riguardo al diritto a non autoincriminarsi sancito nel V Emendamento così come la sentenza *Mapp v. Ohio* sancisce, pochi anni dopo, una regola procedurale simile con riguardo alle garanzie del IV Emendamento sui divieti di perquisizione illegali e così come la decisione *Escobedo* del 1964 aveva già sancito con riguardo al diritto ad essere assistito da un avvocato (garantito dal VI Emendamento). Tuttavia, mentre in relazione alle garanzie attinenti i diritti sanciti nel IV e nel VI Emendamento la giurisprudenza della Corte suprema elaborerà un apparato regolatorio garantistico per il quale ogni prova collegata ad un'attività illegittima (in quanto svolta in violazione di un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato) è inutilizzabile in un successivo procedimento penale a carico dell'imputato, secondo la dottrina del "*Fruit of Poisonous Tree*" ("frutto

²¹ *Elkins v. United States*, 364 US 206 (1960). La decisione stabilì che le prove raccolte a livello statale in violazione del IV Emendamento non potessero essere utilizzate nei procedimenti federali.

²² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). La decisione ha esteso (attraverso il XIV Emendamento) il vincolo posto dal IV Emendamento (il divieto di perquisizioni illegittime) anche agli Stati.

²³ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). La decisione ha esteso (attraverso il XIV Emendamento) il vincolo posto dal VI Emendamento (il diritto ad essere assistiti da un avvocato) anche agli Stati.

²⁴ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). La decisione chiarì che il diritto ad essere assistiti da un avvocato doveva essere garantito a chiunque appena fosse considerato sospettato nel corso di un'indagine.

²⁵ *Terry v. Ohio*, 329 US 1(1968), sulla legittimità ai sensi del IV Emendamento delle perquisizioni di polizia qualora considerate ragionevoli.

²⁶ Su cui cfr. M.E. CAMMACK, *The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 631 ss.

dell'albero velenoso")²⁷, con riguardo ai *Miranda Rights* la giurisprudenza della suprema Corte opererà una distinzione concettuale fondata sull'idea che tali diritti sono serventi (profilattici) al diritto a non autoincriminarsi sancito dal V Emendamento e non sono, di per loro, diritti fondamentali garantiti direttamente dalla Costituzione. Tale *distinguishig* consentirà alla Corte di stabilire che la dottrina del "frutto dell'albero velenoso" non è applicabile alle prove ottenute attraverso la violazione dei *Miranda Rights*²⁸ e più recentemente, a sancire, nella decisione *Vega v. Tekoh* del 2022, che la lesione dei medesimi diritti da parte della polizia non rappresenta elemento idoneo ad avviare una procedura di responsabilità degli ufficiali di polizia in sede civile secondo la procedura stabilita dal 42 *US Code* sez. 1983.

La volontà della Corte di interpretare restrittivamente i *Miranda Rights* si manifesta già nel 1971 quando, nella decisione *Harris v. New York*²⁹, il supremo giudice stabilisce che qualora un imputato renda una testimonianza in un processo che si ponga in contrasto con una dichiarazione rilasciata alla polizia (e non ammessa come prova a carico in quanto resa illegittimamente per violazione dei diritti *Miranda*) il Pubblico Ministero può utilizzare ugualmente tale dichiarazione al fine di porre in discussione la credibilità dell'imputato. Tale decisione, sin dalla sua adozione, è stata duramente criticata dalla dottrina³⁰ la quale, dopo aver posto in evidenza come fosse poco coerente con l'espressa disposizione costituzionale posta nel V Emendamento lo stabilire che fosse legittimo utilizzare "contro" l'imputato (anche se solo nella determinazione della sua credibilità) le sue affermazioni illegittimamente ottenute³¹, pose in evidenza sin da subito il legame

²⁷ A meno di c.d. "scoperta inevitabile". Difatti, secondo la "*Inevitable Discovery Rule*" elaborata dalla suprema Corte nella decisione *Nix v. Williams*, 467 US 431(1984), se la polizia può dimostrare che le informazioni ottenute attraverso un interrogatorio illegittimo hanno condotto al reperimento di prove che sarebbero state comunque inevitabilmente scoperte, quelle stesse prove possono essere utilizzate al susseguente al processo. Cfr. R.M. BLOOM, *Inevitable Discovery: An Exception beyond Fruits*, in *American Journal of Criminal Law*, vol. 20, 1992, pp. 79 ss.

²⁸ La cui lesione comporta, dunque, esclusivamente e restrittivamente l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso di un interrogatorio proceduralmente illegittimo.

²⁹ *Harris v. New York*, 401 US 222 (1971).

³⁰ Cfr. A.M. DERSHOWITZ, J.H. ELY, *Harris v. New York: Some Anxious Observations on the Candor and Logic of Emerging Nixon Majority*, in *The Yale Law Journal*, vol. 80, pp. 1989 ss., 1971; W.C. HENRY, *Harris v. New York: The Retreat From Miranda*, in *Louisiana Law Review*, vol. 32, n. 4, pp. 650 ss. 1972; M.A. ROOF, *The Reconstitution of Self-Incrimination: Harris v. New York*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 5, n. 1, pp. 193 ss., 1972.

³¹ Sul punto in particolare cfr. A.M. DERSHOWITZ, J.H. ELY, *Harris v. New York: Some Anxious Observations on the Candor and Logic of Emerging Nixon Majority*, cit. p. 1214.

tra tale evoluzione giurisprudenziale e la rinnovata composizione della Corte suprema fra il 1966 ed il 1971, a causa delle nomine del Presidente Nixon³², il quale non aveva fatto mistero della propria volontà di andare a comporre una Corte suprema che decostruisse alcuni importanti risultati ottenuti dalla precedente Corte Warren³³.

Pochi anni dopo, nel 1974, la Corte suprema adotta la decisione *Michigan v. Tucker*³⁴, redatta dal giudice Rehnquist. La decisione *Tucker* nasce da una vicenda peculiare e tuttavia conduce ad un *holding* significativo che verrà utilizzato con grande frequenza nella giurisprudenza successiva condizionandone gli sviluppi.

Il caso *Tucker* prende le mosse da un interrogatorio della polizia nei confronti di un individuo sospettato in un caso di stupro. Prima dell'inizio dell'interrogatorio (che si era svolto precedentemente alla decisione *Miranda v. Arizona*), egli era stato informato del proprio diritto a rimanere in silenzio e del proprio diritto ad un avvocato; tuttavia non era stato informato della possibilità di essere assistito da un avvocato anche in caso di indigenza. Durante l'interrogatorio il sospettato aveva riferito, come alibi, di essere stato in compagnia di un amico (Henderson) al momento del delitto. Nel corso delle indagini la polizia aveva tratto da quest'ultimo

Cfr. anche D. SONENSHEIN, *Miranda and the Burger Court: Trends and Countertrends*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 13, pp. 405 ss., 1982.

³² All'epoca della decisione *Harris* si trattava del *Chief Justice* Burger e del giudice Blackmun. Seguiranno, poco tempo dopo, da parte di Nixon le nomine di Powell e Rehnquist.

³³ Sul punto ancora A.M. DERSHOWITZ, J.H. ELY, *Harris v. New York: Some Anxious Observations on the Candor and Logic of Emerging Nixon Majority*, cit., pp. 1226 ss.; criticando aspramente la decisione i due studiosi affermano in conclusione che «*The Courts philosophy obviously is changing and doubtless will continue to change as more appointments are made. Ideological ebb and flow is an inherent, though generally more gradual, part of the American judicial system. But failures of logic and candor are neither inherent nor desirable in our highest Court. In that regard, the Harris opinion seems to have taken an overdrawn academic caricature of the Warren Court's methodology and used it as a recipe. What is vice in a liberal, however, is not necessarily virtue in a conservative. In light of President Nixon's 1968 campaign attacks on the Warren Court, it is perhaps not surprising that his appointees should seek to reverse many of the holdings of that Court with something more than deliberate speed. The real disappointment is that men of the stuff of Justices Harlan, Stewart, and White would have joined this sort of opinion*», p. 1227. In generale sulla giurisprudenza della Corte Burger in relazione alle nomine effettuate da Nixon cfr. W.F. SWINDLER, *The Court, the Constitution, and Chief Justice Burger*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 27, pp. 443 ss., 1974.

³⁴ *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974). La decisione viene assunta con il solo dissenso del giudice Douglas mentre si schierano nella maggioranza tutti gli altri giudici compresi il giudice White (nominato da Kennedy), ed il giudice Marshall (nominato da Johnson). Per un commento alla decisione si rinvia a Q.T. SUMNER, *Police Interrogation: Michigan v. Tucker*, in *North Carolina Central Law Review*, vol. 6, No. 1, 1974, pp. 131 ss.

delle informazioni incriminanti nei confronti del sospettato che, processato dopo il caso *Miranda*, era stato condannato. La difesa aveva quindi presentato una mozione per escludere la testimonianza di Henderson perché, durante l'interrogatorio, l'indagato aveva rivelato l'identità di Henderson senza essere stato edotto di tutti i suoi diritti. La Corte suprema, tuttavia, respinse tali richieste formulando diverse osservazioni. Essa, in primo luogo, evidenziò che il comportamento della polizia non si era svolto in mala fede e che, dunque, non si giustificava la necessità di applicare una *exclusionary rule*. Considerando inoltre che l'interrogatorio si era svolto precedentemente al caso *Miranda*, la Corte ritenne che il diritto a non autoincriminarsi era stato adeguatamente tutelato ed aggiunse, nell'*holding*, il principio per cui in casi come quello in corso di decisione (ove il diritto a non autoincriminarsi è da considerarsi sostanzialmente tutelato) anche se un interrogatorio non è stato preceduto dall'esatta elencazione dei diritti *Miranda*, è possibile utilizzare nel successivo processo un testimone individuato grazie alle dichiarazioni in esso offerte.

Nonostante la specificità del caso, che forse non si prestava al meglio come emblematico al fine di interpretare i limiti della decisione *Miranda* (anche solo per il fatto che l'interrogatorio del caso *Tucker* si era svolto precedentemente alla decisione del 1966), nella detta decisione la Corte sceglie di affrontare esplicitamente il problema dello *status* da attribuire alle garanzie *Miranda* operando una differenziazione fra la lesione di queste ultime e quanto affermato invece in un precedente caso, *Wong Sun v. United States*³⁵, ove la Corte suprema aveva stabilito che tutte le prove ottenute da una perquisizione illegittima, in quanto effettuata in violazione del IV emendamento, fossero da considerarsi "frutto di un albero velenoso" e dunque illegittime.

È nella decisione *Tucker* che la Corte, per voce di Rehnquist, evidenzia dunque come la dottrina del "*Fruit of Poisonous Tree*" sancita nel sistema penale statunitense al fine di disincentivare la lesione dei diritti fondamentali dell'imputato sia ancorata alla lesione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti ed approda, attraverso un'interpretazione testuale dei medesimi, ad un *distinguishing* sostenendo che «*police conduct at issue here did not abridge respondent's constitutional privilege against compulsory self-incrimination, but departed only from the prophylactic standards later laid down by this Court in Miranda to safeguard that privilege*»³⁶. Di fatto, pertanto, la Corte chiarisce, in tale decisione, che il principio del "*Fruit of Poisonous Tree*" è applicabile nei contesti riguardanti le perquisizioni illegittime senza mandato (che costituiscono lesioni esplicite del IV Emendamento) e non nei casi di lesione dei *Miranda Rights* in quanto i diritti *Miranda* non sono da considerarsi diritti fondamentali

³⁵ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

³⁶ *Michigan v. Tucker*, at 446.

costituzionalmente garantiti quanto invece indicazioni di condotta elaborate dalla Corte in sede giurisprudenziale, “profilattiche” alla garanzia del diritto a non testimoniare contro se stessi. Inoltre, nel caso *Tucker*, il giudice Rehnquist utilizza anche il principio per cui la buona fede della polizia può essere un elemento cui ancorare la possibilità di sanare (almeno in parte) l’illegittimità di un interrogatorio: anche tale concetto troverà successivamente un terreno di dibattito nella giurisprudenza della Corte suprema sino alla sua ultima riaffermazione nel molto discusso caso *Herring v. United States*³⁷ che si è spinto ad applicare tale principio alle garanzie del IV Emendamento.

La scarsa condivisione del giudice Rehnquist con riguardo a quanto affermato nella decisione *Miranda v. Arizona* non è, nel 1974, una sorpresa giacché questi, già prima di assumere le funzioni di giudice della Corte suprema, si era reso autore di un noto *Memorandum*, scritto nell’aprile del 1968, che ne criticava aspramente i contenuti³⁸. Non stupisce quindi che nella seconda metà degli anni ottanta, sotto la Presidenza Rehnquist, vengano adottate diverse decisioni orientate a restringere la portata dei diritti *Miranda*.

A metà degli anni ottanta, vengono adottate due importanti decisioni: in *NY v. Quarles*³⁹, una sentenza anch’essa vergata dal giudice Rehnquist, la Corte suprema stabilisce che in casi di particolare urgenza, al fine di tutelare la pubblica sicurezza, gli agenti di polizia possono interrogare i sospetti senza comunicare prima i *Miranda Warnings* e che se tale interrogatorio conduce al ritrovamento di un’arma,

³⁷ *Herring v. United States*, 555 US 135 (2009). Nella decisione *Herring* la Corte suprema stabilisce, con riguardo alle garanzie del IV Emendamento che le prove ottenute a seguito di perquisizioni illegali a causa di semplici errori della polizia che non sono il risultato di un comportamento in mala fede o di schemi ripetuti non possono condurre all’attivazione della regola di esclusione. Anche la decisione *Herring* è un caso che è stato molto criticato e che si inserisce pienamente fra le sentenze che contribuiscono, negli ultimi anni, a decostruire i diritti di difesa nell’esperienza statunitense. Cfr. A.C. HENNING, *Herring v. United States, Extension of Good Faith Exception to the exclusionary Rule in Fourth Amendment Case*, Congressional Research Service, R40189, February 2, 2009.

³⁸ Sul punto ampiamente Y. KAMISAR, *Dickerson v. United States: The Case that Disappointed Miranda’s Critics – and Then Its Supporters*, in C. BREDLEY (ed.), *The Rehnquist Legacy*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 106 ss.

³⁹ *NY v. Quarles*, 467 US 649 (1984). Sulla decisione cfr. C.K FICHERA, P. QUARANTA, *New York v. Quarles, Safety First?*, in *Pace Law Review*, vol. 5, n. 4, pp. 751 ss., 1985. J.R. BODE, *New York v. Quarles: The “Public Safety” Exception to Miranda*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 19, n. 1, pp. 193 ss. 1984. W.S. CAMPBELL, *New York v. Quarles: Dimming Miranda’s Bright Line*, in *West Virginia Law Review*, vol. 87, n. 2, pp. 381 ss., 1985. M.M. KEATING, *New York v. Quarles: The Dissolution of Miranda*, in *Villanova Law Review*, vol. 30, n. 3, pp. 441 ss., 1985.

questa può essere usata contro il sospettato al successivo processo⁴⁰. In *Oregon v. Elstad*⁴¹ (una decisione redatta dalla giudice O'Connor) viene altresì stabilito che nonostante sia necessario considerare inammissibili le dichiarazioni ottenute in assenza dei *Miranda Warnings* sono invece ammissibili, ad un eventuale processo, tutte le dichiarazioni ottenute in successivi interrogatori qualora questi siano svolti nel rispetto delle regole procedurali, stabilendo, dunque, che l'effetto della violazione dei diritti *Miranda* rimane confinato all'interrogatorio illegittimamente condotto⁴².

La Corte, dunque, in maniera evidente, nel corso del tempo, elabora una giurisprudenza restrittiva rispetto a quanto affermato nel caso *Miranda* cercando, probabilmente, un possibile bilanciamento fra tutela dei diritti dell'imputato e salvaguardia dell'attività investigativa della polizia⁴³.

Un'eccezione a questo *trend* giurisprudenziale restrittivo è tuttavia rappresentata, nel 2000, dalla decisione *Dickerson v. United States*⁴⁴ anch'essa una sentenza di cui è autore il *Chief Justice* Rehnquist nella quale, pur avendo l'occasione di ripudiare quanto stabilito in *Miranda* la Corte sceglie di preservarne invece gli elementi essenziali.

Nella decisione *Dickerson* la Corte suprema si pronuncia sulla legittimità della sez. 3501 del 18 *US Code*, norma che sanciva l'ammissibilità, come prova, di una confessione resa spontaneamente. La detta norma era stata prevista dal Titolo II dell'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* del 1968; si trattava dunque di una disposizione adottata solo due anni dopo la decisione *Miranda v. Arizona* e costituiva, in effetti, un tentativo del Congresso federale di riportare la normativa procedurale in ambito penale alle regole precedenti alla decisione del 1966.

⁴⁰ Nel caso *Quarles* era accaduto che degli agenti di polizia avevano fermato un sospettato per rapina in un supermercato e gli avevano chiesto, nell'immediato, dove avesse nascosto la pistola che sospettavano avesse con sé. La Corte ritenne che in una circostanza del genere, al fine di ritrovare velocemente un'arma nascosta in un luogo pubblico, fosse possibile procedere ad un interrogatorio anche senza l'elencazione dei diritti *Miranda*.

⁴¹ *Oregon v. Elstad*, 470 US 298 (1985).

⁴² Nella caso *Elstad* era accaduto che il sospettato di un furto con scasso avesse reso delle dichiarazioni autoincriminanti mentre era veniva condotto da casa sua alla stazione di polizia senza che gli fossero ancora stati comunicati i suoi diritti. Una volta giunti dinanzi allo sceriffo il sospettato, edotto dei suoi diritti, aveva accettato di rendere una dichiarazione ufficiale. La difesa aveva sostenuto che la seconda dichiarazione era condizionata dalla consapevolezza di aver reso precedentemente una confessione e tuttavia la Corte ritenne che tale interpretazione fosse troppo ampia.

⁴³ Cfr. R.A. LEO, *The Impact of Miranda Revised*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, issue 3, 1996, pp. 621.

⁴⁴ *Dickerson v United States*, 530 US 428 (2000).

Nel caso *Dickerson*, con un voto 7-2, la Corte dichiara l'illegittimità della sez. 3501 spiegando in motivazione che, considerando il loro fondamento costituzionale, il Congresso non può adottare una normativa di rango primario che restringa i *Miranda Rights* (mentre potrebbe al più adottare una normativa maggiormente garantista). Ciò in quanto un *overruling* normativo di una decisione della Corte quale supremo interprete della Costituzione può essere effettuato solo attraverso l'adozione di un emendamento costituzionale (e mai con fonti di rango primario)⁴⁵.

Anche in questo caso l'opinione di Rehnquist non rappresenta, invero, una completa sorpresa: nel *Memorandum* redatto nel 1968 nel quale egli stesso, in qualità di assistente procuratore, criticava aspramente il caso *Miranda*, e le sue conseguenze, ed esplorava le possibilità percorribili per ripudiare tale decisione (arrivando ad ipotizzare la possibilità di intraprendere un percorso di emendamento costituzionale), non faceva alcun riferimento alla sez. 3501 del *Title 18 dello US code*⁴⁶ e ciò perché, con tutta probabilità, già da allora il futuro *Chief Justice* nutriva dei forti dubbi sulla legittimità della detta disposizione⁴⁷.

Probabilmente, pur poco convinto da quanto stabilito in *Miranda*, il *Chief Justice* sceglie di trattare la causa *Dickerson* come una vicenda giurisdizionale che attiene ai rapporti fra fonti, al vincolo del precedente ed ai limiti che le decisioni adottate dalla Corte suprema, quale ultimo interprete della Costituzione, pone al Congresso. È a partire da tale prospettiva che è possibile comprendere, almeno in parte, il senso di una decisione che agli occhi di molti è sembrata, alla sua adozione, un'inversione interpretativa ad opera del Presidente della Corte⁴⁸.

Si tratta, in effetti, di un'inversione esegetica solo apparente. Coloro che, dinanzi al caso *Dickerson*, festeggiano l'inizio di un nuovo corso, meno restrittivo, della giurisprudenza federale statunitense in materia di garanzie procedurali del

⁴⁵ Sul punto cfr. B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, cit.

⁴⁶ A differenza di altri *Memorandum*, fra i quali spicca il *Memorandum* del *Department of Justice of the United States Attorney General John Mitchell* (1969) ove invece si fa ampio riferimento alla necessità di applicare la sez. 2501 piuttosto che le regole *Miranda*. Il *Memorandum* è citato in Y. KAMISAR, *Dickerson v United States: The Case that Disappointed Miranda's Critics – and Then Its Supporters*, cit., spec. pp. 112 ss.

⁴⁷ Cfr. sul punto Y. KAMISAR, *Dickerson v United States: The Case that Disappointed Miranda's Critics – and Then Its Supporters*, cit.

⁴⁸ Cfr. Y. KAMISAR, *Miranda's Reprive: How Rehnquist Spared the Landmark confession case, but weakened its impact*, in *Aba Journal*, n. 92, pp. 48 ss., 2006. Sulle attese in relazione alla giurisprudenza Rehnquist sul tema cfr. J.M. GIANNULLO, *The Rehnquist Court first Term- Is Miranda Down for the Count?*, in *University of Baltimore Law Forum*, vol. 18, n. 1, pp. 8 ss., 1987.

processo e diritto di difesa si scontrano, pochi anni dopo, con il ritorno, nuovamente, alle linee interpretative restrittive precedenti.

Il filone giurisprudenziale in base al quale la lesione dei *Miranda Rights* non ricade nella regola del “Frutto dell’albero velenoso” viene infatti ribadito, nel 2004, nella decisione *US v. Patane*⁴⁹. In tale sentenza la Corte stabilisce che in alcune circostanze (ove la polizia non ha forzato l’imputato a confessare ma si è limitata a raccogliere dichiarazioni spontanee) le prove fisiche prodotte a carico dello stesso (rinvenute successivamente grazie a quelle dichiarazioni) non sono da considerarsi illegittime⁵⁰. Nella decisione *Patane*, inoltre, La Corte sottolinea (per voce del giudice Thomas) sia che le regole *Miranda* sono profilattiche alla tutela del V Emendamento sia che le stesse si spingono oltre la stretta garanzia di tale diritto fondamentale e pertanto non devono essere interpretate estensivamente a meno che ciò non sia necessario ai fini della salvaguardia del diritto a non autoincriminarsi⁵¹.

3. La decisione *Vega v. Tekoh*, i diritti di difesa dell’imputato ed il federalismo statunitense

Le numerose eccezioni elaborate in sede giurisprudenziale con riguardo alla portata dei *Miranda Rights* hanno inevitabilmente prodotto l’effetto, nel corso del tempo, di incentivare la loro stessa violazione. Si tratta di una conseguenza del tutto prevedibile che tuttavia la Corte, nella propria giurisprudenza, a partire dalla decisione *Harris*, ha sempre tollerato sulla base del principio per il quale «*The benefits of impeachment outweigh the “speculative possibility” that impermissible police conduct will be encouraged*»⁵².

⁴⁹ *US v. Patane*, 543 US 630 (2004). Sulla decisione cfr. T.P. WINDOM, *The Writing on the Wall: Miranda's “Prior Criminal Experience” Exception*, in *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 2, pp. 327 ss., 2006. Y. KAMISAR, *On the “Fruits” of Miranda Violations, Coerced Confessions, and Compelled Testimony*, in *Michigan Law Review*, vol. 93, no. 5, pp. 929 ss., 1995.

⁵⁰ Samuel Patane era stato arrestato dalla polizia per aver violato un ordine restrittivo. La polizia aveva elencato parzialmente a Patane i suoi diritti giacché egli aveva dichiarato di conoscerli. Poco dopo l’indagato aveva spontaneamente dichiarato alla polizia di possedere una pistola (detenzione che gli era vietata essendo un pregiudicato). La Corte ha stabilito la legittimità dell’utilizzo, al successivo processo, della pistola come prova fisica mentre ha sancito che non fosse ammissibile utilizzare le dichiarazioni verbali di Patane.

⁵¹ «*But because these prophylactic rules (including the Miranda rule) necessarily sweep beyond the actual protections of the Self-Incrimination Clause, any further extension of these rules must be justified by its necessity for the protection of the actual right against compelled self-incrimination*», *US v. Patane*, II, *Thomas Opinion for the Court*, p. 7.

⁵² *Harris v. New York*, 401 U.S., at 225.

Nondimeno, per lungo tempo, è rimasto sussistente un diverso possibile deterrente alle violazioni delle regole procedurali *Miranda* rappresentato dalla possibilità che un soggetto leso nel godimento di tali diritti potesse ricorrere, in sede civile, contro gli ufficiali di polizia che non avevano rispettato le regole poste nella decisione del 1966. Ciò risultava possibile sulla base di quanto disposto nella Sezione 1983 del Titolo 42 del Codice degli Stati Uniti (Azione civile per privazione dei diritti), norma che stabilisce il diritto di citare in giudizio i dipendenti (del governo statale) che agiscono «sotto il colore della legge statale» per violazioni dei diritti civili⁵³.

La disciplina prevista nel paragrafo 1983, introdotta con il *Civil Rights Act* del 1871 (altrimenti noto come *Ku Klux Klan Act*)⁵⁴, è collegata, nelle proprie origini

⁵³ «Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia». Nel 1971, peraltro, con la decisione *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 US 388 (1971) la Corte suprema ha ulteriormente statuito la possibilità di un rimedio analogo nei confronti degli atti compiuti da ufficiali federali (la cd. azione *Bivens*)⁵³. Sull'azione *Bivens* cfr. J.E. PFANDER, *The Story of Bivens v. Six Unknown-Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, in *Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers, Paper 189*, 2009, disponibile all'indirizzo scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/189).

Una sorta di norma parallela alla sez. 1983, per quel che concerne i profili penalistici è poi la 18 U.S. Code § 242 - *Deprivation of rights under color of law* (in alcuni casi in combinato disposto con la 18 U.S. Code § 241 - *Conspiracy against rights*).

⁵⁴ La previsione e l'interpretazione giurisprudenziale dei detti rimedi non può dunque prescindere dalla più ampia storia della normativa federale sui diritti civili: sulla base degli emendamenti adottati a ridosso della fine della guerra civile (il XIII, XIV e il XV Emendamento) e della previsione in essi di un potere federale di adozione di normative volte a dare esecuzione ai principi in essi previsti, il Congresso provvide ad emanare diversi *Statutes* volti a ad assicurare alla popolazione di colore appena liberata dalla schiavitù il godimento dei diritti civili e politici. Vennero pertanto adottati sulla scorta di tali intenti atti come il *Civil Rights Act* del 1866, gli *Enforcement Acts* del 1870 e del 1871, il *Ku Klux Klan Act* del 1871, il *Civil Rights Act* del 1875. Tuttavia, l'interpretazione che il Congresso aveva fatto dei *Reconstruction Amendments* e dei poteri del legislatore federale in essi previsti venne pesantemente ridimensionata dalla giurisprudenza della Corte suprema in sentenze altrettanto note quali gli *Slaughter-House Cases* del 1873 (cfr. anche *United States*

storiche, a quelle numerose previsioni normative adottate dal Congresso in risposta alla violenza sistematica ed alle ingiustizie perpetrate nei confronti della popolazione di colore del sud a ridosso della guerra civile⁵⁵. L'interpretazione della portata di tale garanzia, e la giurisprudenza ad essa connessa, si comprende appieno tenendo conto della natura federale di tale rimedio e del fatto che esso sia stato spesso percepito da alcune correnti politiche conservatrici, strenuamente a difesa dell'identità degli Stati, come uno strumento di minaccia all'autonomia statale⁵⁶.

Una delle questioni legali sulle quali la Corte suprema si è pronunciata sin da subito ha riguardato la portata applicativa della sez. 1983 in relazione all'espressione «*Under the color of law*»⁵⁷. Difatti, secondo un'interpretazione restrittiva, l'espressione detta consentiva la possibilità di intentare una causa sulla base del paragrafo 1983 solo quando il convenuto avesse agito sulla base di uno Statuto statale che lo avesse autorizzato specificamente ad agire in modo tale da violare la Costituzione federale e i diritti in essa garantiti⁵⁸. Tale interpretazione finiva per escludere dall'ambito di applicazione delle due disposizioni tutti quei comportamenti (moltissimi) adottati da funzionari statali i quali avessero agito nelle loro capacità ufficiali ma in violazione della legge statale. Tale lettura esegetica venne superata dalla Corte suprema con la decisione *Monroe v. Pape*⁵⁹ ove il supremo giudice chiarì la portata applicativa dell'espressione come riguardante i comportamenti assunti da pubblici ufficiali (legittimamente o meno)

v. Cruikshank, 92 US 542 (1876)) nelle quali il giudice costituzionale, distinguendo fra diritti di cittadinanza statale e federale, offrì un'interpretazione decisamente restrittiva del concetto di *privilege and immunities of citizens of United States* riducendo drasticamente, di conseguenza, la portata dei poteri del Congresso federale. Sul punto la bibliografia è ovviamente sterminata e ci si limita a rinviare a J.M. BALKIN, *The Reconstruction Power*, 85 *New York University Law Review*, vol. 85, 2010, pp. 1801 ss.; E. FONER, *The Supreme Court and the History of Reconstruction and Vice-Versa*, 112 *Columbia Law Review*, vol. 112, 2012, pp. 1585 ss.

⁵⁵ Cfr. sul punto D. STRAZZARI, *Discriminazione e diritto*, Cedam, Padova, 2008, spec. pp. 223 ss.

⁵⁶ R. BRIFFAULT, *Section 1983 and Federalism*, in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1977, pp. 1133 ss.

⁵⁷ Cfr. S.L. WINTER, *The Meaning of "Under Colour of" Law*, in *Michigan Law Review*, n. 91, 1992, pp. 3 ss.; R.H.W. MALOY, "Under Color of" - *What Does It Mean*, *Mercer Law Review*, vol. 56, no. 2, 2005, pp. 565-648.

⁵⁸ E.H. ZAGRANS, "Under Color of" *What Law: A Reconstructed Model of Section 1983 Liability*, in *Virginia Law Review*, vol. 71, 1985, pp. 499 ss..

⁵⁹ *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961).

nel corso dello svolgimento delle proprie funzioni o comunque sulla base dell'autorità che gli era stata conferita⁶⁰.

Il rimedio federale offerto dalla sez. 1983 risulta dunque particolarmente importante sia in assoluto (essendo idealmente in grado di proporsi come un rimedio in sede civile di numerosissime lesioni di diritti fondamentali) sia nella dinamica dei rapporti attinenti alla forma di governo intesa in senso verticale. Tuttavia, non può trascurarsi che, la stessa sez. 1983, è stata una norma oggetto di un'interpretazione peculiare da parte della Corte suprema che, attraverso l'elaborazione della dottrine della *qualified* e *absolute immunity*, ha finito per sottrarre spesso i pubblici funzionari alle proprie responsabilità⁶¹.

La decisione *Vega*, in un modo diverso ma parallelo alle dottrine citate, conduce anch'essa a svuotare di senso le garanzie offerte dal rimedio previsto nella sezione 1983.

Difatti, nella decisione *Vega* la Corte suprema rimette in discussione quanto si pensava fosse stato sancito definitivamente nella decisione *Dickerson* approdando alla ben diversa conclusione (già riproposta in *Patane*) per cui i diritti *Miranda* non sono di per loro diritti fondamentali quanto, al massimo, regole di condotta profilattiche al fine di tutelare quanto disposto nel V Emendamento. Da tale definizione la Corte fa discendere l'importante conseguenza per cui la violazione dei diritti *Miranda*, compresa la mancata comunicazione dei *Miranda Warnings*, non rappresentando violazione di diritti fondamentali, non costituisce condizione

⁶⁰ In entrambe le decisioni dissentiva su tale punto il giudice Frankfurter per il quale un'azione compiuta in violazione di una legge di uno Stato (ad opera tanto di un privato cittadino o quanto di un pubblico ufficiale) era faccenda di competenza statale e non federale ed una diversa interpretazione finiva per risolversi in una sorta di sovvertimento della separazione delle competenze del governo multilivello statunitense. Nelle parole del giudice Frankfurter: «*It was natural to give the shelter of the Constitution to those basic human rights for the vindication of which the successful conduct of the Civil War was the end of a long process. And the extension of federal authority so as to guard against evasion by any State of these newly created federal rights was an obvious corollary. But to attribute to Congress the making overnight of a revolutionary change in the balance of the political relations between the National Government and the States without reason is a very different thing. And to have provided for the National Government to take over the administration of criminal justice from the States to the extent of making every lawless act of the policeman on the beat or in the stationhouse, whether by way of third degree or the illegal ransacking for evidence in a man's house a federal offense would have constituted a revolutionary break with the past overnight*», *Screw v. United States*, at 144.

⁶¹ Sul punto cfr. L. FABIANO, *Police Brutality, Qualified Immunity, e conflitto razziale nell'esperienza statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2021, pp. 21 ss.; si rinvia inoltre a ID., *La responsabilità civile del giudice statunitense: Absolute Immunity Doctrine v. Due Process of Law*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in Onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 341 ss.

sulla base della quale attivare la procedura prevista nella sezione 1983 del 24 *US code*.

Con la decisione *Vega* la Corte produce un plurimo risultato. In primo luogo svuota i *Miranda Rights* di valore (di per loro), declassandoli ancora una volta, da diritti a regole; altresì, in modo non meno importante, elimina con un colpo di spugna un fondamentale deterrente ancora sussistente alla violazione degli stessi *Miranda Rights* che in qualche modo bilanciava tutta quell'evoluzione giurisprudenziale sull'ammissibilità delle prove la quale produceva come effetto di spingere la polizia a violare quegli stessi diritti al fine di forzare il meccanismo di reperimento delle prove stesse. Infine, la decisione *Vega* sembra assestare un colpo anche alla dimensione federale della garanzia dei diritti civili nell'esperienza americana collocandosi, come sentenza, fra quelle decisioni della suprema Corte che nell'ultimo periodo, a causa della nuova composizione personale della stessa Corte, hanno contribuito a valorizzare il più possibile l'autonomia degli Stati ed a sminuire la dimensione federale del Paese.

Alla luce del percorso giurisprudenziale compiuto dalla Corte suprema a partire dal caso *Harris* non sembra che la decisione *Vega* possa essere considerata una svolta del tutto inaspettata. Tuttavia tale decisione sembra portare alle sue estreme conseguenze una giurisprudenza che sul punto, pur essendo da anni restrittiva e conservatrice, non si era ancora spinta a tanto.

Il momento storico nel quale la decisione *Vega* è adottata sembra particolarmente significativo: essa, difatti, si riconnette certamente all'evoluzione giurisprudenziale recente della Corte Suprema collegata alla sua attuale composizione personale; d'altra parte il dispositivo della decisione può anche essere collegato, idealmente, al profondo dibattito che ha animato l'opinione pubblica statunitense nell'ultimo anno, concernente le aspre critiche mosse alla già citata dottrina, di origine giurisprudenziale, della "immunità qualificata" (sulla responsabilità civile dei pubblici ufficiali) quasi a presagire, in un ambito diverso, ma consimile, un certo orientamento della Corte (di maggior favore nei confronti delle necessità investigative e di salvaguardia della sicurezza pubblica piuttosto che delle garanzie dei diritti civili) qualora la questione dovesse giungere all'attenzione della Corte suprema.

Sia isolatamente considerata, sia adeguatamente contestualizzata la decisione *Vega* è in ogni caso estremamente significativa. Ciò non solo perché essa produce conseguenze che, forse, si spingono oltre gli intenti degli stessi giudici conservatori che hanno vergato le sentenze prodromiche su cui essa si fonda, ma anche perché avendo chiarito in maniera definitiva e netta il carattere dei *Miranda Rights* richiederà, in un possibile futuro, un'esplicita attività di *overruling* ad una eventuale Corte di diverso orientamento che ritenga di valutare differentemente il peso dei diritti e degli avvertimenti *Miranda*.

Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*

PAOLO PASSAGLIA**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 20–483, decided June 23, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il caso e la questione di costituzionalità. – 3. La giurisprudenza pregressa. – 4. La «sacralizzazione» del diritto di portare armi. – 5. L'incomunicabilità in seno alla Corte. – 6. Il vizio d'origine.

Data della pubblicazione sul sito: 4 ottobre 2022

Suggerimento di citazione

P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: paolo.passaglia@unipi.it.

1. Premessa

Nell'ambito di un *term* che ha proposto diverse grandi «sorprese» (l'uso della *vox media* vuol celare una certa inquietudine), la decisione del caso *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, n. 20-843, non è certo la punta più avanzata dell'opera di riscrittura dei cardini della convivenza civile cui sembrano essersi votati i sei giudici della Corte suprema statunitense di estrazione (ultra-)conservatrice. Per dirla in maniera un po' meno criptica, la sentenza del 23 giugno, in termini assoluti, fa emergere elementi preoccupanti; ma, se confrontata con altre decisioni quasi contestuali (e, ovviamente, *in primis* con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n. 19-1392, sull'aborto, depositata il 24), è una di quelle che appare più «digeribile», quanto meno se ci si pone dal punto di vista dello stretto diritto e ci si concentra sull'*holding*. Se, invece, si prendono in considerazione anche profili di ordine sociologico o criminologico, allora il giudizio cambia radicalmente. In un frangente così particolare come quello che stiamo vivendo, tuttavia, sembra addirittura che il giurista possa prescindere dall'osservare il mondo che lo circonda, isolandosi e chiudendosi nella sua torre d'avorio in compagnia di qualche libro di storia, sempre che – come si vedrà – non si tratti di storia contemporanea.

Ma andiamo con ordine: prima di proporre qualche riflessione scaturita dalla lettura della pronuncia, è opportuno ricostruire il caso che ne è stato all'origine, il *petitum* e il contesto giurisprudenziale in cui la decisione era destinata a essere inquadrata.

2. Il caso e la questione di costituzionalità

La Corte suprema doveva pronunciarsi sul rifiuto che le autorità statali newyorkesi avevano opposto nei confronti delle istanze di due cittadini «rispettosi della legge» (visto il tema, conviene sempre specificare...), i quali avevano richiesto di estendere la portata della loro autorizzazione a portare armi da fuoco. Entrambi avevano regolare autorizzazione per detenerle in casa e per portarle anche fuori, ma ciò solo per scopi specifici (in particolare, per la caccia e il tiro a segno): chiedevano dunque che queste limitazioni venissero rimosse, onde potersi avvalere delle armi per autodifesa in qualunque momento. Il rifiuto opposto dalle autorità statali non era stato oggetto di ricorso presso le giurisdizioni statali, ma si era proceduto, con l'appoggio della *New York State Rifle & Pistol Association, Inc.*, direttamente all'impugnazione di fronte alle corti federali, sull'assunto di una violazione del Secondo Emendamento alla Costituzione federale, concernente, appunto, il diritto di portare armi.

Le ragioni di questa scelta procedurale¹ risiedono essenzialmente nel fatto che alla base dei rifiuti opposti ci fosse una legge statale sul controllo delle armi comparativamente più restrittiva rispetto alla grande maggioranza delle leggi presenti nei vari Stati membri degli Usa.

Come la Corte suprema avrebbe poi, invero un po' sbrigativamente, schematizzato, quarantatré Stati adottano il sistema c.d. «*shall-issue*», mentre altri sei (tra cui quello di New York) il sistema c.d. «*may-issue*»².

Con il primo si designano quegli Stati in cui «le autorità devono rilasciare autorizzazioni a portare armi non in vista ogni qual volta il richiedente soddisfi certe condizioni soglie, senza lasciare una qualche discrezionalità agli agenti precedenti per negare le autorizzazioni sulla base di una percepita assenza di necessità o di opportunità»³. In buona sostanza, una volta integrati i requisiti richiesti dalla legislazione statale, il rilascio dell'autorizzazione a portare armi diviene un atto dovuto.

Con il secondo sistema, invece, «le autorità [statali] hanno una discrezionalità nel negare autorizzazioni a portare armi non in vista anche quando il richiedente soddisfi i criteri previsti dalla legge, di solito perché il richiedente non ha dimostrato una motivazione o una idoneità per la relativa autorizzazione»⁴.

¹ Sulla quale si sofferma soprattutto l'opinione dissenziente (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, n. 20-843, 597 U. S. _ (2022), Breyer J., *dissenting*, p. 11).

² Al di là dell'aver omesso la qualificazione di un cinquantesimo stato, l'alternativa proposta dalla Corte suprema riduce in maniera probabilmente eccessiva la complessità dei regimi. Se ne trae conferma dalla consultazione delle molte classificazioni proposte. A titolo puramente esemplificativo, può citarsi (anche per riferimenti a ulteriori classificazioni), C. FRANKLIN, *State Gun Laws and Public Opinion*, in *Marquette University Law School Faculty Blog*, June 8, 2022, il quale distingue tra venticinque Stati in cui per portare armi *concealed* (cioè non in vista) nello spazio pubblico non è richiesta alcuna autorizzazione specifica (*permitless*), dieci Stati in cui si applica il regime «*shall-issue*», sette in cui il regime «*shall-issue*» è ibridato con alcuni elementi che possono richiamare il regime «*may-issue*» e, infine, otto Stati, oltre al *District of Columbia*, in cui il regime è quello di «*may-issue*». Non troppo dissimile, nonostante la (prevedibile) enfasi sul porto d'armi come un diritto e nonostante alcune differenze di collocazione degli Stati, è la classificazione proposta dall'*Institute for Legislative Action* della *National Rifle Association*, che nell'analisi delle *Gun Laws* (disponibile all'indirizzo www.nraila.org/gun-laws/) propone la distinzione tra sistemi di «*shall-issue*» (in diciannove Stati), di «*discretionary/reasonable issue*» (in uno Stato), di «*no permit required*» (in ventidue Stati), di «*rights-restricted – very limited use*» (in otto Stati) e di «*rights infringed/non-issue*» (è, questo, il caso del solo Porto Rico).

³ Cfr. *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, *Opinion of the Court*, p. 4.

⁴ *Ivi*, p. 5.

Il fulcro dell'intero giudizio riposava proprio sulla compatibilità con il Secondo Emendamento di un sistema, come quello dello Stato di New York, che lasciava alle autorità un margine di discrezionalità nel concedere l'autorizzazione a portare armi nello spazio pubblico, all'uopo richiedendosi in particolare la sussistenza di una «*proper cause*». Tale condizione, in assenza di una definizione legislativa, era stata identificata dalle corti statali come la situazione in cui il ricorrente potesse «dimostrare una esigenza particolare di autodifesa, distinguibile da quella della comunità in generale»⁵.

Dopo che i ricorrenti avevano visto le proprie censure respinte sia in primo che in secondo grado, i sei giudici conservatori che blindano la maggioranza della Corte suprema hanno riconosciuto la fondatezza delle loro doglianze e hanno dichiarato l'incostituzionalità della legge dello Stato di New York. È appena il caso di rilevare che l'oggetto della declaratoria è destinato a estendersi ben oltre i confini del singolo Stato, andando a colpire anche le altre leggi statali ispirate al sistema «*may-issue*», giacché – lo si vedrà tra breve⁶ – la *ratio decidendi* della pronuncia della Corte è andata a censurare proprio la discrezionalità lasciata alle autorità nel rendere effettivo un diritto costituzionalmente riconosciuto.

La minoranza dei tre giudici *liberal* della Corte si è coagulata attorno alla *dissenting opinion* redatta dal Justice Breyer, per il quale questa sarà stata l'ultima grande opinione dissenziente, insieme con quella scritta a sei mani nel sopra ricordato caso *Dobbs*: alla fine del *term*, Breyer si è infatti ritirato, dopo ventotto anni di mandato, in circostanze che – non è difficile immaginarlo – lo stesso Breyer avrebbe auspicato che fossero molto diverse.

3. La giurisprudenza pregressa

Per comprendere il significato e l'impatto della decisione, è necessario tratteggiare, chiaramente in termini nulla più che evocativi, il contesto giurisprudenziale in cui essa è andata a calarsi.

Il diritto di portare armi è stato a lungo oggetto di una forte incertezza, legata all'interpretazione da dare al Secondo Emendamento, il cui tenore testuale è il seguente: «Essendo necessaria, per la sicurezza di uno Stato libero, una Milizia ben organizzata, non sarà violato il diritto del popolo di tenere e portare armi»⁷.

La formulazione del testo presenta un'ambiguità di fondo, legata ai rapporti intercorrenti tra la proposizione principale e la proposizione subordinata che la introduce.

⁵ *Ivi*, p. 3.

⁶ Cfr. *infra*, par. 4.

⁷ Per una ricostruzione storica della portata e dell'interpretazione del Secondo Emendamento, v. M. WALDMAN, *The Second Amendment: A Biography*, Simon & Schuster, New York (NY), 2014.

In effetti, nel novero delle molte interpretazioni che sono state avanzate, possono individuarsi due grandi categorie, corrispondenti a due diversi modi di intendere i rapporti tra la «milizia» e il diritto di detenere e portare armi.

Secondo una possibile lettura, l'esistenza della milizia doveva caratterizzare e inquadrare il riconoscimento del diritto a detenere e portare armi: in quest'ottica, l'Emendamento veniva inteso, in sostanza, come volto a proteggere gli Stati (anche contro la Federazione), garantendo loro il diritto di creare una milizia popolare; ma perché quest'ultima potesse anche solo ambire ad avere una qualche efficacia, i suoi componenti dovevano poter brandire le armi. Detenere e portare armi non era, dunque, un diritto individuale, ma semplicemente un diritto funzionale alla partecipazione a una milizia, senza la quale il diritto non avrebbe avuto una propria consistenza.

Una diversa lettura scindeva nettamente, invece, le due proposizioni, rendendole di fatto autonome. Così, da un lato, gli Stati avrebbero avuto il diritto di creare una milizia, mentre, dall'altro, gli individui avrebbero avuto quello di detenere e portare armi.

L'opzione a favore dell'una o dell'altra interpretazione aveva ricadute evidenti sul diritto individuale, poiché le milizie, che erano percepite come una necessità nel momento in cui il Secondo Emendamento veniva redatto, ricollegandosi al diritto all'autodifesa che affondava le sue radici nel *common law* inglese (oltre che nel *Bill of Rights* del 1689), con il tempo avevano lasciato il posto a un apparato securitario e repressivo di matrice pubblicistica. Ne conseguiva che, se si faceva dipendere il diritto dell'individuo di detenere e portare armi dall'esistenza di forme organizzate e legittime di autodifesa, allora il suo riconoscimento era lungi dal poter essere affermato. Di contro, l'adozione di una interpretazione individualistica consentiva di corroborare la pretesa individuale di detenere armi come semplice espressione del diritto all'autodifesa. E, seguendo questa lettura, l'inviolabilità che era suggerita dal testo dell'Emendamento aveva ripercussioni inevitabili su eventuali normative che venissero approntate, giacché la regolamentazione del commercio e della detenzione di armi, se poteva essere ammessa per esigenze di sicurezza particolari, non poteva tradursi, in ogni caso, in una compressione eccessiva dei diritti dei singoli.

Il dibattito su quale delle due interpretazioni dovesse ritenersi corretta si è alimentato anche in ragione delle ambiguità e, comunque, del carattere non conclusivo delle affermazioni rese dalla Corte suprema fino a tempi recenti.

Tra le relativamente poche decisioni rese in proposito dalla Corte, la più significativa era stata quella sul caso *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), che suggeriva una lettura unitaria delle due proposizioni del Secondo Emendamento, senza tuttavia prendere una posizione definitiva: «In assenza di qualunque prova tendente a dimostrare che il possesso o l'uso di un "fucile con una canna di una lunghezza inferiore ai diciotto pollici" [...] ha un qualche

ragionevole rapporto con la preservazione o l'efficienza di una milizia ben regolata, non possiamo dire che il Secondo Emendamento garantisca il diritto di detenere e portare un tale strumento»⁸.

Il tenore testuale di questo brano metteva in particolare rilievo il tipo di arma. Ciò nondimeno, una decisione del 1980, sia pure in un *obiter dictum* (anzi, in una nota a piè di pagina...), aveva letto la sentenza *Miller* in termini generali, nel senso che «il Secondo Emendamento non garantisce un diritto di detenere e portare un'arma da fuoco che non abbia “un qualche ragionevole rapporto con la preservazione o l'efficienza di una milizia ben regolata”»⁹.

La strada sembrava quindi aperta per l'esclusione di un diritto individuale che prescindesse dalla milizia. Già nel 1997, tuttavia, il *Justice* Thomas, in una *concurring opinion*, aveva chiaramente sottolineato che, a suo avviso, la questione era ancora tutta da esplorare, non senza precisare che, «[s]chierando una serie impressionante di prove storiche, un *corpus* crescente di commenti dottrinali indica che “il diritto di detenere e portare armi” è, come suggerisce il testo dell'Emendamento, un diritto individuale»¹⁰.

Questi spunti sono stati infine ripresi dalla Corte suprema, la quale, con il caso *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), ha seguito un orientamento chiaro sull'alternativa indicata, assumendo la posizione di principio in favore della natura individuale del diritto¹¹.

Fondandosi su un'ampia analisi storica, il *Justice* Scalia, nello scrivere la *Opinion of the Court*, ha messo in evidenza che tanto le fonti settecentesche quanto le costituzioni statali e la giurisprudenza non avevano riconosciuto il diritto di detenere e portare armi invariabilmente in connessione con il far parte di una milizia, ma lo avevano esteso fino ad abbracciare anche l'esigenza di autodifesa.

Questa posizione aveva condotto alla caducazione di una legge del *District of Columbia*, che si caratterizzava, innanzi tutto, per imporre un sostanziale divieto generalizzato di possesso di pistole, ciò che veniva ritenuto illegittimo alla luce della circostanza che si trattava dell'arma più comunemente utilizzata per autodifesa. La legge recava, poi, una previsione che imponeva di smontare o di rendere, comunque, non immediatamente utilizzabile qualunque arma da fuoco conservata in casa: anche un tale obbligo è stato dichiarato incostituzionale, perché «rendeva impossibile per i cittadini usare [le armi] per l'essenza dello scopo

⁸ *United States v. Miller*, cit., p. 178.

⁹ *Lewis v. United States*, 445 U.S. 55, p. 65, n. 8 (1980).

¹⁰ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), Thomas, J., *concurring*, p. 938, n. 2.

¹¹ Una compiuta disamina della preparazione e del confronto che ha animato la svolta giurisprudenziale del 2008 è stata condotta da B. DOHERTY, *Gun Control on Trial: Inside the Supreme Court Battle Over the Second Amendment*, Cato Institute, Washington (DC), 2008.

legittimo di autodifesa», corrispondente, appunto, all'autodifesa all'interno della propria abitazione¹².

Il rigore della normativa, se aveva condotto alle declaratorie di incostituzionalità, aveva comunque lasciato impregiudicata la questione dei limiti che le regolamentazioni sulle armi potevano prevedere. Anzi, la stessa Corte suprema aveva chiarito che «niente nella *opinion* [resa] avrebbe potuto essere utilizzato per avanzare dubbi su divieti vigenti da lungo tempo circa il possesso di armi da fuoco da parte di pregiudicati o dei malati mentali o su leggi che vietassero di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole e edifici governativi, o su leggi che imponessero condizioni e qualifiche per la vendita commerciale di armi»¹³. Del pari, si escludeva che potessero essere invalidate le limitazioni tradizionali inerenti all'impossibilità di portare armi «pericolose e inusuali»¹⁴. Sarebbe stato interessante se la Corte si fosse soffermata maggiormente su queste riserve (in particolare per spiegare quale possa essere un'arma non pericolosa...), ma nel caso *Heller* non si è andati oltre, lasciando quindi alla giurisprudenza successiva l'onere di chiarire i punti rimasti per così dire «assorbiti».

In definitiva, la Corte suprema aveva definito il diritto in chiave individuale e ne aveva identificato un nucleo inequivocabile nell'autodifesa presso la propria abitazione. Restavano, però, da stabilire elementi importanti, quali, in particolare, che tipo di tutela fosse da riconoscere (se del caso) per l'atto di portare armi fuori dalla propria abitazione.

Se su questo punto è intervenuta la sentenza qui in commento, su un altro punto, pure decisivo, la Corte si è pronunciata subito dopo *Heller*. Nel 2008, oggetto del giudizio era una legge adottata in un territorio federale (il *District of Columbia*), quindi non si era chiarito se il Secondo Emendamento, per come interpretato, si applicasse esclusivamente alla Federazione o se fosse opponibile anche ai legislatori statali. Con la sentenza sul caso *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), la Corte ha rafforzato la tendenza espansiva della portata dell'Emendamento, e – ribadendo con enfasi il carattere individuale del diritto di portare armi – ha interpretato il Quattordicesimo Emendamento¹⁵ nel senso di rendere applicabile agli Stati anche il Secondo Emendamento¹⁶.

¹² *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, p. 630 (2008).

¹³ *Ivi*, pp. 626 ss. In nota, si chiariva altresì che l'elenco era da ritenersi puramente indicativo.

¹⁴ *Ivi*, p. 627.

¹⁵ Trattasi, come noto, dell'Emendamento, adottato dopo la fine della Guerra di Secessione, dal quale la giurisprudenza ha tratto il fondamento per estendere le garanzie contenute in quasi tutte le disposizioni del *Bill of Rights* anche nei confronti degli Stati membri degli Usa (c.d. *Incorporation Doctrine*).

¹⁶ Sull'evoluzione della regolamentazione delle armi, anche a seguito delle prese di

4. La «sacralizzazione» del diritto di portare armi

La decisione in commento è ripartita esattamente da dove era arrivata la giurisprudenza pregressa, proseguendo un cammino di rafforzamento del rango del diritto individuale a portare armi¹⁷, e facendo del precedente del 2008 un *totem* su cui fondare la soluzione del caso da decidere. Per meglio dire, il *totem*, più che il precedente del 2008 in sé, è stata una sua lettura fortemente orientata, tutta rivolta a enfatizzare l'importanza della storia, la quale – certamente – nel caso *Heller* era stata molto rilevante, ma non fino al punto di divenire, come quattordici anni dopo, l'unico vero criterio, di fatto, su cui impostare il controllo di costituzionalità delle disposizioni contestate.

In buona sostanza, una volta riconosciuto il diritto individuale a portare armi, le sole limitazioni ammesse sono state identificate in quelle che possono giustificarsi con la tradizione, ovviamente una tradizione che i redattori del Secondo Emendamento dovevano avere presente. Questa impostazione, estremamente restrittiva nei confronti di qualunque novità, ha lasciato un unico spiraglio integrativo in concreto, consistente nella possibilità (anzi, nella necessità) per il giudice di sviluppare un ragionamento analogico sulla cui base decidere se un *aliquid* non prevedibile al momento della redazione della disposizione costituzionale possa o meno essere assimilato, tramite appunto l'analogia, a elementi a suo prevedibili.

posizione della Corte suprema, v. R. SPITZER, *Guns across America. Reconciling Rules and Rights*, Oxford University Press, 2 New York (NY), 015; A. STROUD, *Good Guys with Guns. The Appeal and Consequences of Concealed Carry*, University of North Carolina Press, Chapel Hill (NC), 2016; da ultimo, v. J.D. CHARLES, *Securing Gun Rights by Statute: The Right to Keep and Bear Arms Outside the Constitution*, 120 *Michigan Law Review* 581 (2022).

¹⁷ Non può essere, in effetti, un caso che la *Opinion of the Court* sia stata redatta dal Justice Thomas, cioè dal giudice che, negli ultimi anni, aveva avuto occasione, specie in una *dissenting opinion* nei confronti di un *certiorari denied* (*Silvester v. Becerra*, 583 U.S. No. 17-342 (2018)), di propugnare la necessità per la Corte di ritornare sull'interpretazione del Secondo Emendamento onde riconoscergli una portata più ampia rispetto a quella che le corti inferiori gli stavano attribuendo dopo le decisioni del 2008 e del 2010. Su questo *dissent*, v. l'analisi critica di P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2, 2018, pp. 288 ss. (*ivi* anche ulteriori riferimenti bibliografici). Sul versante dottrinale, una impostazione fortemente orientata all'affermazione e al rafforzamento del diritto individuale è stata proposta da S.P. HALBROOK, *The Right to Bear Arms: A Constitutional Right of the People or a Privilege of the Ruling Class?*, Bombardier Books, Brentwood (TN), 2021, proprio in vista dei dibattiti che si sarebbero tenuti in seno alla Corte suprema tra la fine del 2021 e i primi mesi del 2022.

L'inquadramento storico assume, così, il ruolo di viatico indispensabile per qualunque questione controversa. Ne è una dimostrazione la circostanza che, delle sessantatré pagine di cui si compone l'*Opinion of the Court* redatta dal Justice Thomas, l'*excursus* storico diretto a contestare l'esistenza di una tradizione di controllo delle armi applicabile alla legge scrutinata occupa dalla fine della pagina 30 all'inizio della pagina 62.

In questo lungo intervallo testuale, la Corte mostra una ormai compiuta adesione ai paradigmi dell'originalismo, declinati in una forma tanto ortodossa (o, forse più propriamente, parossistica) da dedicare pagine intere a interrogarsi su una legge inglese del XIV secolo, deliberatamente ignorando del tutto la storia legislativa statunitense, dalla quale, come si rileva, invece, nella *dissenting opinion*, ancora negli Anni Ottanta del Novecento, i sistemi c.d. «*may-issue*» erano addirittura prevalenti, «[q]uindi, è stato solo negli ultimi decenni che gli Stati si sono spostati verso normative di autorizzazione “*shall-issue*”», mentre in precedenza «la maggior parte degli Stati attuava regimi di autorizzazione “*may-issue*” senza problemi giuridici o pratici»¹⁸. Del resto, se la storia diventa un criterio cardinale, può assumere le venature di un paradosso il dover constatare che «la legge che la Corte oggi censura ha ben più di cento anni, essendo stata adottata nel 1911 e modificata per assumere sostanzialmente la forma presente nel 1913»¹⁹.

Così facendo, si spazza via il *test* in due fasi che, dopo la sentenza *Heller*, aveva caratterizzato la giurisprudenza delle corti federali²⁰, ma che, nella lettura estrema fatta ora dalla maggioranza della Corte suprema, la sentenza *Heller* non permetterebbe. E non lo permetterebbe perché «[i]l diritto costituzionale di portare armi per autodifesa non è “un diritto di seconda classe, soggetto a un *corpus* di regole totalmente differente da quello delle altre garanzie del *Bill of Rights*”²¹»: «[n]on conosciamo alcun altro diritto costituzionale che un individuo può esercitare solo dopo aver dimostrato ai pubblici ufficiali qualche esigenza particolare»; infatti «[n]on è così che opera il Primo Emendamento con riguardo alle espressioni impopolari o al libero esercizio della religione», «[n]on è così che opera il Sesto Emendamento con riguardo al diritto dell'imputato di confrontarsi con i testimoni a carico» e «non è così che opera il Secondo Emendamento con riguardo al portare armi nello spazio pubblico per autodifesa»²².

Questa «sacralizzazione» del diritto a (detenere e) portare armi si spinge dunque fino a proporre paragoni con diritti notoriamente tra i più protetti

¹⁸ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, Breyer, J., *dissenting*, p. 18.

¹⁹ *Ivi*, p. 48.

²⁰ *V. infra*, par. 6.

²¹ La citazione è tratta dalla sentenza *McDonald v. City of Chicago*, cit., p. 730.

²² *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, *Opinion of the Court*, pp. 62

ss.

nell'ordinamento statunitense, a partire dalla libertà di espressione (curiosamente non si parla del diritto all'autodeterminazione in materia di salute, un paragone che la quasi contestualità della sentenza *Dobbs* avrebbe reso interessante...). È, questo, il punto di caduta probabilmente estremo dell'interpretazione individualista del Secondo Emendamento affermata a far tempo dalla sentenza *Heller*. Un'interpretazione che, peraltro, neppure era necessario esplicitare, ai fini della decisione. Sul punto, l'*Opinion of the Court* resta ambigua, ma è la *concurring opinion* del Justice Kavanaugh a chiarirlo in modo indiscutibile, allorché precisa che «la decisione della Corte non vieta agli Stati di imporre condizioni per l'autorizzazione a portare pistole per autodifesa», ma «si dirige soltanto agli inusuali regimi di autorizzazione discrezionale, denominati regimi “*may-issue*”»²³, «costituzionalmente problematici»²⁴ perché lasciano una discrezionalità eccessiva alle autorità e perché autorizzano il porto d'armi solo per i richiedenti che possono dimostrare esigenze particolari, che trascendano la semplice autodifesa.

5. L'incomunicabilità in seno alla Corte

La sentenza in commento, dunque, peccherebbe di «estremismo»: è, questo, l'addebito principale che si potrebbe muovere? Certamente non si è in presenza di un esempio di *judicial self-restraint*. E certamente la soluzione alternativa che le corti inferiori avevano prospettato era lungi dal poter risultare eversiva. Il *test* in due fasi, infatti, era così strutturato. La prima fase consisteva nel valutare se la regolamentazione sulle armi rientrasse o meno nella portata che, alla luce della ricostruzione storica, doveva attribuirsi al Secondo Emendamento: in caso affermativo, la regolamentazione veniva ritenuta legittima. Nel caso in cui, invece, questa fase del *test* avesse dato un esito opposto, o anche un esito non sufficientemente definito, allora si dava luogo a un bilanciamento tra le esigenze fatte valere con la regolamentazione e il tasso di incidenza sul nucleo del diritto individuale costituzionalmente garantito²⁵.

Ciò posto, quello che balza agli occhi dalla lettura è che, nelle oltre sessanta pagine della *Opinion of the Court*, non si spende una sola parola per dar conto dell'allarme sociale derivante dalle sparatorie che hanno afflitto, anche

²³ *Ivi*, Kavanaugh, J., *concurring*, p. 1.

²⁴ *Ivi*, p. 2.

²⁵ In questa fase, facendo leva su una lettura testuale (o, almeno, sicuramente non estensiva) della sentenza *Heller*, il nucleo essenziale del diritto veniva identificato essenzialmente nell'autodifesa domestica (cfr. *Ivi*, *Opinion of the Court*, pp. 9 ss.), il che aveva riflessi significativi sullo *standard* di giudizio applicato per verificare la costituzionalità della regolamentazione: se essa avesse inciso sul nucleo del diritto individuale, si sarebbe fatto luogo a uno *strict scrutiny*, mentre negli altri casi si sarebbe applicato il meno rigoroso *intermediate scrutiny*.

recentissimamente, gli Stati Uniti. Ci si sofferma su certi momenti critici per l'ordine pubblico nell'Inghilterra medievale o in altri frangenti un po' (non troppo) meno remoti, ma – ad esempio – della strage di Uvalde, avvenuta meno di un mese prima che la sentenza venisse depositata, non si dice alcunché (sarà forse perché i Padri fondatori non l'hanno presa in considerazione...).

È proprio su questo aspetto che si misura la distanza siderale di approcci tra la maggioranza (ultra-)conservatrice e la minoranza *liberal*: di fronte a una stessa questione di costituzionalità, gli argomenti che vengono utilizzati non sono opposti, sono semplicemente *incomunicabili*²⁶.

L'*Opinion of the Court* ragiona in termini storici, la minoranza dissenziente in termini sociologici e criminologici: nella *dissenting opinion* di cinquantadue pagine, per arrivare a un confronto sugli stessi temi – cioè perché il Justice Breyer ripercorra la storia della disciplina inerente al controllo delle armi – si deve arrivare alla pagina 34. E, al di là delle critiche puntuali che vengono proposte nei confronti della ricostruzione e dell'interpretazione dei testi legislativi da parte del Justice Thomas, quello che davvero rileva è l'enfasi con cui Breyer sottolinea di essere un giurista, e non uno storico, e quindi di non essere in possesso di competenze tecniche idonee a garantire una corretta comprensione di atti e fatti di secoli anteriori. Ora, come queste competenze difettano a un giudice della Corte suprema, è presumibile che difettino in modo ancor più plateale ai giudici delle corti inferiori, che non possono avere, ovviamente, lo stesso *staff* e le stesse possibilità di informarsi: in ciò Breyer vede un pericolo anche per la funzionalità del sistema nell'applicazione del Secondo Emendamento.

Sono obiezioni pesanti, che avrebbero meritato di essere analizzate dalla maggioranza, e non semplicemente ignorate. In questo senso, la *concurring opinion* del Justice Alito è l'unico, smilzo²⁷ collegamento, l'unico barlume di quello che possa definirsi una dialettica. Alito, infatti, si prende carico – almeno – delle argomentazioni relative ai rischi per la sicurezza pubblica che Breyer pone in primissimo piano. Lo fa per contestare l'analisi fatta dal collega, il che non può stupire, chiaramente. E non è nemmeno essenziale valutare quale delle due impostazioni risulti più corretta (sebbene per farsi un'idea siano sufficienti davvero

²⁶ Emblematica è, al riguardo, la pagina e mezza della *concurring opinion* redatta dalla Justice Barrett, la quale appunta l'attenzione esclusivamente sulla definizione puntuale del limite temporale entro il quale l'originalismo può avvalersi di apporti: si invita, infatti, la Corte, per un verso, a determinare l'impatto che può avere la prassi successiva alla ratifica sull'*original meaning* della Costituzione e, per l'altro, a stabilire se il riferimento temporale per interpretare le norme statali sui diritti individuali debba essere quello della ratifica del *Bill of Rights* (1791) o quello della ratifica del Quattordicesimo Emendamento (1868).

²⁷ L'*opinion* è, in effetti, lungi dal proporre argomentazioni particolarmente ariose, come può attestare anche solo la sua lunghezza, di poco più di otto pagine.

pochi minuti e pochissimi riscontri): l'importante è che, quanto meno, un giudice della maggioranza – uno solo – sembra interessarsi alla questione se la decisione resa possa avere un impatto, non soltanto sull'esegesi di fonti non più vigenti da secoli, ma anche sulla vita dei consociati di oggi.

Ma, ponendosi su questo terreno, l'argomentazione finisce inevitabilmente per ampliarsi anche oltre la questione specifica che la Corte doveva decidere. Non è quindi un caso che, nel replicare a Breyer, Alito finisca per far emergere quello che Breyer più volte cerca di smentire, ma che in realtà muove tutto il suo ragionamento, e cioè che il vizio che affligge la soluzione attuale procede dal vizio originario, quello della sentenza *Heller*.

6. Il vizio d'origine

La sentenza in commento, a ben vedere, non pare che possa ambire a porsi come un *leading case*, in futuro. Come si è cercato di dimostrare, la sua valenza è principalmente quella di confermare l'orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2008, al più portandolo alle sue (estreme?) conseguenze: è questa constatazione che può giustificare la stima del livello di «digeribilità» evocata all'inizio.

Ci si può interrogare, semmai, sulle modalità attraverso cui l'obiettivo perseguito sia stato raggiunto, e su di esse possono senz'altro avanzarsi pesanti riserve, alcune delle quali sono state esposte nei paragrafi precedenti. In definitiva, però, quello che la sentenza modifica rispetto al diritto anteriore attiene solo (si fa per dire...) alla configurazione del diritto a portare «in giro» un'arma che si può legalmente detenere presso la propria abitazione, e quindi che si può acquistare senza che alla compravendita si frappongano soverchi ostacoli. Una volta che l'arma sia in possesso di un individuo, ciò che la sentenza *Heller*, affermando la natura individuale del diritto, ha facilitato in maniera inequivocabile, gli argini contro un utilizzo abusivo dell'arma stessa nello spazio pubblico si comprimono drasticamente. Questo perché tutto finisce per riposare sul senso di responsabilità e sull'autolimitazione individuale e/o, in ultima analisi, su controlli di polizia, i quali però, quanto meno in determinati contesti (si pensi alle grandi città o a luoghi particolarmente affollati), non potranno per definizione che essere molto parziali, quasi «a campione», verrebbe da dire.

Ciò posto, il ragionamento su cui il *Justice* Breyer insiste molto nella sua *dissenting opinion*, e cioè la corrispondenza tra la presenza di armi nella società e il numero di vittime delle stesse, coglie, sì, nel segno, ma non si rivolge contro il bersaglio davvero appropriato: non era la decisione del caso in esame quella in cui poteva essere risolto il problema – ammesso, ovviamente, che in epoca di post-verità lo si percepisca come tale – dell'eccesso di armi in circolazione. O meglio, il problema avrebbe forse potuto essere risolto, ma solo se si fosse colta l'occasione per rivedere il precedente del 2008 (e, di conseguenza, anche quello del 2010): il

sistema dello *stare decisis*, il contesto e, soprattutto, la composizione della Corte suprema rendevano, tuttavia, questa eventualità nulla meno che impensabile.

Eppure, se, anziché baloccarsi con qualche legge del periodo coloniale, la Corte avesse gettato uno sguardo sul *report* annuale del Dipartimento della Giustizia in tema di commercio di armi da fuoco²⁸, si sarebbe accorta che, dal 2008, anno in cui il 26 giugno la sentenza *Heller* è stata depositata, il numero di armi prodotte e importate è cresciuto in modo più che allarmante. Il totale delle armi da fuoco prodotte annualmente negli Stati Uniti, che sia pure con qualche oscillazione era cresciuto, tra il 1986 e il 2007, da poco più di 3 milioni di esemplari a poco meno di 4 milioni, nel periodo successivo ha avuto un balzo che lo ha portato a superare, nel 2016, gli 11 milioni di esemplari, prima di ridursi, restando comunque sempre sopra i 7 milioni²⁹. Analogamente, le importazioni di armi da fuoco, che pure erano cresciute in maniera molto significativa tra il 1986 e il 2007, passando da circa 700 mila a oltre 2,7 milioni di esemplari, hanno conosciuto un ulteriore massiccio incremento, giungendo, nel 2020, a superare i 6,8 milioni di esemplari. Una profluvie di armi in circolazione, dunque, che il *Justice* Breyer – riprendendo studi compiuti – ha sintetizzato con la forza agghiacciante dei numeri: «[n]el 2017, c'erano circa 393,3 milioni di armi da fuoco possedute da civili negli Stati Uniti, cioè circa centoventi armi da fuoco ogni cento persone»; questo significa che, negli Stati Uniti, il valore delle armi *pro capite* è il più elevato al mondo, seguito dallo Yemen, dove però il dato è di meno della metà (52,8)³⁰.

Sarebbe sin troppo facile far scivolare il discorso sulla crescita del volume di affari dei produttori di armi e della relativa *lobby*. Anche senza voler addentrarsi su questo terreno (che sarà probabilmente uno di quelli centrali quando si tratterà di commentare eventuali nuovi interventi regolatori da parte del legislatore federale³¹), la sensazione che la sentenza in commento restituisce al lettore è quella di una profonda adesione a postulati ideologici da parte della maggioranza della Corte suprema, al punto da trascurare pervicacemente (con la sola parziale eccezione del *Justice* Alito) un confronto con i dati di fatto³².

²⁸ U.S. Department of Justice – Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives, *Firearms Commerce in the United States. Annual Statistical Update 2021*, disponibile all'indirizzo www.atf.gov/firearms/docs/report/2021-firearms-commerce-report/download.

²⁹ *Ivi*, pp. 1 ss.

³⁰ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, Breyer, J., *dissenting*, p. 3.

³¹ Le vicende di violenza che hanno segnato il dibattito pubblico, ma probabilmente anche la decisione della Corte suprema, hanno portato all'approvazione, il 25 giugno, dopo almeno trent'anni, di una legge federale (blandamente) restrittiva in materia di possibilità di acquisto di armi, il *Bipartisan Safer Communities Act*, Public Law No. 117-159. Da valutare è, tuttavia, l'impatto concreto che le nuove disposizioni potranno avere.

³² Verrebbe da estendere alla decisione in esame il senso del commento comparso su un

Se davvero così fosse, però, il problema sarebbe di una gravità preoccupante, per il ruolo che la Corte suprema esercita nel sistema, per i condizionamenti che può provocare e per l'impatto che la sua giurisprudenza può avere nel medio o anche nel lungo periodo. A questo elenco non è il caso di aggiungere il prestigio dell'istituzione, perché il rischio è concreto che – inanellando qualche altra decisione del tipo di alcune di quelle depositate nel giugno 2022 – del prestigio, tra qualche tempo, non sarà rimasto che un ricordo sbiadito.

autorevole quotidiano nei confronti di un'altra decisione di questo «*disgraceful*» term, *Kennedy v. Bremerton School District*, n. 21-418: P. PAUL, *In the Face of Fact, the Supreme Court Chose Faith*, in *New York Times*, July 17, 2022.

Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di *life tenure*, *Court-packing* e *filibuster**

DANIELE CASANOVA**

Sommario: 1. Il dibattito sulla riforma della Corte Suprema. – 2. Il superamento della *life tenure* tra *constitutional amendments* e *statute law*. – 3. L'impervia via del *Court-packing*. – 4. E se la soluzione fosse il ritorno del *filibuster*?

Data della pubblicazione sul sito: 4 ottobre 2022

Suggerimento di citazione

D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di life tenure, Court-packing e filibuster*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Brescia. Indirizzo mail: daniele.casanova@unibs.it.

1. Il dibattito sulla riforma della Corte Suprema

La Corte suprema degli Stati Uniti con alcune recenti decisioni approvate con la maggioranza di 6 a 3 ha intrapreso una via che può essere definita “conservatrice”, specialmente in tema di diritti e libertà civili. Tra queste decisioni si possono citare a titolo esemplificativo: la sentenza *Vega v. Tekoh* (con la quale la Corte ha quantomeno smussato il c.d. *Miranda warning* relativo al diritto di non autoincriminarsi)¹; la sentenza *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency* (che ha limitato in sostanza i poteri dell’U.S. *Environmental Protection Agency* sul controllo delle emissioni delle centrali elettriche)²; la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen* (relativa al possesso delle armi nello Stato di New York). Infine, la sentenza *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* che ha certamente avuto, come inevitabile che sia, una maggiore risonanza mediatica anche in Europa: con essa la Corte, annullando la storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973, ha sancito in sostanza che la Costituzione non riconosce il diritto all’aborto³.

Questa nuova giurisprudenza, in grado di ribaltare anche importanti precedenti giurisprudenziali, è dovuta anche alla composizione della Corte Suprema che recentemente ha visto, in particolare dopo la nomina di Amy Coney Barrett da parte del Presidente Trump⁴, la formazione di una maggioranza tendenzialmente conservatrice vicina all’area repubblicana⁵.

¹ In merito si veda il commento di D. ZECCA, *La capitis deminutio dei Miranda rights: la diffidenza nei criteri processuali di origine giurisprudenziale e il dibattito sulle regole di profilassi costituzionale*, in *DPCE Online*, n. 3/2022.

² Sulla decisione si vedano i commenti di L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sulla Clean Power Plan rule: prime note a prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, e G. GRASSO, *Respectfully, I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *Corti Supreme e salute*, n. 2/2022, pp. 445 ss.

³ Sulla sentenza si vedano i commenti di S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, e di L. RONCHETTI, *La deconstituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022, pp. 32 ss.

⁴ Che aveva già nominato peraltro Brett Kavanaugh nel 2018 e Neil Gorsuch nel 2017.

⁵ In effetti sei dei nove giudici che compongono la Corte Supreme sono stati nominati da Presidenti repubblicani: il Presidente Trump, oltre alla già citata Amy Coney Barrett, ha nominato Neil Gorsuch nel 2017 e Brett Kavanaugh nel 2018; il Presidente G.W. Bush il giudice Samuel Alito nel 2006 e il Presidente della Corte Suprema John Roberts nel 2005 e, infine, il Presidente Bush Sr. ha nominato il giudice Clarence Thomas nel 1991. Gli altri tre giudici, nominati da Presidenti democratici, sono invece Sonia Sotomayor, Elena Kagan

In questo clima, non sono mancate nella dottrina statunitense ipotesi volte ad immaginare possibili modifiche riguardanti il funzionamento e la composizione della Corte Suprema. Il dibattito, ripreso anche nell'opinione pubblica proprio con una certa insistenza dopo la sentenza *Dobbs*⁶, è tornato in realtà alla ribalta poco più di un due anni fa durante la campagna elettorale per la corsa alla Casa Bianca. In quell'occasione, negli ambienti del Partito democratico, venivano proposte modifiche riguardanti in particolare la composizione della Corte Suprema⁷ come risposta alla nomina della di Amy Coney Barrett da parte dell'allora Presidente Trump avvenuta a ridosso del termine del mandato, quando invece quattro anni prima il Senato (a maggioranza repubblicana) si era sostanzialmente rifiutato di iniziare la procedura di conferma di Merrick Garland nominato da Obama, asserendo proprio l'impossibilità per il Presidente in scadenza di procedere all'individuazione di un nuovo giudice della Corte⁸.

Biden, nonostante non si fosse particolarmente sbilanciato in tal senso nel corso della campagna elettorale⁹, dopo la sua elezione alla Casa Bianca ha avviato un percorso volto a riflettere su possibili cambiamenti della Corte Suprema e il 9 aprile 2021 ha nominato, con l'*Executive Order* 14023, un'apposita Commissione per analizzare diverse proposte di modifica e valutare i relativi percorsi da intraprendere¹⁰.

e Ketanji Brown Jackson (le prime due nominate dal Presidente Obama rispettivamente nel 2009 e nel 2010, mentre l'ultima nominata dal Presidente Biden nel corso del 2022 in sostituzione del dimissionario giudice Stephen Breyer).

⁶ Cfr. per esempio E. COLTON, *Dems resuscitate court packing position after leaked SCOTUS draft decision*, in *FoxNews.com*, 3 maggio 2022.

⁷ In merito si vedano E. GODFREY, *The Democrats' Supreme Court Hail Mary*, in *The Atlantic*, 4 settembre 2020, e A. PHILIPPS, *What is court packing, and why are some Democrats seriously considering it?*, in *Washington Post*, 8 ottobre 2020, le quali riportano le posizioni di alcuni senatori e deputati democratici a favore del c.d. impacchettamento della Corte (su cui si veda *infra* § 3).

⁸ Al quale era poi seguita la nomina di Neil Gorsuch da parte del neo-presidente Trump. Su tale nomina si veda 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, pp. 1 ss.

⁹ Si vedano in tal senso le dichiarazioni riportate da A. BLAKE, *Joe Biden's very un-2020 campaign*, in *Washington Post*, 7 ottobre 2020.

¹⁰ Sulla nomina di tale commissione, la sua composizione e l'organizzazione dei lavori si veda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2022, pp. 4 ss., note 3 e 4.

Il 21 dicembre del 2021 la *Presidential Commission* ha presentato il risultato del lavoro¹¹, che si è concentrato sull'analisi di alcune prospettive di modifica con riguardo sia alla struttura della Corte Suprema (durata del mandato dei giudici e numero dei componenti della Corte) sia più in generale al processo costituzionale (limitazione della giurisdizione della Corte Suprema, introduzione della possibilità di rendere inapplicabile una legge federale solo con l'approvazione della sentenza da parte di una maggioranza qualificata, riduzione della discrezionalità della Corte nella scelta delle cause da trattare, ecc.)¹².

Le varie proposte presentano diverse problematiche, a partire dalle procedure per la loro attuazione e dal diverso grado di soddisfacimento dell'obiettivo perseguito, sino ad arrivare, più in generale, all'opportunità di modificare la composizione della Corte Suprema (con l'intento di riequilibrarne la composizione) o il suo funzionamento (tentando per questa via di indebolirne la discrezionalità).

Proprio a partire dalle due proposte di modifica riguardanti la composizione della Corte Suprema, che sembrerebbero essere quelle su cui gravita un maggiore interesse politico, è interessante vedere come si sta sviluppando il dibattito.

2. Il superamento della *life tenure* tra *constitutional amendments* e *statute law*

Una peculiarità tipica e quasi esclusiva degli Stati Uniti è quella della durata in carica a vita dei giudici della Corte Suprema che, non testualmente menzionata nella Costituzione, deriva dalla c.d. *Good Behavior Clause* prevista dall'articolo III, sec. 1, della Costituzione stessa, dove si stabilisce che «i giudici, sia della Corte suprema sia di quelle inferiori, conserveranno le loro cariche finché manterranno buona condotta»¹³. Questa clausola viene appunto interpretata come l'indicazione

¹¹ Il documento, intitolato *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Final Report*, è disponibile sul sito istituzionale della Casa Bianca (www.whitehouse.gov).

¹² In particolare nell'*Executive order* il Presidente degli Stati Uniti aveva indicato tre linee di lavoro: «(i) *An account of the contemporary commentary and debate about the role and operation of the Supreme Court in our constitutional system and about the functioning of the constitutional process by which the President nominates and, by and with the advice and consent of the Senate, appoints Justices to the Supreme Court;* (ii) *The historical background of other periods in the Nation's history when the Supreme Court's role and the nominations and advice-and-consent process were subject to critical assessment and prompted proposals for reform;* and (iii) *An analysis of the principal arguments in the contemporary public debate for and against Supreme Court reform, including an appraisal of the merits and legality of particular reform proposals*».

¹³ Come viene sottolineato nel documento della Commissione (*Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., p. 118), prendendo in considerazione ventisette ordinamenti democratici, nel panorama internazionale solo i giudici della Corte

di una carica vitalizia nelle magistrature federali, che può essere interrotta solamente con le dimissioni di un giudice o con la rimozione dello stesso mediante la procedura di *impeachment* da parte del Congresso.

Per poter imporre un termine alla durata del mandato dei giudici della Corte Suprema sembrerebbe quindi necessario passare dall'approvazione di un emendamento costituzionale. Nonostante le difficoltà che possono riscontrarsi nel portare a termine un procedimento di revisione costituzionale – che richiede come è noto l'approvazione da parte dei due terzi di Camera e Senato, o di un'apposita convenzione costituzionale autorizzata dai due terzi dai parlamenti degli Stati federati, e la sua successiva ratifica da parte dei Parlamenti di tre quarti degli Stati o dei tre quarti delle *convention* riunite *ad hoc* in ciascuno degli Stati – alcune voci in dottrina si sono espresse favorevolmente all'idea di modificare la Costituzione¹⁴, proponendo in genere un emendamento volto a fissare in 18 anni non rinnovabili la durata del mandato di un giudice della Corte Suprema¹⁵.

Suprema degli Stati Uniti hanno sempre avuto un mandato a vita e anche in quelle poche esperienze dove non si prevede un termine in numero di anni si stabilisce quantomeno un'età pensionabile (viene richiamata a tal proposito la Corte Suprema del Regno Unito). Al contempo, si sottolinea anche che all'interno degli Stati Uniti i singoli Stati nel corso del tempo si sono allontanati dall'incarico a vita dei giudici delle loro più alte corti e molti hanno introdotto un limite di durata del mandato, sebbene il più delle volte rinnovabile.

¹⁴ Come sottolineano C. SUNBLY, S. SHERRY, *Term Limits and Turmoil: Roe v. Wade's Whiplash*, in *Texas Law Review*, n. 1/2019, p. 121, l'introduzione di un termine al mandato dei giudici della Corte Suprema è diventata una proposta piuttosto popolare sia tra gli accademici sia nell'opinione pubblica.

¹⁵ Imporre un limite di diciotto anni per il mandato alla Corte Suprema è stato sostenuto, con diverse argomentazioni, tra gli altri da D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, in *Ohio State Law Journal*, n. 4/1986, pp. 80 ss., J.E. DITULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving this Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year Terms*, in *Virginia Law Review*, n. 4/2013, pp. 1094 ss., E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices: The Need to Eliminate Politically Motivated Justice Retirements*, in *FindLaw.com*, 6 febbraio 2001, e da G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 3/2006, pp. 833. Altra dottrina propone invece termini di durata della carica leggermente più brevi: B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning. Here are three ways to fortify the court*, in *Los Angeles Times*, 20 dicembre 2018, per esempio, ha recentemente proposto che la carica del giudice debba durare 14 anni. In merito alla non rinnovabilità del mandato, invece, la dottrina sembrerebbe esprimersi in modo favorevole perché questo garantirebbe una maggiore indipendenza dell'organo giudiziario (per tutti J.E. DITULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving this Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year*

Le argomentazioni utilizzate a sostegno dell'introduzione di un mandato a termine sono molteplici e riguardano per lo più la possibilità che con tale soluzione possa derivare una composizione della Corte meno sbilanciata politicamente.

Con il sistema attuale, infatti, la successione all'interno della Corte Suprema è tendenzialmente casuale perché dipende sostanzialmente dalla morte di un giudice o dalla sua volontà di dimettersi nel corso del mandato e determina, di conseguenza, la possibilità che alcuni Presidenti riescano a nominare molti giudici mentre altri nessuno¹⁶. Diversamente, con un mandato "a tempo" e con una nomina scaglionata dei giudici – che nelle molte proposte avanzate dalla dottrina permetterebbe ad ogni Presidente di nominare due giudici – si potrebbe raggiungere un maggiore equilibrio derivante dalla certezza che tutti i Presidenti sarebbero chiamati a nominare lo stesso numero di giudici.

È evidente che questa soluzione non sarebbe in grado di predeterminare una composizione della Corte Suprema e, non sapendo quale sarà il partito del Presidente e la maggioranza del Senato, non è nemmeno in grado di garantire una composizione plurale della Corte.

Ciononostante, si sostiene che sia comunque più equa la composizione di una Corte determinata dalle elezioni, piuttosto che rischiare di affidare ai Presidenti in carica al momento in cui si crea la vacanza di un posto la scelta dei giudici della Corte, che eserciteranno la funzione per un periodo di tempo talora eccessivamente lungo e comunque non prestabilito¹⁷.

Collegare la nomina dei giudici all'elezione del Presidente e del Senato, inoltre, genererebbe sia una maggiore democraticità nella scelta dei primi, sia una migliore vicinanza delle decisioni del potere giudiziario alla volontà popolare¹⁸. Già nel

Terms, cit., pp. 1126 ss.). Secondo alcuni, proprio la possibilità di essere riconfermati potrebbe invece portare ad una maggiore responsività dei giudici nei confronti dell'elettorato (v. S.B. PRAKASH, *America's Aristocracy*, in *Yale Law Journal*, 1999, pp. 568 ss.).

¹⁶ Cfr. P.D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, cit., pp. 80 ss. In questo senso si veda anche R.G. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, 2007, pp. 1321 ss., nota 32, il quale ricorda che alcuni Presidenti hanno nominato un elevato numero di giudici alla Corte (e porta come esempio il Presidente Taft che nel corso di un mandato ha nominato cinque giudici (più la nomina a Presidente della Corte di un giudice già in carica), mentre altri (Carter) non ne hanno nominato nemmeno uno. L'Autore mette in luce poi che nemmeno alcuni Presidenti che sono stati rieletti alla Casa Bianca (Franklin Delano Roosevelt, Clinton e Bush) hanno avuto la possibilità di eleggere dei giudici nel corso del loro primo mandato.

¹⁷ P.D. OLIVER, *Systematic Justice*, cit., p. 834.

¹⁸ In questi termini si veda R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, 2007, pp. 1320 ss., il quale peraltro sottolinea come «*the drastically decreased*

corso della campagna elettorale per l'elezione presidenziale, infatti, agli elettori verrebbero presentati i futuri possibili giudici e, quindi, sarebbero in grado, benché indirettamente, di "eleggerli"¹⁹. In questo modo si sostiene che la Corte Suprema potrebbe riflettere meglio le opinioni del popolo, che sono mutevoli nel tempo, più di quanto lo possa fare con il sistema attuale con il quale la composizione della Corte varia con scadenze casuali e non prevedibili²⁰. Ma è proprio questa possibilità che, viceversa, viene utilizzata come argomento contrario a questa riforma con la quale si renderebbe ancora più politicizzata la nomina dei giudici della Corte Suprema che, oltre a diventare argomento di dibattito politico durante la campagna elettorale²¹, potrebbe portare alla nomina di soggetti ancora più marcatamente schierati con la parte politica vincitrice alle elezioni²².

Queste proposte di riforma costituzionale prevedono inoltre che nel caso di interruzione anticipata del mandato dovuta a morte, impossibilità di esercitare il mandato, *impeachment* o dimissioni, il Presidente dovrebbe nominare un nuovo giudice che resterebbe in carica però solo per il periodo di tempo che residuava al giudice uscente. In questo modo le dimissioni non potrebbero più essere utilizzate per favorire una certa composizione della Corte stessa²³. A tal proposito, si sottolinea che l'introduzione di un limite temporale al mandato sarebbe lo strumento per estinguere del tutto la possibilità che un giudice possa influenzare

turnover of Justices since 1970, however, has substantially reduced the effectiveness of the appointment process in keeping the Court in touch with popular will». In merito anche le argomentazioni di R.C. BLACK, A.C. BRYAN, *The Policy Consequences of Term Limits on the U.S. Supreme Court*, in *Ohio Northern University Law Review*, 2016, p. 843.

¹⁹ Cfr. E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices*, cit.

²⁰ Cfr. S.B. PRAKASH, *America's Aristocracy*, cit., pp. 541 ss.

²¹ D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, in *The Yale Law Journal*, 2019, p. 174.

²² Cfr. W. FARNSWORTH, *The Regulation of Turnover on the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Review*, 2005, pp. 437 ss., il quale sottolinea quindi l'incapacità di questa riforma di creare una Corte più equilibrata politicamente. Analoghe le considerazioni di A.D. HELLMAN, *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, pp. 298 ss.

²³ Cfr. S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, cit., p. 833. In questo senso E. LAZARUS, *Why We Should Consider Abolishing Life Tenure for Supreme Court Justices*, cit., il quale osserva che «*Even if a justice retired early hoping to ensure a successor who shared his or her party affiliation, the successor would only finish out the justice's own term – thus thwarting that hope; the justice might as well have served out the term himself or herself*».

la composizione della Corte con le proprie dimissioni, appositamente presentate quando vi sia in carica un Presidente in grado di nominare un giudice con posizioni analoghe²⁴. In effetti, non sono pochi nella storia statunitense i giudici ad essersi dimessi: ben 57 su 107. Questa pratica peraltro ha trovato un crescente utilizzo nel corso della seconda metà del '900²⁵, e anche le recenti dimissioni del giudice Stephen Breyer, che già da tempo aveva annunciato di volersi ritirare, secondo alcuni sono state presentate proprio all'inizio del 2022 per consentire al Presidente Biden di nominare un giudice prima delle elezioni di *mid-term* del prossimo novembre, che secondo i sondaggi potrebbero portare alla formazione di una maggioranza repubblicana al Senato²⁶.

Indipendentemente dalle valutazioni positive o negative della dottrina riguardanti l'introduzione di un termine al mandato dei giudici della Corte

²⁴ Si vedano in tal senso le argomentazioni di P.D. OLIVER, *Systematic Justice: A Proposed Constitutional Amendment to Establish Fixed, Staggered Terms for Members of the United States Supreme Court*, cit., pp. 805 ss., il quale sottolinea che «*Allowing the outgoing Justice a measure of control over the naming of his successor allows him an unchecked power entirely unnecessary to protect his independence of action while on the bench, and in the writer's view cannot be justified*». L'Autore poi richiama il caso del Presidente della Corte Earl Warren, che nel 1969 si sarebbe ritirato perché «*he wanted President Johnson to appoint his successor, someone who felt as Justice Warren did*».

²⁵ A tal fine basti pensare che dal 1950 solamente cinque giudici erano in carica nel momento della morte, mentre 23 hanno lasciato la Corte Suprema dopo essersi dimessi. Attualmente, inoltre, ben 4 giudici ancora in vita si sono ritirati dalla Corte Suprema: Sandra Day O'Connor (nel 2006), David Souter (nel 2009), Anthony Kennedy (nel 2018) e, da ultimo, Stephen Breyer (nel 2022). Se le dimissioni possono essere considerate abbastanza frequenti questo non può certamente dirsi, invece, per la procedura di *impeachment*. Nella storia degli Stati Uniti, infatti, solo quindici giudici federali sono stati messi sotto accusa dalla *House of Representatives* (e di questi otto sono stati condannati dal Senato e di conseguenza rimossi dal loro incarico, quattro sono stati assolti e, infine, tre si sono dimessi prima della conclusione del procedimento). Di questi però solamente uno era un giudice della Corte Suprema (Samuel Chase assolto dal Senato nel 1805). Anche per l'assenza di casi di rimozione dall'incarico dei giudici della Corte Suprema attraverso la procedura di *impeachment* S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., p. 810, ritengono che il potere di nomina sia «*the only check that the other two branches have on the Court*». Per l'elenco dei casi di *impeachment* e le ragioni delle accuse mosse ai giudici, si veda L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, BiblioFabbrica, Gussago, 2012, p. 119.

²⁶ Si veda per esempio P. WILLIAMS, *Justice Stephen Breyer to retire from Supreme Court, paving way for Biden appointment*, in *Nbcnews.com*, 26 gennaio 2022.

Suprema²⁷, come si è detto in precedenza tale modifica sembrerebbe difficile da realizzare anche per la sola circostanza di dover passare dall'approvazione di un emendamento costituzionale, che potrebbe concretizzarsi solo con un grande consenso politico sia a livello federale sia a livello dei singoli Stati. Anche per l'improbabilità che possa realisticamente trovarsi il necessario consenso *bipartisan*, non mancano nella dottrina delle voci discordanti, che ritengono che possa prodursi un sostanziale superamento della *life tenure* anche con una legge ordinaria approvata dal Congresso.

Si sostiene, in quest'ottica, che la clausola di buona condotta servirebbe in verità solo ad evitare una rimozione ingiustificata del giudice da parte del potere politico, ma non a garantire la costituzionalizzazione di un mandato a vita: ciò consentirebbe dunque che il Congresso possa legittimamente fissare un limite temporale al mandato²⁸.

A tale posizione dottrinale, invero molto minoritaria, se ne accompagna anche un'altra per la quale il Congresso avrebbe la possibilità di imporre una durata della carica senza però far venir meno la *life tenure*. In questa ipotesi non si tratterebbe tanto di imporre con una legge del Congresso un limite temporale al mandato, ma piuttosto di limitare dopo un certo lasso di tempo l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice nominato alla Corte Suprema. Per giungere ad un tale obiettivo si propone ad esempio che il giudice della Corte suprema una volta superati gli anni di attività stabiliti dal Congresso debba svolgere la sua funzione presso una Corte federale²⁹ ovvero attività non giurisdizionale presso la stessa

²⁷ In effetti sopra sono state riportate tendenzialmente le voci favorevoli al superamento della *life tenure* anche se nel dibattito non mancano certamente coloro che vorrebbero il mantenimento del sistema attuale, considerato il migliore in termini di garanzia di indipendenza del potere giudiziario (v. per tutti M.L. CLARK, *Judicial Retirement and Return to Practice*, in *Catholic University Law Review*, 2011, pp. 888 ss.) e di garanzia per un maggior consolidamento dei precedenti della Corte stessa (v. A.D. HELLMAN, *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, cit., pp. 308 ss.). Sulla circostanza che la «Life tenure gives the Court relatively stable membership. The slow rate at which seats turn over itself encourages continuity in case law» si veda anche A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in *Texas Law Review*, 2013, p. 1733).

²⁸ In questo senso molto chiaramente S. LEVINSON, *Life Tenure and the Supreme Court: What Is To Be Done?*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, p. 378.

²⁹ In tal senso la proposta di B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit., che sottolinea come «While the Constitution guarantees justices tenure for life, it nowhere states that they must serve their entire term on the Supreme Court. Nothing prevents Congress from limiting the justices' service to 14 years and then providing them with a position on an appellate court for the rest of their lives». In senso analogo anche

Corte Suprema³⁰. In tal modo si sostiene che sarebbe rispettata la clausola di buona condotta prevista dal testo costituzionale, perché la nomina del giudice resterebbe comunque vitalizia.

Come è stato fatto notare, denunciando l'incostituzionalità di una legge di tale portata, questa riforma sarebbe in buona sostanza un raggirò della Costituzione perché la Corte Suprema è un organo decisionale in cui i membri hanno la funzione di deliberare in merito ad una controversia, e sarebbe proprio la capacità di «partecipare sostanzialmente a tutte le decisioni finali dell'organo» la caratteristica necessaria che qualifica la carica di giudice della Corte suprema, che comunque la Costituzione mantiene distinta da quella degli altri organi giurisdizionali federali³¹.

Infine, come invero suggerisce anche la *Presidential Commission* nominata da Biden³², ammettere una modifica da parte del Congresso senza ricorrere ad un

le proposte di R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., p. 1334, il quale ritiene a sua volta che tali previsioni siano perfettamente compatibili con il testo costituzionale, e di P.D. CARRINGTON, *Checks and Balances: Congress and the Federal Courts*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, pp. 137 ss.

³⁰ Questa è una delle possibili soluzioni prese in considerazione dalla Commissione nominata da Biden. L'ipotesi sarebbe quella di istituire due "livelli" di giudice: il *junior Justice* che siede effettivamente alla Corte suprema e che, scaduto il termine, diverrebbe *senior Justice*, ossia soggetto che potrebbe ricoprire un ruolo in un tribunale federale oppure svolgere attività amministrativa e di supporto presso la Corte Suprema ma senza alcun potere deliberante. Questo è quello che prevede in sostanza anche un disegno di legge presentato nel 2020 da alcuni deputati appartenenti al Partito Democratico (*Supreme Court Term Limits and Regular Appointments Act of 2020*). Su questa proposta di legge si vedano T. COOPER, A. DWORKIN, D. HOSMER-QUINT, A. PESCOVITZ, *Retiring Life Tenure: On Term Limits and Regular Appointments at the Supreme Court*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2775 ss.

³¹ J. HARRISON, *The Power of Congress Over the Terms of Justices of the Supreme Court*, in R.C. CRAMTON, P.D. CARRINGTON (a cura di), *Reforming the Court. Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006, p. 366. Anche alcuni fautori dell'abbandono della *life tenure* ritengono che questa operazione non possa avvenire se non mediante il procedimento di revisione costituzionale (cfr. in questo senso, oltre all'Autore già citato, anche P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, n. 1/2012, pp. 27 ss., e S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, cit., pp. 824 ss.).

³² *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., p. 136, dove peraltro si ricorda come a fronte di più di duecento proposte di emendamento costituzionale per abolire la *life tenure* presentate dal 1907 ad oggi, l'idea di poter giungere allo stesso risultato mediante una legge del Congresso è piuttosto recente (il primo disegno di legge in tal senso è quello presentato nel 2020 citato *supra* in nota 30).

emendamento costituzionale potrebbe avere un impatto negativo sull'indipendenza del complesso sistema giudiziario federale, poiché questo strumento potrebbe essere utilizzato dalle forze politiche per garantirsi una Corte “amica”: quando la maggioranza volesse “punire” il sistema giudiziario federale potrebbe ridurre facilmente la durata del mandato; viceversa, quando trovasse una Corte ad essa favorevole potrebbe prolungare la permanenza alla Corte dei giudici in carica³³.

3. L'impervia via del *Court-packing*

Se introdurre un *life-term* al mandato sembra essere alquanto complicato e probabilmente non risolutivo all'obbiettivo di riequilibrare la composizione politica della *Supreme Court*, un'alternativa che, perlomeno storicamente, sembra essere più praticabile è quella di incidere sul numero dei componenti della Corte stessa. La Costituzione in questo caso non prevede quale debba essere il numero dei giudici della *Supreme Court* e la sua fissazione è quindi affidata in via ordinaria al Congresso.

In origine il Congresso con il *Judiciary Act* del 1789 aveva stabilito che i giudici della Corte Suprema dovessero essere sei. Già nel 1801 venne però approvata una legge che portava a cinque i membri della Corte. Tale composizione, tuttavia, non ha mai trovato applicazione perché nel 1807 il Congresso ha aumentato il numero dei giudici a sette³⁴. Successivamente si è poi assistito ad un nuovo aumento del numero dei componenti del collegio giudicante (nel 1837 a nove e nel 1863 a dieci), seguito da una riduzione delle dimensioni nel 1866 (quando la composizione è stata portata di nuovo a sette giudici) per poi finire con il *Judiciary Act* del 1869 con il quale il Congresso ha stabilito che la Corte Suprema dovesse essere composta da nove giudici.

Prima di analizzare il dibattito attuale, è bene sottolineare che le ragioni che in passato hanno portato a rimaneggiare la composizione della Corte Suprema vengono ricondotte talvolta a motivazioni “pratiche” ed oggettive, mentre talora si sottolinea che la modifica fosse dovuta solamente alla volontà politica della maggioranza del Congresso di “controllare” la Corte Suprema³⁵.

³³ Cfr. *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, cit., pp. 143 ss. In questo senso si veda anche J. HARRISON, *The Power of Congress Over the Terms of Justices of the Supreme Court*, cit., pp. 372 ss.

³⁴ E l'abrogazione della legge del 1801 è avvenuta prima che si verificasse la vacanza di uno scranno.

³⁵ Come ricorda R. PRIMUS, *Rulebooks, Playgrounds, and Endgames: A Constitutional Analysis of the Calabresi-Hirji Judgeship Proposal*, in *Harvard Law Review Blog*, 24 novembre 2017, «Each time, the adjustment was intended to affect the Court's balance of partisan or ideological control».

In alcuni casi, infatti, il Congresso avrebbe aumentato la composizione della Corte, attraverso il c.d. *Court-packing*, per permettere al Presidente di nominare nuovi giudici, con l'intento evidentemente di preservarne le politiche; in altri, invece, il Congresso, con una maggioranza diversa da quella del Presidente, avrebbe ridotto il numero dei giudici, attraverso il c.d. *Court-unpacking*, per impedire al Presidente nuove nomine «politicamente sgradite»³⁶.

Come è stato osservato, per esempio, la riduzione del numero dei componenti avvenuta nel 1801 era dovuta anche alla volontà dei federalisti di impedire al neo-presidente eletto Thomas Jefferson di nominare un giudice appena si fosse creato un posto vacante; mentre, per le ragioni opposte, ovverosia permettere allo stesso Jefferson la nomina almeno di un giudice della Corte Suprema, i repubblicani hanno poi abrogato la legge del 1801 e aumentato gli scranni della Corte³⁷. Anche l'aumento del numero dei giudici della Corte Suprema durante la guerra civile viene ricondotto alla volontà del Congresso di permettere a Lincoln la nomina di nuovi giudici favorevoli alle sue politiche, specialmente quelle volte all'abolizione della schiavitù³⁸. La riduzione del numero dei giudici avvenuta nel 1866 sarebbe invece da ricollegarsi alla volontà di impedire ad Andrew Johnson la nomina di nuovi giudici³⁹ e, infine, l'aumento del 1869 sembrerebbe essere stato varato dai repubblicani per permettere al neo-Presidente Ulysses Grant di nominare un giudice di area appunto repubblicana⁴⁰.

Allo stesso tempo però si sottolinea che alcune di queste modifiche siano in qualche modo suffragate anche da ragioni che sembrano essere più “tecniche” o “neutrali”: gli aumenti del numero dei giudici della Corte Suprema del 1807, del 1837 e del 1863 sarebbero infatti legati anche all'ammissione di nuovi Stati e alla creazione di nuove *Circuit courts*. Fino all'approvazione del *Judiciary Act* del 1891, infatti, le *Circuit courts* erano composte dai giudici distrettuali e da un giudice della

³⁶ L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 123.

³⁷ In questo senso T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, in *Vanderbilt Law Review*, 2018, p. 501.

³⁸ Sull'aumento dei giudici sotto la presidenza Lincoln si veda B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 1988, pp. 415 ss., il quale ricorda che l'idea di modificare il numero dei componenti della Corte Suprema era anche una risposta politica alla sentenza *Dred Scott v. Sanford* di qualche anno prima, con la quale la Corte Suprema aveva sancito sostanzialmente che la Costituzione non contemplava la possibilità di attribuire la cittadinanza americana alle persone di origine africana, indipendentemente dal fatto che fossero schiavi o liberi, e che i diritti che la Costituzione conferiva ai cittadini americani non potevano applicarsi a questi soggetti.

³⁹ S.I. KUTLER, *Reconstruction and the Supreme Court: The Numbers Game Reconsidered*, in *Journal of Southern History*, n. 1/1966, pp. 42 ss.

⁴⁰ T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., p. 501.

Corte suprema, cui era affidato un singolo “circuito” e nel quale il Giudice doveva quindi viaggiare (la pratica c.d. del *Circuit-riding*): da qui, dunque, la necessità di aumentare la grandezza dell’organo giudiziario⁴¹.

Da far rientrare certamente nel novero delle modifiche della composizione della *Supreme Court* dettate da ragioni squisitamente politiche si inserisce poi il più famoso tentativo di *Court-packing* perpetrato da Franklin Delano Roosevelt nel 1937, appena dopo la sua rielezione alla Casa Bianca. In una fase storica di acuto scontro tra Presidente e Corte Suprema, che aveva bocciato alcune riforme varate durante il *new-deal*⁴², Roosevelt aveva proposto una legge che avrebbe permesso un graduale aumento del numero dei giudici fino ad un massimo di quindici⁴³.

Il *Court-packing plan*, che aveva creato forti dissidi nel partito del Presidente, non venne infine adottato sia per il parere contrario del *Judiciary Committee*⁴⁴ sia per la sua sostanziale bocciatura da parte del *plenum* del Senato che, pur essendo composto da ben settantacinque esponenti del Partito democratico, votava a

⁴¹ J. BRAVER, *Court-packing: An America tradition?*, in *Boston College Law Review*, 2020, pp. 2759 ss. Per l’Autore, dunque, gli unici veri caso di “impacchettamento” della Corte sarebbero stati quello del 1801 (in verità fallito perché subito dopo abrogato) e del 1869, poiché entrambi suffragati esclusivamente da ragioni politiche (p. 2751).

⁴² Vedi le numerose sentenze citate da B. CUSHMAN, *The Judicial Reforms of 1937*, in *William & Mary Law Review*, 2020, p. 998, nota n. 2

⁴³ Si prevedeva, in sostanza, il potere di nominare un giudice aggiuntivo alla Corte Suprema degli Stati Uniti, fino a un massimo di sei, per ogni membro della Corte di età superiore ai 70 anni che avesse deciso di non andare in pensione nei sei mesi successivi (T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., pp. 508 ss.). Sul tentativo perpetrato da Roosevelt si veda, per tutti, l’ampia ricostruzione di B. CUSHMAN, *Court-Packing and Compromise*, in *Constitutional Commentary*, vol. 29, 2013, pp. 1 ss.

⁴⁴ Nel lungo parere si osservava che «*Let us of the Seventy-fifth Congress, in words that will never be disregarded by any succeeding Congress, declare that we would rather have an independent Court, a fearless Court, a Court that will dare to announce its honest opinions in what it believes to be the defense of the liberties of the people, than a Court that, out of fear or sense of obligation to the appointing power, or factional passion, approves any measure we may enact. We are not the judges of the judges. We are not above the Constitution*». Inoltre, si sosteneva che il *Court-packing plan* avrebbe avuto l’effetto di rendere «*this Government one of men rather than one of law, and its practical operation would be to make the Constitution what the executive or legislative branches of the Government choose to say it is—an interpretation to be changed with each change of administration*». Infine, si sottolineava come la misura fosse da rigettare con forza affinché «*will never again be presented to free representatives of the free people of America*». I passaggi sono riportati da K.E. WHITTINGTON, *Why the Supreme Court has Nine Justices*, in *Newsweek.com*, 21 ottobre 2020 e M.T. HENDERSON, *Court-Packing Is Unconstitutional*, in *Newsweek.com*, 30 ottobre 2020.

grande maggioranza per rimandare il testo presso la Commissione giustizia⁴⁵. Infine, il piano di “impacchettamento” della Corte venne definitivamente abbandonato da Roosevelt nel momento in cui lo scontro tra la Casa Bianca e la Corte Suprema si appiattì notevolmente, dapprima con alcune sentenze favorevoli alle riforme del *new-deal* (dovute in sostanza alla modifica delle posizioni in un caso del giudice Owen Roberts⁴⁶ e in un altro del Presidente Evan Hughes⁴⁷, fino ad allora nella maggioranza della Corte che aveva “bocciato” le politiche rooseveltiane) e poi con una serie di avvicendamenti all’interno della Corte Suprema che permisero allo stesso Roosevelt di nominare ben quattro nuovi giudici durante il suo secondo mandato⁴⁸.

Lo scenario attuale, nonostante lo stesso Biden abbia dichiarato dopo la sentenza *Dobbs* di non essere troppo convinto di questa soluzione⁴⁹, sembra a tratti simile a quello del 1937 poiché la *ratio* sulla quale si fonderebbe l’allargamento del collegio giudicante sarebbe squisitamente politica, sebbene non volta in linea di principio a preservare le eventuali politiche del Governo guidato dai democratici. L’idea di portare ad un ampliamento della Corte Suprema, al fine di riequilibrarla politicamente, infatti, era stata avanzata ancora prima delle sentenze citate in apertura di questo lavoro. Negli ambienti democratici si sottolineava la necessità di modificare il numero dei giudici perché la Corte risultava eccessivamente sbilanciata verso l’ideologia repubblicana e avrebbe quindi potuto minare alcuni diritti riconosciuti in precedenza dalla Corte stessa, a partire proprio dal possibile *overruling* della sentenza *Roe* in tema di aborto⁵⁰, ma anche in tema di *Voting Rights Act*, di ambiente, di matrimonio tra persone dello stesso sesso, di politiche

⁴⁵ Il Senato ha poi successivamente approvato un nuovo piano giudiziario che contemplava alcune modifiche relative agli altri tribunali federali, ma nel quale non vi era più traccia di alcuna disposizione inerente alla Corte Suprema.

⁴⁶ Nella sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish* del 1937, con la quale la *Supreme Court* ha rigettato i dubbi di illegittimità sollevati in relazione alla legislazione sul salario minimo.

⁴⁷ Nella sentenza *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* del 1937, con la quale la Corte confermava la costituzionalità delle regole relative alla rappresentanza sindacale e alla contrattazione collettiva introdotte con il Wagner Act. Come ricordano J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR’s court-packing plan*, in *Public Choice*, 2012, p. 318, in effetti «*This decision represented a significant departure for Hughes from his position on previous cases*».

⁴⁸ E altri tre poi ne nominerà durante nel corso del terzo mandato.

⁴⁹ Cfr. A. AGSTROM, *Biden still does not support court packing. White House confirms*, in *Foxnews.com*, 26 giugno 2022.

⁵⁰ R. MAILEY, *Court-Packing in 2021: Pathways to Democratic Legitimacy*, in *Seattle University Law Review*, n. 1/2020, p. 67, mette in luce questa questione all’indomani della nomina di Coney Barrett.

sanitarie⁵¹, o, ancora, in relazione alle future leggi che sarebbero state adottate sotto la Presidenza Biden⁵².

Allo stesso modo, il *Court-packing* sarebbe la risposta all'atteggiamento dei repubblicani durante la presidenza Trump che con la nomina di Amy Coney Barrett avrebbero a loro volta "impacchettato" la Corte Suprema. In quell'occasione infatti sarebbe stata violata quella che è stata definita la «SCOTUS *Bipartisan constitutional convention*», ovvero la regola che, secondo quello che si è verificato nella prassi, i Presidenti americani hanno sempre nominato un candidato anche a ridosso della scadenza del proprio mandato, ma allo stesso tempo nell'anno delle elezioni presidenziali il Senato non ha mai confermato la nomina di un Giudice senza che vi fosse un consenso *bipartisan* nella Camera Alta. Da ciò ne deriverebbe che Obama e Trump avrebbero agito nel rispetto della citata convenzione quando hanno nominato rispettivamente Garland e Barrett, ma il Senato l'avrebbe violata nella procedura di conferma della seconda avvenuta con 52 voti a favore e 48 contrari⁵³. Il *Court-packing* sarebbe quindi l'unico «antidoto» per superare le nomine "partigiane" perpetrate dai repubblicani sul finire del mandato presidenziale⁵⁴ e, secondo alcuni, sarebbe l'unico sistema in grado di "salvare" la democrazia da una Corte Suprema troppo schierata⁵⁵.

Orientarsi verso il *Court-packing*, per il quale è stata depositata una proposta di legge che prevede l'espansione della Corte Suprema a 13 componenti⁵⁶, potrebbe incorrere però in due problematiche nella sua realizzazione: una di carattere politico-contingente, l'altra invece di carattere teorico-generale.

Dal primo punto di vista, infatti, la soluzione, ammesso che sia legittimamente esercitabile da parte del Congresso (v. *infra*), risulta alquanto difficile da portare a termine, specialmente in ragione della risicata maggioranza che i democratici si trovano ad avere al Senato, che data l'attuale parità di seggi con i Repubblicani (50-50) in teoria potrebbe essere tale solo grazie al voto della Vice-Presidente Kamala

⁵¹ Cfr. I. MILLHISER, *9 ways to reform the Supreme Court besides court-packing. The Supreme Court threatens American democracy. Here's how to stop it*, in *Vox.it*, 21 ottobre 2020.

⁵² Cfr. in tal senso S.M. FELDMAN, *Court-Packing Time? Supreme Court Legitimacy and Positivity Theory*, in *Buffalo Law Review*, n. 5/2020, p. 1559.

⁵³ In questo senso e in generale sulla *SCOTUS Bipartisan constitutional convention* si veda R. WEILL, *Court packing as an antidote*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2711 ss., la quale infatti ritiene che «*Appointing a Justice to the Supreme Court during presidential election time without bipartisan support is a severe breach of American constitutional conventions*» (p. 2744).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Così il professor Aaron Belkin nell'intervista di E. GODFREY, *The Democrats' Supreme Court Hail Mary*, cit.

⁵⁶ *Judiciary Act of 2021*, presentato da alcuni esponenti democratici.

Harris⁵⁷. Per poter ottenere l'approvazione della legge senza un accordo tra le forze politiche è necessario per maggioranza superare perlomeno il *filibuster*, e la conseguente soglia di 60 voti necessaria al Senato per approvare la mozione di chiusura del dibattito⁵⁸. Potrebbero invero esserci delle procedure in grado di superare l'ostruzionismo e garantire l'approvazione della legge con la sola forza della maggioranza. Queste soluzioni, utilizzate come si vedrà successivamente proprio in relazione alla procedura di *advice and consent* e che il Presidente Biden non ha escluso possano essere utilizzate anche per l'*iter* legislativo⁵⁹, sembrano comunque di difficile attuazione giacché è abbastanza remota la possibilità che la maggioranza sia coesa nel sacrificare una regola procedurale che caratterizza profondamente il sistema americano fondato sui *checks and balances*, al fine di approvare una legge che mira a far "svoltare" la Corte Suprema nel senso desiderato.

Dal secondo punto di vista, una delle ragioni che potrebbe sconsigliare un allargamento degli scranni della Corte è il rischio che si corre nel modellare la composizione dell'organo posto a capo dell'ordinamento giudiziario federale nell'intento di voler indirizzare la Corte verso certe decisioni. Questo, oltre ad andare a comprimere l'indipendenza del potere giudiziario⁶⁰, perché strumento volto a cercare di alterare l'orientamento della Corte⁶¹, può prestare il fianco a future e continue rimodulazioni della composizione della Corte Suprema. Di volta in volta, infatti, come del resto potrebbe accadere nelle ipotesi prese in analisi in precedenza in tema di superamento della *life tenure* mediante una legge del

⁵⁷ Che, ai sensi dell'art. I, sec. 3 della Costituzione può votare solo in caso appunto di parità.

⁵⁸ Come sottolinea, infatti, P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, n. 1/2012, p. 28, «*absent the rarity of the President's party controlling the House of Representatives and sixty votes in the Senate (necessary to overcome a filibuster), such an important change will likely be impossible except on a bipartisan basis*».

⁵⁹ Biden si è più volte espresso in modo favorevole al superamento del *filibuster* anche per l'approvazione delle leggi (v. M. COHEN, *Biden Signals Openness to Eliminating Senate Filibuster*, in *Politico.com*, 14 luglio 2020), come da ultimo dimostrano anche le dichiarazioni relative all'eventuale approvazione di una legge sull'aborto dopo la sentenza *Dobbs* della Corte Suprema (v. M. VAZQUEZ, B. KLEIN, P. MATTINGLY, K. LIPTAK, *Biden calls for dropping filibuster rules to pass abortion rights into law*, in *CNN.com*, 30 giugno 2022).

⁶⁰ Cfr. B.L. FRYE, *Court Packing Is a Chimera*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, pp. 2697 ss., il quale sottolinea anche che le critiche «*of the Supreme Court is really just thinly veiled criticism of democracy itself*».

⁶¹ R.J. KROTOSZYNSKI Jr., *The Unitary Executive and The Plural Judiciary: On the Potential Virtues of Decentralized Judicial Power*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1063 ss.

Congresso, il rischio è che «*If Democrats pack the Court, the argument goes, Republicans will return the favor when they are next in power and pack the Court further in response. On this approach, court-packing is politically inflammatory and unstable*»⁶². E proprio a partire dalle ragioni squisitamente politiche che stanno alla base del progetto di allargamento della composizione della Corte, una parte della dottrina ha sostenuta la sua illegittimità nei confronti della Costituzione, intesa non come testo scritto ma come «*set of rules, norms, institutions, and understandings that make up the government*»⁶³.

4. E se la soluzione fosse il ritorno del *filibuster*?

La nomina dei giudici della Corte Suprema da parte del Presidente deve essere confermata con l'*advice and consent* del Senato, previsto dall'art. II, sec. 2, della Costituzione, che avviene con una deliberazione a maggioranza semplice.

Fino al 2017, però, per la maggioranza non era affatto scontato riuscire a confermare il candidato desiderato, poiché le regole del Senato, valide in generale per tutte le sue deliberazioni, prevedono che le discussioni non abbiano limiti di tempo. Da qui la possibilità per le opposizioni di “bloccare” i lavori parlamentari e non arrivare alla votazione di un provvedimento approfittando dell'ostruzionismo (c.d. *filibuster*). Per porre fine al dibattito, infatti, si prevede che sedici senatori possano presentare una *Cloture motion*, che deve essere però approvata, ai sensi della *Rule XXII* delle *Standing Rules* del Senato, con la

⁶² D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, cit., p. 176. In termini simili si veda anche J.M. FRALEY, *Against Court Packing, or a Plea to Formally Amend the Constitution*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, p. 2810.

⁶³ R. PRIMUS, *Rulebooks, Playgrounds, and Endgames: A Constitutional Analysis of the Calabresi-Hirji Judgeship Proposal*, cit. Nel senso di ritenere che la modifica della composizione della Corte possa considerarsi illegittima perché si porrebbe in contrasto con una consuetudine (che vorrebbe ormai da più di centocinquanta anni la presenza di nove giudici) si veda C.G. GEYH, *Customary Independence*, in S.B BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, California, 2002, p. 160 ss. In senso analogo si veda anche M.T. HENDERSON, *Court-Packing Is Unconstitutional*, cit., il quale ritiene che siano illegittime tutte quelle operazioni di *Court-packing* non suffragate da ragioni di carattere pratico. In merito I. SOMIN, *Court-Packing Threatens to Destroy the Entire Institution of Judicial Review*, in AA. VV., *The Politicization of the Supreme Court*, Greenhaven Publishing, New York, 2022, p. 106 ss., ritiene che il *Court-packing* sia una vera e propria minaccia all'indipendenza della Corte Suprema. Per una posizione volta a difendere la legittimità di questa pratica, indipendentemente dalle motivazioni che stanno alla base della sua adozione, si veda, per tutti, D. EPPS, *Non-Originalism and Constitutional Arguments About Changing the Supreme Court's Size*, in *dorfonlaw.org*, 2 novembre 2020.

maggioranza dei 3/5 dei componenti (quindi 60 voti a favore)⁶⁴. L'assenza di un termine per il dibattito e l'incapacità della maggioranza di ottenere i 60 voti necessari per l'approvazione della mozione di chiusura permette quindi un facile ostruzionismo che, in effetti, è stato lo strumento procedurale utilizzato per far fallire i tentativi del Presidente di nominare alla Corte Suprema soggetti particolarmente divisivi: dopo il fallimento della votazione sulla chiusura del dibattito, infatti, il Presidente ritira la nomina del candidato⁶⁵.

Per quanto riguarda il procedimento di conferma delle nomine presidenziale però questa regola non trova più applicazione e non già a seguito di una modifica formale delle *Standing Rules* del Senato, ma grazie alla c.d. *nuclear option*, che è in sostanza una procedura semplificata per introdurre un nuovo precedente che può essere anche in chiaro contrasto con una disposizione contenuta nelle *Standing Rules* stesse. A partire da una certa interpretazione della *Rule XX* delle *Standing Rules* può essere infatti creato un nuovo precedente quando un senatore solleva una mozione d'ordine nella quale afferma che una regola del Senato è stata violata o non correttamente applicata. Se il Presidente del Senato respinge nel merito questa mozione, un senatore può infatti impugnare la decisione del Presidente e se la maggioranza annulla tale decisione si intende costituito il nuovo precedente che è esattamente l'opposto di quanto stabilito dal Presidente nella propria decisione⁶⁶.

Dopo che nel 2005, davanti alle difficoltà riscontrate in Senato dal Presidente Bush, c'era stato un primo tentativo di superare la regola della maggioranza dei 60 voti per approvare la chiusura del dibattito nel corso dei procedimenti di conferma delle nomine presidenziali⁶⁷, nel 2013, quando la maggioranza del Senato era

⁶⁴ Tale maggioranza è richiesta dal 1975, in precedenza, ovverosia dal 1917 quando è stata introdotta la mozione di chiusura, la maggioranza richiesta per l'approvazione era quella dei due/terzi dei presenti (rimasta tale ancora oggi invece per l'approvazione della mozione nel corso dei procedimenti per le modifiche delle *Standing Rules* del Senato).

⁶⁵ Questo è ricavabile anche dall'elenco delle *Cloture Motions* disponibile nella banca dati del Senato degli Stati Uniti (al sito istituzionale *Senate.gov*), nel quale si evince che nei procedimenti di nomina del Presidente con l'*advice and consent* del Senato (non solo quindi per quelli dei giudici della Corte Suprema), dopo la bocciatura della mozione di chiusura del dibattito segue un «message of withdrawal of nomination from the President».

⁶⁶ Per una spiegazione del funzionamento si veda O.G. HATCH, *How 52 Senators made 60 = 51*, in *Stanford Law & Policy Review online*, marzo 2014, pp. 9 ss., il quale così lo riassume: «*This method allows a simple majority to change Senate procedures by affirming or rejecting the presiding officer's interpretation of Senate rules*».

⁶⁷ Il tentativo è stato sventato solamente grazie all'accordo *bipartisan* tra alcuni senatori (c.d. *Gangs of 14*) che sottoscrissero un *Memorandum of Understanding on Judicial Nominations* con il quale si impegnarono, da un lato, a non sfruttare l'ostruzionismo durante la conferma delle nomine giudiziarie se non dinanzi "a casi eccezionali" e, dall'altro, ad impedire modifiche (per via formale o interpretativa) delle regole relative alla

democratica, davanti all'ostruzionismo dei repubblicani, i senatori attivarono la c.d. opzione nucleare. Grazie ad essa i democratici sono riusciti ad abolire, con la costituzione di un precedente assai rilevante, la regola relativa alla maggioranza necessaria per approvare la mozione di chiusura nel corso di tutti i procedimenti di conferma delle nomine presidenziali, eccetto però per quelli dei giudici della Corte Suprema⁶⁸. Per tutti questi procedimenti, quindi, è ora sufficiente la maggioranza dei senatori presenti per porre termine alla discussione e procedere conseguentemente al voto.

Nel 2017, durante il procedimento per la conferma del Giudice della Corte Suprema Neil Gorsuch, la maggioranza (questa volta repubblicana) dinanzi all'ostruzionismo dei democratici, e dopo aver fallito l'approvazione della *Cloture motion*, ha invocato, anche su richiesta esterna dello stesso Presidente Trump⁶⁹, l'utilizzo della c.d. opzione nucleare⁷⁰.

Il 4 aprile 2017, infatti, il *leader* della maggioranza Mitch McConnell ha presentato una mozione di chiusura della discussione che è stata respinta con 55 voti. Successivamente, dopo una serie di passaggi parlamentari volti a cercare di far riconsiderare questa votazione, lo stesso senatore ha depositato una mozione d'ordine, con la quale chiedeva che il precedente stabilito dal Senato il 21 novembre 2013, che ha prescritto la maggioranza semplice per l'approvazione della mozione di chiusura per tutte le altre nomine presidenziali, dovesse trovare applicazione anche per la nomina dei giudici della Corte Suprema. Il Presidente del Senato ha respinto questa interpretazione, ritenendo che dovesse applicarsi la regola prevista dalla *Rule XXII* delle *Standing Rules* del Senato (ovverosia l'approvazione con il voto favorevole dei 3/5 dei senatori). Il senatore McConnell ha quindi impugnato la decisione del Presidente e quest'ultimo, di conseguenza, ha posto in votazione la questione se «Shall the decision of the Chair stand as the judgement of the Senate?». La richiesta, che è stata bocciata con 52 voti, ha quindi creato il nuovo precedente ai sensi del quale per l'approvazione della *Cloture*

maggioranza richiesta per porre fine al dibattito. Sul caso si vedano M. GERHARDT, R. PAINTER, *Extraordinary circumstances: The Legacy of the Gang of 14 and a Proposal for Judicial Nominations Reform*, in *University of Richmond Law Review*, n. 2012, pp. 969 ss.

⁶⁸ Si veda la ricostruzione di L. TESTA, *Trump, Justice Gorsuch e filibustering*, in *DPCE Online*, 2017, il quale sottolinea che «L'«opzione nucleare» del November 21 Precedent ha l'effetto, dunque, di modificare l'interpretazione della Rule XXII, senza un vero emendamento del suo testo, permettendo alla claudicante maggioranza democratica di salvare le nomine dell'ultimo scorcio della Presidenza Obama».

⁶⁹ Cfr. L. GAMBINO, B. JACOBS, D. SMITH, *Trump tells Republicans to use 'nuclear option' to confirm supreme court pick*, in *The Guardian*, 1 febbraio 2017.

⁷⁰ Cfr. L.P. VANONI, *Da Scalia a Gorsuch: la nomina dei giudici supremi tra «filibuster» e «nuclear option»*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2017, pp. 405 ss.

motion è sufficiente la sola maggioranza semplice anche nei procedimenti di conferma dei giudici della Corte Suprema⁷¹.

Le vicende richiamate, oltre che probabilmente testimoniare che l'eliminazione delle regole per facilitare le nomine quando una forza politica ha la maggioranza non è sempre la cosa più saggia da fare, dimostrano un progressivo inasprimento dei rapporti tra le forze politiche⁷² e del dibattito sulla nomina dei giudici⁷³ che, nella degenerazione del modello consensuale, ha consentito ai Presidenti di nominare con una risicata maggioranza giudici particolarmente schierati e divisivi⁷⁴. Da quando è stata "abbattuta" la possibilità per le minoranze di esercitare l'ostruzionismo, infatti, i giudici sono stati confermati con uno stretto margine (Gorsuch 54-45, Kavanaugh 50-48, Coney Barrett 52-48, Brown Jackson 53-47) mentre prima di questo momento, oltre ai risalenti casi dei giudici Stanley Matthews (confermato nel 1881 con 24 voti favorevoli e 23 contrari) e Nathan Clifford (confermato nel 1858 con 26 voti favorevoli e 23 contrari), per avere una conferma di un giudice con una risicata maggioranza bisogna arrivare sino al 1991, quando il Senato confermò l'attuale giudice Clarence Thomas con 52 voti favorevoli e 48 contrari⁷⁵.

⁷¹ Dopo questi avvenimenti il Senato ha approvato una nuova mozione di chiusura (con 54 voti favorevoli) e si è così passati alla votazione sulla conferma del Giudice Neil Gorsuch. La prassi dell'approvazione della mozione di chiusura "a maggioranza" è stata poi riconfermata nel 2020, quando il Senato ha approvato con 51 voti la mozione nel corso del procedimento di nomina della giudice Coney Barrett, e nel 2022, quando ha approvato con 53 voti favorevoli la *Cloture Motion* durante la nomina della giudice Brown Jackson.

⁷² La prova ne sarebbe anche l'uso stesso della c.d. *nuclear option*, che è stata sì impiegata anche in passato, seppur raramente, ma in relazione a decisioni piuttosto marginali. Come sottolinea G. HATCH, *How 52 Senators made 60 = 51*, cit., p. 12, l'opzione nucleare in passato è stata utilizzata per «*questions such as the precedence of certain motions over others or the relevance of certain material in legislative conference reports. None of those instances involved whether one number in the text of a Senate rule actually means another number altogether*».

⁷³ Come sottolinea A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 6, «il ricorso alla *nuclear option* per la conferma delle nomine alla *Supreme Court* ha suscitato forte disagio e inasprito lo scontro politico». In merito T. LEIGH GROVE, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, cit., pp. 544 ss., segnala che l'abbandono del *filibuster* rappresenta l'ennesimo segnale dei rischi che incorre l'indipendenza della magistratura.

⁷⁴ Cfr. N.A. WILLIAMS, *Rejecting the Confirmation Process: Modern Standards for Investigating Nominees to the Supreme Court*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, n. 1/2021, p. 322.

⁷⁵ I dati sulle votazioni sulla conferma dei Giudici sono reperibili sul sito istituzionale del Senato (www.senate.gov).

E proprio alla luce delle difficili questioni emerse in relazione all'introduzione del *life-term* e al *Court-packing*, che produrrebbero certamente considerevoli novità, una proposta più "conservatrice" e forse più praticabile potrebbe essere quella rilanciata poco tempo anche da Bruce Ackerman: «*Returning to a supermajority*» per ottenere il consenso del Senato⁷⁶.

Nonostante una parte della dottrina ritenga in generale illegittima la regola dei 3/5 per l'approvazione della mozione di *Cloture*⁷⁷, la reintroduzione della maggioranza di 60 voti per poter procedere alla votazione sulla conferma della nomina presidenziale potrebbe smussare l'eccessiva politicizzazione dei membri della Corte Suprema⁷⁸ cui si è assistito negli ultimi anni e portare altresì «*the president to nominate justices who can gain the support of centrists of both parties*»⁷⁹.

⁷⁶ B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit.

⁷⁷ Per esempio J. CHAFETZ, *The Unconstitutionality of the Filibuster*, in *Connecticut Law Review*, n. 4/2001, pp. 1005 ss., sostiene fundamentalmente che l'ostruzionismo sia illegittimo perché impedirebbe l'approvazione di deliberazioni che la Costituzione prevede a maggioranza semplice e, pertanto, la necessità di votare con 60 voti a favore la chiusura del dibattito si pone in contrasto con il principio maggioritario. A partire da premesse simili, quindi, si ritiene del tutto legittima la modifica per via di prassi delle regole procedurali del Senato che prevedono maggioranze ulteriori da quelle stabilite dalla Costituzione. In questo senso sembrerebbero esprimersi M.B. GOLD, D. GUPTA, *The Constitutional Option to change Senate rules and procedures: a majoritarian means to overcome the filibuster*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, n. 1/2005, pp. 2015 ss. Sull'illegittimità del *filibuster* si vedano anche D.T. COETEN, *The Filibuster and the Framing: Why the Cloture Rule is Unconstitutional and What to Do About it*, in *Boston College Law Review*, n. 1/2014, pp. 39 ss., e A.L. RIZER III, *The Filibuster of Judicial Nominations: Constitutional Crisis or Politics as Usual?*, in *Pepperdin Law Review*, pp. 859 ss., il quale con diverse argomentazioni lo ritiene illegittimo solo per la conferma dei candidati agli organi giudiziari. Diversamente, sulla legittimità dello strumento si veda, per tutti, M.J. GERHARDT, *The Constitutionality of the Filibuster*, in *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, pp. 482 ss., il quale osserva che la regola della maggioranza dei 3/5 per l'approvazione della *Cloture Motion* è del tutto legittima perché è la Costituzione stessa che garantisce al Senato di regolare la propria procedura interna (art. I, sec. 5) e perché, in ogni caso, si tratterebbe di una convenzione costituzionale.

⁷⁸ Si vedano in questo senso le considerazioni del prof. Richard Arenberg nell'intervista di A. MERRIT, *In Defense of the Filibuster: An Interview with Richard Arenberg*, in *Brown Political Review*, 17 novembre 2021.

⁷⁹ B. ACKERMAN, *Op-Ed: Trust in the justices of the Supreme Court is waning*, cit. Sul punto si veda anche P.D. OLIVER, *Assessing and Addressing the Problems Caused by Life Tenure on the Supreme Court*, cit., p. 21, il quale osserva che «*the filibuster could have the effect of somewhat depoliticizing Supreme Court appointments. Presidents might be forced to name more centrist Justices in order to win confirmation. Or, the President might work with the opposition*

Per reintrodurre la maggioranza dei 60 voti resta però uno scoglio da superare: la volontà politica comune tra i due schieramenti, che dovrebbero non solo accordarsi sul ripristino della regola, ancora formalmente prevista nella *Rule XXII*, ma dovrebbero trovare anche il modo di renderla stabile: si è visto, infatti, che finché essa trova spazio solo nelle *Standing Rules* del Senato la maggioranza potrebbe senza troppe difficoltà modificarla di nuovo. A tal proposito, si potrebbe immaginare di abolire in via generale il meccanismo della c.d. *nuclear option* (o comunque di renderlo utilizzabile solo con il consenso di maggioranze più elevate della maggioranza semplice) ovvero di prevedere espressamente l'impossibilità di modificare in via interpretativa la regola che stabilisce la maggioranza necessaria per superare l'approvazione della mozione di chiusura. Il punto di incontro tra le due forze politiche, che si sono sempre giovate all'occorrenza dell'ostruzionismo⁸⁰, potrebbe essere rappresentato dalla circostanza che esse in questi anni si siano rese conto che rinunciare a nomine partigiane può preservare la Corte Suprema da nomine altrettanto partigiane realizzate dagli "avversari".

Da questo punto di vista non sono mancate, nemmeno in questo caso, posizioni dottrinali volte a ritenere, *de iure condendo*, opportuno introdurre direttamente nella Costituzione una maggioranza elevata per la conferma senatoriale dei giudici della Corte Suprema⁸¹. È pur vero che è stato sostenuto che una modifica di questo

to name one Justice preferred by the President, and another more to the liking of the opposition». Come sottolineano C. FISK, E. CHERMERINSKY, *In Defense of Filibustering Judicial Nominations*, in *Cardozo Law Review*, n. 2/2005, pp. 351 ss., infatti, «*In a constitutional system based on checks and balances, eliminating the filibuster would exacerbate the current bitterness in the ideological divide».* Per L.T. GORJANC, *The Solution to the Filibuster Problem: Putting the Advice Back in Advice and Consent*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 4/2004, pp. 1462 ss., invece, l'ostruzionismo andrebbe del tutto sradicato e per evitare nomine divisive ci si dovrebbe orientare verso il rafforzamento della funzione di *advice* del Senato, che si dovrebbe attuare mediante una più stretta comunicazione tra il Presidente e i senatori ostruzionisti.

⁸⁰ In merito si vedano E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Institutional Flip-Flops*, in *Texas Law Review*, 2016, p. 511, I quali ricordano che «*when Republicans hold a majority of the seats in the Senate, many of them decry the use of the filibuster by the Democratic minority, claiming that it is antidemocratic; but when Republicans are in the minority, many of them claim that the filibuster is sanctioned by the Senate's traditions».*

⁸¹ In questo senso, per esempio, il professor Richard Arenberg nell'intervista di A. MERRIT, *In Defense of the Filibuster: An Interview with Richard Arenberg*, cit., conclude la sua serrata critica al superamento della regola dei 60 voti per l'approvazione della mozione di *Cloture* in questi termini: «*If I could wave a magic wand and change the Constitution a little bit, I would require a supermajority for judicial nominations. You wouldn't have to filibuster them; it would be part of what was required. If you're going to put someone on the federal bench for life or until they decide to retire, unless they are subject to impeachment,*

calibro potrebbe privare la Corte di opinioni anche “estreme”. Non senza una certa retorica è stato infatti osservato che, nel recente passato, un’elevata maggioranza per la conferma dei giudici avrebbe privato la Corte della «ricchezza» delle «riflessioni di Ruth Ginsburg o di Antonin Scalia (le quali hanno costituito, negli ultimi decenni, su opposte parti della barricata, le espressioni più estreme del collegio giudicante)»⁸². A tal proposito, non va però dimenticato che anche questi due giudici, che certamente sono stati l’espressione di due diverse anime all’interno della *Supreme Court*⁸³, devono la loro nomina a maggioranze schiacciante in sede di *advice and consent* del Senato⁸⁴.

Pretendere quindi che vi sia un largo consenso per l’approvazione della nomina presidenziale, quale che sia il mezzo utilizzato per introdurre tale regola, non fa certamente venir meno l’autorevolezza di alcuni componenti della Corte e la pluralità delle opinioni – sia quelle più strettamente giuridico costituzionali, sia quelle latamente politiche – in essa espresse.

In conclusione, oltre all’opportunità di ripristinare quantomeno le regole relative alla conferma dei giudici della Corte, le altre riforme ipotizzate sembrano per le ragioni anzidette più complicate da portare a termine. Questo non significa però che questo dibattito sia inutile. Non è detto infatti che anche solo la semplice proposta di alcune modifiche, e la discussione pubblica e politica che ne può scaturire, non possa avere degli effetti sulla Corte Suprema e sulla possibilità che questa possa modificare il proprio orientamento politico-costituzionale⁸⁵.

Dopotutto sono in molti a ritenere che anche la minaccia del *Court-packing* da parte di Roosevelt nel 1937 abbia giocato un ruolo fondamentale nel riposizionamento di alcuni giudici all’interno della Corte, con il conseguente cambio di atteggiamento della stessa e la sostanziale “approvazione” del *new-*

then it's not such a bad thing to have a system that requires both parties to have some leverage on these nominations».

⁸² A. SANDULLI, *Il Presidente Biden e la riforma della US Supreme Court*, in LUISS Open, 9 settembre 2021.

⁸³ Sulle opinioni dei due giudici si vedano rispettivamente M. D’AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 138 ss. e G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2016, pp. 1191 ss.

⁸⁴ Scalia è stato confermato con 98 voti favorevoli e nessun contrario; Ginsburg con 96 voti favorevoli e 3 contrari.

⁸⁵ Come ricorda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 12, in effetti anche «la nomina della Commissione di riforma potrebbe rappresentare una sorta di pressione esterna sui giudici della *Supreme Court*, mirante a veder attenuate le posizioni ostruzionistiche per evitare eventuali riforme. D’altra parte, il desiderio di ogni presidente è quello di proteggere la propria amministrazione, addomesticando, con ogni mezzo, la Corte Suprema».

*deal*⁸⁶. In fin dei conti forse Roosevelt non sbagliava a ritenere di aver «perso la battaglia ma vinto la guerra»⁸⁷.

⁸⁶ In questo senso si vedano, per esempio, B. CUSHMAN, *Court-Packing and Compromise*, cit., p. 27, J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR's court-packing plan*, cit., pp. 317 ss., S.O. KLINE, *Revisiting FDR's Court Packing Plan: Are the Current Attacks on Judicial Independence so Bad?*, in *McGeorge Law Review*, n. 3/1999, pp. 866 ss., G.A. CALDEIRA, *Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *The American Political Science Review*, n. 4/1987, p. 1150, il quale osserva che «*Supreme Court outmaneuvered the president*» e davanti alla «minaccia» di Roosevelt «*The Court wisely chose to give up on the substantive issues and preserve its structural integrity*».

⁸⁷ Come riporta, tra gli altri, W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt's Supreme Court "Packing" Plan*, in H.F. HOLLINGSWORTH, W.F. HOLMES (a cura di), *Essays on the New Deal*, University of Texas Press, Austin, 1969, p. 109.

***Dobbs v. Jackson*: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico ***

ELENA FALLETTI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 19–1392, decided June 24, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

Abstract (EN): This article aims to analyze the legal-historical arguments of the US Supreme Court's decision *Dobbs v. Jackson*, which disincorporated abortion rights from federal constitutional protection.

Abstract (IT): Questo articolo si focalizza sulle argomentazioni storico-giuridiche della sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson*, la quale ha sottratto l'aborto dalla protezione costituzionale federale.

Keywords: aborto, autodeterminazione, originalismo

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Incorporation v. Originalism*: le profonde radici della dicotomia. – 3. La visione di retroguardia della *majority opinion*. – 4. Le *concurring opinions* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts. – 5. L'opposizione dei Justice dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor. – 6. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 2 novembre 2022

Suggerimento di citazione

E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Ricercatrice di Diritto privato comparato nell'Università "Carlo Cattaneo" – LIUC, Castellanza. Indirizzo mail: efalletti@liuc.it.

1. Introduzione

La sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹ sta provocando un acceso dibattito in tema di aborto in considerazione dell'*overruling* del precedenti *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), che hanno garantito la protezione costituzionale federale degli “*abortion rights*”, riconoscendo la tutela della privacy quale espressione della libertà autodeterminativa. Invece, *Dobbs* pone radicalmente in discussione il ruolo della privacy, dell'autodeterminazione e della libertà personale della gestante che intenda accedere ad un aborto, affermando che i suddetti diritti non trovano fondamento nel testo costituzionale, né nel *XIV Amendment*, né nella tradizione interpretativa precedente al 1973², cioè l'anno in cui *Roe v. Wade* venne pubblicata.

In realtà, *Dobbs v. Jackson* rappresenta una cartina di tornasole che misura la spaccatura della società americana e dimostra come il dibattito giuridico americano non sia stato in grado di superare le divisioni ereditate dal passato. Anzi, esso si sta radicalizzando su posizioni che negano la complessità e la contemporaneità. Ad esempio, *Dobbs* non prende affatto in considerazione l'avanzamento tecnico scientifico nell'ambito della riproduzione umana, mentre non riesce a liberarsi del retaggio classista e discriminatorio che caratterizzava i tempi in cui i *Framers* scrivevano la Costituzione e il *Bill of Rights*. A questo proposito, il riferimento a giuristi³ assai risalenti nel tempo⁴ né è la prova, quando la tecnologia propone strumenti tecnologicamente avanzati (incubatrici in grado di salvare i neonati fortemente prematuri⁵ o gli studi sull'utero artificiale dei mammiferi⁶) che

¹ 597 U.S. ____ (2022), disponibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

²A. SPERTI, «*Dobbs*» e il controverso *overruling* di «*Roe v. Wade*» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, pp. 450 ss.

³Come Henry de Bracton, autore di *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, scritto nel 1268, Sir Edward Coke, autore di *Institutes of the Laws of England* del 1644, Sir Matthew Hale, autore di *History of the Pleas of the Crown* del 1736, e William Blackstone, autore di *Commentaries on the Laws of England*, dei quali il Justice Alito cita la settima edizione del 1765.

⁴A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, p. 438.

⁵R.M. MCADAMS, *Predicting clinical outcomes using artificial intelligence and machine learning in neonatal intensive care units: a systematic review*, in *Journal of Perinatology*, 2022, pp. 1-15.

⁶In via esemplificativa, C. HORN, *Abortion Rights after Artificial Wombs: Why Decriminalisation is Needed Ahead of Ectogenesis* in *Medical Law Review*, 2021 Aug

confermerebbero la retroguardia delle argomentazioni contenute nella *majority opinion*. In essa spicca chiaramente la profonda divisione tra la maggioranza ultraconservatrice e la minoranza *liberal*.

Questo contributo si focalizza sull'analisi critica sotto il profilo storico dei quattro orientamenti formati all'interno della Corte Suprema. L'opinione della maggioranza della Corte Suprema è stata scritta dal *Justice* Samuel Alito e condivisa dai *Justice* Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett. Il *Chief Justice* John Roberts ha scritto una propria *concurring opinion*, la quale tenta di relativizzare le posizioni dei colleghi conservatori, criticandole tanto nel metodo quanto nel merito. Parimenti hanno fatto i *Justice* Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, che rafforzano le loro posizioni ultra conservatrici basate sulla strumentalizzazione delle fonti storiche. Infine, i *Justice* Stephen Breyer, Elena Kagan e Sonia Sotomayor hanno depositato una *dissenting opinion* congiunta inerente una difesa dello *status quo* in via di smantellamento.

È possibile osservare come nella stesura di ciascuna opinione la personalità e il vissuto dei *Justice* firmatari abbia influenzato argomentazioni e posizioni, manifestando un approccio personalizzato che sembrerebbe essere del tutto inaccettabile nel quadro giudiziario delle corti supreme e sovranazionali negli ordinamenti giuridici europei di *civil law*⁷.

2. *Incorporation v. Originalism*: le profonde radici della dicotomia

L'aspetto di questa sentenza che maggiormente ha colpito chi scrive è l'uso manipolativo della Storia per vanificare il fondamento giuridico della teoria dell'*incorporation* in materia di accesso all'aborto.

Come è noto, il primo caso in cui la dottrina dell'*incorporation* venne applicata dalla Corte Suprema fu *Twining v. New Jersey*⁸, relativo ad un procedimento penale in cui il rifiuto di testimoniare dell'imputato era stato considerato dalla giuria come elemento di colpevolezza, nonostante le garanzie del *5th Amendment*⁹. Seppure in quel caso la Corte Suprema avesse negato l'applicabilità di siffatto

9;29(1), pp. 80-105; I.G. COHEN, *Artificial wombs and abortion rights in Hastings Center Report*, 4, 2017, pp. 47 ss.

⁷F. SCHAUER, *Civil Law, Common Law, and the Data of Jurisprudence*, in N. BERSIER, C. BEZEMEK, F. SCHAUER (eds.), *Common Law – Civil Law*, Springer, Cham, 2022, passim.

⁸ 211 U.S. 78 (1908).

⁹F. MICHELI, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2017, pp. 6 ss.; S. MORRISON, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights: The Judicial Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 2, 1949, p. 140; C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, 20 agosto 2022, disponibile all'indirizzo ssrn.com/abstract=4192758.

Amendment, venne riconosciuta la possibilità “che alcune delle libertà protette nei confronti del governo nazionale dai primi otto emendamenti siano anche protette nei confronti delle azioni degli Stati, perché un loro diniego sarebbe un diniego del *due process of law*”. Ciò per il fatto che i diritti contenuti nei primi otto emendamenti sono di una natura tale che devono essere inclusi nella *Due Process Clause*¹⁰. Questo passaggio ebbe il risultato pratico di considerare detti diritti “incorporati” nella *Due Process Clause*, rendendoli applicabili anche nei confronti degli Stati. Siffatto riconoscimento attribuì natura sostanziale alla *Due Process Clause* ed estese il dibattito su quali diritti dovessero essere incorporati in detta interpretazione sostanziale.

A questo punto si formarono due correnti di pensiero contrapposte. Da un lato vi era la teoria della “*total incorporation*”, sostenuta dal *Justice* della Corte Suprema Hugo Black, secondo cui tutti i diritti contenuti nel *Bill of Rights* dovevano essere inclusi nella *Due Process Clause*, anche se di natura sostanziale. Dall’altro lato, i fautori della “*selected incorporation*”, rappresentati dai *Justice* Cardozo e Frankfurter, affermavano che solo i principi di giustizia radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano potessero assumere siffatta valenza¹¹. Tuttavia, sullo sfondo di tale questione giuridica si presentava nuovamente il nodo irrisolto della concezione del federalismo e del potere giudiziario americani. È possibile affermare che questo è l’autentico “*battlefield*” istituzionale tra la “*selected incorporation*” (che privilegiava i principi dell’autogoverno statale mantenendo gli Stati liberi dalle interferenze del potere federale) e la “*total incorporation*” i cui fautori asserivano che le violazioni del *Bill of Rights* operate dagli Stati erano così gravi da non poter essere tollerate sulla base della formale distinzione tra potere statale e federale, facendo leva esclusivamente sulla necessità di preservare l’assetto istituzionale originale¹².

Sotto un profilo storico, i precedenti *Roe* e *Casey* appartenevano all’orientamento espresso dalla Corte suprema presieduta dal *Chief Justice* Warren, che stabilizzò l’applicazione della dottrina dell’*incorporation*, secondo cui le tutele del *Bill of Rights* venivano integrate nella *Due Process Clause*¹³. Infatti, il precedente

¹⁰F. MICHELI, *Diritti fondamentali e incorporation*, cit.

¹¹*Ibidem*.

¹²*Ibidem*.

¹³A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Diritti Comparati*, 1, 2020, p. 28; R. WILLIAMS, *The Paths to Griswold*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, Vol. 89, Issue 5, *passim*.

Griswold v. Connecticut del 1965¹⁴ aveva una portata innovativa¹⁵ perché ampliava il concetto di privacy rispetto al “*right to be alone*” elaborato da Samuel Warren e Louis Brandeis nel loro imprescindibile articolo pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1890¹⁶, ma integrando quindi la piena tutela dell'autodeterminazione individuale¹⁷.

Ne consegue che, seppure il diritto alla privacy non fosse esplicitamente previsto dal *Bill of Rights*, esso poteva essere individuato nella “*penumbra*”¹⁸ degli *Amendment I, III, IV, e V* in cui la sfera privata e familiare trovava scudo dalle interferenze esterne¹⁹.

Similmente, il precedente *Casey* traeva linfa da un'altra decisione emanata dalla Corte Warren in merito al riconoscimento della libertà autodeterminativa²⁰, ove veniva affermato che il concetto di “*liberty*” incluso nella *Due Process Clause*, seppure non precisamente definito dalla giurisprudenza, “*is not confined to mere freedom from bodily restraint. Liberty under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue*”²¹.

Ma che cosa si intende con “*Liberty*” nel contesto della teoria originalista? A cosa aspiravano i *Founding Fathers*? Ai tempi dell'Indipendenza, il concetto di libertà, specie quella politica, era strettamente legato all'autonomia economica, al fine di escludere influenze esterne sulla persona che partecipava alla vita politica²². Tuttavia, altri affermavano che la “vera libertà significa libertà di fare ciò che è

¹⁴*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁵M.R. MARELLA, «Dobbs» e la geopolitica dei diritti, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, pp. 446 ss.

¹⁶S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890, pp. 193-220.

¹⁷*Griswold v. Connecticut*, cit. Secondo la Corte Warren “*specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help and give them life and substance*”.

¹⁸A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

¹⁹*Ivi*, p. 29.

²⁰*Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead?*, cit.

²¹*Bolling v. Sharpe*, cit. In dottrina, A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit. In senso critico, affermando che con questa sentenza la Corte raggiunse una decisione corretta, ma seguendo una argomentazione discutibile: G. DOLIN, *Resolving the Original Sin of Bolling v. Sharpe*, in *44 Seton Hall Law Review*, 749 (2014); R. BARNETT, C. SUNSTEIN, *Constitution in Exile?*, in *Legal Affairs*, 5 maggio 2005, disponibile all'indirizzo legalla.org/webexclusive/debateclub_cie0505.msp#Wednesday.

²²E. FONER, *Storia della libertà americana*, trad. it. a cura di A. MERLINO, Donzelli, Roma, p. 24.

giusto, astenendosi dal fare ciò che è male, non [è il] diritto di fare ciò che piace”²³. Questa prospettiva contiene il richiamo all’obbedienza alla legge fino a che le leggi erano promulgate da rappresentanti eletti e non operavano in maniera arbitraria²⁴.

Permane però sullo sfondo un equivoco utilizzato dai fautori della teoria originalista a fini di manipolazione storica, e cioè che ai tempi dell’indipendenza americana e della redazione della Costituzione solo una parte minoritaria della società poteva dirsi indipendente economicamente e pertanto in grado di esercitare i diritti politici. In effetti, l’indipendenza economica era una caratteristica esclusiva della popolazione bianca, di sesso maschile e di retaggio britannico, poiché gli schiavi e le donne non erano retribuiti per il loro lavoro. Infatti, i primi erano costretti alla povertà a causa della loro estrazione negletta che li assoggettava alla condizione di *res* e non riconosceva loro autonomia giuridica. Invece, il ruolo di contribuzione alla ricchezza familiare delle donne, in qualità di mogli, madri, figlie, nuore ovvero sorelle rimaneva nell’ombra della famiglia²⁵.

Ciò posto, se le posizioni originaliste non fossero divenute così radicali, vi sarebbe potuto essere spazio per una riflessione sul significato costruttivo attribuibile a detta teoria²⁶, concentrata sulla refrattarietà agli interventi creativi della giurisprudenza, quando devono essere i corpi elettorali, attraverso i loro rappresentanti, a decidere per mezzo di un atto legislativo la disciplina normativa delle fattispecie. Alla luce di ciò diventa comprensibile, anche se non sempre condivisibile, il rifiuto degli originalisti di costruzioni interpretative c.d. “evolutive” che possono essere proposte dalle Corti, specie da quelle Supreme. In un certo senso, si potrebbe richiamare quello che fu il pensiero montesquieiano: “*les juges ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (EL, XI, 6)”.

Ciò nonostante, con *Dobbs* una Corte Suprema originalista ha messo in atto il paradosso di essere diventata a sua volta legislatore. L’analisi delle diverse *opinion* consentirà di spiegare siffatto paradosso.

²³J. BOUCHER, *On Civil Liberty, Passive Obedience, And Nonresistance*, in ID., *A View of the Causes and Consequences of the American Revolution, with an Historical Preface*, London, 1797.

²⁴E. FONER, *Storia della libertà americana*, cit., p. 17.

²⁵S. COONTZ, P. HENDERSON, *Women's Work, Men's Property: The Origins of Gender and Class*, Verso Books, London, 1986, *passim*.

²⁶Sulla teoria dell’originalismo, J.E. FLEMING, *Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution*, in *Boston University Law Review*, 2012, p. 1171; S.E. SACHS, *Originalism Without Text*, in *Yale Law Journal*, 2017, pp. 156-168.

3. La visione di retroguardia della *majority opinion*

Fin dalle prime righe la maggioranza affronta il tema della copertura costituzionale federale del diritto di abortire da una prospettiva storica, infatti sottolinea che “*for the first 185 years after the adoption of the Constitution*” (approvata il 17 settembre 1787 e ratificata il 21 giugno 1788), *each State was permitted to address this issue in accordance with the view of its citizens*”.

I giudici della maggioranza basano la forza argomentativa della loro opinione nel rovesciare *Roe v. Wade* classificandola come “*egregiously wrong*” e per spiegarne la asserita perniciosità la pongono in confronto con la “*infamous*” *Plessy v. Ferguson*, che legittimava la segregazione razziale. Invece, nell’idea dei giudici di maggioranza, *Dobbs et. al. v. Jackson Women’s Health Organization* svolge il ruolo di *Brown v. Board of Education*²⁷. Siffatta comparazione non è inusitata, dato che, attraverso detto artificio retorico sull’equiparazione tra segregazione razziale e aborto, la *majority opinion* intende fortificare le argomentazioni e le conseguenze di *Dobbs*, rendendole inconfutabili sotto il profilo morale.

Ciò nonostante, si tratta di una equiparazione da rifiutare per due ragioni principali. Da un lato, perché non è davvero accettabile equiparare *privacy* e autodeterminazione della donna alla segregazione razziale istituzionalizzata. Tuttavia, secondo una certa prospettiva, siffatta questione non si porrebbe, perché essa non concerne l’autodeterminazione materna, ma la vita potenziale da salvaguardare con la protezione assoluta dell’embrione. Dall’altro lato, perché *Dobbs* è una decisione che sottrae tutele costituzionali, effettuando una *disincorporation* di diritti, mentre *Brown v. Board of Education* rappresenta l’inizio di un percorso che ha portato all’approvazione del *Civil Rights Act 1964*.

A questo proposito si evidenziano due criticità ulteriori: in primo luogo, *Dobbs* giustificerebbe l’intervento dello Stato etico, decisore in vece dei suoi cittadini, escludendo del tutto il bilanciamento dei valori costituzionali in concorrenza, perché la protezione della vita potenziale supera qualsiasi altra valutazione. A seconda di quanto stabilito dai legislatori statali, la donna è costretta a partorire e a diventare madre, anche se è stata stuprata, vittima di incesto o addirittura a sacrificio della propria stessa vita.

Inoltre, rivestire *Dobbs* di un ruolo salvifico, come quello che ebbe *Brown v. Board of Education*, significa distorcere la realtà sostanziale, in quanto è noto che con *Brown* iniziò il percorso de-segregazionista, tuttavia, detto obiettivo non venne

²⁷*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); R. KLUGER, *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's struggle for equality*, Vintage, New York, 2011, *passim*.

mai compiutamente raggiunto a causa della cecità (“*colorblindness*”) della Costituzione stessa e del suo approccio individualistico²⁸.

Sotto questo profilo, per comprendere quanto estremo sia il ragionamento della maggioranza conservatrice nella decisione *Dobbs* occorre esaminare l’approccio storiografico che il *Justice* Alito effettua sia per quel che concerne il *Common Law* applicato nelle colonie ai tempi degli inglesi, sia il *Common Law*, prettamente “americano”, successivo all’Indipendenza. Sotto il profilo legato alla tradizione inglese, l’indagine storiografica di Alito raggiunge i tempi del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del Bracton, risalente al XIII secolo, con citazioni più “recenti” del Coke, del Blackstone e di Hale, per dimostrare che settecento anni di applicazione del *Common Law* “originale” non hanno mai dato spazio alle pratiche abortive. Allo stesso modo, l’aborto è da considerarsi un crimine per il *Common Law* americano²⁹ già dai tempi della colonizzazione, quando si considerava che la vita iniziasse nel momento in cui il movimento del feto era percepibile (c.d. “*quickening*”).

La dottrina evidenzia, condivisibilmente, la debolezza di siffatte argomentazioni storiografiche, le quali usano riferimenti medievali per soffocare la prassi costituzionale dell’*incorporation*³⁰.

Oltre che a rappresentare una “la foglia di fico (...) per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale”, ciò “è sbagliato e fuorviante³¹” e rappresenta un falso, e pertanto una nuova manipolazione di fatti storici. Infatti, parrebbe ovvio ricordarlo, la storiografia dimostra che l’aborto manifesta una presenza costante nella millenaria storia femminile, anche se vietato ovvero criminalizzato³².

Tale argomentazione ribadisce il supporto morale (ovvero moralistico?) del quadro storiografico delineato dall’opinione di maggioranza. Ulteriormente, essa è seguita da un “*Annex*” dove vengono riportate testualmente le leggi criminalizzatrici dell’aborto di ciascuno Stato federato nel momento in cui sono state promulgate: dal Missouri (1825) fino al District of Columbia (1901). Focalizzandosi sul possibile obiettivo di tale raccolta documentale, è possibile

²⁸L. GIACOMELLI, *Ripensare l’uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

²⁹A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

³⁰*Ibidem*; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit.; M.R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, cit.; A. SPERTI, «*Dobbs*» e il controverso overruling di «*Roe v. Wade*», cit.

³¹A. BURATTI, Egregiously wrong. *Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

³²J.M. RIDDLE, *Eve’s Herbs. A History of Contraception and Abortion in the West*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, *passim*; C. FLAMIGNI, *L’aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Edizioni Pendragon, Bologna, 2011, *passim*.

ipotizzare che essa sembrerebbe costituzionalizzare il divieto di aborto e pertanto ci può chiedere se un tale intervento non sia diretto a ostacolare la possibile successiva regolamentazione (federale, governativa ovvero legislativa) in materia differente da quanto affermato nella *majority opinion*.

Nonostante ciò la critica del *Justice Alito* a *Roe* è fallace, in quanto la decisione *Roe* si inserisce perfettamente nel percorso giurisprudenziale elaborato dalla Corte Warren a metà degli Anni Sessanta in cui vennero costituzionalizzati i diritti civili per “*incorporation*”. Infatti, proprio sotto il profilo storiografico così caro alla *majority opinion*, *Roe* rappresenta lo specchio di un'epoca che, per quanto sembrerebbe ipoteticamente aver esaurito la sua spinta propulsiva, non può essere negata, insieme ai rilevanti effetti giuridici manifestati da allora ad oggi.

Il *Justice Alito* si esprime in senso critico anche sulla questione della possibile sopravvivenza del feto al di fuori del corpo materno (la c.d. “*viability*”), calcolata attraverso la frammentazione della gravidanza in trimestri. Secondo *Alito* non è ammissibile che nel primo trimestre di gravidanza alla donna venga riconosciuto il diritto federale costituzionale alla *privacy* autodeterminativa, garantendole di abortire senza dover rendere conto ad alcuno. Pertanto, tale partizione in trimestri non sarebbe ammissibile da un punto di vista giuridico proprio perché sottopone la valutazione ad un parametro medico, quale la possibile sopravvivenza del feto a seconda del trimestre gestazionale, in relazione con la volontà ovvero la salute della madre.

Secondo *Alito*, ciò non troverebbe fondamento in nessun testo normativo e dall'altro contravverrebbe al fondamentale interesse di tutela della “*potentiality of human life*”. In questo passaggio emerge il retaggio implicito dell'influenza religiosa, che non viene espressa, ma rimane legata alla locuzione “*potential life*”, così definita, per esempio, nelle encicliche papali contro l'aborto³³, ovvero il riferimento alla protezione della *personhood*, della personalità del feto, fin dal momento del suo concepimento.

Per rafforzare il suo ragionamento, *Alito* ravvisa che con la decisione *Casey* del 1992 la Corte Suprema cancella il riferimento alla partizione trimestrale delle fasi della gravidanza per giustificare l'aborto esclusivamente come una scelta di libertà della donna attraverso l'elaborazione di un “*new and obscure undue burden test*”³⁴. Esso prevedeva l'integrazione di tre regole sussidiarie: la prima riguardava la presenza di un “ostacolo sostanziale” sul percorso gestazionale della futura madre prima che il feto fosse stato in grado di superare il test di *viability*; la seconda

³³Lettera Enciclica *Evangelium Vitae* del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l'invulnerabilità della vita umana, 25 marzo 1995, disponibile all'indirizzo www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

³⁴*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ___, pp. 46 ss.

concerneva se la scelta della donna ad abortire fosse stata “informata” e la terza regola sussidiaria si riferiva alla tutela della salute materna³⁵. Tali regole, seppure sussidiarie, erano ambigue e non avevano fondamento giuridico, provocando più controversie che soluzioni, e pertanto devono essere abbandonate.

Se questa è la *pars destruens* apportata dalla maggioranza nel caso *Dobbs*, qual è la *pars construens*? Secondo i *Justice* della maggioranza la soluzione appropriata riguarda la semplice restituzione nelle mani dei legislatori statali della materia abortiva (quindi non soltanto l’aborto in quanto tale, ma tutti i servizi sanitari ad esso collegati), dato che esso presenta profonde questioni morali che devono essere decise dal corpo elettorale di ciascuno Stato. Infatti, la Costituzione e il *Bill of Rights* non proibiscono ai cittadini di ciascuno Stato dal regolarlo ovvero proibirlo, mentre i precedenti giudiziari *Roe* e *Casey* si erano arrogati tale autorità.

Sembrerebbe una soluzione ragionevole, rispettosa del principio di separazione dei poteri e della prevalenza del potere politico (statale, ma non federale) sul giudiziario, essendo i giudici tenuti all’obbedienza della legge.

Al contrario, siffatta “*disincorporation*” del diritto di aborto dalla protezione costituzionale rappresenta una soluzione del tutto astratta in cui la maggioranza conservatrice ha deciso di ignorare le implicazioni per le donne che subiranno gli effetti di questa decisione. Il risultato di siffatto *overruling* è la discriminazione fondata su basi sociali ed economiche tra chi si potrà permettere di cambiare Stato o andare all’estero per ottenere un aborto e le donne che economicamente non se lo potranno permettere, cioè quelle appartenenti alle fasce più fragili della società, principalmente donne afroamericane e immigrate³⁶.

4. Le *concurring opinion* dei *Justice* Thomas, Kavanaugh e Roberts

A parte i *Justice* Gorsuch e Coney Barrett, che hanno aderito in pieno alla opinione della maggioranza, i tre *Justice* conservatori Thomas, Kavanaugh e Roberts hanno elaborato le rispettive *concurring opinion* per precisare le loro posizioni.

La *concurring opinion* del *Justice* Thomas è la più radicale nel pretendere la *disincorporation* dei diritti civili riconosciuti grazie all’interpretazione costruita dalla Corte Warren negli Anni Sessanta, sulla base dell’argomentazione che il testo letterale della Costituzione e dei suoi Emendamenti garantiscono il *due process*

³⁵*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., pp. 57 ss.

³⁶E.D. BERNICK, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, in SSRN, 13 luglio 2022, disponibile all’indirizzo ssrn.com/abstract=4161063; A.B. OMORAGBON, *Reproductive Rights: Dobbs v. Jackson and Implications for the Black Maternal Health Crisis*, in *Congressional Black Caucus*, 2022, pp. 6 ss.; L.M. PALTROW, L.H. HARRIS, M.F. MARSHALL, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, pp. 1-13.

previsto dal *XIV Amendment* “solo nei casi in cui una persona sia privata della vita, della libertà e della proprietà”³⁷.

Inoltre, il *Justice* Thomas critica così duramente il valore sostanziale attribuito alla *Due Process Clause* del *XIV Amendment* da equiparare schiavitù e aborto e senza esitazione nel sostenere che una interpretazione di questa natura venne applicata nella nefasta decisione *Dred Scott v. Sandford*³⁸, poiché la *Due Process Clause* “does not secure any substantive right, it does not secure a right to abortion”³⁹. Sulla base di questa argomentazione, il *Justice* Thomas esplicita che l'applicazione estensiva della *Due Process Clause* a diritti in precedenza riconosciuti, come nei casi *Griswold v. Connecticut*⁴⁰ (sul diritto dei coniugi di usare contraccettivi), *Lawrence v. Texas*⁴¹ (in materia di consenso sessuale tra persone adulte) e *Obergefell v. Hodges*⁴² (relativo ai matrimoni tra le persone dello stesso sesso), dovrà essere “eliminata dalla nostra giurisprudenza alla prima occasione”, pur non essendo attualmente oggetto di causa, dato che l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* che la fonda è contraria al tenore testuale del comando costituzionale; si ribadisce infatti che la *Due Process Clause* assume un ruolo meramente procedimentale.

La rigorosa, quasi pilatesca, neutralità costituzionale, secondo cui la Costituzione non è né a favore dell'aborto, né contro, è anche il cardine della *concurring opinion* del *Justice* Kavanaugh, per il quale la Corte non rende illegale l'aborto negli Stati Uniti, ma solo tale neutralità consente di restituire l'autorità al popolo nell'indirizzare la questione dell'aborto nell'alveo dei processi di autogoverno democratico stabilito dalla Costituzione del 1788. Tuttavia, si

³⁷C. THOMAS, *concurring opinion*, p. 2.

³⁸19 How.393 (1857), avendo poi premura di ricordare che siffatto precedente venne “*overruled*” sui campi di battaglia della Guerra Civile e dalla riforma costituzionale post “*Appomattox*”.

³⁹A questo proposito, si ricorda che le donne africane schiavizzate svolgevano una funzione economica per gli schiavisti, soprattutto dopo che il Congresso aveva vietato il commercio internazionale degli schiavi nel 1808. Dopo che gli schiavisti non poterono più importare schiavi, erano decisi a crearne; così costrinsero le donne schiavizzate a riprodursi, anche con la violenza. Le donne schiavizzate ricorrevano all'aborto come mezzo di resistenza (E.D. BERNICK, *Vindicating Cassandra*, cit.; S.M.H. CAMP, *Closer to Freedom, Enslaved Women and Everyday Resistance in the Plantation South*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2005, *passim*).

⁴⁰381 U.S.479 (1965).

⁴¹539 U.S.558 (2003).

⁴²576 U.S.644 (2015).

tratterebbe della realizzazione di uno dei casi di “tirannia della maggioranza” paventati da Alexis de Tocqueville già nella prima metà dell'Ottocento⁴³.

Ciò nonostante, entrambi hanno (egregiamente?) torto nell'attribuire una funzione di neutralità alla Carta costituzionale e quindi alla Corte Suprema. Questo ruolo neutrale non è concettualmente possibile, altrimenti non sarebbe stato possibile per il *Chief Justice* Marshall attribuire alla Corte Suprema il ruolo di Corte costituzionale attraverso il *Judicial Review*, come stabilito nella notissima e fondante *Marbury v. Madison* del 1803. Sempre alla luce di una prospettiva storica, dopo più di duecento anni, il precedente *Marbury* ricorda qual è il ruolo della Corte costituzionale. Esso si realizza nella valutazione della consistenza tra la carta costituzionale (che rappresenta il patto di comune e civile convivenza tra i consociati) e le norme censurate e che queste ultime siano aderenti al dettato della costituzione vivente. A questo proposito, l'interpretazione costituzionale deve essere sufficientemente elastica e valutare in che modo e misura possano adattarsi alle situazioni oggetto di contenzioso.

Infine, merita attenzione la *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, il quale aderisce in linea di principio alla decisione della maggioranza in relazione allo specifico caso sulla legislazione dello Stato del Mississippi, ma non concorda sull'overruling di *Roe* e *Casey*, in quanto siffatte decisioni non dichiaravano un diritto all'aborto infondato dal punto di vista costituzionale, ma in realtà proteggevano la donna dalla “*unduly burdensome interference with her freedom to decide whether to terminate her pregnancy*”⁴⁴.

La Corte Suprema, quindi, avrebbe dovuto limitarsi a definire con più precisione i limiti di questa libertà della donna, dato che la legge del Mississippi limita tale diritto entro le 15 settimane del concepimento provvedendo un ampio spazio temporale da consentire l'esercizio del diritto protetto da *Roe* e *Casey*, a maggior ragione con la possibilità – “*garantita da test di gravidanza accurati e a basso costo*” – di scoprire la gravidanza entro le sei settimane di gestazione⁴⁵. La critica di politica del diritto promossa da Roberts ai suoi colleghi rasenta l'intransigenza, dato che la decisione della Corte di ribaltare i precedenti *Roe* e *Casey* rappresenta un grave scossone al sistema giuridico, indipendentemente da cosa si pensi sui summenzionati casi. Una decisione più precisa che si limitasse a rigettare la linea della *viability* sarebbe stata ugualmente necessaria, ma meno sconvolgente, dato che in questo caso la Corte è paradossalmente diventata essa stessa Legislatore, introducendo un controllo statale sulle scelte individuali private

⁴³ A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, Saunders and Otley, London, 1835, II, p. 92.

⁴⁴ J. ROBERTS, *concurring opinion*, p. 8.

⁴⁵ *Ivi*, p. 9.

e chiudendo la porta (almeno da un punto di vista formale) agli ulteriori interventi federali in materia.

5. L'opposizione dei *Justice* dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor

La *dissenting opinion* scritta dal *Justice* Breyer a cui le *Justice* Kagan e Sotomayor hanno aderito sarebbe degna di una trattazione a sé stante, ma lo spazio limitato consente solo una breve sintesi.

La *dissenting opinion* chiarisce immediatamente la dannosità dell'attribuzione alle autorità governative e statali del riconoscimento del potere di decidere sul corpo della futura madre, dato che ogni donna è un essere autonomo e ha il diritto di autodeterminarsi. Infatti, alla donna verrebbe negato ogni diritto di esprimersi su se stessa dal momento in cui viene fecondata, poiché lo Stato può forzarla di portare a termine la gravidanza a qualsiasi costo personale e familiare. Inoltre, gli Stati sono messi in grado di proibire qualunque intervento di natura abortiva, compresi quelli terapeutici, come ad esempio a seguito di un aborto spontaneo, il quale può addirittura essere oggetto di indagine penale, ponendo in grave pericolo il diritto alla salute della donna e pure ribaltando il principio di presunzione di innocenza della gestante.

Lo spazio lasciato aperto a favore degli Stati federati consente a questi ultimi di obbligare una donna a portare a termine la gravidanza susseguente a uno stupro o un incesto, anche con il proprio padre, senza riguardo alle conseguenze sulla vita della medesima, ovvero portare a termine la gravidanza di un feto con gravi malformazioni o destinato a morire. Il *Justice* Breyer obietta che, indipendentemente dalle future legislazioni statali, il risultato innegabile della decisione *Dobbs* concerne la perdita sostanziale del controllo delle donne sulle loro vite e sui loro corpi realizzata attraverso la limitazione del loro status di libere ed “*equal citizens*”.

Il *Justice* Breyer critica la *disincorporation* di *Roe* e *Casey* fondata sull'argomentazione che l'aborto non è “*deeply rooted in history*”, mentre i riferimenti al diritto medievale inglese non indeboliscono la valenza giuridica dello *stare decisis*, dato che quest'ultimo costituisce la pietra angolare della *rule of law*. Quest'ultimo riguarda il principio che un precedente può essere modificato solo con ragioni valide assenti in *Dobbs*, posto che non vi sono stati mutamenti di diritto ovvero di fatto inerenti la materia, se non per la circostanza meramente politica che è cambiata la composizione della Corte e di conseguenza il suo orientamento politico.

L'obiezione sulla negata valenza giuridica del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti è riassumibile nel fatto che la decisione *Dobbs* rimane indifferente agli interessi della donna (autodeterminazione, salute, libertà di

scelta), mentre riconosce solo quello degli Stati (o dello Stato federale) a proteggere la vita potenziale di un futuro consociato.

Sulle argomentazioni di natura storica il *Justice* Breyer pone in evidenza una contraddizione logica e giuridica nella *majority opinion*: se storicamente nel *common law* l'aborto veniva considerato reato a partire dal *quickening* (cioè dal movimento del feto), ciò significa che vi era spazio non criminalizzato per l'*early abortion*: tale criterio non è distante dalla valutazione effettuata da *Roe* e *Casey* sui medesimi⁴⁶.

Ulteriormente, occorre chiedersi quali diritti avevano in mente i promotori a al tempo della ratifica del *XIV Amendment*, approvato al termine della Guerra di Secessione. A questo proposito, la *dissenting opinion* evidenzia che a ratificare il *XIV Amendment* non era il popolo nel suo complesso (secondo il noto concetto riferito a "*We the people*"), ma uomini bianchi e di retaggio britannico. Infatti, il termine "*People*" include anche l'elemento femminile della popolazione, invece i *Founding Fathers*, in quanto uomini, non erano perfettamente sintonizzati sull'importanza dei diritti riproduttivi per la libertà delle donne o per la loro capacità di partecipare paritariamente alla vita della Nazione. Ciò significa che coloro che hanno ratificato sia il *XIV Amendment* nel 1868 sia la Costituzione nel 1788 non pensavano né intendevano considerare le donne come partecipanti a pieno titolo della comunità nazionale raccolta nella suddetta locuzione relativa a "*We the People*". In questo modo, l'opinione di maggioranza sostiene che leggere la Costituzione come l'avrebbero intesa i loro autori significa considerare le donne cittadine di seconda classe, che era proprio ciò da cui il precedente *Casey* intendeva proteggerle, cioè relegarle ad uno stato inferiore sia nella sfera pubblica sia in quella familiare, dato che la Costituzione protegge tutti gli individui, maschi o femmine, dagli abusi del potere governativo (ovvero della Corte Suprema stessa).

Infine, la *dissenting opinion* prende in considerazione le ragioni valide per ribaltare un precedente (e ovviamente mancanti in *Dobbs*), cioè: 1. un cambiamento nella dottrina che renda obsoleta la decisione precedente; 2. un cambiamento fattuale della medesima natura; 3. *an absence of reliance because the earlier decision was less than a decade old*. *Dobbs* non integra nessuno di questi parametri, anzi, *Roe* e *Casey* si inserivano nel percorso di protezione della libertà e dell'uguaglianza in conformità dei precedenti sul *XIV Amendment*.

Neppure è fondata la critica dell'*undue burden standard*, perché come qualsiasi *standard* esso deve essere applicato in modo flessibile caso per caso in una miriade di circostanze imprevedibili.

Anche la *dissenting opinion* si munisce di un'appendice, che però fa riferimento alla critica dei 28 precedenti citati dalla maggioranza.

⁴⁶S. BREYER, *Dissenting opinion*, p. 13.

6. Conclusioni

Per concludere queste sommarie riflessioni si vuol fare nuovamente riferimento al *Chief Justice* Marshall, uno dei *Framers* ancora influente sull'assetto costituzionale statunitense. Il pensiero non va al precedente *Marbury*, ma a *McCulloch v. Maryland*⁴⁷, citato proprio dal *Justice* Breyer. In tale decisione, il *Chief Justice* Marshall scrisse che i Padri fondatori sapevano di avere elaborato un documento che sarebbe durato “*for ages to come*” e che doveva essere adattato al futuro. Ciò significa che la Costituzione è scritta, ma che i *Framers* comprendevano che il mondo avrebbe subito dei cambiamenti. Quindi essi non definirono i diritti facendo riferimento alle specifiche pratiche esistenti al tempo, ma li hanno enucleati in termini generali, al fine di permettere future evoluzioni negli scopi e nei significati. E la Corte Suprema stessa accolse di volta in volta l'invito dei *Framers*, applicandoli in nuovi modi, in risposta ai nuovi bisogni e condizioni, dato che – inoltre – la tradizione costituzionale cui fa riferimento il *Justice* Alito nella sua opinione di maggioranza evolve, anche se si basa sui principi, sulla storia e sui precedenti costituzionali.

Per questo, la tradizione costituzionale non cattura un singolo momento, ma concerne i mutamenti contenuti nel lungo percorso ricostruttivo dei precedenti, applicando i *commitment* fondamentali della Costituzione alle nuove condizioni. Invece, nella decisione *Dobbs* si ricava l'impressione che trionfi la contrapposizione ideologizzata tra i “*pro-life*” e i “*pro-choice*”, a discapito della ragionevolezza necessaria per un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, estremizzando gli eccessi già presenti nello scenario statunitense.

⁴⁷ 4 Weath. 316, 415 (1819).

La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* *

ELETTRA STRADELLA**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 19–1392, decided June 24, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

Sommario: 1. Premessa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e la decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti. – 2. Il percorso verso l'*overruling*. – 3. *Dobbs* e l'interpretazione originalista. – 4. *Dobbs* e il suo impatto politico-costituzionale negli Stati Uniti. – 4.1. *Dobbs* e l'invisibilizzazione delle donne. – 4.2. La *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. – 5. *Dobbs* e la regressione transnazionale nella tutela dei diritti di genere.

Data della pubblicazione sul sito: 2 novembre 2022

Suggerimento di citazione

E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: elettra.stradella@unipi.it.

1. Premessa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e la decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti

Il 24 giugno scorso la Corte Suprema degli Stati Uniti, con decisione assunta a maggioranza (6 – 3) nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, ha stabilito che la Costituzione degli Stati Uniti non impedisce ai cittadini di ciascuno Stato di regolare o vietare l'aborto, fenomeno che presenta profonde implicazioni etiche e morali. Ha così superato i suoi precedenti giurisprudenziali che avevano, invece, riconosciuto nel quadro dei principi e dei diritti costituzionali l'affermazione del diritto all'aborto, definendone una portata costituzionale nonostante esso non sia presente all'interno del testo. A partire da questa pronuncia ciascuno Stato ha piena autonomia nella regolazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, potendo consentirla attraverso una legislazione particolarmente permissiva, ma anche vietarla radicalmente, senza eccezioni, in quanto non esiste una legge federale sulla materia né, secondo la Corte, un fondamento costituzionale del diritto di abortire. In questo senso la Corte opera la decostituzionalizzazione di un diritto che, attraverso la sua precedente giurisprudenza, aveva coperto delle garanzie derivanti dalla sua federalizzazione e dal riconoscimento della sua immediata riconducibilità al XIV Emendamento della Costituzione².

Un tentativo di intervento legislativo federale si è peraltro recentemente realizzato nel *Women's Health Protection Act*, con il quale gli esponenti democratici che lo sostenevano, sia alla Camera sia al Senato, intendevano vietare l'introduzione di limitazioni e restrizioni nell'accesso alle procedure abortive, sostituendo alle numerose, e variegate, leggi statali vigenti sulla materia, una disciplina omogenea a livello federale; ma, dopo l'approvazione da parte della Camera dei rappresentanti nel 2021, la proposta è stata bocciata dal Senato nel febbraio del 2022.

Il quadro giuridico, politico e culturale nel quale si inserisce la sentenza *Dobbs*, il percorso che ha condotto alla sua emanazione, e la pluralità degli impatti che essa è in grado di esercitare, sul piano individuale e collettivo, meritano certamente i numerosi commenti che hanno animato il dibattito nelle settimane immediatamente successive alla pronuncia. In queste pagine si cercherà di dar

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. 2022. Diversi sono i commenti pubblicati nelle settimane che hanno seguito la pronuncia, e alcuni di questi saranno citati nel corso della riflessione, si segnala però fin d'ora L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere "egregiously wrong from the start"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022.

² Si veda anche il recente commento di A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2022.

conto, seppure sinteticamente, dei profili che si ritengono cruciali per comprendere le “faglie ideologiche e le nuove linee di tendenza” della Corte, in una prospettiva di genere orientata a collocarle all’interno del panorama internazionale delle sfide ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne.

2. Il percorso verso l’*overruling*

Per comprendere quello che è avvenuto in *Dobbs* occorre certamente delineare il percorso che ha condotto alla pronuncia, frutto di un progetto politico di lungo termine, la cui realizzazione sarebbe passata proprio attraverso la possibilità di incidere sulla composizione della Corte Suprema.

È dell’aprile del 2007 la prima pronuncia favorevole a un’interpretazione restrittiva del diritto (costituzionale) all’aborto negli Stati Uniti, come tale costruito dalla Corte Suprema nel *landmark case* *Roe v. Wade* del 1973³, pur già parzialmente messa in discussione vent’anni dopo in *Planned Parenthood v. Casey*⁴, quando la Corte aveva introdotto, per la valutazione della legittimità di previsioni concernenti l’aborto, l’*undue burden test*, con il quale i giudici avrebbero dovuto valutare l’incostituzionalità di qualsiasi restrizione al diritto di abortire verificando se la limitazione era tale da gravare sul diritto della donna in modo sproporzionato rispetto ai benefici che intendeva determinare. Un test che è stato utilizzato fino ad oggi per sanzionare qualsiasi “onere eccessivo” imposto sulla capacità di decidere della donna in merito a una interruzione volontaria di gravidanza: come ricordato nella sentenza *Stenberg v. Carhart* del 2000, quando una legge limita un diritto costituzionale garantito (come l’aborto a partire dal 1973) e non ci sono altre giustificazioni per quell’intervento legislativo, se non l’ostilità del legislatore nei confronti di quel diritto, *the burden is undue*.

Ma nel 2007 alla Corte è arrivato il giudice Samuel Alito, redattore dell’opinione di maggioranza dell’attuale caso *Dobbs*, e con *Gonzales v. Carhart*⁵ la Corte ritiene costituzionale una legge federale del 2003, il *Partial Birth Abortion Ban Act*, con la quale si vietava ai medici di ricorrere a una tecnica abortiva particolarmente cruenta, utilizzabile nel secondo trimestre della gestazione. A fronte della *dissenting opinion* scritta dalla giudice Ruth Bader Ginsburg, nella quale si sottolinea la gravità di una decisione del genere, e si richiama l’elemento relativo alla tutela della salute della donna, la Corte ritiene che l’incertezza medica non impedisca al legislatore di intervenire sul tema dell’aborto, così come può farlo su altre questioni: insomma la necessità, sancita da *Roe*, di prevedere eccezioni a eventuali limitazioni dell’aborto quando siano finalizzate a garantire la salute e la

³ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁵ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), su cui cfr. A. SPERTI, nota in *Il Foro Italiano*, luglio-agosto 2007, vol. 130, n. 7/8.

vita della gestante, sembra venire meno, e il legislatore può costituzionalmente limitare o impedire l'utilizzo di una determinata tecnica abortiva quando “*ethical and moral concerns*” stiano alla base del suo divieto.

Come è stato recentemente sottolineato⁶, con la sentenza *Gonzales* entra nel discorso sull'aborto il tema della dignità, un concetto per lo più assente dalla cultura giuridica nord-americana⁷, e assente dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti sessuali e riproduttivi, segnata piuttosto dall'affermazione della *privacy*, centrale a partire dalla sentenza *Griswold v. Connecticut*⁸, nella quale la “*marital privacy*” e l'utilizzo della contraccezione che di questa rappresenta una manifestazione, era stata considerata un portato del Primo, Terzo, Quarto e Quinto Emendamento, ed era stato dunque ritenuto sufficiente il diritto alla *privacy*, diritto costituzionale che affonderebbe le sue radici direttamente nel *Bill of Rights*, a dare copertura al diritto delle coppie sposate di utilizzare mezzi contraccettivi per la prevenzione di gravidanze indesiderate. La sentenza *Roe v. Wade*, figlia di *Griswold*, aveva così impostato il *right to abortion* sul diritto alla *privacy*, e i primi passi verso la demolizione del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza si compiono nel momento in cui viene fatta entrare, nell'alveo dei principi e degli interessi di rilievo costituzionale capaci di limitare l'autonomia individuale, la dignità, concetto conosciuto e rilevante nello spazio giuridico europeo e nelle dinamiche del bilanciamento, ma potenzialmente dirompente nel contesto nord-americano.

Il percorso verso l'*overruling* di *Roe* è poi segnato, negli ultimi anni, dalla progressiva adozione di leggi statali volte a restringere l'ampiezza della garanzia dell'effettività del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, attraverso l'introduzione di divieti di accesso all'aborto fondati sul grado di avanzamento della gravidanza, ed in particolare l'imposizione di requisiti organizzativi

⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *Dobbs v. Roe. L'autodeterminazione femminile espulsa dall'agenda politica statunitense*, in *Euronomade.info*, 5 luglio 2022, disponibile all'indirizzo www.euronomade.info/?p=15078; rilevante l'intervento di Marella in occasione del seminario svoltosi presso l'Università di Roma Tre l'8 luglio 2022, dal titolo “*La sentenza della Corte Suprema USA Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. Quale autodeterminazione riproduttiva per le donne? Quali le ricadute in Europa?*”.

⁷ Sul tema della dignità nel sistema costituzionale nord-americano cfr. A. BARAK, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, spec. pp. 185 ss., il quale sottolinea (p. 188) che, sebbene negli Stati Uniti la dignità umana sia riconosciuta come un “valore sociale”, essa non è stata sufficientemente sviluppata nel diritto americano e non ha mai raggiunto una rilevanza tale da comportarne il riconoscimento come diritto costituzionale. Semplicemente è stata introdotta e configurata del tutto occasionalmente, da parte di alcuni giudici, generalmente nel contesto di opinioni dissenzienti.

⁸ Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

generalmente onerosi per le cliniche nelle quali si praticano gli aborti e per i medici che in esse operano, solo dichiaratamente fondati su esigenze di tutela della salute della donna⁹. Di recente è intervenuto il *Texas Heartbeat Act*, con il quale è stata introdotta una disciplina dell'aborto particolarmente restrittiva, e sul quale si è pronunciata la Corte Suprema in *Whole Woman's Health v. Jackson* nel 2021¹⁰. In questo caso, a fronte della decretata sospensione dell'entrata in vigore del provvedimento, restrittivo come nessun altro¹¹, tanto da essere in grado di vanificare completamente il diritto (all'epoca ancora costituzionale) all'aborto delle donne texane, la Corte, chiamata a pronunciarsi su un'istanza di annullamento della sospensione, rigetta il ricorso presentato in via emergenziale, per una serie di ragioni di carattere procedurale sulle quali non è questa la sede per soffermarsi¹², e di fatto consente l'entrata in vigore della legge statale.

Considerati gli evidenti profili di incostituzionalità di una legge irragionevolmente restrittiva, scarsamente scientifica, ma anche introduttiva di un meccanismo di *enforcement* preoccupante per la sua capacità di eludere il *judicial review*¹³, la scelta della Corte di non fare nulla sembra già preludere a quanto pochi

⁹ Si tratta delle ben note *Targeted Restrictions on Abortion Providers*, le c.d. *TRAP laws*, con le quali i legislatori statali hanno stabilito requisiti professionali e strutturali sostanzialmente finalizzati a rendere oneroso l'accesso all'aborto per le donne in quanto difficilmente praticabile da parte degli operatori sanitari, cfr. L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016, pp. 806 ss. È importante notare che le c.d. *TRAP laws* fanno parte di un più generale slittamento del discorso antiabortista dalla focalizzazione sul diritto alla vita del nascituro a quella sulla presunta pericolosità delle pratiche abortive per la salute della donna, secondo un approccio paternalista che non manca di avvalersi di dati e considerazioni del tutto infondate scientificamente, come illustra approfonditamente S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 1087 ss.

¹⁰ Cfr. *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U. S. (2021).

¹¹ Poiché legava, come si evince già dal titolo, il limite temporale per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza all'elemento, peraltro parecchio controverso anche dal punto di vista scientifico, del battito cardiaco fetale, normalmente rintracciabile a partire dalla sesta settimana di gestazione, quando in molti casi una donna non è neppure ancora a conoscenza dello stato di gravidanza, e in ogni caso all'incirca quattro mesi prima dell'inverarsi del requisito della *viability*, individuato da *Roe v. Wade* come discriminare per la legittimità di interventi restrittivi dell'accesso all'aborto.

¹² Sulla pronuncia si rinvia a M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, n. 4/2021.

¹³ Ci si riferisce alla *private civil enforcement action*, in base alla quale qualsiasi privato cittadino, che non sia titolare dell'esercizio di funzioni pubbliche o dipendente di un *public*

mesi dopo sarebbe avvenuto con *Dobbs*. Anche dal punto di vista delle fratture e delle tendenze interne alla Corte Suprema.

Infatti, in questo caso la decisione è assunta con una maggioranza di 5-4, che prepara il 6-3 del 2022. L'*opinion of the Court* è accompagnata da 4 opinioni dissenzienti, oltre che di Breyer, Sotomayor e Kagan, anche di Roberts, il quale, come si vedrà in seguito, è invece autore in *Dobbs* di una *concurring in the judgement*, che lo conduce, pur nella sostanziale divergenza di argomentazione, all'interno della maggioranza ultraconservatrice che cancellerà *Roe v. Wade*. È interessante notare come nei *dissents* del 2021 si richiama un percorso giurisprudenziale di consolidamento del diritto costituzionale all'aborto che appare invece in crisi. Il divieto texano rappresenterebbe una palese violazione del diritto costituzionale di aborto nelle prime fasi della gravidanza, proprio in considerazione dei precedenti, anche vicini nel tempo, che indicano l'illegittimità di interventi statali limitativi dell'esercizio del diritto nel primo trimestre della gravidanza, basti pensare a *June Medical Services L. L. C. v. Russo*¹⁴ del 2020.

Questa decisione, significativa anche perché giunta in seguito alla nomina alla Corte da parte del Presidente Trump di due giudici notoriamente antiabortisti, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh¹⁵, sembra riprendere il precedente di *Whole*

body, statale o locale, può avviare un'azione civile contro chiunque realizzi, aiuti o favorisca, anche economicamente, una pratica abortiva che si ponga in contrasto con la legge statale.

¹⁴ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. 1101 (2020). La legge dello stato della Louisiana chiedeva in questo caso che i medici abilitati a effettuare interruzioni della gravidanza fossero dotati di *admitting privileges* in almeno un ospedale autorizzato entro una distanza di circa 50 km dalla clinica abortiva. Per *admitting privileges* si intende la posizione soggettiva del medico che, grazie al fatto di avere un rapporto con un determinato ospedale, è nella condizione di stabilire il ricovero di un paziente in determinate strutture per fornire servizi diagnostici o terapeutici specifici. La *ratio* (teorica) di interventi normativi di questo tipo risiede chiaramente nell'esigenza di garantire la sicurezza e la salute delle donne, ma spesso essi, per come disegnati, tendono a diventare strumenti di neutralizzazione dell'effettività del diritto all'aborto.

¹⁵ Si veda su questo S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, cit. Va peraltro sottolineato che quella di Gorsuch, così come sarà per la nomina di Amy Coney Barrett, risulta essere una nomina piuttosto discutibile nel metodo, da parte di Trump. Come si ricorderà, infatti, nel febbraio del 2016, dopo l'improvvisa morte del giudice Scalia, agli inizi della campagna presidenziale, il Senato rifiutò di riunire la *judiciary commission* per discutere della nomina del giudice Garland, proposto dall'allora presidente Obama, ritenendo che una nomina nell'anno elettorale non sarebbe stata opportuna; solo pochi anni dopo, a due mesi dall'*Election Day*, Trump, a seguito della morte di Ruth Bader Ginsburg, avrebbe invece nominato la giudice Coney Barrett, poi immediatamente confermata dal Senato.

*Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁶, in cui la Corte Suprema ha rilevato l'incostituzionalità di un'altra legge, sempre del Texas, in quanto i requisiti organizzativi e professionali stabiliti (i c.d. *admitting privileges*) rappresentavano un *undue burden* sul diritto della donna all'interruzione della gravidanza, e lo ha fatto mettendo in discussione che tali requisiti, evidentemente limitativi delle effettive possibilità di accesso all'aborto, fossero funzionali alla protezione della salute femminile, poiché nulla di concreto condurrebbe a questa conclusione. E dunque, con *Whole Woman's Health*, il test dell'*undue burden* formulato in *Planned Parenthood* diviene ancora più stringente, rappresentando lo strumento con il quale le corti devono verificare, in tutti i casi in cui si trovano ad applicare una legge che limita il diritto all'aborto, se l'intervento normativo persegue un interesse legittimo, devono mettere a confronto i vantaggi delle restrizioni introdotte con l'intensità dei limiti che fanno gravare sui diritti riproduttivi delle donne, e, in quest'opera di bilanciamento, devono fondarsi su dati oggettivi, *evidence-based* e quindi scientificamente affidabili.

La sentenza *June Medical Services* conferma il principio che impedisce agli stati di stabilire un "onere eccessivo" gravante sulle donne che vogliano accedere all'aborto nel periodo precedente la *viability* del feto, ma è interessante segnalare le differenze tra la decisione del 2016 e quella del 2020 per leggere in controtuce il complesso percorso che conduce fino a *Dobbs*.

La legge oggetto della pronuncia del 2020 è sostanzialmente identica alla legge texana dichiarata incostituzionale nel 2016, ma nel caso più recente il giudice Roberts, che in *Hellerstedt* si era espresso con una *dissenting opinion*, si unisce ai 4 giudici "progressisti" nel censurare l'incostituzionalità della legge della Louisiana oggetto della decisione. Lo fa con una *concurring opinion* significativa delle tensioni che scuotono dall'interno la Corte Suprema nell'attesa dello storico *overruling*. A differenza del test utilizzato in *Hellerstedt*, che propone, come ricordato, un bilanciamento tra benefici derivanti dalla limitazione del diritto all'aborto e gravosità delle restrizioni introdotte, Roberts propone in *June Medical Services* un altro percorso argomentativo, secondo il quale dovrebbe essere ritenuta costituzionale qualsiasi regolazione che possa essere giustificata dall'esistenza di un fondamento non arbitrario e che non imponga un "*substantial obstacle*"¹⁷, introducendo così uno standard meno rigoroso, tale da consentire di fatto la

¹⁶ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016), su cui A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, M. GOODWIN, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, n. 2/2017, pp. 340 ss. Anche questa pronuncia, come la citata *June*, aveva ad oggetto una legge che introduce *admitting privileges*.

¹⁷ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit.

sopravvivenza di previsioni che stabiliscano *admitting privileges* sulla base di una valutazione *case by case* più condizionata dalle specificità statali. Questo punto è importante nel tracciare il percorso verso *Dobbs*, perché in questo caso Roberts pone l'accento sul ruolo dei legislatori nella definizione delle regole in materia di aborto e nell'attività di bilanciamento tra i diversi interessi che si confrontano nella sua disciplina, mettendo in secondo piano il ruolo delle Corti, che invece risultava centrale nel precedente di *Hellerstedt*. E non è un caso che il *Chief Justice* citi proprio la sentenza *Gonzales* per ricordare che è il potere legislativo, a livello statale e federale, ad essere dotato della più ampia discrezionalità regolativa in tutti quegli ambiti in cui non esistono certezze medico-scientifiche¹⁸.

Proprio il tema delle presunte incertezze medico-scientifiche, come segnala Susanna Mancini¹⁹, rappresenta il terreno fertile per un discorso politico, ma anche giurisprudenziale, che si appropria in modo fortemente distorsivo dell'approccio *evidence-based* tipicamente nord-americano.

In questo quadro non manca un tradizionale utilizzo della libertà di espressione come volano per la diffusione di dati e informazioni strumentali al progressivo sgretolamento del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza; basti riferirsi alla sentenza *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* del 2018²⁰, in cui la Corte Suprema ritiene incostituzionale una legge dello stato della California che prevedeva che le strutture fornitrici di servizi relativi alla gravidanza dovessero pubblicare informazioni chiare e trasparenti che mettessero a conoscenza i pazienti se non si trattava di centri medici autorizzati e dovevano rendere noto che lo stato della California offre servizi di assistenza sanitaria riproduttiva finanziati con fondi pubblici, tra i quali la contraccezione e l'assistenza per l'interruzione volontaria della gravidanza. E' il giudice Thomas in questa occasione a redigere per la maggioranza una decisione che focalizzando la questione sul Primo Emendamento sostiene che l'intervento del legislatore californiano viola la *freedom of speech* nel momento in cui impone a queste strutture di fornire informazioni su pratiche e strumenti ai quali i loro responsabili si oppongono, trattandosi di una *content-based regulation*: vale a dire che, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema, possono essere date informazioni insufficienti e incomplete, ed è legittimo celare consapevolmente quali sono i servizi che vengono messi a disposizione dallo stato per la tutela della salute

¹⁸ Cfr. Roberts, C.J., *concurring in judgment in June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. 1101 (2020), 2136 (e il riferimento è a *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 163 (2007)).

¹⁹ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit.

²⁰ Cfr. *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U.S. (2018)

riproduttiva, qualora le notizie che dovrebbero essere divulgate non siano in linea con le convinzioni dei responsabili delle strutture²¹.

²¹ Le restrizioni *content-based* alla libertà di manifestazione del pensiero sono quelle che limiterebbero l'intervallo di scelta, causando il fatto per cui i "consumatori", in questo caso le utenti del servizio, con una elevata domanda delle espressioni soggette, per il loro contenuto, a limitazioni, non sarebbero in grado di venire a contatto con le opinioni che sceglierebbero liberamente di ascoltare, percepire e conoscere, mentre chi ha bassa domanda delle varietà rimanenti di espressioni (non soggette a restrizioni) troverebbero disponibili quelle da loro richieste (cfr. D. FARBER, *Free speech without romance: public choice and the First Amendment*, in *Harvard Law Review*, vol. 105, n. 2/1991, pp. 560 ss.). Occorre ricordare però alcuni aspetti in materia di *content-based regulation*, che interrogano circa l'impostazione scelta nell'*opinion* redatta dal giudice Thomas. Innanzitutto, come è noto, la Corte Suprema nei casi di regolazioni *content-based* dell'espressione applica uno *strict scrutiny* in cui l'*interest* che sta alla base della regolazione deve risultare *compelling*. Chiaramente in questo caso, trattandosi di obblighi di comunicazione che si fondano sulla tutela del diritto alla salute, non è difficile rintracciare la natura *compelling* dell'interesse pubblico alla regolazione, a meno di non sposare, come avviene nella sentenza, un approccio ascientifico (più che antiscientifico). Inoltre, va segnalato che la legge californiana non sarebbe comunque rientrata nel più critico, rispetto all'ampia e costituzionalmente intensa protezione del Primo Emendamento, ambito della *viewpoint-based regulation*, non imponendo naturalmente alle strutture la condivisione di un determinato punto di vista, ma soltanto la circolazione di alcuni contenuti informativi. Sulle diverse tipologie di regolazione del discorso, si rinvia in particolare ad alcune letture fondamentali, tra cui G.R. STONE, *Content regulation and the First amendment*, in *William and Mary Law Review*, n. 15/1983, pp. 189 ss.; ID., *Content-neutral restrictions*, in *University of Chicago Law Review*, n. 54/1987; C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, Free Press, New York City, 1993, spec. pp. 188 ss.; R. SINGH, *The indirect regulation of speech: a time and a place for everything?*, in *Public Law*, n. 2/1988, pp. 212 ss.; F. SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, spec. pp. 148 ss.; M. REDISH, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, in *Stanford Law Review*, n. 34/1981, p. 131. Infine, si rammenti che anche nel *landmark case* *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), la cui opinione di maggioranza è redatta dal giudice Scalia, e condivisa tra gli altri dallo stesso Clarence Thomas, le forme di *content-based regulation* non sono vietate in maniera indiscriminata, ma è anzi indicato come alcuni tipi di *content discrimination* non si pongano in violazione del Primo Emendamento, ed in particolare "quando il fondamento per la *content discrimination* consiste interamente nell'effettiva ragione per cui l'intera classe espressiva in questione risulta limitabile, non esiste alcun significativo pericolo di discriminazioni ideali o *viewpoint based*. Una tale ragione, essendo stata giudicata abbastanza neutrale da consentire l'esclusione dell'intera classe espressiva dalla protezione del Primo Emendamento, è anche abbastanza neutrale per costituire il fondamento della distinzione all'interno della classe", e questo ragionamento è ripreso in *Virginia v. Black*, 538 U.S. 344

In *Dobbs*, la via aperta nel 2007, al momento dell'ingresso del giudice Alito all'interno della Corte, si compie proprio con le argomentazioni di quest'ultimo, redattore della *opinion of the Court*, con le quali consolida il percorso regressivo della Corte Suprema, emergente dalla bozza diffusa in anticipo della sentenza, di cui il 24 giugno si è avuta conferma; ma si può sottolineare come la stessa diffusione anticipata della bozza in questione sia un fatto già di per sé eccezionale e preoccupante, sintomatico del conflitto presente all'interno del collegio dalla bozza diffusa in anticipo della sentenza, di cui il 24 giugno si è avuta conferma.

In quest'ultima decisione la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con la Costituzione di una legge del Mississippi, il *Gestational Age Act*, che vietava pressoché sempre l'aborto dopo la quindicesima settimana di gestazione (anche in presenza di stupro e di incesto), tranne che in casi di emergenza medica o di gravi anomalie fetali. Poiché la legge si poneva manifestamente in contrasto con quanto stabilito dalla Corte Suprema nella storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973, dove era stato costituzionalizzato, cioè ritenuto direttamente derivante dai principi e dai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, il diritto all'aborto, come parte del diritto alla privacy, la Corte questa volta ritiene di dover decidere se continuare ad applicare il precedente, oppure fare *overruling*, ritenendo sbagliata e da superare la posizione precedentemente assunta. In realtà, come si vedrà emergere chiaramente dalla *concurring* del *Chief Justice* Roberts, l'alternativa tra dichiarare incostituzionale la legge del Mississippi applicando de plano il precedente di *Roe*, e abrogare il precedente di *Roe*, non era per nulla netta e insuperabile.

Va ricordato, infatti, che la sentenza *Roe* non aveva in realtà negato il diritto degli stati a proteggere "la vita umana in potenza", ma aveva sostenuto la necessità di un bilanciamento e di una diversa graduazione degli interessi in gioco a seconda della fase della gravidanza, tale da condurre a una limitazione del potere dello Stato di incidere sulla scelta di interrompere la gravidanza nel primo trimestre, e alla possibilità di esercitare questo potere nel secondo trimestre, purché in modo ragionevole e con una finalità di tutela della salute della donna. Centrale, in *Roe*, era l'elemento della *viability*, vale a dire la possibilità per il feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno, ad essere considerato da quella Corte come il criterio determinante nella modulazione dell'incostituzionalità di limiti posti dal legislatore al diritto a interrompere la gravidanza. La legge del Mississippi, in effetti, si limitava a ridurre il periodo della gravidanza durante il quale sarebbe stato ammissibile interromperla, portandolo a 15 settimane (ricordiamo che in Italia, secondo quanto previsto dalla legge n. 194 del 1978, questo periodo è più ridotto, pari a 90 giorni, trascorsi i quali l'aborto è possibile esclusivamente qualora la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo di vita per la donna, e quando

(2003), su cui G.F. FERRARI, *La giurisprudenza della Corte Suprema americana nel biennio 2002-2003*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2003.

siano accertati processi patologici che determinino un grave pericolo per salute fisica o psichica della donna).

A questo punto, occorre analizzare la scelta dell'*overruling* operata in *Dobbs* da tre punti di vista: quello interpretativo, e del pensiero costituzionale che la decisione traduce; quello dell'impatto politico-istituzionale all'interno degli Stati Uniti; e quello, più ampio, del significato che assume in dimensione transnazionale e quale manifestazione di un perdurante, e per certi versi rinnovato, assetto patriarcale, caratterizzato da una violenza strutturale e istituzionale nei confronti delle donne.

3. *Dobbs* e l'interpretazione originalista

Iniziando a riflettere sul primo aspetto, quello relativo all'interpretazione adottata dalla Corte Suprema, è stato già segnalato da tutti i commentatori e le commentatrici, all'indomani della decisione, che la sentenza fa proprio, in modo forte e identificativo, un approccio originalista, con il quale i giudici vanno alla ricerca dell'intento originario dei costituenti cristallizzandolo e negando la legittimità di un'interpretazione evolutiva volta a riconoscere, anche a partire dalle esigenze provenienti dalla società, nuovi e diversi diritti. Il precipitato di questa teoria nel caso in questione è ben rappresentato dalla forza con cui l'opinione di maggioranza critica radicalmente la scelta operata dalla Corte negli anni Settanta, definita come *egregiously wrong*²²: la Corte infatti avrebbe occupato un posto che non le spettava, riconoscendo un diritto costituzionale all'aborto senza che ve ne fosse traccia all'interno della Costituzione, e nella totale assenza di un orientamento in tal senso da parte dei costituenti.

Questo orientamento sulla (pressoché im)possibile individuazione di ulteriori diritti costituzionali rispetto a quelli espressamente sanciti, non è certamente univoco, se è vero, ad esempio, che nel 2015 la sentenza *Obergefell v. Hodges*²³ ha riconosciuto il diritto al matrimonio tra le persone dello stesso sesso. Certamente, l'individuazione di nuovi diritti, quando essi non siano radicati nella tradizione americana, deve poggiare sulla loro riconducibilità alla dimensione centrale della libertà presente nel Quattordicesimo Emendamento (la *liberty* divenuta centrale in *Casey*), ed è sul *right to privacy* (fatto emergere anche dalla *penumbra* di altri diritti

²² Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., spec. p. 44.

²³ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), sulla quale si rinvia in particolare a A. SPERTI, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, in *Genius*, n. 2/2015, e più ampiamente, sulla storia giurisprudenziale dei diritti LGBT e specificamente sul percorso che ha condotto al riconoscimento del *same sex marriage* EAD., *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, vol. 14, Hart Studies in Comparative Public Law, Hart Publishing, Oxford, 2017.

costituzionali contenuti all'interno del *Bill of Rights*) che la sentenza *Roe* aveva costruito il riconoscimento del diritto all'aborto, così come nel 2003, sempre in relazione al *right to privacy*, in *Lawrence v. Texas*, erano state ritenute incostituzionali le *sodomy laws*, lesive del diritto ad avere rapporti consensuali non procreativi (nel caso specifico delle leggi del Texas in particolare del diritto ai rapporti omosessuali, gli unici sanzionati in quello stato, a differenza di quanto accadeva in altri che censuravano la sodomia in quanto tale)²⁴.

In *Dobbs*, invece, la corte recupera la visione puramente originalista del *dissent* di Alito nella sentenza sul matrimonio omosessuale, e applica rigorosamente (si fa per dire, come emergerà a breve) il canone della storia per escludere l'aborto dalla sfera dei diritti fondamentali²⁵.

Tra gli interrogativi che si pongono, leggendo la sentenza, uno riguarda proprio "l'originalità dell'originalismo" di *Dobbs*: ci si chiede cioè se questa maggioranza di sei giudici, questo blocco che così attivamente sta spingendo la Corte attraverso una vera e propria politica giudiziaria ideologicamente connotata, possa essere identificata attraverso l'approccio *tout court* originalista, oppure se vada aggiunto altro²⁶.

Sono interessanti le riflessioni di Balkin, che sembrano collocare *Dobbs* più nell'alveo del *traditionalism* che dell'*originalism*²⁷.

Alito, infatti, riprendendo, come già accennato, la *dissenting opinion* in *Obergefell*, adotta un approccio in base al quale è irrilevante che un diritto sia ritenuto molto importante se esso non risulta profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione, e, al fine di decidere se un diritto è profondamente radicato, bisogna verificare se esiste una lunga storia di riconoscimento e tutela del diritto in questione, cosa che non sarebbe rinvenibile nel caso del diritto all'aborto.

²⁴ Si veda sempre su questo V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005.

²⁵ Si tratterà di capire "quale storia"; parla di *cherry-picked history* A. GOU, *Cherry-picked history: Reva Siegel on "living originalism" in Dobbs*, in *SCOTUSblog*, 11 agosto 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/08/cherry-picked-history-reva-siegel-on-living-originalism-in-dobbs/.

²⁶ Sull'originalismo in *Dobbs*, letta in fase di *draft*, cfr. C. BOLOGNA, *Aborto e originalismo dei diritti*, in *Rivista Il Mulino*, 23 maggio 2022.

²⁷ Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition - Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 8 luglio 2022, disponibile all'indirizzo balkin.blogspot.com/2022/07/more-on-text-history-and-tradition.html; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 12 luglio 2022, richiama, per una recente ricostruzione delle diverse letture dell'originalismo, L.P. VANNONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *DPCE online*, n. 2/2021, pp. 499 ss.

Questo test di verifica della fundamentalità di un diritto nell'alveo della *due process clause* viene ricavato da Alito dalla decisione *Washington v. Glucksberg* del 1997²⁸, quando la Corte aveva ritenuto che il diritto al suicidio assistito non rientrasse tra i diritti derivanti dalla *due process clause* di cui al Quattordicesimo Emendamento; ma in realtà *Glucksberg* riconosceva il diritto all'aborto come protetto costituzionalmente, ed è comunque precedente a casi successivi che hanno invece adottato un diverso approccio (ci si riferisce alle già citate *Lawrence v. Texas* e *Obergefell v. Hodges*), ritenendo che l'idea che la libertà debba essere qualificata in modo circoscritto, e vincolata dal richiamo ad una storia e tradizione specifica, senza le quali di libertà costituzionale non sarebbe possibile parlare, se può essere opportuna rispetto ad alcuni diritti, quale quello oggetto della decisione in *Glucksberg*, non lo è per altri diritti fondamentali, quali quelli relativi al matrimonio o alla sessualità.

Alito svolge invece una minuziosa ricostruzione storica in materia di disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, ma è una ricostruzione chiaramente orientata. Basti pensare alla lettura che opera della *common law*, e delle opinioni espresse da Hale e Blackstone, secondo i quali un soggetto avrebbe potuto essere incriminato se attraverso un aborto avesse provocato la morte di una donna. La lettura *anti-choice* di queste posizioni manca infatti di considerare che esse erano volte a proteggere la vita delle gestanti, piuttosto che dell'*unborn human being*²⁹. Ma al di là dello scarso rigore ricostruttivo, bisognerebbe ricordare che sempre alla tradizione giuridica di *common law* è riconducibile il fondamento della distinzione tra violenza sessuale endomatrimoniale e altre forme di violenza sessuale³⁰, e proprio Hale e Blackstone ritenevano motivata l'esenzione di questa "particolare" fattispecie dalla criminalizzazione dello stupro, in base all'applicazione combinata della dottrina della copertura e del consenso implicito³¹. Ciò per dire che rivolgersi alla tradizione non è sempre, necessariamente, compatibile con i principi del costituzionalismo.

²⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

²⁹ Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition*, cit.

³⁰ Si consenta di rinviare sul tema a E. STRADELLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, spec. pp. 246 ss.

³¹ Cfr. A. TARAFDER, A. GHOSH, *The Unconstitutionality of the Marital Rape Exemption in India*, in *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, vol. 3, n. 2/2020; R. RYAN, *The Sex Right: A Legal History of the Marital Rape Exemption*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n. 4/1995, spec. pp. 941 ss.; C.A. MACKINNON, *Rape Redefined*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, 2016, pp. 431 ss.

Com'è stato ricordato, se una tradizione riflette regole di condotta manifestamente contrarie alla giustizia o al senso di umanità, essa perde l'autorità morale che le serve per guidare le decisioni successive³².

E dunque l'originalismo, *a fortiori* in questa versione tradizionalista, risulta per sua "natura" inutilizzabile in una prospettiva orientata al genere, poiché un'interpretazione che cristallizzi il momento nel quale la Costituzione degli Stati Uniti (così come gran parte delle altre Costituzioni) è stata approvata, cercando di salvaguardare (ad ogni costo) l'intento e l'ideologia costituzionale presenti in quella fase, sarebbe inevitabilmente influenzata dalla fondazione asimmetrica che caratterizza molte Costituzioni, e sicuramente quella statunitense: un patto costituente del quale le donne non sono state parte, perché ancora escluse dai diritti politici. Così come un'interpretazione che si avvalga di una tradizione costruita attraverso una storia fatta di sottomissione e subordinazione femminile. Quale sarebbe l'utilità di segnalare che nel XIII secolo non era riconosciuto il diritto alle donne di abortire, considerato che pressoché nessun diritto era loro riconosciuto?

In questo senso in *Dobbs* l'originalismo si fonde per un verso con l'accentuato testualismo di un approccio formalistico ancorato al dato letterale, per altro con una tendenza evidentemente tradizionalista, che emerge con chiarezza dalla lettura dell'*opinion of the Court*, poco concentrata sul significato originario che la *due process clause* assumeva al momento dell'adozione del V Emendamento o dell'adozione del XIV Emendamento, quanto piuttosto rivolta a cercare nella tradizione un diritto fondamentale implicito, attraverso il *test* utilizzato in *Glucksberg*.

L'effetto è comunque quello di impedire quell'interpretazione costituzionale evolutiva che nei decenni, attraverso una Corte Suprema viva e attiva all'interno della forma di governo, ha permesso di tradurre la Costituzione più antica al mondo in spazi sempre nuovi di eguaglianza e progresso civile e sociale. Negare la legittimità dell'interpretazione evolutiva equivale di fatto a negare una parte fondamentale della storia statunitense, operando una scelta di vera e propria politica costituzionale, a dispetto del richiamato originalismo. Ed è proprio questo che fa la Corte, seppur ammantando di tecnicismo e formalità la decisione, apparentemente orientata, in larga parte, su una questione di rapporti tra diritto statale e diritto federale.

L'affermazione dell'approccio dichiaratamente originalista appare dunque strumentale al tentativo di attivare per via istituzionale un *gender backlash*, come appare evidente soprattutto dalle parole della *concurring opinion* del giudice Thomas, nella quale l'*overruling* di *Roe* è presentato come l'inizio di un percorso di ripristino della legalità costituzionale attraverso la progressiva cancellazione di

³² Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition*, cit.

sentenze della Corte Suprema considerate illegittimamente “normative”: il riferimento va in particolare alle già citate *Griswold v. Connecticut*, *Lawrence v. Texas*, e *Obergefell v. Hodges*.

Certo il tradizionalismo della maggioranza di questa Corte non riguarda soltanto le questioni di genere. Su questa linea si colloca anche *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, pubblicata proprio il giorno prima della sentenza *Dobbs*, con la quale la Corte ha stabilito che il Secondo e il Quattordicesimo Emendamento fondano il diritto individuale di portare armi per la propria difesa personale in luogo pubblico e che la legge dello stato di New York (risalente addirittura al 1911), che stabiliva la condizione per cui il soggetto avrebbe dovuto dimostrare una particolare necessità per poterlo fare, avrebbe violato tale diritto (si veda Passaglia, in questo Focus). E le ragioni valide per limitarlo non potrebbero che ricavarsi, anche questa volta, dalla “tradizione storica della nazione”.

Come ha scritto Giuliano Amato su “*Il Manifesto*” del 28 giugno scorso, non ci sono dubbi sul fatto che se leggiamo la Costituzione americana troviamo il diritto a portare le armi e non troviamo il diritto all’aborto. Sembra però esserci una contraddizione nella struttura che l’approccio della maggioranza di questa Corte presenta, nel tempo della crisi dello stato di diritto e della democrazia (“bloccata”, come la definisce sempre Amato nell’articolo citato). Alito, infatti, scrive che non esistendo un diritto costituzionale all’aborto questo può essere oggetto di deliberazione politica, e le donne, per la rivendicazione dei loro diritti, hanno a disposizione gli strumenti che l’eguaglianza politica offre loro per porre i loro interessi e le loro istanze al centro del dibattito e tradurli in legislazione.

Il problema però non è soltanto che la democrazia rappresentativa presenta evidenti e noti problemi di funzionamento nel contesto nord-americano, dove particolarmente scarsa è la partecipazione politica, pressoché costante il contenzioso elettorale, anche per il frequente tentativo dei detentori del potere di controllare e guidare il voto (basti pensare al noto fenomeno del c.d. *gerrymandering*³³), ma anche che lo stesso ragionamento non è stato applicato il giorno precedente al caso del porto pubblico di armi. In questa materia è stata infatti recentemente approvata da parte del Senato una legge federale che mirerebbe a limitare il possesso di armi³⁴, eppure la Corte non sembra averne tenuto conto nella sua decisione. Certamente, in questo caso il Secondo Emendamento è scritto, e un approccio testualista, che accompagna quello

³³ Sul tema si consenta, nell’ampia letteratura esistente, di rinviare a E. STRADELLA, *Dai rotten boroughs a oggi: il lungo viaggio verso la rappresentanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2017, pp. 954 ss.

³⁴ Disponibile all’indirizzo www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/736/text.

tradizionalista, non potrebbe non tenerne conto, ma sembra comunque che vengano utilizzati molti pesi e molte misure per il *self restraint* nei confronti dei processi deliberativi.

D'altra parte, molto diverso nei due casi è anche l'approccio ai rapporti tra diritto federale e diritto statale, se è vero che nella sentenza sulle armi la maggioranza della Corte non si pone troppi problemi a dichiarare incostituzionale una legge approvata più di un secolo fa dallo stato di New York, limitando l'autonomia statale e rifederalizzando la questione; mentre nella sentenza sull'aborto si censura proprio la limitazione all'autonomia statale che il precedente di *Roe* aveva determinato, lasciando alle "virtù locali"³⁵ la definizione delle regole sull'interruzione volontaria della gravidanza.

4. *Dobbs* e il suo impatto politico-costituzionale negli Stati Uniti

Si giunge così al secondo punto, che tocca vari profili: quello dell'impatto sulle relazioni tra Federazione e Stati, ma anche sulle relazioni orizzontali tra gli Stati, quello dell'impatto sull'eguaglianza di genere, e gli effetti endogeni e esogeni della sentenza, nel quadro dei *checks and balances* del costituzionalismo statunitense.

La sentenza determina uno slittamento del diritto all'aborto dal piano federale, garantito finora attraverso la sentenza *Roe v. Wade*, a quello statale.

Oltre al fatto che tale scelta è discutibile perché non sembra collocarsi in una tendenza omogenea alla valorizzazione dell'autogoverno statale, ma rispondere all'esigenza estremistica di consentire l'espansione di legislazioni statali fortemente repressive dell'autonomia riproduttiva, l'impatto in termini di eguaglianza è evidente: stati diversi (che equivale a dire stati repubblicani e stati democratici) avranno discipline anche radicalmente diverse. Così le differenze politiche si tradurranno in asimmetrie nel riconoscimento dei diritti e, infine, in una strumentalizzazione dei corpi delle donne, oggetto di un conflitto civile e politico che questa sentenza rende ancora più drammatico. L'ulteriore radicalizzazione delle posizioni, e come questo si traduca negli interventi, spesso scomposti, dei singoli Stati, è emersa fin dalle prime settimane successive alla decisione della Corte Suprema.

Tale conflitto si manifesta chiaramente nell'emanazione, a pochi giorni dalla pronuncia in commento, dell'*executive order* "*Protecting Access to Reproductive Health Care Services*"³⁶, con il quale il Presidente Biden ordina alla sua

³⁵ Per questa idea, cfr. P. CAROZZA, *L'«arte» della democrazia e il «gusto per la libertà locale»*, in M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2009.

³⁶ Disponibile all'indirizzo www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/07/08/fact-sheet-president-biden-to-sign-executive-order-protecting-access-to-reproductive-health-care-services/.

amministrazione di adottare una serie di misure delle quali dar conto entro 30 giorni dall'emanazione dell'ordine esecutivo. Tra queste misure si segnala in particolare la garanzia dell'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, incluso l'accesso ai farmaci abortivi, il pieno accesso alla contraccezione, la promozione di una informazione e di una formazione adeguata sui diritti riproduttivi, il sostegno agli strumenti gratuiti di tutela legale per le donne e per le associazioni che accompagnano nel percorso verso l'aborto legale e alla possibilità di spostarsi da uno stato all'altro per ottenere i servizi sanitari di cui si ha bisogno, tra cui l'interruzione volontaria della gravidanza; va ricordata inoltre la particolare attenzione alla garanzia della *privacy* delle donne che cercano informazioni, anche tramite piattaforme digitali, sull'accesso all'aborto, l'istituzione di una *Task Force on Reproductive Health Care Access*. È evidente che l'utilizzo dei poteri esecutivi presidenziali quale strumento di attenuazione degli effetti di una decisione della Corte Suprema, espressamente denunciata quale attacco ai diritti fondamentali delle donne, al di là dell'opportunità sostanziale dei provvedimenti assunti e dell'utilità delle misure disegnate, rappresenta un ulteriore passaggio del conflitto tra poteri.

Un conflitto che vede come protagonista il giudiziario, nel momento in cui, com'è stato scritto, l'*opinion of the Court* "finisce per ridurre al minimo la tradizionale funzione contro-maggioritaria del controllo di costituzionalità, da un lato, e per ricondurre la garanzia dell'autonomia della persona davanti all'azione del potere in modo pressoché esclusivo ai meccanismi tipici del circuito democratico-rappresentativo, dall'altro"³⁷. Un circuito democratico-rappresentativo che, peraltro, come già sottolineato, non si contraddistingue certamente per buon funzionamento, efficacia, trasparenza.

L'invito alla prudenza rintracciabile nell'opinione concorrente di Roberts, sulla quale si tornerà (dove il giudice giunge allo stesso *judgment*, ritenere non incostituzionale la legge del Mississippi, ma attraverso un percorso argomentativo diverso), che sottolinea come la decisione sulla legge restrittiva del Mississippi non richiedesse di arrivare al punto di cancellare il diritto all'aborto riconosciuto nella sentenza *Roe*, non è stato accolto. Quell'invito disegnava anche un possibile diverso ruolo della Corte rispetto al legislatore, e sembrava salvare, anche se solo in parte, la sua natura *counter-majoritarian*.

Ma non è solo il ruolo della Corte verso l'esterno, ed in relazione agli altri poteri, ad essere messo in discussione; la stessa legittimazione reciproca all'interno della Corte entra, con *Dobbs* e le altre sentenze del 2022, in una crisi profonda, chiaramente visibile se si leggono tutte le *opinions* e si constata il contrasto radicale tra le posizioni espresse, tra le quali manca riconoscimento, possibilità di dialogo

³⁷ Cfr. S. PENASA, *People have the power!*, cit., p. 5.

intorno ad alcuni principi comuni³⁸. Una delegittimazione che agisce peraltro trasversalmente, rispetto alla concezione dei poteri e della forma di governo, delle garanzie costituzionali, e della tutela dei diritti fondamentali.

Sonia Sotomayor, durante gli *oral arguments*, si chiede se “*Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts?*”³⁹. Sono parole molto dure quella della Giudice, che condanna la natura di progetto politico della decisione non soltanto per l'impatto sostanziale che questo determina sulle relazioni tra le istituzioni, ma anche perché con essa oltre all'imparzialità e all'autorevolezza della Corte viene meno l'apparenza di imparzialità e autorevolezza: è la *public perception* ad essere messa in crisi, forse irreparabilmente; il fatto che considerazioni così amare provengano da Sotomayor, progressista fiduciosa nel ruolo contro-maggioritario della Corte all'interno del sistema costituzionale nord-americano⁴⁰, mostra come sia in atto uno sgretolamento dall'interno dell'organo in grado di incidere profondamente sugli equilibri tra i poteri. La mancanza di credibilità, legittimazione, autorevolezza, che derivano alla Corte dall'essere strumento della *rule of law*, e non della *rule of politics*, incide sul delicato fenomeno della *compliance*, che deve realizzarsi all'interno delle fitte reti delle relazioni che si instaurano tra istituzioni politiche, compreso appunto il supremo giudice federale, e attraverso la quale soltanto è possibile garantire l'effettiva penetrazione delle decisioni costituzionali nel tessuto normativo e sociale dell'ordinamento. “*The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint*”, scrive il

³⁸ Su questo *ibidem*. Un fattore che certamente ha contribuito a determinare questi fenomeni è la progressiva, sempre più accentuata, politicizzazione del processo di nomina dei giudici, peraltro concentrata su alcune *issues* ritenute cruciali. E tra queste il diritto all'aborto, o meglio, la posizione rispetto al precedente di *Roe*, ha negli ultimi decenni rappresentato un vero e proprio banco di prova per gli aspiranti giudici supremi. Basti ricordare che la più discussa bocciatura di un *justice* da parte del Senato è stata quella di Robert Bork, proposto dal Presidente Reagan nel 1987, figura di assoluto prestigio professionale, e rifiutato dal *Senate Committee on the Judiciary* anche grazie ai voti dei repubblicani. Questo è accaduto perché durante le *hearings* aveva manifestato posizioni estremamente conservatrici che includevano un'ideologia interpretativa originalista la cui applicazione lo avrebbe condotto a promuovere l'*overruling* di *Roe v. Wade*. Sulla politicizzazione, cfr. C. BOLOGNA, «Parlare con la voce di un giudice»: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti, in *Rivista Il Mulino*, n. 6/2020, pp. 1060 ss.

³⁹ Disponibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf, p. 15

⁴⁰ Le sue posizioni sono ben espresse in S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, 2014, trad.it. Il Mulino, Bologna, 2017.

giudice Stone in *United States v. Butler*⁴¹, ben consapevole però che il *self-restraint* non era, né certamente è, l'unico strumento di controllo (e relativo invero) dell'esercizio del potere di *judicial review* della Corte Suprema. I giudici agiscono infatti all'interno di un contesto politico che mette costantemente alla prova, e costantemente verifica la ragionevolezza e l'accettabilità delle loro decisioni. Com'è stato autorevolmente scritto, la Corte ha "l'ultima parola" per un istante, ma dal momento immediatamente successivo inizia un processo di interazione tra i soggetti istituzionali (Congresso, Presidente, agenzie, Stati, associazioni professionali, dottrina, e, più in generale, opinione pubblica) che rappresenta l'effettiva modalità di "esecuzione" della decisione, e la forma con cui essa trova (o non trova) accoglimento all'interno del sistema⁴².

Particolarmente significativa in tal senso è la vicenda che ha accompagnato il famigerato caso *Dred Scott*, come ci ricorda di recente Elisabetta Grande, quando una decisione politica e faziosa della Corte Suprema "costò la disobbedienza immediata dei legislatori e delle Corti Supreme degli Stati del nord, che tennero in completo non cale la sua pronuncia. La sua reputazione era, infatti, andata distrutta e prima di riuscire a riconquistarla passò parecchio tempo. Solo attraverso un'immagine di assoluta neutralità politica della Corte, che sia percepita dall'opinione pubblica come bocca della carta costituzionale voluta dal popolo statunitense, è insomma possibile superare la *counter majoritarian difficulty* su cui Bickel si interrogava"⁴³.

Quando in *Dred Scott v. Sandford*⁴⁴, alla vigilia della guerra di secessione, la Corte afferma che la Costituzione degli Stati Uniti non prevedeva l'attribuzione della cittadinanza americana a persone afro-americane, perché esse non potevano essere ritenute incluse nel termine "cittadini" utilizzato dalla Costituzione stessa, indipendentemente dal fatto che fossero schiavi o liberi, e che dunque nessuno dei diritti derivanti dal possesso della cittadinanza americana poteva essere riconosciuto ai neri, neppure qualora fossero stati liberati, la Corte assume una decisione spiccatamente politica ammantandola, come nel caso di *Dobbs*, di testualismo e tradizionalismo. Per un verso infatti la maggioranza (addirittura di 7 – 2) si àncora al testo della Costituzione del 1787, per altro il *Chief Justice* Taney fonda la decisione su un'ampia analisi delle legislazioni statali e locali a partire

⁴¹ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 79 (1936).

⁴² Cfr. L. FISHER, *American Constitutional Law*, 6th edition, Carolina Academic Press, Durham, 2005, pp. 1023 ss.

⁴³ E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022. Il riferimento va al ben noto A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

⁴⁴ Cfr. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

dall'adozione della Costituzione, la quale avrebbe mostrato che “*perpetual and impassable barrier was intended to be erected between the white race and the one which they had reduced to slavery*”. E, altro sintomo comune, anche in *Dred Scott* come in *Dobbs*, di una decisione che cela, dietro l'apparente tecnicismo, un'opzione politica ben definita, è l'ampiezza della pronuncia, che esula dal *petitum*. Sull'eccesso di *Dobbs*, che arriva all'*overruling* di *Roe* senza che fosse necessario, si è fatto cenno e vi si tornerà discutendo della *concurring* di Roberts, ma lo stesso è avvenuto secoli prima con *Dred Scott*⁴⁵. Com'è noto quella sentenza contribuì all'esacerbazione del conflitto che condusse alla guerra civile, e venne sepolta dall'approvazione del Tredicesimo e del Quattordicesimo emendamento.

Si ripropone oggi uno scenario segnato da profonde fratture tra gli stati, abortisti e antiabortisti, dalla mancata accettazione della decisione da parte del governo e di una larga parte della società, e il dibattito sulla credibilità della Corte è destinato ad accentuarsi tra proposte di nuovi *Court packages plans* (su cui si può leggere, in questo Focus, l'intervento di D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di Life tenure, Court-packing e Filibuster*), di interventi sulla durata del mandato, e aperte dichiarazioni di reciproca delegittimazione all'interno del collegio.

4.1 *Dobbs* e l'invisibilizzazione delle donne

L'impatto politico-istituzionale della decisione in commento passa anche attraverso un impatto, culturale e concreto, sulle donne, sui loro corpi, nonché sul loro statuto sociale e giuridico all'interno del sistema nord-americano.

La lettura della sentenza mostra già la scarsa attenzione che la maggioranza rivolge alle donne, uniche possibili titolari del diritto di cui si tratta, eppure sostanzialmente assenti dalle argomentazioni giuridiche che si pongono a fondamento della decisione.

Come è stato sottolineato nelle prime riflessioni sulla pronuncia⁴⁶, è difficile trovare il termine *women* nella lunga dissertazione dell'*opinion of the Court*. Il testo, in verità, non è neppure incentrato, come ci si potrebbe aspettare, sulla soggettività dell'*unborn human being*, perché tutto sembra rivolgersi al ridisegno dell'equilibrio istituzionale, al ruolo della Corte Suprema rispetto all'esercizio della sovranità popolare, all'ambito applicativo del principio dello *stare decisis*, mentre sembrano assenti attori che pure hanno animato altri precedenti della Corte Suprema: la vita, prima e dopo la nascita, l'autodeterminazione. Quest'ultima, in particolare, ha rappresentato a partire da *Griswold*, e nell'approdo di *Roe*, l'elemento centrale intorno al quale sono stati costruiti i diritti sessuali e

⁴⁵ E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima*, cit.

⁴⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *Dobbs v. Roe*, cit., ma soprattutto l'intervento cit. *supra*.

riproduttivi: con *Griswold* la costruzione della sfera dell'intimità e della privacy avviene proprio a partire dalle decisioni in ambito sessuale, e ciò nonostante un approccio tradizionalista non avrebbe invece condotto alla risposta fornita dalla Corte Suprema nel 1965, dato che fino a quel momento erano sempre state in vigore leggi statali che vietavano la *fornication*. Il riferimento pressoché esclusivo all'autodeterminazione, e l'assolutezza attribuita a questo principio/condizione, rendevano evidentemente protagonista la donna delle scelte riguardanti il suo corpo e la sua realizzazione personale; ed è questo ciò che inizia ad essere messo in discussione, come ricordato, a partire dal caso *Gonzales*, nel momento in cui cresce il novero degli interessi pubblici che possono e debbono entrare nel bilanciamento con l'autodeterminazione, a partire dalla dignità, introducendo nella tutela dei diritti sessuali e riproduttivi una maggiore discrezionalità valutativa, un possibile riflesso collettivo in grado di veicolare valori che spostano il discorso dal versante soggettivo a quello oggettivo.

Il discorso di *Dobbs* dimentica, così, più facilmente, le donne come soggetti di diritto e come individui le cui esistenze saranno travolte dalla soppressione di un diritto costituzionale che per decenni ha garantito loro una piena libertà di autodeterminarsi materialmente e di controllare i propri corpi. Dimentica anche, a ben vedere, quegli argomenti pseudo-femministi che a partire dagli anni Ottanta, come già accennato, avevano spostato il baricentro degli interventi antiabortisti dalla rappresentazione, e conseguentemente tutela, del feto come persona, alla vittimizzazione della donna che abortisce compromettendo la sua salute fisica e mentale. Argomenti che rendevano, e rendono, alla donna, una visibilità ingannatrice, paternalistica e distorsiva⁴⁷, comunque assente, anche in questa forma, da *Dobbs*, quasi che la maggioranza della Corte non abbia più bisogno neppure di questo tipo di falsificazione per affermare la propria *policy* in materia di aborto, e la propria ideologia in materia di diritti fondamentali, guidata da un approccio, per lo più strumentale, concentrato sulla separazione dei poteri e il *system of government*.

D'altra parte, l'invisibilizzazione può avvenire in molti modi diversi, e per certi versi la stessa *Roe* non faceva luce su tutti gli aspetti della relazione che intercorre tra autonomia riproduttiva, autodeterminazione femminile, eguaglianza di genere. È ben noto come la sentenza fosse stata criticata da molte giuriste femministe, tra cui si ricordi Catherine Mac Kinnon⁴⁸ (ma la stessa Ruth Bader Ginsburg riteneva

⁴⁷ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit., e, citato anche dall'Autrice, R.B. SIEGEL, *The Rights' Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman-Protective Antiabortion Argument*, in *Duke Law Journal*, n. 57/2008.

⁴⁸ Cfr. C. MACKINNON, *Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, pp. 93 ss. Interessante l'analisi svolta da A. LEVER, *Must Privacy and Sexual Equality Conflict? A Philosophical Examination of Some Legal Evidence*, in *Social*

la decisione non del tutto soddisfacente, anche perché avrebbe a suo avviso assorbito il movimento democratico per la liberalizzazione dell'aborto che avrebbe potuto costruire il consenso all'aborto su fondamenta più solide e durature⁴⁹), per il suo pressoché esclusivo riferimento alla *privacy*, e per aver dunque messo in ombra il profilo dell'eguaglianza. *Roe*, collocandosi sulla scia di *Griswold*, aveva posto al centro della scena la *self-determination* senza prendere neppure parzialmente in considerazione il rapporto tra aborto e *welfare state*, e sancendo un ritiro del sistema pubblico dalle scelte riproduttive che nascondeva non solo la pluralità degli interessi in gioco, ma la pluralità delle soggettività femminili, trascurando il ruolo essenziale dei pubblici poteri, e dei legislatori, nella garanzia dell'autodeterminazione, affinché di autodeterminazione possa effettivamente trattarsi, e non di un esercizio solo apparente di libertà, soprattutto quando l'interruzione della gravidanza avviene in condizioni sociali di sostanziale limitazione delle possibilità di scelta, che soprattutto donne razzializzate, minoritarie, povere, rischiano di subire⁵⁰.

Con questo non si intende certo sostenere che se *Roe* fosse stata argomentata su altre basi non si sarebbe giunti alla decisione di *Dobbs*, perché, per tutte le ragioni che si sono già espone, è evidente che non erano veramente in questione, almeno per cinque dei sei giudici della maggioranza (solo in parte si potrà distinguere il ragionamento per quanto riguarda il *Chief Justice*), profili di costituzionalità, ma opzioni politiche.

4.2 La *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts

Research: An International Quarterly of the Social Sciences, 67, n. 4/2000, disponibile su SSRN.

⁴⁹ Diversi sono stati nel tempo gli interventi della giudice RBG su *Roe v. Wade*, tra questi si veda in R.B. GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, n. 6/1992, vol. 67, pp. 1185 ss., e EAD., *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, vol. 63, n. 2/1985, pp. 377 ss.

⁵⁰ Negli ultimi anni non è mancata una lettura dei diritti riproduttivi in chiave intersezionale, si segnalino tra gli altri lavori, K. PRICE, *It's Not Just About Abortion: Incorporating Intersectionality in Research About Women of Color and Reproduction*, in *Women's Health Issues*, vol. 21, n. 3/2011; S.D. THAKKILAPATI, *Better Mothers, Good Daughters, and Blessed Women: Multiple Femininities and Intersectionality in Abortion Narratives*, in *Frontiers*, vol. 40, n. 1/2019; A.L. SOLAZZO, *Different and Not Equal: The Uneven Association of Race, Poverty, and Abortion Laws on Abortion Timing*, in *Social problems*, vol. 66, n. 4/2019, pp. 519 ss.; T. ZAKIYA, *Reproductive rights as human rights: women of color and the fight for reproductive justice*, New York University Press, New York, 2020.

Se si ragiona delle conseguenze politico-istituzionali di *Dobbs* occorre dedicare almeno qualche riflessione alla prospettiva parzialmente diversa che avrebbe aperto il *reasoning* proposto dal *Chief Justice* Roberts.

Come già ricordato, Roberts scrive una *concurring in the judgement*, in quanto d'accordo con il dispositivo, e cioè con la validità costituzionale della legge del Mississippi, ma non del tutto con le argomentazioni che hanno condotto ad esso.

Il Presidente della Corte propone infatti una lettura più moderata e minimalista del caso in questione, caratterizzata dall'utilizzo di quel *judicial self-restraint* al quale l'opinione di maggioranza, proprio mentre si scagliava contro l'attivismo della Corte in *Roe*, non ha saputo ricorrere. Tale lettura farebbe salva la legislazione statale, senza però condurre all'*overruling* di *Roe* e di *Casey*: una posizione non molto diversa da quella adottata proprio nella decisione in *Casey*, che, attraverso un'accurata trattazione del principio dello *stare decisis*, salvava il nucleo duro di *Roe*, dando però la possibilità agli stati di disciplinare l'interruzione volontaria della gravidanza, anche in fasi abbastanza precoci della gestazione, senza toccare il contenuto essenziale del diritto costituzionale della donna.

Roberts ripropone sostanzialmente questo tipo di approccio, in base al quale, nel caso del *Gestational Age Act* del Mississippi, la legge sarebbe da considerarsi valida perché, sebbene non prenda in considerazione la *viability* del feto come spartiacque determinante nella regolazione dell'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, comunque mantiene il diritto nelle prime quindici settimane di gestazione. D'altra parte la questione da decidere in *Dobbs* era se “*all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional*”, infatti, nel *petition of certiorari*, il Mississippi non chiedeva alla Corte di negare interamente il diritto di scelta sull'interruzione della gravidanza, facendo *overruling* di *Roe* e *Casey*, bensì soltanto dopo aver ottenuto il *certiorari*, ciò che Roberts mette chiaramente in evidenza⁵¹, lo Stato cambia posizione e giunge ad affermare che la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi con un *overruling*.

Per questa ragione, Roberts richiama il *fundamental principle of judicial restraint*, in ragione del quale “*if it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more*”⁵². Il Chief Justice sottolinea anche che questo approccio di *judicial restraint* non sarebbe stato utilizzabile se il *rationale* di *Roe* e di *Casey* fosse stato inscindibilmente intrecciato e dipendente dallo standard relativo alla possibilità/capacità per il feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno (la c.d. *viability* appunto). Ma così non è, tanto che Roberts ricorda che tutti i precedenti in questo ambito fondano il diritto costituzionale all'aborto sul diritto di scelta della donna, dunque la costituzionalità della legge del Mississippi che vieta l'aborto dalle 15 settimane (in un momento antecedente, dunque, il limite

⁵¹ Cfr. C.J. Roberts, 597 U. S. 1-2 (2022).

⁵² *Ibidem*, p. 2.

della *viability*) poteva essere sostenuta senza travolgere la dimensione costituzionale del diritto all'aborto. Un *self-restraint* opportuno e necessario soprattutto - ed anche questo risulta particolarmente interessante nella *concurring opinion* di Roberts - poiché sono molti i dubbi che si manifestano sulla questione: quando sono presenti dubbi così vari e radicati sarebbe evidentemente sconsigliato giungere ad un *overruling*. "Non sono sicuro ad esempio" - scrive Roberts - "che il divieto di interrompere la gravidanza a partire dal momento del concepimento debba avere lo stesso trattamento, da un punto di vista costituzionale, di un trattamento che agisce a partire dalla quindicesima settimana di gestazione"⁵³.

Sembra essere negli impliciti della sentenza di Roberts una proposta, per così dire, più europea. Un'idea di bilanciamento costituzionale che libera la discussione dalla contrapposizione *pro-life/pro-choice* (concentrandosi piuttosto sul contrasto *anti-choice/pro-choice*), inserendo nella valutazione la pluralità degli interessi e delle soggettività coinvolte. La *viability* non può rappresentare l'unico requisito, l'elemento decisivo nella regolazione: questo emerge chiaramente dal *reasoning* di Roberts, anche per la inevitabile variabilità dell'elemento, che muta in modo molto rapido in relazione allo sviluppo medico-scientifico e tecnologico.

Non si intende certamente attribuire a Roberts conclusioni o proposte che non ha scritto, e che evidentemente non avrebbero potuto trovare spazio in una *opinion* che si caratterizza per un maggiore *self-restraint* rispetto all'attivismo politico-giudiziale promosso dall'*opinion of the Court*. Ma l'argomentazione conduce a riflettere sui diversi modelli di relazione tra poteri nella regolazione dell'aborto, e su quanto questo aspetto, insieme all'equilibrio tra i diversi principi e valori posti in bilanciamento (e se il bilanciamento sia in effetti operato), incida sulla capacità delle regole di mantenere stabilità e di essere garantite dal *public enforcement*.

In questo senso, sebbene sia innegabile che *Roe*, giunta nel 1973 sull'onda delle rivendicazioni del *second wave feminism* in tema di diritti sessuali e riproduttivi, abbia esercitato un'importante influenza sul versante europeo, basti pensare non soltanto al percorso compiuto dalla corte di Strasburgo⁵⁴, ma, all'interno dei singoli

⁵³ *Ibidem*, 12, trad. di chi scrive.

⁵⁴ Si veda sul caso *A, B, C v. Irlanda*, L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, Nota a Corte eur. Dir. Uomo 16 dicembre 2010 (*A, B e C v. Irlanda*), in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. II/2011, pp. 445 ss. Più in generale, F. FABBRINI, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 18, n. 1/2011. Sul contenzioso che riguarda in particolare la Polonia, si veda anche E. CRIVELLI, *P.e.S. c. Polonia: la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2013, pp. 252 ss.

ordinamenti europei, alla sentenza della Corte costituzionale italiana del 1975⁵⁵, alla depenalizzazione dell'aborto nella legge della Germania federale⁵⁶, fino alla già citata legge n. 194, significative di un processo di circolazione dei modelli realizzati in una dimensione transnazionale, d'altra parte la storia europea presenta differenze importanti rispetto a quella nord-americana, e queste differenze possono essere utili oggi per aprire un'ulteriore chiave di lettura dell'*overruling* di *Roe*, e una prospettiva di superamento del conflitto che questo ha determinato, per quanto appare molto difficile ormai, se non impossibile, agire con gli strumenti del diritto costituzionale su dinamiche che sono eminentemente politiche. Ma proprio per la politicità che ha assunto il confronto la sede più idonea nel quale condurlo sembra essere quella parlamentare, d'altra parte fortemente compromessa, negli Stati Uniti, dal deficit democratico di cui già si è fatta menzione.

Va però precisato che la storia europea trova fondamento nel bilanciamento tra l'interesse dello stato alla protezione della vita prenatale, del diritto alla vita in quanto tale e della dignità umana in una dimensione almeno in parte oggettivizzata, con il diritto della donna alla salute (quella psico-fisica scientificamente considerata), e, in parte, all'autodeterminazione.

⁵⁵ Ci si riferisce alla sent. n. 27/1975, nella quale, come si ricorderà, la questione di costituzionalità si riferiva in particolare all'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi avesse cagionato l'aborto di una donna consenziente anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, senza che ricorressero gli estremi dello stato di necessità. La Corte ritiene la questione fondata, affermando che lo stato "della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c.p. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato". Inoltre, secondo la Corte la scriminante di cui all'art. 54 c.p. "si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare". Per queste ragioni viene dichiarata la parziale illegittimità costituzionale della disposizione del codice penale oggetto della questione, "nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato [...] e non altrimenti evitabile, per la salute della madre". Per la ricostruzione comparatistica più completa della circolazione di modelli, discorsi e pratiche di interruzione volontaria della gravidanza, cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2013.

⁵⁶ Su cui M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

Probabilmente questo approccio ha reso possibile una maggiore tenuta della legislazione, in larga parte degli ordinamenti europei (fatto salvo quanto si illustrerà nel prossimo e ultimo paragrafo), ed anzi avanzamenti nel senso dell'autodeterminazione, mentre la storia nord-americana è stata segnata dal conflitto, là dove il bilanciamento è stato operato *ex ante* in favore di una costituzionalizzazione dell'aborto come diritto costituzionale *tout court*, fondato individualisticamente sulla *privacy* e l'autonomia.

5. *Dobbs* e la regressione transnazionale nella tutela dei diritti di genere

Per concludere queste riflessioni, qualche considerazione deve essere svolta per mostrare come la decisione assunta dalla Corte Suprema nel caso *Dobbs* non possa essere letta soltanto all'interno dei confini geopolitici degli Stati Uniti. Va ricordato che le Corti, in moltissimi Paesi del mondo, hanno svolto un ruolo fondamentale nel delineare i confini dell'autonomia riproduttiva, e nel contribuire a identificare l'ordine nel quale si inscrivono le relazioni di genere all'interno della comunità di riferimento, e lo hanno fatto quasi sempre attraverso meccanismi di bilanciamento. Uno strumento derivante dalla tendenza a individuare all'interno delle Costituzioni, oltre ai diritti connessi alla salute e all'autodeterminazione della donna, anche un principio di protezione della vita umana prima della nascita, sia nei casi in cui ci siano previsioni che vi fanno espreso riferimento, sia dove si limitano a proclamare più genericamente il diritto alla vita. La giurisprudenza però, anche nei sistemi in cui il dovere del riconoscimento e della protezione del feto presenta un fondamento costituzionale, ha progressivamente fatto emergere livelli crescenti di autonomia in capo alle donne⁵⁷.

Questo fenomeno sembra vivere, in particolare a partire dal 2010, numerosi momenti di crisi; una crisi che oggi esplose all'interno di una più ampia tendenza al *gender backlash*, com'è stato definito: un "contraccolpo" per i diritti "di genere".

Gli interventi sul corpo delle donne e sull'autodeterminazione rappresentano una delle principali, sebbene non l'unica, manifestazione di questo arretramento, fortemente legata, peraltro, alla crisi dello stato di diritto che caratterizza gli ordinamenti segnati da gestioni populiste del potere, in cui rinvigorimento del patriarcato e indebolimento dei principi cardine del costituzionalismo sembrano sempre più integrarsi e confermarsi reciprocamente. In Europa, l'esperienza polacca offre un esempio lampante di come *constitutional retrogression*, attacco alla *rule of law* e patriarcato istituzionale si pongano in stretta relazione tra loro.

⁵⁷ Da ultimo si veda su questo percorso R. RUBIO MARÌN, *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship. A Struggle for Transformative Inclusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, spec. pp. 111 ss.

La decisione assunta dal governo polacco di avviare l'uscita della Convenzione di Istanbul, per motivazioni che mirano a condannare la presunta ideologia che ne starebbe alla base, ivi compresa l'idea dell'esistenza del genere come categoria "socio-culturale", è significativa dell'affermarsi di un discorso politico, sempre più radicato nei Paesi anti-europeisti, in cui ai consueti argomenti populistici si mescola un linguaggio patriarcale intriso di discriminazione nei confronti delle donne e delle soggettività LGBTQI; e proprio in questi Paesi (Polonia e Ungheria *in primis*) sono state realizzate diverse politiche limitative dei diritti delle donne (oltre che delle soggettività minoritarie), in particolare della loro salute sessuale e riproduttiva, dell'autonomia, della dignità, dell'integrità psico-fisica.

È il Tribunale costituzionale polacco, come noto, a pronunciarsi, il 22 ottobre del 2020, per un inasprimento della normativa nazionale in materia di aborto, considerando costituzionalmente illegittimo il provvedimento che lo consentiva in caso di grave malformazione del feto; decisione, questa, immediatamente condannata dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, e su cui il Parlamento europeo è intervenuto con l'approvazione di una relazione, l'11 novembre 2021⁵⁸, che censura la sentenza e chiede alla Polonia di revocare il divieto di aborto e di garantire l'accesso libero e sicuro delle donne ai diritti riproduttivi. Proprio in questa relazione il Parlamento invita il Consiglio europeo ad affrontare la questione sottolineando la stretta correlazione tra una decisione come questa e la profonda crisi dello stato di diritto che sta attraversando il sistema polacco, anche a causa della progressiva politicizzazione della magistratura a tutti i livelli. Sempre il Parlamento europeo, d'altra parte, ha approvato il 7 luglio scorso, all'indomani della sentenza *Dobbs*, una risoluzione di condanna della regressione in materia di diritti delle donne e salute sessuale, e ha proposto l'inserimento del diritto all'aborto nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 7.

Sempre in Polonia, nel gennaio del 2021, peraltro, confermando l'orientamento del giudice costituzionale, era stata approvata una legge di divieto dell'interruzione volontaria della gravidanza in caso di grave malformazione del feto⁵⁹. Finché nel dicembre scorso, a seguito di una violazione manifesta del diritto dell'Unione europea da parte del Tribunale costituzionale che, con due sentenze del luglio e dell'ottobre 2021, ha messo in discussione il primato del diritto europeo su quello

⁵⁸ Disponibile all'indirizzo www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0455_IT.pdf.

⁵⁹ Sulle vicende polacche relative al progressivo sgretolamento della regolamentazione sull'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, cfr. J. WESOŁOWSKA, *Reproductive Rights: Private or Public Emotions? The Case of Polish Citizens' Abortion Bills*, in E. STRADELLA (ed.), *Gender Based Approaches to the law and Juris Dictio in Europe*, Pisa University Press, Pisa, 2020, spec. pp. 52 ss.

nazionale, violando i principi generali di autonomia, primato, effettività e uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione e l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia, e dunque l'art. 19 del Trattato sull'Unione europea, è stata aperta una procedura di infrazione nei confronti della Polonia. È evidente come il fenomeno del degrado costituzionale abbia una forte connessione con la regressione nei "diritti di genere" che si realizza attraverso discriminazioni istituzionali e arretramento dell'eguaglianza, e come quindi questo processo debba essere affrontato dal punto di vista europeo, contribuendo al dibattito di livello europeo sulla democratizzazione e lo stato di diritto, e fornendo un sostegno scientifico e teorico-politico al costituzionalismo europeo. È tuttavia fondamentale inquadrare tali processi nella loro dimensione globale, e dunque anche gli orientamenti dei populismi europei devono essere letti in relazione all'influenza esercitata dagli Stati Uniti. Se negli anni Settanta erano gli avanzamenti di *Roe v. Wade* a superare i confini nazionali per circolare attraverso le corti europee, negli ultimi anni gli Stati Uniti hanno promosso sul piano internazionale una strategia di contrasto ai diritti sessuali e riproduttivi, rafforzando in particolare la cooperazione con Paesi autoritari e contrari agli *women's rights*, certamente fautori di regolazioni rigide e repressive dell'autonomia riproduttiva femminile per l'indiscutibile legame esistente tra questa, l'autodeterminazione sociale ed economica delle donne e, infine, l'eguaglianza di genere⁶⁰.

⁶⁰ Ricorda S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit., spec. p. 100, i rapporti di cooperazione di Trump con Arabia Saudita, Pakistan e Libia, ma anche che nel dicembre del 2020 la rappresentanza permanente degli Stati Uniti presso le Nazioni Unite ha indirizzato una lettera al Segretario generale nel quale si sosteneva che non esiste alcun diritto internazionale all'aborto, e si richiamava l'attenzione alla "*Geneva Consensus Declaration on Promoting Women's Health and Strengthening the Family*", dichiarazione che pone l'accento sul ruolo essenziale delle donne all'interno della famiglia e il loro contributo alla cura della famiglia e dei bambini, ed è stata promossa nel 2020 da Paesi tra cui, appunto, gli Stati Uniti, ma anche Uganda, Ungheria, Indonesia, Egitto e Brasile, nonché sottoscritta, in Europa, dalla Polonia (insieme ad una lista di Paesi, prevalentemente africani, piuttosto distanti dalla realizzazione dell'obiettivo di *gender equality* dell'Agenda ONU 2030).

***Vega v. Tekoh* e la controversa natura dei «*Miranda warnings*»:
diritti costituzionali o mere «prophylactic rules»?***

ALESSANDRO ODDI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 21–499, decided June 23, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-499_gfbh.pdf.

Sommario: 1. I fatti. – 2. La decisione della Corte suprema. – 3. L'opinione dissenziente. – 4. Osservazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 2 novembre 2022

Suggerimento di citazione

A. ODDI, *Vega v. Tekoh e la controversa natura dei «Miranda warnings»: diritti costituzionali o mere «prophylactic rules»?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Ferrara.

1. I fatti

Nel mese di marzo del 2014, Terence B. Tekoh, infermiere¹ presso una clinica di Los Angeles, fu accusato di violenza sessuale da una paziente. Ricevuta segnalazione dell'accaduto, l'ufficio dello sceriffo della contea inviò sul posto l'agente Carlos Vega, il quale interrogò a lungo Tekoh in merito all'accusa, senza tuttavia previamente informarlo dei suoi diritti quale reo sospetto², siccome voluto dalla Corte suprema nella celebre sentenza *Miranda v. Arizona*³, ossia che (a) aveva diritto di restare in silenzio, (b) che ogni sua dichiarazione avrebbe potuto essere utilizzata contro di lui davanti a un giudice, (c) che aveva diritto alla presenza di un avvocato e che, qualora non avesse potuto permetterselo e lo volesse, ne sarebbe stato nominato uno d'ufficio⁴. Al termine dell'interrogatorio, Tekoh rese una dichiarazione scritta nella quale si scusava per aver toccato in modo inappropriato i genitali della paziente.

¹ Rendo così, con inevitabile approssimazione, la qualifica professionale di «certified nursing assistant».

² Circostanza pacifica. Era invece dibattuto fra le parti se, nel corso dell'interrogatorio, Tekoh avesse subito pressioni e minacce ad opera di Vega (la questione, però, non rientrava nel *thema decidendum* sottoposto alla Corte suprema).

³ 384 U.S. 436 (1966). Sulla genesi e sull'importanza di questa pronuncia, tuttora considerata «a vital component of the American criminal justice system», v. R.C. HOWARD JR., L.A. RICH, *A History of Miranda and Why It Remains Vital Today*, in *Valparaiso University Law Review*, 2006, 40, pp. 685 ss. Sulla “popolarità” dei «Miranda warnings», dovuta soprattutto ad alcune serie televisive, v. R. STEINER, R. BAUER, R. TALWAR, *The Rise and Fall of the Miranda Warnings in Popular Culture*, in *Cleveland State Law Review*, 2011, 59, pp. 219 ss.

⁴ «[W]e hold that, when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that, if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him» (sentenza *Miranda*, cit., pp. 478 ss.).

L'uomo fu quindi arrestato e tratto a giudizio davanti a una corte dello Stato della California con l'accusa di violenza sessuale («unlawful sexual penetration»⁵).

In un primo processo, il giudice statuì che la sentenza *Miranda* non era stata violata poiché Tekoh non era in stato di fermo («in custody») quando aveva steso la dichiarazione; ma il processo fu annullato a motivo di un vizio procedurale («the trial resulted in a mistrial»). In quello seguente, un altro giudice rigettò ancora la richiesta dell'imputato di escludere la dichiarazione dal compendio probatorio; ciò nondimeno, Tekoh fu assolto.

Questi decise, perciò, di intentare un'azione civile contro Vega e altri, allo scopo di essere risarcito del danno derivante dall'asserita violazione dei propri diritti costituzionali, compreso quello, sancito dal V Emendamento (1791) della Costituzione statunitense, contro l'autoincriminazione forzata⁶. L'iniziativa si fondava sulla previsione del codice federale [titolo 42 («The Public Health and Welfare»), capitolo 21 («Civil Rights»), § 1983 («Civil action for deprivation of rights»)] che consente di agire nei confronti di «[e]very person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws [...]» (*hinc*: § 1983).

Nella prima causa civile, i giurati si pronunciarono a favore di Vega, ma il giudice, ritenendo di averli istruiti in maniera sbagliata, concesse un nuovo processo. Prima che questo iniziasse, Tekoh chiese alla corte distrettuale di istruire la giuria perché accertasse la lesione del diritto contro l'autoincriminazione forzata garantito dal V Emendamento qualora si fosse convinta che la dichiarazione era stata ottenuta in violazione della sentenza *Miranda* e, poi, erroneamente utilizzata contro lo stesso Tekoh in sede penale. La corte rigettò la richiesta, argomentando che quella contenuta nella sentenza *Miranda* non era altro che una «prophylactic rule»⁷ e, in quanto tale, non costituiva di per sé base sufficiente per un'affermazione di responsabilità civile *ex* § 1983. Pertanto, alla giuria fu chiesto

⁵ California Penal Code, § 289(d).

⁶ «No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself». Al riguardo, v., *ex plurimis*, A.R. AMAR, R.B. LETTOW, *Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause*, in *Michigan Law Review*, 1995, 93, pp. 857 ss.; T. MACLIN, *The Prophylactic Fifth Amendment*, in *Boston University Law Review*, 2017, 97, pp. 1047 ss.; J.F. WITT, *Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903*, in *Texas Law Review*, 1999, 77, pp. 825 ss.

⁷ Anche nel prosieguito, mi avvarrò dell'espressione in lingua originale, per la specificità e l'efficacia semantica che la caratterizzano. Volendo, la si può tradurre alla lettera con «regola cautelativa» o «precauzionale» o «preventiva»; ma non è esattamente la stessa cosa.

di esprimersi solo sulla violazione del V Emendamento, e cioè di assodare, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, se la dichiarazione di Tekoh fosse stata estorta o altrimenti ottenuta contro la sua libera volontà.

La giuria deliberò a favore di Vega, e Tekoh interpose appello.

Un *panel* di tre giudici del nono circuito ribaltò il verdetto, statuendo che l'utilizzo di un «un-Mirandized statement» contro l'imputato viola il V Emendamento e può dar luogo a un'azione civile nei confronti dell'agente che l'ha ottenuto. In particolare, pur riconoscendo – sulla scorta di quanto più volte ribadito dalla stessa Corte suprema – che quelle dettate dalla sentenza *Miranda* erano «prophylactic rules» finalizzate a proteggere contro violazioni costituzionali e che in essa non si asseriva che la violazione di siffatte regole costituisce necessariamente una violazione costituzionale, il *panel* rilevò come la successiva sentenza *Dickerson v. United States*⁸ avesse per contro chiarito che il diritto dell'imputato a non vedere utilizzata come prova a carico una sua dichiarazione non debitamente preceduta dai «*Miranda warnings*» rappresentasse un vero e proprio diritto garantito dalla Costituzione. In ossequio a quel *binding precedent*, i giudici conclusero che, nella fattispecie, la violazione della sentenza *Miranda* configurava *ex se* una violazione del V Emendamento e ordinarono un nuovo processo⁹.

A questo punto, Vega fece istanza affinché il caso fosse riesaminato da un collegio più ampio («rehearing *en banc*»¹⁰). L'istanza fu respinta dal predetto *panel*, ma col dissenso di sette giudici del nono circuito¹¹.

Egli si rivolse, dunque, alla Corte suprema, che accolse la sua richiesta di *certiorari*¹².

⁸ 530 U.S. 428 (2000). Su questa sentenza, v. Y. KAMISAR, *Dickerson v. United States: The Case That Disappointed Miranda's Critics – And Then Its Supporters*, in C. BRADLEY (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 106 ss.

⁹ Disponibile all'indirizzo <https://perma.cc/9MDL-VCPA>.

¹⁰ Nel nono circuito, la «*en banc court*» si compone di undici giudici. Informazioni sulla procedura sono disponibili all'interno del sito dello stesso circuito: <https://www.ca9.uscourts.gov/>.

¹¹ Disponibile all'indirizzo <https://perma.cc/MH87-4E4N>.

¹² Per maggiori dettagli sulla vicenda fin qui sinteticamente ricostruita, v. *Tekoh v. County of Los Angeles. Ninth Circuit Denies Rehearing En Banc to Consider Whether a Miranda Violation Can Give Rise to a Claim under § 1983*, in *Harvard Law Review*, 2022, 135, pp. 1496 ss., disponibile anche all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/2022/03/tekoh-v-county-of-los-angeles/> [il commento redazionale – non firmato – è addirittura profetico, là dove sottolinea con preoccupazione il peso che il «*seven-judge dissent*» allegato al rigetto della richiesta di «rehearing *en banc*» avanzata da Vega avrebbe potuto avere – e, in effetti, molto probabilmente ha avuto – sulla successiva decisione della Corte suprema (pp. 5002 ss.)]. V. altresì l'articolo di A. LIPTAK,

2. La decisione della Corte suprema

Non diversamente da altre importanti decisioni emesse nel corso del *term* apertosi il 4 ottobre 2021¹³, anche quella in commento¹⁴ è stata assunta con la maggioranza di sei a tre *along ideological lines*: a favore, i giudici Alito (redattore della «*opinion of the Court*»), Roberts, Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett (che vi hanno aderito), tutti di orientamento conservatore; contrari, i giudici Kagan (redattrice della *dissenting opinion*), Breyer e Sotomayor (che vi hanno aderito), tutti di orientamento *liberal*.

La questione che la Corte di Washington era stata chiamata a dirimere è se l'agente di polizia che ha violato le regole fissate dalla sentenza *Miranda* possa essere convenuto in un giudizio civile ai sensi del § 1983.

La risposta è negativa e poggia essenzialmente su una sorta di interpretazione autentica dei precedenti, a cominciare dalla decisione «capostipite».

2.1. La sentenza *Miranda* – rammenta innanzitutto la Corte – aveva a suo tempo avvertito la necessità di introdurre «*additional procedural protections*» al fine di prevenire la violazione del diritto contro l'autoincriminazione forzata contemplato dal V Emendamento¹⁵ ogniqualvolta la persona sospettata di un reato fosse stata interrogata in stato di fermo dalla polizia; e aveva quindi stabilito che la «*custodial interrogation*» dovesse essere preceduta dai noti «*warnings*», pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni come prove a carico dell'imputato.

Nella vicenda contenziosa in esame, la decisione impugnata aveva fatto propria la tesi, sostenuta dalla difesa di Tekoh, secondo cui la violazione della suddetta sentenza costituisce una violazione del diritto tutelato dal V Emendamento. Ma – afferma recisamente la Corte – «*that is wrong*».

Invero, la stessa sentenza *Miranda* e le pronunce posteriori hanno chiarito che le regole prescritte dalla prima sono soltanto «*(judicially created) prophylactic rules*», quantunque basate sulla Costituzione. Né potrebbe essere altrimenti: sia

Supreme Court Debates Whether Miranda Warnings Are a Constitutional Right, in *The New York Times*, 20 aprile 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/04/20/us/supreme-court-miranda-rights.html>.

¹³ Com'è noto, i lavori della Corte suprema statunitense sono organizzati in sessioni annuali (*terms*), ciascuna delle quali ha inizio il primo lunedì di ottobre.

¹⁴ *Vega v. Tekoh*, 597 U.S. ____ (2022). La decisione e gli atti processuali possono essere scaricati dal sito della Corte suprema: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/21-499.html>.

¹⁵ ... applicabile agli Stati in forza del XIV Emendamento. Cfr. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964): «*We hold today that the Fifth Amendment's exception from compulsory self-incrimination is also protected by the Fourteenth Amendment against abridgment by the States*».

perché può succedere che un «un-*Mirandized* suspect in custody» decida spontaneamente di confessare, sia perché alcuni dei «*Miranda* warnings» (come quelli relativi alla presenza di un avvocato e alla rinuncia al silenzio) non riguardano l'autoincriminazione in sé, ma servono solo a preservare il summenzionato diritto.

In alcun passo della sentenza *Miranda* la violazione delle regole in parola è equiparata a quella del diritto «against compelled self-incrimination». Vi si dice, all'inverso, che esse sono indispensabili per salvaguardare tale diritto «during custodial interrogation».

Coerentemente, la sentenza ha precisato che la Costituzione di per sé non esige una specifica soluzione «for the inherent compulsions of the interrogation process» e che quella individuata dalla Corte non rappresentava in alcun modo una «constitutional straitjacket», onde nulla avrebbe impedito al Congresso e agli Stati di dettare norme procedurali diverse, purché «at least as effective».

2.2. Anche la giurisprudenza successiva – prosegue la Corte – ha ragionato costantemente di «prophylactic rules»¹⁶, facendosi carico di circoscriverne la portata mediante un'operazione di bilanciamento fra costi e benefici.

Si è così ritenuto che «the balance of interests» ben potesse giustificare deroghe applicative (ad esempio, in caso di falsa testimonianza dell'imputato¹⁷ ovvero di

¹⁶ La Corte richiama, in proposito, svariati precedenti: *Howes v. Fields*, 565 U.S. 499 (2012); *J. D. B. v. North Carolina*, 564 U.S. 261 (2011); *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98 (2010); *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009); *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994); *Brecht v. Abrahamson*, 507 U.S. 619 (1993); *Withrow v. Williams*, 507 U.S. 680 (1993); *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171 (1991); *Michigan v. Harvey*, 494 U.S. 344 (1990); *Duckworth v. Eagan*, 492 U.S. 195 (1989); *Arizona v. Roberson*, 486 U.S. 675 (1988); *Connecticut v. Barrett*, 479 U.S. 523 (1987); *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985); *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984); *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553 (1983); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979); *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975); *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 443 (1974); *Michigan v. Payne*, 412 U.S. 47 (1973).

¹⁷ V., e.g., *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

pericolo per la pubblica sicurezza¹⁸), come pure implementazioni estensive¹⁹. Inoltre, si è sempre distinto fra violazioni costituzionali e violazioni delle «*Miranda rules*», con il corollario che la teoria del “frutto dell’albero velenoso” vale per le prime e non anche per le seconde²⁰.

Decisioni del genere non si spiegherebbero se la sentenza *Miranda* avesse fornito un’esplicitazione del significato del diritto sancito dal V Emendamento, anziché una serie di regole volte a proteggere il medesimo diritto.

2.3. Tutto questo – contrariamente a quanto opinato dalla decisione impugnata e dedotto dalla difesa di Tekoh – non trova smentita nella sentenza *Dickerson*: la quale – pur affermando che la sentenza *Miranda* è una «constitutional decision» che ha adottato una «constitutional rule», come tale inabrogabile dal Congresso e vincolante per gli Stati – ha nondimeno ribadito l’impossibilità di ravvisare nella violazione di siffatta regola una violazione del V Emendamento. In buona sostanza, essa ha confermato che ci troviamo dinanzi a «prophylactic rules» necessarie per proteggere il diritto contro l’autoincriminazione forzata racchiuso nel *Bill of Rights*; ed è solo in codesto senso che può parlarsi, al riguardo, di “decisione costituzionale” e di “regola costituzionale”.

In definitiva, una violazione della sentenza *Miranda* non integra necessariamente una violazione della Costituzione e, quindi, non comporta la privazione di un diritto dalla stessa garantito, giusta il § 1983.

2.4. Analogo discorso – conclude la Corte – nel caso in cui si voglia considerare la sentenza *Miranda* alla stregua di una “legge” federale (sempre ai fini del § 1983), giacché un simile assunto – a prescindere da ogni rilievo circa la sua validità – non sarebbe comunque idoneo a revocare in dubbio la «prophylactic nature» delle

¹⁸ V., e.g., *New York v. Quarles*, cit. Per un’analisi critica di questa decisione, v. S.A. DRIZIN, *Fifth Amendment – Will the Public Safety Exception Swallow the Miranda Exclusionary Rule?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1984, 75, pp. 692 ss.; M.M. KEATING, *New York v. Quarles: The Dissolution of Miranda*, in *Villanova Law Review*, 1985, 30, pp. 441 ss.; L.E. WAGNER JR., *Constitutional Law – Criminal Law – Fifth Amendment – Compulsory Self-Incrimination – Custodial Interrogation*, in *Duquesne Law Review*, 1985, 23, pp. 805 ss.

¹⁹ V., e.g., *Withrow v. Williams*, cit.; *Arizona v. Roberson*, cit.; *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

²⁰ V., e.g., *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *Oregon v. Elstad*, cit. Sulla *fruit-of-the-poisonous-tree doctrine*, v. Y. KAMISAR, *On the “Fruits” of Miranda Violations, Coerced Confessions, and Compelled Testimony*, in *Michigan Law Review*, 1995, 93, pp. 929 ss.

regole di cui si discute, con tutto ciò che ne consegue: *in primis*, l'esigenza che esse trovino applicazione solo quando i benefici sopravanzano i costi.

Da quest'angolatura, mentre la sanzione dell'inutilizzabilità si dimostra – «except in unusual circumstances» – misura bastevole a scongiurare eventuali violazioni del diritto consacrato dal V Emendamento, permettere a quanti le abbiano subite di esperire un'azione civile nei confronti dei responsabili aggiungerebbe poco all'efficacia deterrente della sanzione stessa e causerebbe molti problemi (dispendio di risorse; rischio di giudicati contrastanti; inutili frizioni tra i sistemi giudiziari federale e statali), anche di carattere procedurale (ad esempio, se le risultanze del processo penale facciano stato in quello civile; se le norme sulla decadenza e sull'“errore evidente” che operano nell'uno debbano valere anche nell'altro; se si applicano le norme sull'“errore innocuo”²¹; e se i danni civili debbano essere riconosciuti anche allorquando l'«unwarned statement» non abbia inciso affatto sull'esito del processo penale).

Di qui, l'annullamento con rinvio della sentenza della Corte d'appello.

3. L'opinione dissenziente

L'opinione dissenziente muove dalle medesime premesse su cui fa leva la maggioranza, ma l'approdo è perfettamente antitetico: i «*Miranda* warnings» sostanziano un vero e proprio diritto costituzionale, azionabile *ex* § 1983.

3.1. La sentenza *Dickerson* – si legge nel *dissent* – ha affermato a chiare lettere che la “regola *Miranda*” riveste natura costituzionale («[o]ver and over, *Dickerson* labels *Miranda* a rule stemming from the Constitution») e che, di conseguenza, non può essere abrogata dal Congresso (a meno che esso non adotti una soluzione legislativa di almeno pari efficacia), s'impone ai sistemi giudiziari statali e trova applicazione anche nei procedimenti di *habeas corpus* innanzi alle corti federali²². «So *Dickerson* is unequivocal: *Miranda* is set in constitutional stone».

Lungi dall'essere null'altro che una *rule of trial evidence*, l'anzidetta regola conferisce al sospettato un corrispondente “diritto” ai sensi del § 1983.

²¹ Sulle nozioni di “errore evidente” («plain error») e di “errore innocuo” («harmless error»), v. M.H. GRAHAM, *Abuse of Discretion, Reversible Error, Harmless Error, Plain Error, Structural Error; A New Paradigm for Criminal Cases*, in *Criminal Law Bulletin*, 2007, 43, pp. 955 ss.

²² 28 U.S.C. § 2254(a): «The Supreme Court, a Justice thereof, a circuit judge, or a district court shall entertain an application for a writ of habeas corpus in behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court only on the ground that he is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States». Cfr. *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99, 107, nt. 5 (1995).

3.2. Pur convenendo sulla matrice costituzionale dei «*Miranda* warnings», la maggioranza è dell'avviso che la loro omissione comporti soltanto l'inutilizzabilità della dichiarazione come prova a carico di chi l'ha resa, senza tradursi *eo ipso* nella lesione di un diritto: sia perché la violazione delle regole della sentenza *Miranda* non costituisce necessariamente una violazione della Costituzione, trattandosi di mere «prophylactic rules», sia perché il V Emendamento si riferisce alle sole dichiarazioni forzate, le quali non possono mai entrare nel processo, laddove la sentenza vieta l'uso anche di «non-compelled statements», tranne che in casi eccezionali.

In realtà, quelle regole, ancorché abbiano una portata più larga della garanzia fondamentale assicurata dal V Emendamento, rimangono tuttavia regole costituzionali attributive di un diritto, la cui violazione – oltre a provocare l'*evidence suppression* – può essere fatta valere ai sensi del § 1983.

3.3. Quest'ultimo disposto – obietta ancora la minoranza – presenta una formulazione molto ampia e contiene espressioni, quali “diritto” e “protetto dalla Costituzione”, che la Corte suprema ha sempre interpretato estensivamente. Tant'è che, anni addietro, essa ha reputato ammissibile una domanda risarcitoria fondata sulla violazione della «dormant Commerce Clause», che salvaguarda il commercio interstatale, nonostante la clausola possa essere vista come recante una semplice ripartizione di potere fra il governo federale e i governi statali, anziché come attributiva di diritti, e apporti una tutela solo implicita nel testo costituzionale: detta previsione – ha motivato la Corte – riconosce pur sempre un “diritto”, nella comune accezione di pretesa che una persona può far valere per via legale avverso un'altra²³. Il che descrive alla perfezione la sentenza *Miranda*.

3.4. Con la sua decisione odierna – rimarca la *dissenting opinion* – la Corte priva i singoli della possibilità di essere risarciti per il danno sofferto a seguito della violazione del diritto attribuito dalla sentenza *Miranda*. Certo, essi possono sempre invocare l'inutilizzabilità processuale degli «un-*Mirandized* statements», ma può accadere che questa non sia accordata, col conseguente rischio che l'imputato sia ingiustamente condannato e trascorra anni in carcere. E, semmai riesca ad ottenere la revisione della condanna, chi pagherà per tutto il male che ha subito?

Ecco allora che sbarrare la strada a un'eventuale azione *ex* § 1983 equivale a rendere irreparabile un'ingiustizia derivante dal mancato rispetto di una preziosa garanzia costituzionale.

²³ Cfr. *Dennis v. Higgins*, 498 U.S. 439 (1991); *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496, 527 (1939) (opinione del giudice Stone).

Icastica la conclusione: «[t]he majority here, as elsewhere, injures the right by denying the remedy»²⁴.

4. Osservazioni conclusive

È sin troppo ovvio che la decisione della Corte suprema, nel precludere l'esperibilità dell'azione civile *ex* § 1983, infievolisce notevolmente la valenza garantistica dei «*Miranda* warnings»; e ciò, attraverso argomenti tutt'altro che persuasivi.

In primo luogo, il ripetuto distinguo tra «prophylactic rules»²⁵ e «rights» non trova alcun addentellato nel testo della Costituzione, ma è di origine pretoria (esattamente come lo sono le regole disegnate dalla sentenza *Miranda*), e manca di un solido fondamento scientifico²⁶. Né la Corte spiega perché mai, là dove c'è una

²⁴ L'opinione dissenziente cita, come caso affine a quello di Tekoh, *Egbert v. Boule*, 596 U.S. ___ (2022), dove la Corte suprema ha negato la possibilità di promuovere un'azione risarcitoria contro un agente federale per violazione dei diritti garantiti dal I Emendamento (decisione assunta all'unanimità) e dal IV Emendamento (decisione assunta con la maggioranza di sei a tre). Al riguardo, v. A. LIPTAK, *Supreme Court Sides With Border Agent Accused of Using Excessive Force*, in *The New York Times*, 8 giugno 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/06/08/us/politics/supreme-court-border-agent-excessive-force.html>.

²⁵ Sui diversi modi in cui la dottrina intende tale sintagma, v. E.H. CAMINKER, *Miranda and Some Puzzles of “Prophylactic” Rules*, in *University Of Cincinnati Law Review*, 2001, 70, p. 1, nt. 2. Evidenzia che «[t]he Court itself sometimes uses the term “prophylactic rule,” though it never defines or attempts to justify it», S.R. KLEIN, *Identifying and (Re)Formulating Prophylactic Rules, Safe Harbors, and Incidental Rights in Constitutional Criminal Procedure*, in *Michigan Law Review*, 2001, 99, p. 1034.

²⁶ Cfr. *Tekoh v. County of Los Angeles*, cit., pp. 1500 ss.: «The Constitution does not distinguish between “prophylactic” and “constitutional” rules. Judges and academics initially invented this dichotomy to distinguish “*Marbury*-shielded” interpretation from “congressionally reversible” implementation. Yet *Dickerson* belied this dichotomy by declaring 18 U.S.C. § 3501 unconstitutional in defense of the “prophylactic” *Miranda* rights». V. anche, fra gli altri, E.H. CAMINKER, *Miranda*, cit., pp. 1 ss. [«In a nutshell, I argue that, because courts frequently cannot determine with much certainty whether or not a constitutional violation has occurred in a given case, and yet courts are charged with trying to protect against constitutional violations, it is sometimes entirely appropriate for the Supreme Court to develop prophylactic rules safeguarding constitutional rights. In other words, such rules respond to the inevitability of imperfect judicial detection of constitutional wrongdoing. But I also argue that the adjective “prophylactic” in this context is both unhelpful and unfortunate; there is no difference in kind, or meaningful difference in degree, between *Miranda*'s so-called prophylactic rule and the run-of-the-mill judicial doctrines routinely constructed by the Court that we unquestioningly accept as perfectly legitimate exercises of judicial power» (p. 2). «Perhaps most fundamentally, my defense of

Miranda undermines the entire conceptualization of various doctrinal rules as “prophylactic” in some special sense. Through this point I have bowed to convention and employed the term “prophylactic” to refer to doctrinal rules self-consciously crafted by courts for the instrumental purpose of improving the detection of and/or otherwise safeguarding against the violation of constitutional norms. If used in this fashion, I now propose that we jettison the phrase “prophylactic rule” from our vocabulary, because there really isn’t any such thing as a distinctively prophylactic rule that is in any important way distinguishable from the more run-of-the-mill doctrine that courts routinely establish and implement regarding every constitutional norm. To the extent one purports to use the adjective “prophylactic” as a descriptive term, it confuses more than it clarifies; and to the extent one purports to use the adjective pejoratively, it inappropriately raises concerns of legitimacy where none should exist. // The terminology misleadingly suggests that so-called prophylactic rules differ in kind from so-called “ordinary” doctrinal rules. But if the argument is that prophylactic rules are different because they rest on some institutional judgments concerning the capacity of courts to enforce constitutional norms, rather than merely on some “pure” interpretation of those norms, this is just wrong – such institutional judgments are precisely the stuff of which most constitutional law is made. Almost all constitutional doctrine, from Article I and the First Amendment on down, represents a judicial judgment both about the content of the constitutional norm worthy of protection *and also* about a court’s institutional capacity to enforce that norm in various ways, taking into account both its own propensities and limitations and those of other relevant actors such as lower federal and state courts» (pp. 25 ss.); Y. KAMISAR, *Miranda Thirty-Five Years Later: A Close Look at the Majority and Dissenting Opinions in Dickerson*, in *Arizona State Law Journal*, 2001, 33, pp. 387 ss. [«the rule that governed the admissibility of state confessions for thirty years prior to *Miranda* – the “totality of circumstances”-“voluntariness” test – was no more a rule of the pure *Marbury* variety, no more “directly compelled” by the Constitution, and no more a product of the “explicit” text of the Constitution than *Miranda* itself» (p. 426)]; D.J. LEVINSON, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, in *Columbia Law Review*, 1999, 99, pp. 857 ss. [«Any piece of constitutional doctrine can probably be regarded as prophylactic with respect to some abstract principle hypothesized as the ultimate end the doctrine is meant to serve» (p. 903)]; J.T. PARRY, *Constitutional Interpretation, Coercive Interrogation, and Civil Rights Litigation After Chavez v. Martinez*, in *Georgia Law Review*, 2005, 39, pp. 733 ss. [«If the meaning of the Constitution is so elusive in individual cases that we cannot discern or apply it with any precision, then we must consider the possibility – indeed, we must accept – that the Constitution does not have a precise meaning. The tools we develop to reach results in individual cases, including prophylactic rules, do not serve simply to implement imperfectly a precise constitutional meaning. Rather, these tools together with the results of individual cases *are* the meaning of the Constitution» (p. 785). «First, constitutional rights are never fixed. Rather, their meaning is always changing according to shifts in the remedies provided for their violation. Second, the rigid distinction between constitutional rights and a lesser category of prophylactic rules and remedies is insupportable. Third, prophylactic rules and remedies have a constitutional dimension because of their role in shaping constitutional meaning. Fourth, nearly all prophylactic rules are constitutional law

«prophylactic rule», non possa esserci (anche) un “diritto”: come se l’una escludesse giocoforza l’altro, o come se un “diritto” non potesse avere (anche) una «prophylactic nature»²⁷.

In secondo luogo, se è vero che le regole delle quali si discorre scaturiscono dalla Costituzione, in quanto preordinate a salvaguardare il diritto contro l’autoincriminazione forzata di cui al V Emendamento, com’è possibile che la violazione delle prime non determini pure una violazione della seconda? Sotto questo profilo, il fatto che la sentenza *Miranda* provveda una garanzia più lata della *Self-Incrimination Clause* riesce influente, dacché – per dirla col *dissent* – «[i]t remains a constitutional rule»²⁸, as *Dickerson* held (and the majority agrees). And it grants the defendant a legally enforceable entitlement – in a word, a right – to have his confession excluded»²⁹.

in the most meaningful sense of constraining government conduct and providing remedies to injured individuals. Perhaps we can conceive of two levels of prophylactics – constitutional prophylactics and garden-variety prophylactics – but I do not know how we would tell the difference between the two unless it turned on whether Congress may change the rules in the second category but not in the first. Yet then one category of prophylactic rules would be indistinguishable from the rest of constitutional law. As I already have argued, I see little value in such a distinction» (pp. 786 ss.). «The idea of prophylactic rules should be abandoned» (p. 837)]; D.A. STRAUSS, *Miranda, the Constitution, and Congress*, in *Michigan Law Review*, 2001, 99, pp. 958 ss. [«it is misleading to ask whether *Miranda* warnings are “required by the Constitution” or are mere “prophylactic rules” that “go beyond” what “the Constitution itself” requires. It is misleading because constitutional rules – routinely, unavoidably, and quite properly – treat “the Constitution itself” as requiring “prophylaxis.” In principle *Miranda* is, in this respect, just like many other constitutional rules of undoubted legitimacy» (p. 960)].

Da notare che, nel testo della sentenza *Miranda*, l’aggettivo «prophylactic» non compare neppure una volta. Cfr. Y. KAMISAR, *Dickerson v. United States*, cit., p. 111: «The *Miranda* opinion itself never called the warnings “prophylactic” or “not themselves rights protected by the Constitution.” Nor did any of the three Justices who wrote separate dissenting opinions».

²⁷ Cfr. D.A. STRAUSS, *Miranda, the Constitution, and Congress*, cit., p. 974: «once constitutional rights are understood, as they must be, as partly but inevitably “prophylactic” in nature, there should be no objection, in principle, to Congress’s playing a role in their elaboration. *Dickerson* is best justified on the ground that constitutional principles – full-fledged, fully legitimate constitutional principles – are routinely “prophylactic” in the way *Miranda* is».

²⁸ ... ovverosia una regola enucleata dalla Corte nell’esercizio del suo potere di «interpreting and applying the Constitution» (sentenza *Dickerson*, cit., pp. 437 ss.).

²⁹ Cfr. *Withrow v. Williams*, cit., p. 691: «“Prophylactic” though it may be, in protecting a defendant’s Fifth Amendment privilege against self-incrimination, *Miranda* safeguards “a fundamental trial right.” *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259, 264 (1990)

In terzo luogo, la stessa Corte ricorda come si diano evenienze, pur eccezionali, in cui dichiarazioni autoaccusatorie non precedute dai «*Miranda* warnings» possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese³⁰. Ebbene, è soprattutto – ma non soltanto³¹ – in queste «unusual circumstances» che l'azione civile ex § 1983 può fungere da rimedio “secondario” (o “complementare”), consentendo così di restituire effettività al meccanismo protettivo *de quo*³².

Infine, l'asserto secondo cui ammettere tale azione «would cause many problems» appare assai debole, dal momento che si risolve in un puro e semplice *adducere inconveniens*. Del resto, quelli paventati dalla Corte sono inconvenienti di mero fatto, solo ipotetici, che in ogni caso ben potrebbero essere risolti,

(emphasis added)». In dottrina, v. Y. KAMISAR, *Dickerson v. United States*, cit., pp. 115 ss.: «absent another equally effective protective device, there is no gap between a violation of the *Miranda* warnings and a violation of the [Fifth Amendment] privilege – in the context of custodial interrogation the privilege and the *Miranda* warnings are inseparable. The *Miranda* warnings cannot be breached without breaching the privilege as well» (il concetto è ribadito a p. 124).

³⁰ Come puntualizza la sentenza *Dickerson*, cit., p. 441, le ipotesi nelle quali la Corte ha ritagliato eccezioni alle «*Miranda* rules», oppure esteso l'applicazione di queste, «illustrate the principle – not that *Miranda* is not a constitutional rule – but that no constitutional rule is immutable. No court laying down a general rule can possibly foresee the various circumstances in which counsel will seek to apply it, and the sort of modifications represented by these cases are as much a normal part of constitutional law as the original decision». Sulla «flexibility of constitutional prophylactic rules», v. S.R. KLEIN, *Miranda's Exceptions in a Post-Dickerson World*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2001, 91, pp. 567 ss.

³¹ Il caso di cui ci occupiamo è significativo: a quanto risulta dagli atti processuali, Vega aveva falsamente attestato che Tekoh non era «in custody» durante l'interrogatorio, inducendo così in errore sia la pubblica accusa (che aveva prodotto in giudizio la dichiarazione di Tekoh come prova a suo carico) sia i giudici (che l'avevano ammessa).

³² Cfr. *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 597-599 (2006); *Wyatt v. Cole*, 504 U.S. 158, 161 (1992) («The purpose of § 1983 is to deter state actors from using the badge of their authority to deprive individuals of their federally guaranteed rights and to provide relief to victims if such deterrence fails»); *Owen v. City of Independence*, 445 U.S. 622, 651 (1980) («A damages remedy against the offending party is a vital component of any scheme for vindicating cherished constitutional guarantees, and the importance of assuring its efficacy is only accentuated when the wrongdoer is the institution that has been established to protect the very rights it has transgressed [...]. // Moreover, § 1983 was intended not only to provide compensation to the victims of past abuses, but to serve as a deterrent against future constitutional deprivations, as well»); *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 470 (1972) (opinione dissenziente del giudice Marshall) [«For when illegal police conduct has occurred, the exclusion of evidence does not purport to purge the conduct of its unconstitutional character. The constitutional violation remains, and may provide the basis for other relief, such as a civil action for damages (see 42 U. S. C. § 1983...)»].

all’occorrenza, per via legislativa oppure – tanto più facilmente in un sistema giudiziario imperniato sul principio dello *stare decisis* – per via giurisprudenziale.

Un’ultima osservazione. Fra le note a piè di pagina che corredano il testo della sentenza in commento, ce n’è una (la n. 5) che merita di essere segnalata: «[w]hether this Court has the authority to create constitutionally based prophylactic rules that bind both federal and state courts has been the subject of debate among jurists and commentators³³ [...]. But that is what the Court did in *Miranda*, and we do not disturb that decision in any way. Rather, we accept it on its own terms, and for the purpose of deciding this case, we follow its rationale». Nessun (formale) *overruling*, dunque. Ma quella breve nota (*prima facie* anodina) – cui l’opinione dissenziente non ribatte³⁴ – e il tenore complessivo della decisione paiono preannunciare scelte future. Forse il destino di «*Miranda*» è già segnato...

³³ A titolo esemplificativo, nella nota si cita, insieme con tre contributi dottrinali, l’opinione dissenziente del giudice Scalia, condivisa dal giudice Thomas, sulla sentenza *Dickerson*, cit., pp. 445 ss. e 457 ss.

³⁴ Peraltro, nel corso dell’udienza di discussione tenutasi il 20 aprile 2022, la giudice Kagan aveva espresso il proprio timore circa le ricadute negative – anche per la legittimazione della Corte – di un’eventuale eliminazione dei «*Miranda warnings*» (il *file* audio e la trascrizione degli interventi in aula sono disponibili, rispettivamente, agli indirizzi https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/21-499 e https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/21-499_bqmc.pdf).

Forum di Quaderni costituzionali Rassegna
Fascicolo n. 3/2022