

Brought to you by:

**ASTRA**



**DIRITTO PUBBLICO COMPARATO**  
**2° CLMG**

Written By:

**CONSUELO ROSA CHIOCCARELLI**

2024-2025 Edition

Find more at:

**[astrabocconi.it](http://astrabocconi.it)**

This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.

Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.



## SOMMARIO

Comparazione: oggetto , metodo,funzione.....	pag 3-8
Interdisciplinarietà del diritto comparato.....	pag 9-13
I sistemi e le famiglie giuridiche: common law e civil law prima e seconda parte.....	pag 14-20
Cittadinanza, revoca e Ct.....	pag 21-27
Il regno unito: vicende costituzionali ai tempi della brexit.....	pag 28-39
Governo di Boris Jhonson.....	pag 40-44
la forma di governo degli stati uniti : Trump e dopo.....	pag 45-54
La giustizia costituzionale nello scenario comparato.....	pag 55-61

### SECONDA PARTE:

Liberta' religiosa e sicurezza in Europa.....	pag 61-70
L'emergenza nel diritto comparato.....	pag 71-75
Il covid-19 e il suo impatto sui principi del diritto costituzionale: uno sguardo comparato.....	pag 76-84
L'emergenza politica: il terrorismo internazionale di matrice jihadista.....	pag 85-89
Intelligenza artificiale e la sicurezza nazionale : i profili pubblicistici.....	pag 90-95
IL diritto transnazionale nel diritto pubblico comparato.....	pag96-101
La Comparazione E I Diritti: Una Approccio Diacronico.....	pag102- 107
Le rivoluzioni: Inglese , Americana e Francese.....	pag108-124
Le costituzioni contemporanee , il loro sviluppo: Francia, Germani.....	pag 125-139
le democrazie contemporanee– gli stati uniti.....	pag 140-148
Lezione Giacinto della Cannanea: regimi giuridici globali.....	pag149-159
I diritti nella dimensione sovranazionale e internazionale.....	pag 160-170
La convenzione europea dei diritti dell'uomo: un modello regionale avanzato.....	pag 170-175
La carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: origini ed evoluzione.....	pag 175-183



# COMPARAZIONE: OGGETTO, METODO E COMPARAZIONE

## COS'È IL DIRITTO COMPARATO?

Il **diritto comparato** è un campo di studio piuttosto complesso da definire in modo univoco. Più facile è dire cosa non è: non è una branca del **diritto positivo** (che è il diritto posto e scritto dal legislatore), né è assimilabile al **diritto nazionale o al diritto internazionale pubblico**. Non è, in sostanza, un insieme di norme destinate a regolare determinati ambiti giuridici specifici.

Il **diritto comparato** è invece un **metodo di studio**, un approccio utilizzato per esaminare il diritto positivo. Si tratta di un sistema di analisi che consente di studiare il diritto attraverso il confronto tra diversi ordinamenti giuridici. L'obiettivo del diritto comparato non è solo capire come funziona un determinato sistema giuridico, ma anche esaminare come si relazioni con altri ordinamenti, permettendo così di valutare somiglianze, differenze, e possibili influenze reciproche.

Esistono diverse opinioni su questo approccio. Alcuni studiosi sostengono che il **diritto comparato** non sia legato a un solo metodo di analisi, e che le discussioni riguardo a questo aspetto abbiano dato vita a diverse **concezioni** del diritto comparato stesso. Nel tempo, tuttavia, si è giunti a riconoscere che il diritto comparato possa essere considerato una **scienza**. Questa affermazione si basa sul fatto che esistono vari metodi di comparazione del diritto positivo, e l'applicazione di questi metodi permette di considerare il diritto comparato come una disciplina scientifica.

## DOMANDE CHIAVI

- Che cosa comparare? (**oggetto della comparazione** e problemi che ruotano intorno all'oggetto)
- Come comparare? (**problema del metodo**)
- Perché comparare? (**qual è la funzione del diritto comparato**)

## OGGETTO DI COMPARAZIONE

### CHE COSA COMPARARE?

Le branche del **diritto positivo** rappresentano l'**oggetto della comparazione** nel diritto comparato. I diversi modi in cui i sistemi giuridici si organizzano costituiscono il primo riferimento empirico del diritto comparato. Il diritto comparato, quindi, si configura come una **disciplina scientifica** che studia il diritto positivo di diversi ordinamenti giuridici. Tuttavia, per il **comparatista**, il diritto positivo non costituisce un limite insormontabile; al contrario, il comparatista si oppone al **positivismo giuridico** quando quest'ultimo assume una connotazione filosofica che limita lo studio del diritto al solo diritto posto dal legislatore.

Il comparatista non crede che il diritto nazionale sia solo quello formalmente posto dal legislatore, poiché riconosce che esiste molto di più al di là delle norme scritte. In questo senso, la prospettiva del comparatista si pone in contrasto con il **concettualismo** giuridico, il quale classifica il diritto in categorie rigide e astratte. Il comparatista, invece, ha la consapevolezza che le categorie giuridiche di un ordinamento non possono essere considerate valide in modo assoluto e universale. Mentre per il positivista uno schema concettuale può prevalere sugli altri, lo **studio comparato dei sistemi giuridici** è anti-positivista e anti-concettuale, nel senso che non può essere limitato da dogmi. Lo studio del diritto deve, quindi, aprirsi anche agli **elementi culturali**, storici, economici, linguistici e religiosi che influenzano il contesto giuridico.



La parola chiave per il comparatista è dunque **contestualizzare**: non si deve limitare al diritto positivo, ma deve collocare il fenomeno giuridico nello spazio e nel tempo, prendendo in considerazione il **contesto culturale** in cui si sviluppa. Anche se la tradizione giuridica occidentale rappresenta un'importante base per la comparazione, il diritto comparato riconosce che non può essere applicato uniformemente in tutte le aree del mondo. Altri sistemi giuridici, come il diritto consuetudinario, il diritto cinese, indiano o africano, rispondono a tradizioni secolari che influenzano profondamente il loro sviluppo. Il **comparatista** comprende, quindi, che il diritto non nasce esclusivamente dallo Stato, ma è fortemente influenzato da fattori esterni, talvolta invisibili.

L'oggetto della comparazione può riguardare tanto il **diritto privato** quanto il **diritto pubblico**. Il diritto pubblico, in particolare, si concentra sulla **distribuzione dei poteri** tra gli organi dello Stato e sulla relazione tra i cittadini e l'autorità. La comparazione può essere condotta su ordinamenti statali contemporanei, prendendo come riferimento le **costituzioni** e i tratti fondamentali di ciascun sistema giuridico.

Inoltre, accanto alle fonti di rango costituzionale, il comparatista non può limitarsi esclusivamente al diritto formale o scritto, ma deve esaminare anche le **fonti di rango primario** e considerare il diritto nella sua dimensione pratica e applicata. Questo approccio più ampio permette una visione completa e profonda dei vari ordinamenti giuridici che vengono confrontati.

- **Per cui Gli ordinamenti statali contemporanei:**
- Le costituzioni in senso formale degli ordinamenti giuridici
- La legislazione che attua i principi costituzionali
- La prassi politica
- La giurisprudenza delle corti
- La dottrina dei giuristi

NB: **È imprescindibile lo studio e l'attenzione dei sistemi sovrastatali** (internazionale o europeo) che aprono una conoscenza dei sistemi che non è solo orizzontale, ma è anche in verticale. Per cui anche la realtà sovranazionale:

- Unione europea
- Convenzione europea dei diritti dell'uomo
- Convenzione interamericana sui diritti umani
- Unione africana
- World Trade Organization

**Il diritto degli altri stati è il presupposto della comparazione, ma non è il fine, ma il MEZZO** (non devi fare diritto straniero, ma compatte con il proprio o altri).

La comparazione può essere di diversa ampiezza:

- **macrocomparazione** quando studiamo intere parti del diritto che riguardano ad esempio l'organizzazione giuridico o politica degli ordinamenti
- **Microcomparazione**, quando studia uno specifico istituto, va a studiare un particolare gruppo di norme (ad esempi il ricorso davanti alle corti invece che la corte in genere)

Sono due approcci diversi, ma collegati, essi si completano.

Oltre alla dimensione micro e macro, possiamo avere **due comparazioni**:

- **Diacronica / storica**, cioè ordinamenti di epoche differenti (Italia periodo fascista e ora)
- **Sincronica**, cioè ordinamenti che coesistono nello stesso momento storico (inglese con italiano)

A volte tra loro si incrociano.



La comparazione può essere :

- **formale** (cioè scritta solo e non sul campo) che definito **LAW IN BOOKS**
- **sostanziale, cioè LAW IN ACTION**, cioè oltre che essere scritto accade

## QUAL È IL METODO

### COME COMPARARE?

**Da quando si compara?:** La comparazione è una pratica che esiste da sempre, fin da quando l'uomo è nato. Comparare significa misurare i problemi e le virtù di diversi oggetti, istituzioni o fenomeni al fine di esprimere giudizi valutativi, per comprendere quale sia la soluzione migliore. Un conto è confrontare in modo informale, un altro è farlo consapevolmente, seguendo un metodo scientifico che sia rigoroso e suscettibile di verifica.

Nel **1900**, durante un congresso di aprile, nacque il dibattito sul concetto di comparazione e sulla sua natura: **è un metodo o una scienza?** In sintesi, la **comparazione** è un'operazione intellettuale e giuridica che raffronta ordinamenti, istituti e normative di diversi sistemi giuridici. Quando questa operazione viene svolta in modo sistematico e secondo i canoni del metodo giuridico, assume le caratteristiche di una **disciplina scientifica.** "Lo studio del comparatista" coinvolge più sistemi giuridici e costituzionali, ma non presi in isolamento. Al contrario, questi sistemi sono studiati in collegamento tra loro attraverso il **metodo della comparazione.**

Se la comparazione si sviluppa seguendo un **metodo scientifico rigoroso\*** i suoi risultati possono essere verificati ex post, per capire se sono veri o falsi. In questo senso, la comparazione diventa una **scienza giuridica**, poiché i suoi risultati sono verificabili. Se, invece, non si propone di arrivare a conclusioni verificabili, ma è fine a se stessa, rimane solo un metodo.

Il comparatista ha un approccio diverso rispetto al costituzionalista. Il costituzionalista adotta un approccio **top-down**, ovvero parte da una categoria concettuale per risolvere un problema pratico. Il comparatista, invece, segue un approccio **bottom-up:** parte dal problema concreto e, attraverso un'analisi empirica, cerca di costruire nuove categorie concettuali, facendo emergere somiglianze e differenze. In altre parole, il comparatista parte dal concreto per arrivare all'astratto, mentre il costituzionalista parte dall'astratto per risolvere il concreto.

Il **comparatista** è in grado di comprendere i concetti astratti attraverso l'osservazione delle somiglianze e delle differenze, analizzando gli eventi e valorizzando le differenze al fine di trovare linee di collegamento tra ordinamenti diversi e soluzioni normative.

**I formanti:** Il comparatista effettua la sua analisi utilizzando i **formanti**, ovvero gli elementi che permettono di confrontare soluzioni normative adottate da diversi ordinamenti. Questi formanti possono essere:

- La dottrina
- Le sentenze o le decisioni dei giudici
- Le prassi, le consuetudini o le convenzioni culturali

**I formanti consentono di mettere a confronto soluzioni normative adottate in risposta a problemi pratici analoghi, creati dagli sviluppi sociali, economici e politici nelle rispettive collettività.** Il fine è rilevare l'esistenza di affinità o divergenze tra tali soluzioni e, se possibile, ricondurle a categorie comuni che permettano una comprensione complessiva dei loro significati e delle loro motivazioni.

In questo modo, il comparatista opera all'interno di un **dinamismo giuridico**, contestualizzando le soluzioni normative nel loro contesto specifico, senza limitarsi al mero confronto formale tra norme, ma osservando le differenze di contesto culturale, sociale ed economico che influenzano il diritto negli ordinamenti studiati.



Le discipline che assumono una funzione ausiliare sono:

1. Discipline storiche
2. Discipline politologiche
3. Discipline sociologiche

Cosa deve fare lo studioso del diritto comparato quando vuole comparare bene ?:

1. **Selezione degli ordinamenti giuridici:** Lo studioso di diritto comparato deve innanzitutto selezionare gli ordinamenti giuridici che ritiene rilevanti per rispondere alla sua domanda di ricerca. È importante evitare di comparare ciò che è **incomparabile**. Ad esempio, non è possibile mettere a confronto direttamente i sistemi giuridici dell'Europa occidentale con quelli dell'Asia senza tenere conto delle profonde differenze culturali, storiche e ideali che influenzano gli ordinamenti giuridici. Tuttavia, il comparatista può allargare il proprio orizzonte, cercando di spiegare e giustificare le differenze tra ordinamenti che, a prima vista, sembrano incomparabili. Ad esempio, può analizzare il **presidenzialismo** negli Stati Uniti e in Venezuela, mettendo in luce le caratteristiche comuni e le differenze sostanziali tra i due sistemi. L'obiettivo è offrire una spiegazione **intellettualmente onesta** che giustifichi tali differenze.
2. **Individuazione dei termini e fattori di studio:** La comparazione può avvenire su scala **micro o macro**. Nel processo comparativo, è fondamentale identificare con precisione i termini e i fattori che saranno oggetto di studio. Tuttavia, l'obiettivo finale della comparazione non dovrebbe limitarsi solo alla semplice descrizione dei dati giuridici. Il vero scopo della comparazione risiede nel **QUI PROPRIUM**, ovvero nella capacità di ricostruire dati comuni identificando sia elementi di **somiglianza che differenze**. In questo modo, la comparazione contribuisce a una migliore comprensione dei sistemi giuridici attraverso l'analisi dei punti di contatto e divergenza.
3. **Ricostruzione delle relazioni tra i dati:** Una volta identificati gli elementi di somiglianza e differenza, il passo successivo è la ricostruzione delle relazioni tra i **formanti** giuridici (cioè dottrina, giurisprudenza, consuetudini e prassi). A questi formanti si aggiungono i **criptocripi**, ovvero le convinzioni culturali, religiose o sociali che, pur non essendo esplicitamente normate, influenzano il diritto in modo profondo. L'obiettivo è comprendere come queste relazioni si manifestino nei diversi ordinamenti e quale ruolo svolgano nel plasmare il diritto.
4. **Catalogazione tassonomica dei materiali:** Il metodo comparatistico prevede anche una fase di **catalogazione e classificazione** dei materiali raccolti. Questa operazione consente di **ordinare** il materiale giuridico, semplificandolo in modo da renderlo più comprensibile. Le categorie create attraverso la catalogazione permettono di ricondurre il problema giuridico al suo contesto e alle sue dinamiche specifiche. Le categorie risultanti non solo aiutano a risolvere il problema di partenza, ma possono essere utilizzate anche per affrontare problemi giuridici futuri. In sostanza, il **comparatista** parte dal problema concreto per arrivare alla costruzione di categorie concettuali più generali, utili per lo studio e la comprensione di nuovi problemi giuridici.

Ma ci sono rischi potenziali delle classificazioni:

- **Troppo generali= pericolose**, nello sforzo di semplificare troppo si possono creare categorie troppo ampie e se comprendono troppi elementi si arriva ad avere realtà distorte, per cui pericolose.
- **Troppo precise= inutili**, se si vuole essere troppo precisi però ogni fenomeno è singolo, allora non possiamo creare dei veri e propri cataloghi, quindi risultare la divisione inutile.

Gli elementi positivo delle classificazioni:

1. **devono tendere ad essere esclusive**, uno oggetto di classificazione non devono rientrare in due categorie, ma solo una.



2. **devono essere esaustive**, nessun oggetto di studio deve essere lasciato fuori a una classificazione.
3. **la classificazione deve essere basata su criteri pertinenti**

La classificazione porta a una modellistica: cioè si creano dei MODELLI che sono sempre individuati dalla casistica. **I modelli** sono la sintesi di una complessità, e' **la rappresentazione sintetica dei minimi termini di un fenomeno reale (valenza politico-costituzionale) che viene messa in una forma archetipa (esemplare)**

## FUNZIONE DELLA COMPARAZIONE

### PERCHE' COMPARARE?

**Funzione teorica:** La comparazione giuridica viene utilizzata per conoscere e comprendere meglio il mondo in cui viviamo. La conoscenza scientifica, anche se fine a se stessa, ha valore per chi studia. Conoscere il diritto di altri ordinamenti permette di comprendere meglio il proprio, e questa conoscenza consente di affrontare problemi complessi, interpretare la realtà e sviluppare soluzioni. Bognetti afferma che la comparazione è un "fatto di cultura che permette all'uomo di sapere chi egli è, e cosa ha fatto e creato". In questo senso, migliorare il proprio ordinamento giuridico richiede la comprensione di altri ordinamenti. La comparazione giuridica aiuta a organizzare e semplificare i fenomeni giuridici, ed è la dottrina (i comparatisti) che si occupa di questo compito.

La funzione teorica ha prodotto importanti risultati, permettendo di catalogare vari concetti come:

- Forma di Stato
- Forma di Governo
- Diritti fondamentali della persona
- Modelli di giustizia costituzionale (diffuso o con giudice ad hoc, ad esempio)

Questi studi offrono dati concreti per l'analisi giuridica.

**Funzione pratica:** La comparazione ha un'utilità pratica, soprattutto a livello legislativo e interpretativo. Supporta i legislatori nella creazione di nuove leggi e offre spunti per migliorare le norme interne. Può inoltre aiutare i giudici nel processo di interpretazione delle leggi e nella formazione delle decisioni giudiziarie. La funzione pratica della comparazione è cruciale per l'armonizzazione e l'uniformazione delle normative, come avviene a livello dell'Unione Europea. Essa permette di capire quali tecniche legislative funzionano meglio e quali rischi comportano in diversi contesti. Tuttavia, è importante tenere conto che un modello importato da un altro paese potrebbe non funzionare nello stesso modo, a causa di differenze culturali, sociali o economiche.

La circolazione dei modelli giuridici può avvenire in vari modi:

- Immigrazione di popoli
- Imposizione coloniale (ad esempio, nelle colonie francesi)
- Imitazione, spesso legata all'egemonia culturale

Affinché un modello giuridico funzioni in un contesto diverso, esso deve adattarsi al nuovo ambiente, altrimenti rischia di essere rigettato. Questo fenomeno di rigetto si verifica quando un modello non si conforma al nuovo contesto economico, politico o sociale. La circolazione dei modelli avviene anche a livello giurisprudenziale, attraverso la convergenza delle corti costituzionali. Un'altra funzione della comparazione giuridica è il miglioramento delle relazioni internazionali. Confrontare diversi sistemi giuridici permette di individuare regole e percorsi che avvicinano visioni del mondo differenti, facilitando la creazione di norme sia a livello nazionale che sovranazionale.

**Il diritto comparato è un vettore di conoscenza** sulle diversità giuridiche. Comprendendo gli altri ordinamenti giuridici, si può capire meglio il proprio e, di conseguenza, conoscere meglio se stessi. La comparazione giuridica ha anche una dimensione pratica rilevante, perché permette di includere



nel suo studio non solo il dato giuridico, ma anche aspetti metagiuridici (come la cultura, la religione, la lingua), migliorando così la comprensione del diritto positivo, che è sempre condizionato dalla storia e dal contesto sociale.

**Contestualizzazione:** La contestualizzazione del diritto è fondamentale per decifrare il dato giuridico. Ogni ordinamento giuridico riflette un insieme di valori culturali e storici propri della società in cui si sviluppa. Il comparatista, contestualizzando, riesce a decifrare meglio questi elementi e a comprenderne il significato.

**Diritto comparato come strumento per comprendere il mondo reale:** Lo studio del diritto comparato è orientato alla realtà e serve a comprendere meglio il mondo giuridico, sfidando i dogmi che spesso limitano i positivisti o i costituzionalisti. Il diritto comparato è anche emancipante, in quanto libera la mente dalla visione limitata al solo diritto nazionale. Studiare il diritto degli altri permette di individuare pregiudizi e limiti del proprio ordinamento, aprendo nuove prospettive.

**Il dinamismo del diritto comparato:** Il diritto comparato è un vettore di conoscenza dell'“altro”, evidenziando somiglianze e differenze tra i vari ordinamenti. Non solo ci permette di comprendere meglio gli altri sistemi giuridici, ma ci aiuta anche a riflettere sul nostro, migliorando così la nostra capacità di analisi e comprensione.





## INTERDISCIPLINARIETA' E DIRITTO COMPARATO

### Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?

Il diritto comparato possiede un'innata vocazione interdisciplinare, cioè una predisposizione naturale a integrarsi con altre scienze per offrire una comprensione più ampia e profonda dei fenomeni giuridici. Tuttavia, nonostante questa vocazione sia riconosciuta da tempo, è ancora difficile applicare l'interdisciplinarietà come vorremmo nello studio del diritto comparato.

Negli ultimi decenni, si è sempre più avvertita la necessità di un'indagine interdisciplinare nelle scienze giuridiche, accompagnata dall'esigenza di una ricerca empirica. Il dato empirico, come chi ha preso le decisioni o il contesto in cui queste decisioni sono state prese, può offrire spunti interessanti per un'analisi giuridica più completa e accurata. Questa esigenza è diventata particolarmente evidente nel campo del diritto comparato, che deve essere intrinsecamente interdisciplinare, come affermato da numerosi studiosi: «Il diritto comparato, per sua stessa natura, è necessariamente e genuinamente interdisciplinare».

**Ostacoli all'approccio interdisciplinare nel diritto comparato:** Nonostante la vocazione interdisciplinare del diritto comparato, ci sono diverse difficoltà che rendono complesso applicare questo approccio in modo pratico. Vediamo alcune definizioni fondamentali:

- **Multidisciplinarietà:** quando si utilizzano diverse discipline per studiare un problema comune, ma mantenendo l'autonomia di ciascuna disciplina.
- **Interdisciplinarietà:** c'è un vero confronto e integrazione tra le discipline.
- **Transdisciplinarietà:** si raggiunge un livello superiore di cooperazione, dove le discipline si fondono per creare nuove conoscenze e concetti.

Il processo di "borrowing" (prestito) è una tecnica fondamentale in cui teorie e metodi di una disciplina vengono applicati a problemi di un'altra, creando così nuove prospettive. Tuttavia, non è semplice integrare concetti e teorie provenienti da scienze diverse.

### **Interdisciplinarietà nella manualistica:**

1. **Ricerca in diverse discipline:** Non è possibile fare diritto comparato senza prendere in considerazione le altre scienze che aiutano a decifrare un fenomeno giuridico.
2. **Uso strumentale delle altre scienze:** Le discipline non giuridiche, come l'antropologia e la filosofia, sono indispensabili nello studio giuridico.
3. **Applicazione delle conoscenze scientifiche:** Per esempio, nello studio dell'intelligenza artificiale (AI), è necessario comprendere le basi scientifiche per integrare l'elemento giuridico.

### **OSTACOLI PRATICI ALL'INTERDISCIPLINARIETÀ:**

1. **Formulazione della domanda di ricerca:** Un problema può essere che una domanda formulata correttamente per il diritto potrebbe non essere comprensibile per studiosi di altre discipline.
2. **Selezione delle discipline:** Potrebbe essere difficile scegliere le discipline giuste da integrare nel proprio studio, e ancor più difficile conoscerle tutte.
3. **Dominare i concetti di altre discipline:** I concetti di altre scienze possono risultare complessi e difficili da comprendere pienamente.
4. **Selezione della letteratura scientifica:** Avere gli strumenti adeguati per comprendere e selezionare la letteratura delle altre discipline è essenziale.
5. **Consultare esperti:** Scegliere gli esperti giusti può essere complicato, specialmente quando ci sono opinioni divergenti tra gli stessi specialisti.



**6. Barriere linguistiche e terminologia tecnica:** I termini possono avere significati diversi in contesti giuridici differenti e possono riferirsi a istituti giuridici che non esistono in altri ordinamenti.

**7. Difficoltà nella contestualizzazione:** Anche superati tutti gli altri ostacoli, è fondamentale contestualizzare correttamente i dati, per evitare di cadere in errori di interpretazione superficiale.

Gli ostacoli all'interdisciplinarietà sono meno rilevanti quando si tratta di discipline come la storia, ma diventano più evidenti in scienze più distanti dal diritto, come l'informatica o la genetica. Tuttavia, anche in questi casi, è possibile stabilire connessioni rilevanti tra il diritto e altre scienze.

**Tipi di interdisciplinarietà:**

- **Avanzata:** una cooperazione approfondita tra le discipline, con un'integrazione dei concetti.
- **Basica:** simile alla multidisciplinarietà, con una semplice interazione tra discipline autonome, senza una vera integrazione.

**È utile insistere sull'interdisciplinarietà:** Sì, è importante continuare a perseguire l'interdisciplinarietà nel diritto comparato, poiché permette di evitare gli errori del passato e di aprire nuove strade nello studio giuridico. Non tutti i comparatisti si sono ancora convertiti all'approccio interdisciplinare, ma è evidente che questo metodo è essenziale per un'analisi più completa e accurata del diritto. Anche se ci sono sfide, l'interdisciplinarietà offre la possibilità di arricchire la comprensione giuridica e di trovare soluzioni innovative per i problemi complessi.



## APPUNTI ARTICOLO : DIRITTO COMPARATO E INTERDISCIPLINARIETÀ: TRA INNATA VOCAZIONE E INCOMPIUTA REALIZZAZIONE?

Va, infatti, rilevato che, di frequente, l'interazione tra le diverse discipline viene resa da alcuni studiosi, soprattutto stranieri, in senso indistinto, **con i termini "multidisciplinarietà" e/o "interdisciplinarietà", che però non sono due categorie completamente sovrapponibili. L'approccio multidisciplinare comporta una spiccata autonomia delle diverse scienze applicate aun medesimo ambito di ricerca**, giacché ciascuna di esse ricorre alla propria metodologia per rispondere all'originaria domanda di ricerca e l'indagine sfocia in outcomes strettamente dipendenti dal settore disciplinare di riferimento. Diversamente, **il metodo propriamente interdisciplinare rifugge dalla mera giustapposizione dei diversi saperi per aspirare a un compiuto confronto, se non a una vera e propria cooperazione , tra le diverse conoscenze .** Non di rado, negli scritti dedicati al tema, **si ritrovano altresì le nozioni di cross-disciplinarity, transdisciplinarity e borrowing. Secondo il primo approccio, lo studio di una data questione, pertinente a una data disciplina, viene affrontato dalla prospettiva di una disciplina diversa (appunto altra) rispetto a quella di origine<sup>10</sup>. La seconda espressione si usa allorché le scienze applicate per risolvere un dato problema riescono a raggiungere un livello di collaborazione (rectius, commistione) tale da creare uno «space of knowledge beyond the disciplines». In parole più chiare, la transdisciplinarity condurrebbe a una sorta di "meta-scienza". Infine, il borrowing implica il ricorso a teorie o concetti propri di una scienza diversa da quella a cui è riconducibile l'iniziale domanda di ricerca, alla quale resta peraltro sotteso il problema che lo studioso è chiamato a risolvere.** Nello specifico, si fanno emergere le opzioni euristica, ausiliaria, comparativa, prospettivista e integrata. **Di queste le prime tre** ammettono un dialogo piuttosto limitato tra le diverse scienze o al più curvato su una china strettamente funzionale a quella giuridica, perciò sono ricondotte dagli stessi Autori a un'accezione lata di interdisciplinarietà e, anzi, **risultano assimilabili alla nozione che si è data di multidisciplinarietà.** Più nello specifico, **i primi due livelli (quello euristico e quello ausiliario) sembrerebbero sovrapporsi allo schema del c.d. borrowing; mentre il quarto e il quinto livello** (rispettivamente prospettivista e integrato), nell'implicare una compenetrazione più spinta fra il diritto e le altre scienze, potrebbero invece **ricondursi all'idea di interdisciplinarietà in senso stretto. secondo Mathias M. Siems<sup>14</sup>, la ricerca interdisciplinare nel campo del diritto può declinarsi in basic o advanced. La prima si caratterizza per l'utilizzo di domande di ricerca di carattere giuridico che, per trovare un'appropriata risposta, necessitano delle acquisizioni proprie di altre discipline. Il livello basic pare quindi inglobare i primi due livelli di interdisciplinarietà (o invero di multidisciplinarietà) individuati da Taekema e van Klink. L'advanced interdisciplinary research si articola, poi, in almeno tre diversi tipi;** più in dettaglio, secondo la prima declinazione, la ricerca si sviluppa attorno a domande che non hanno carattere giuridico, ma che vengono affrontate con metodi propri anche della scienza giuridica. La seconda possibilità di indagine presuppone domande di natura giuridica, a cui si tenta di rispondere applicando al ragionamento giuridico il metodo proprio di altre scienze, in particolare di quelle empiriche. Ancora più avanzata in termini di interdisciplinarietà è poi la terza ipotesi, che si sforza di rispondere a domande di taglio non giuridico tendendo a integrare nel ragionamento giuridico i metodi di altre discipline. Questa terza dimensione combina quindi le prime due. Per tornare al focus del discorso, che si vuole centrare sul diritto comparato, risulta allora chiaro il paradosso che, ormai da tempo, lo caratterizza: da un lato, è data per acquisita, quantomeno nell'opinione comune, la sua natura interdisciplinare; dall'altro lato, sembra però evidente la problematicità del pieno sviluppo o, se si preferisce, dell'effettiva realizzazione (rectius, materializzazione) di tale innata attitudine (v. par. 3).

### INDOLE INTERDISCIPLINARE DEL DIRITTO COMPARATO

Ralf Michaels afferma, da un lato, la naturalezza del rapporto tra diritto comparato e metodo interdisciplinare e, dall'altro, , la funzionalità, per lo studio del diritto, del ricorso ad altre discipline, altre giacché estranee al giurista; tra queste spiccano la sociologia, l'antropologia, la filosofia e la teoria politica.



L'approdo naturale all'interdisciplinarietà degli studi giuridici comparatistici è pure sottolineato da Günter Frankenberg: il «comparative law [...] offers the perfect platform and is a “natural” for border-crossing travels not only to other countries, systems and laws but also to other disciplines such as history, philosophy, anthropology and political studies [...]».

Mattias Rheimann afferma che guardare il diritto comparato in relazione ad altre discipline aiuta a comprenderlo, almeno da due prospettive: da un lato, la distinzione rispetto alle altre discipline chiarisce cosa sia il diritto comparato e, parallelamente, la relazione con diverse scienze (cioè altre rispetto al diritto) rivela l'interazione del diritto comparato con le stesse. In pratica, secondo questa lettura, grazie alla contaminazione portata dall'interdisciplinarietà si innesca una proficua dinamica di interscambio, da cui origina un altrettanto utile rapporto di *do ut des* tra il diritto e gli altri saperi.

Sacco: «la comparazione, quale metodo, non è che storia»; anzi, spiega che i rapporti tra le due scienze sono «più che interdisciplinari, di integrazione o complementarietà». Il Maestro apre la prospettiva di indagine a La comparazione giuridica al servizio delle scienze sociali e afferma che «il metodo comparatistico [...] parla il linguaggio di tutte le scienze rivolte al fatto»; in quest'ottica, sottolinea poi la capacità delle scienze comparatistiche di rendere «servigi» alle scienze «vicine al diritto»<sup>46</sup>, così da prospettare una visione strumentale del diritto comparato rispetto ad altre scienze.

In Comparazione e scienze non giuridiche. il diritto comparato viene rappresentato, in modo assai evocativo, come una scienza che partecipa a un «gioco di squadra» con altre discipline; tra queste un'esplicita menzione è fatta alla storia, alla scienza politica, alla sociologia giuridica e all'antropologia giuridica. all'uso funzionale del metodo interdisciplinare, orientato a «cogliere, dietro la facciata della positività del diritto, gli strati storici ed antropologici», dunque, determinanti per «una corretta comprensione della positività stessa». La valorizzazione dell'interdisciplinarietà in chiave funzionale porta quindi Paolo Ridola a collocare «la comparazione direttamente sul terreno ermeneutico». In un'ottica più specifica, centrata sul rapporto tra il diritto e la traduzione, pure Roberto Scarciglia non manca di sottolineare che, al fine di «penetrare gli strati più profondi e cognitivi degli ordinamenti», è necessaria non solo la padronanza linguistica, ma anche «un legame profondo con la cultura, la storia e le tradizioni del Paese oggetto di studio e una analisi comparativa anche trasversale».

I significativi esempi richiamati rivelano la tendenza tanto privatistica quanto pubblicistica, a presentare l'interdisciplinarietà non più come mera aspirazione, bensì quale consapevole metodo di indagine dal quale il comparatista sembra non poter prescindere nel suo percorso di ricerca. il comparatista viene cioè chiamato a «new projects of cultural governance in the context of globalization» performance che sembra delineare, nella linea di pensiero di Monateri, un'inedita dimensione dello studioso, inserito in un ordine giuridico globale e impegnato nello sfidante sforzo di sintesi tra le acquisizioni delle discipline altre e il diritto.

### **L'INCOMPIUTO SVILUPPO DELL'INCLINAZIONE NATURALE (SPIEGATO TUTTO DALLA PROF)**

interesse per gli altri saperi, il diritto comparato non sembra però avere ancora portato a compimento l'accidentato percorso verso la piena interdisciplinarietà. In questo paragrafo si vogliono indagare le ragioni che hanno ostacolato il pieno e compiuto sviluppo dell'innata vocazione interdisciplinare del diritto comparato. Un approccio interdisciplinare avanzato, , porrebbe, in via preliminare, il problema della formulazione della domanda di ricerca, da cui discenderebbe l'ulteriore questione relativa alla selezione giustificata delle discipline chiamate a interagire tra loro per offrire il migliore outcome scientifico. In effetti, scienze diverse pongono domande di ricerca con un focus diverso<sup>64</sup>; e quelle concernenti la sfera giuridica, nelle ricerche pienamente interdisciplinari, dovrebbero essere riformulate al fine di risultare intelleggibili agli studiosi di altre discipline. Invero, come si è anticipato, l'individuazione della scienza con la quale il giurista è portato a dialogare dipende, di regola, dalla natura stessa dell'oggetto della ricerca comparatistica. Accanto alle discipline altre che presentano naturali punti di contatto, se non di vera e propria fusione con il diritto, e in cui i rischi in parola sembrano meno evidenti o comunque risultano maggiormente gestibili, vi sono poi discipline altre inedite, che però sempre più spesso si intrecciano con il diritto.



Qui i pericoli legati a una conoscenza incompleta o non direttamente verificata della materia si sommano a quelli derivanti dalle diverse impostazioni di metodo e, in alcuni casi, vengono amplificati anche da un uso potenzialmente equivoco della terminologia. Del resto, in senso analogo, benché in un'ottica speculare, cioè dell'altro studioso (diverso dal giurista), la pericolosità insita nella commistione dei saperi appare manifesta allorché il diritto diviene strumento per l'esame di altre discipline, si pensi all'economia. Superato questo primo step, cioè ammettendo di aver selezionato la bibliografia utile allo scopo, si presenta la seconda insidia, ovvero la corretta interpretazione, se non – per certe scienze – addirittura la necessaria verifica. Questo secondo passaggio nasconde rischi tutt'altro che scontati, poiché impadronirsi o almeno conoscere i concetti di una disciplina non equivale a essere immersi nel mondo di quella disciplina. Anzi, spesso il giurista è costretto a ricorrere alla consulenza di esperti, i quali non è escluso abbiano "opinioni" diverse del medesimo problema oggetto di indagine; di qui il disagio del giurista che deve scegliere a quale visione uniformarsi per condurre la propria ricerca. con specifico riferimento al comparatista, è del pari stato evidenziato il pericolo del «dilettantismo tuttologico» la necessaria preparazione del giurista in ambiti disciplinari diversi dal proprio; dunque, sul piano operativo, si spinge lo studioso del diritto ad addentrarsi in campi del sapere che stanno al di fuori del perimetro segnato dal giuridico, e anche laddove prossimi al confine conosciuto restano altri e potenzialmente, per molti, impervi.

Le difficoltà non vengono meno, si pensi alle barriere linguistiche, come pure alle insidie nascoste dietro la terminologia c.d. di settore, cioè nel linguaggio specifico di ogni scienza. Spesso quando si tocca il "tasto" linguistico, soprattutto tra i giuspubblicisti, si vuole evidenziare il rischio di una resa non appropriata nella lingua di lavoro, dovuto alla traduzione c.d. letterale, di un termine che ha un diverso significato sostanziale nei contesti chiamati in gioco nella comparazione oppure si vuole sottolineare la mancanza in un dato ordinamento di un istituto presente in un altro ordinamento, dal che discende l'assenza di un termine adeguato nella lingua di riferimento<sup>82</sup>. Ciò non dimeno, diverse discipline possono dare alla medesima parola significati diversi, finanche nella stessa lingua. Lì di là delle questioni definitorie e, più in generale, di quelle linguistiche, è ben noto che l'interdisciplinarietà, soprattutto quando usata dal giurista comparatista, non può prescindere dal non facile sforzo di contestualizzazione conoscendo cultura e usi.

### **E' UTILE PRESERVARE LA SPINTA INTERDISCIPLINARE?**

Bognetti riconosce che i successivi studi di diritto costituzionale comparato hanno cercato di superare questa impostazione positivista, cercando di liberarsi della rigida sistematicità concettuale ad essa collegata.

Bognetti non propone di ripetere gli errori del passato. L'insistenza sulla spinta interdisciplinare non deve portare alla creazione di un nuovo metodo che superi quelli tradizionali, ma piuttosto favorire una coesistenza complementare tra l'approccio dogmatico-positivista, tradizionale nel mondo giuridico, e l'apertura agli altri saperi. Non si tratta, quindi, di creare una nuova disciplina, ma di mantenere una tensione tra diversi approcci metodologici, che possano arricchire la comprensione del diritto.

Il punto centrale di questa riflessione, dunque, è l'apertura verso nuove sperimentazioni metodologiche, pur mantenendo saldo il riferimento alla prospettiva giuridica.



## FAMIGLIE GIURIDICHE E DINTORNI

Questa lezione sarà condotta da un illustre giurista ossia Roberto Scacciglia.

### TRADIZIONI GIURIDICHE E DINTORNI

Il tema delle famiglie giuridiche e delle tradizioni legate al diritto comparato è di grande interesse poiché, esaminando i manuali di diritto comparato, si nota come la classificazione dei sistemi giuridici sia una delle aree più affascinanti e complesse della macro-comparazione. La complessità della macro-comparazione risiede nel fatto che essa richiede un approccio interdisciplinare per comprendere a fondo le diverse tradizioni giuridiche, e oggi, tali tradizioni sono tornate di grande attualità. Ma perché?

#### Ritorno delle tradizioni: motivi

**1. Confusione delle fonti normative classiche:** Le fonti normative classiche tendono sempre più a confondersi o integrarsi con altre fonti, specialmente nel contesto del diritto transnazionale e del diritto dell'Unione Europea. In questi ambiti, ci confrontiamo con una molteplicità di fonti che si intersecano e si combinano. Come in due insiemi che si sovrappongono, ci si trova a dover identificare quali elementi si armonizzano bene e quali meno.

**2. Dialogo tra giuristi di tutto il mondo:** Un altro elemento importante è il fatto che i giuristi oggi dialogano con colleghi di tutto il mondo, affrontando problemi che spesso sono di natura transnazionale. Questo confronto implica che ci siano culture giuridiche e tradizioni diverse in gioco, il che rende il dialogo interdisciplinare fondamentale per trovare soluzioni comuni a questioni globali.

**3. Studi sul post-colonialismo:** Infine, negli ultimi decenni si è assistito a un forte sviluppo degli studi sul post-colonialismo, che hanno messo in luce come molte tradizioni giuridiche siano state profondamente influenzate dal colonialismo. Un esempio interessante è l'Expo del 1900, quando fu organizzato il primo convegno internazionale di giuristi comparatisti. In quell'occasione venne stilata una prima classificazione delle famiglie giuridiche, la quale, però, seguiva una prospettiva fortemente occidentale. Da allora, ci si è resi conto che molte delle classificazioni tradizionali riflettevano una visione eurocentrica e che esistevano mentalità giuridiche e culturali diverse che rendevano difficile una comparazione diretta tra ordinamenti giuridici.

**La questione metodologica:** Nel contesto del post-colonialismo, si è messa in discussione l'idea che queste famiglie giuridiche fossero costruite esclusivamente su base occidentale. La metodologia utilizzata per queste classificazioni rispecchiava un progetto politico e culturale che oggi appare limitato. Per esempio, risulta difficile per un giurista francese pensare come un giurista inglese a causa delle profonde differenze culturali e giuridiche tra i due Paesi. Pertanto, esistono studi che suggeriscono che la comparazione tra sistemi giuridici, soprattutto quelli che appartengono a tradizioni diverse, sia complicata proprio a causa di queste diverse mentalità giuridiche. Questo aspetto è cruciale, soprattutto quando si affrontano le differenze tra il **Civil Law e il Common Law**.

Quando ci riferiamo al pensiero occidentale, dobbiamo considerare la difficoltà di sviluppare le strutture delle famiglie giuridiche basandoci esclusivamente su questo pensiero. Gli autori delle classificazioni tradizionali sono stati per lo più uomini, e per lungo tempo il diritto comparato ha seguito una prospettiva maschile e occidentale. Tuttavia, il diritto comparato si è sviluppato progressivamente verso una prospettiva che include anche il pensiero femminile, il quale propone forme di classificazione diverse e offre una visione più completa. Gli studi post-coloniali, ad esempio, sono ricchi di contributi femminili che hanno arricchito il campo del diritto comparato con nuove prospettive e approcci.

#### La staticità delle classificazioni giuridiche

Un altro elemento da considerare è la staticità delle classificazioni tradizionali. Durante lo studio delle famiglie giuridiche ci siamo resi conto che il diritto è dinamico e si trasforma continuamente. L'esempio dell'intelligenza artificiale (IA) mostra come i sistemi giuridici, che sono complessi, siano



in costante crescita e adattamento. In questo contesto, la discussione sulle famiglie giuridiche può portare a due prospettive:

- **Celebrazione della fine delle famiglie giuridiche:** come suggerito da Husa, studioso finlandese, si potrebbe considerare l'idea che il concetto di famiglie giuridiche stia per giungere al termine;
- **Cambiamento di prospettiva:** occorre riconsiderare e modificare il modo in cui guardiamo alle famiglie giuridiche, per adattarci alla loro evoluzione dinamica.

## Il concetto di tradizione

Il termine "tradizione" rimanda a comportamenti e pratiche all'interno di un determinato contesto geografico e culturale. Ma cos'è veramente la tradizione nel diritto? Le tradizioni giuridiche sono legate al tempo, e la continuità storica, pur nella sua dinamicità, è un elemento fondamentale. Le tradizioni nascono, si sviluppano e possono anche cessare, ma mutano sempre nel corso del tempo, restando sempre diverse dalla loro impostazione originale.

Un esempio importante è la tradizione islamica, che si è sviluppata in contesti geografici diversi e ha generato molte sub-famiglie all'interno dello stesso quadro di riferimento. Ciò dimostra che le tradizioni non sono mai statiche, ma al contrario sono vive e plurali. Ogni tradizione ha una storia, e spesso la costruzione di una tradizione giuridica avviene in un determinato momento storico. È interessante chiedersi cosa ci fosse prima di questa costruzione e quale fosse l'evoluzione dei sistemi giuridici antecedenti.

**Classificazioni delle famiglie giuridiche:** Quando gli studiosi propongono una classificazione delle famiglie giuridiche, utilizzano spesso gli stessi elementi di base, in una sorta di "proprietà matematica" della classificazione. Una delle prime classificazioni riguarda la **\*radizione Ctonia**, un termine che indica una tradizione giuridica basata sull'oralità, un "diritto muto" che si trasferisce da un popolo all'altro senza essere scritto. Per secoli, il diritto è stato infatti orale.

Le due tradizioni giuridiche principali sono il **civil law e il common law**, ma esistono anche altre tradizioni significative, come la tradizione indiana, quella confuciana e quella islamica. Guardando dal punto di vista economico e religioso, si può osservare che le tradizioni giuridiche non esistono in isolamento. Esse interagiscono tra loro e si influenzano reciprocamente. Le tradizioni giuridiche, dunque, hanno bisogno di altre tradizioni per vivere e svilupparsi, creando un dialogo e un'interazione continua tra i diversi sistemi giuridici.

## CIVIL LAW

Il termine **Civil Law** è curioso perché utilizza una parola inglese per descrivere la tradizione giuridica occidentale-continentale, nota anche come tradizione romano-germanica. Il termine deriva dagli inglesi, che hanno sviluppato una tradizione giuridica separata e distinta dal **Civil Law**, nonostante il diritto inglese, per molto tempo, fosse influenzato da quello romano e francese. Questo è dovuto alla storia della conquista dell'Inghilterra da parte di Guglielmo il Conquistatore, che introdusse elementi del **French Law** e del diritto romano nell'ordinamento inglese.

### Due periodi della tradizione romano-germanica

La costruzione della tradizione romano-germanica avviene in due fasi principali:

1. **Diritto romano classico:** che ha continuato a esistere in diverse forme anche dopo la caduta dell'Impero Romano.
2. **Riscoperta del diritto romano nel XI secolo:** Questo periodo è caratterizzato dalla nascita delle università e dal primato della dottrina giuridica, con scuole come quella di Bologna, che hanno avuto un ruolo centrale nello sviluppo del diritto. Il diritto romano è diventato la base per risolvere problemi concreti, soprattutto nei campi del diritto di famiglia, della proprietà e della responsabilità.



Il **Civil Law** si è diffuso in tutta Europa e anche oltre, in particolare attraverso il colonialismo spagnolo e francese. Nonostante alcuni Paesi, come la Francia e le nazioni scandinave, abbiano resistito all'influenza del diritto romano, esso ha comunque influenzato profondamente la struttura dei loro sistemi giuridici.

**Caratteristiche strutturali del Civil Law:** Alcuni degli elementi che caratterizzano il **Civil Law** includono:

1. **Pubblicazione e creazione di codici:** Il **Civil Law** è famoso per i suoi codici, come il Codice Napoleonico del 1804 e il Codice Civile tedesco del 1900. Il primo è nato per risolvere problemi pratici e si presenta come un testo semplice, mentre il secondo è più complesso e dogmatico, riflettendo la tradizione giuridica tedesca.
2. **Magistrature stabili:** A differenza dei giudici itineranti del **Common Law**, nel **Civil Law** i magistrati sono stabili, risiedono in una sede fissa e sviluppano poteri investigativi.
3. **Rapporto con il diritto giurisprudenziale:** Nel **Civil Law**, a differenza del **Common Law**, la giurisprudenza non ha valore vincolante. Le decisioni dei giudici superiori possono essere modificate, e il precedente non ha lo stesso valore assoluto che ha nel **Common Law**.

**Effetti sugli ordinamenti giuridici del Civil Law:** Questi fattori hanno portato allo sviluppo di un sistema giuridico incentrato su leggi scritte e regole formali. Il **Civil Law** è caratterizzato dalla proliferazione di regole giuridiche che disciplinano la società in modo prospettico, creando norme per guidare il comportamento futuro. Questo si riflette nella grande attenzione al linguaggio giuridico e alla sua precisione.

Un altro aspetto rilevante è il legame tra diritto ed economia. Il diritto non può essere separato dalla sua componente economica, poiché le due sfere si influenzano reciprocamente.

Le costituzioni sono centrali nel **Civil Law** e stabiliscono regole di diritto positivo vincolanti per il legislatore. Quando si pensa alle costituzioni, vengono in mente quelle francesi e americane. Tuttavia, esistono differenze sostanziali tra loro: la costituzione francese nasce da una rivoluzione, mentre quella americana è stata più conservatrice, mantenendo il potere nelle mani dei riformisti.

**Interazione tra Civil Law e Common Law:** Una domanda interessante è come istituti del **Common Law** possano essere introdotti in sistemi di **Civil Law**. Ciò avviene attraverso le basi comuni, come il diritto romano, che rappresenta un punto di incontro tra diverse tradizioni giuridiche. La circolazione di istituti giuridici tra i sistemi è facilitata da queste radici comuni.

, la classica distinzione tra diritto privato e pubblico si sta affievolendo, poiché molti principi del **Civil Law** trovano applicazione in entrambi gli ambiti. Questo riflette una tendenza verso un approccio più unificato al diritto, in cui i confini tra le diverse aree giuridiche si stanno gradualmente dissolvendo.

In conclusione, il **Civil Law** è una tradizione giuridica che affonda le sue radici nel diritto romano e che si è sviluppata in Europa attraverso la codificazione, la stabilità della magistratura e un rapporto peculiare con il diritto giurisprudenziale.

## I SISTEMI E LE FAMIGLIE GIURIDICHE: COMMON LAW E CIVIL LAW SECONDA PARTE

Partiamo con una domanda: a cosa servono le classificazioni? Ogni scienza (perlomeno, ogni scienza dura, che studia la natura e quindi è soggetta al principio di causalità) fondamentalmente, in realtà, aspira alle tassonomie: non soltanto conoscere nuovi oggetti, ma anche fornire classificazioni al materiale che ha analizzato. Le scienze sociali, come il diritto, sono necessariamente meno dure della chimica, della fisica, della matematica, ad esempio: sono infatti meno soggette al principio di causalità. Tuttavia, anche gli scienziati del diritto tendono a usare un sistema classificatorio.





Per questo motivo, i comparatisti sono soliti classificare gli ordinamenti. Prima cosa da decidere è come classificarli: sul piano micro classifichiamo concetti, mentre su quello macro classifichiamo sistemi

**Quali sono questi sistemi classificatori, utilizzati a partire dal secondo dopoguerra** (i sistemi precedenti, risalenti fino ai primi decenni dell'800, di tipo geografico/etnico/storico-genetico, non erano particolarmente convincenti)? **Sono essenzialmente quattro:**

- **La prima classificazione, e più nota, è quella dei tedeschi Arminjon, Nolde, Wolff (1950)**, e si fonda sul concetto di centri di irradiazione, ossia su sorta di focolai di originalità, centri da cui si sarebbero sviluppati tutti gli ordinamenti. Questi sono sette, di cui ben cinque su base europea (da qui possiamo cogliere l'importante vizio dell'eurocentrismo): si parla solamente di famiglia indù e islamica, tralasciando numerosi altri sistemi come quello cinese, oppure venivano ricompresi nelle grandi macro famiglie (quelli dell'America centrale erano ricondotti alla famiglia francese).
- **Si passò così al sistema del francese David del 1964** (poi evolutosi fino al 1987), **che comprende tre modelli sulla base di identità ideologica, origine storica comune e somiglianza dei dati strutturali: quello romano-germanico, quello socialista, quello del common law.** A queste tre andavano aggiunti i sistemi a base religiosa (che ricomprendevano i sistemi islamici e indù, che appoggiavano sui testi sacri delle rispettive religioni) e quelli a base tradizionale (a cui appartenevano i diritti africani, ad esempio).
- Infine, **abbiamo la classificazione dei tedeschi Zweigert e Kotz, del 1984. L'elemento della classificazione è lo stile delle famiglie: stile proprio nel senso di stile giuridico, sommatoria della storia dei sistemi giuridici, di istituti giuridici caratterizzanti e della conformazione del pensiero giuridico.** Qui le famiglie diventano 8: sette sono quelle dei precedenti autori, con l'aggiunta del modello dell'Estremo Oriente (ricomprendente Cina, Giappone, Indocina e Indonesia). Quest'ultimo modello, a dirla tutta, è una sorta di melting pot di ordinamenti totalmente diversi ed eterogenei.

Queste classificazioni presentano una simile impostazione tipologica, individuando identità di gruppo ed elementi positivi comuni; tuttavia, tutte presentano forti elementi di debolezza, presentando concetti problematici quali centro di irradiazione, identità ideologica, stile, e hanno il difetto di fondarsi su istituti privatistici come il contratto, dimenticando l'analisi di istituti di diritto pubblico.

Arriviamo quindi all'ultimo modello classificatorio, quello degli italiani Mattei e Monateri, sviluppato nel 1997. I due giuristi, colpiti dalla facile tramontabilità dei modelli precedenti, **hanno portato l'analisi a un livello che qualcuno ha definito meso-classificatorio (livello più alto), metagiuridico: vale a dire, su un livello antropologico e sociologico**. Non si voleva più, infatti, classificare i sistemi da un punto di vista strettamente giuridico: la realtà era troppo frammentata per avere una specie di "tabella degli elementi". **Si arrivò quindi a distinguere tre tipologie del diritto**, che valorizzano le dinamiche evolutive e sono leggibili in chiave diacronica:

- **Il diritto a egemonia tradizionale (con la rule of traditional law):** i diritti "primitivi", di natura tribale e quasi mai codificati. Tuttavia, questi sono importantissimi, dal momento che da questi nacquero numerosi altri sistemi: non a caso gli inglesi rispettarono il diritto (a egemonia tradizionale) delle sue colonie, come ad esempio l'India;
- **Il diritto a egemonia della politica (con la rule of political law):** è quella caratteristica degli ordinamenti post-coloniali. Qui, i valori della western legal culture non sono entrati in profondità e la situazione è degenerata in un totalitarismo. Ecco perché vi è l'egemonia della politica: la sovranità non è soggetta alla legge, ma al contrario la domina.
- **Il diritto a egemonia del diritto (con la rule of professional law):** questo è individuabile nei Paesi che si sono liberati della sovranità della politica e l'hanno data al popolo, Paesi in cui il diritto ha preso il sopravvento. sono Paesi in cui si è verificato il disincantamento rispetto a religione, tradizione e politica, a vantaggio del primato del cd. statute, vale a dire del diritto.



Anche questa quarta classificazione ha i suoi limiti: oltre alla visione eccessivamente illuministica cui abbiamo accennato prima, occorre sottolineare che prevede categorie troppo ampie, generiche e overinclusive.

**Concentriamoci ora su una divisione fondamentale, nell'ambito della western legal culture : quella fra il common law e la civil law.** Questa divisione fondamentale è un po' il punto centrale della cultura giuridica europea: le radici sono nel profondo medioevo, ma i loro sviluppi seguono l'evoluzione politica europea.

## COMMON LAW

Il giurista, nello studio del diritto, è sempre strettamente legato alla storia. Il common law, in particolare, ha un forte legame con il contesto storico. **La sua origine risale al 1066, anno in cui Guglielmo il Conquistatore**, grazie all'appoggio dei suoi alleati francesi, riuscì a entrare nel regno inglese attraverso la vittoria nella battaglia di **Hastings**. Prima di tale evento, il diritto era basato su consuetudini locali, con pluralità di ordinamenti giuridici nelle diverse regioni. Successivamente, con la conquista normanna, si iniziano a gettare le basi per la costruzione di un sistema giuridico unitario.

Due elementi cruciali caratterizzano questo periodo: da un lato la frammentazione delle norme, dall'altro la necessità di organizzare il nuovo regno. I baroni francesi, che avevano contribuito alla conquista, ricevettero feudi come ricompensa per la loro fedeltà, dando origine a una frammentazione del potere giudiziario. Di fronte a questa frammentazione, Guglielmo intraprese la creazione di un modello di giustizia centralizzato, avvalendosi della magistratura composta prevalentemente da ecclesiastici, gli unici a possedere conoscenze giuridiche e alfabetiche. **Si costituì così un sistema triangolare composto dal re, dal cancelliere e dai giudici locali.** Questi ultimi erano suddivisi in giudici di **common law**, legati direttamente alla corona, e giudici delle contee, per lo più baroni francesi.

Il diritto inglese medievale era prevalentemente di natura processuale, **basato sulle cosiddette Forms of Action**, ossia forme d'azione che regolavano specifiche materie, in particolare la proprietà e i reati contro la sovranità, come appropriazione indebita e furto. Le magistrature si occupavano di far rispettare queste regole, ma il funzionamento delle corti era inizialmente confuso. Vi erano baroni, sceriffi e diverse corti, e si cercava di definire la competenza procedurale dei tribunali.

La prima grande innovazione giuridica fu la definizione **della giurisdizione sovrana**, che includeva tutte le questioni relative alla proprietà e alla pace del regno, concetto di natura flessibile, . Un altro importante aspetto del sistema giuridico era l'organizzazione feudale: i baroni, detti **tenants in chief**, dovevano fedeltà al sovrano e, in caso contrario, erano soggetti a sanzioni giuridiche.

**Con il regno di Enrico I si sviluppò l'idea dei giudici itineranti**, i quali, viaggiando per le contee, garantivano l'applicazione uniforme delle leggi e riferivano le decisioni giuridiche al sovrano. Questo sistema favorì la creazione di una giurisprudenza uniforme, consolidata con la pubblicazione dei primi report giuridici, che diedero origine alla centralità della giurisprudenza nel common law.

Un altro elemento fondamentale del sistema giuridico inglese è l'integrazione delle consuetudini locali, come previsto dalla Magna Carta. **Le Forms of Action**, che regolavano inizialmente questioni limitate, **furono affiancate dai writ**, documenti emessi dal sovrano che indicavano agli sceriffi e ai baroni come agire in determinate circostanze. **Il writ era uno strumento processuale essenziale per avviare un'azione legale e ottenere giustizia.** Tuttavia, essendo a pagamento, non era accessibile a tutti. Nel XIII secolo, la Provision of Oxford del 1258 abolì molti writ, limitando il potere della cancelleria di richiedere denaro, ma introdusse anche i writ in **consimili caso**, che permettevano di estendere l'applicazione delle norme a casi simili.

**Enrico II introdusse invece le assizes**, che rimasero in vigore fino al **1971**. Questo sistema processuale si evolse ulteriormente con l'introduzione della giuria. In questo contesto nacque il pleading, lo studio del fatto da parte degli avvocati, che dovevano dimostrare la veridicità delle proprie affermazioni dinanzi alla giuria.



Le corti di common law si divisero in tre principali:

- **la Court of Common Pleas, che trattava questioni tra privati;**
- **la King's Bench, che si occupava della pace del regno;**
- **la Court of Exchequer, che gestiva le materie fiscali.**

Tuttavia, l'insufficienza di writ portò alla creazione della **Court of Equity**, che si occupava di situazioni in cui il common law non riconosceva determinati diritti.

Lo sviluppo del sistema processuale inglese ha progressivamente contribuito all'organizzazione del common law. Nel momento in cui i diritti non erano adeguatamente garantiti, le Corti di equity emersero come una soluzione parallela e in competizione con le corti di common law. Le corti di equity avevano un'importanza fondamentale poiché consentivano l'intervento del re per risolvere ingiustizie che non trovavano soluzione nel common law. Tuttavia, questo potere reale era limitato da una separazione geografica e funzionale tra le due giurisdizioni. Le corti di equity si occupavano, tra le altre cose, delle petizioni dirette al sovrano, spesso in casi di violazione di legge.

Una delle differenze sostanziali tra le **corti di equity e quelle di common law era la necessità, per il convenuto, di presentarsi personalmente e deporre sotto giuramento nelle prime, obbligo non richiesto nelle corti di common law.**

La tradizione del common law si è sviluppata in parallelo con l'evoluzione legislativa del Parlamento inglese. Questa evoluzione si è basata su un dialogo costante tra l'autorità parlamentare e le decisioni giurisprudenziali dei giudici, i due pilastri fondamentali del sistema giuridico inglese, che sono:

- Il Parlamento
- Le decisioni giurisprudenziali

Un esempio storico rilevante è rappresentato da Enrico VIII, che abolì tutte le disposizioni del diritto canonico in seguito al rifiuto papale di concedergli il divorzio. Questo episodio ha una certa analogia con la Brexit, durante la quale fu abrogata la supremazia del diritto europeo. In entrambi i casi, ci si è posti il problema di evitare un vuoto normativo, seguendo il principio secondo cui nessuna regola può essere integrata in un ordinamento senza la volontà del sovrano o del Parlamento.

Di conseguenza, molte delle norme europee furono reintegrate nell'ordinamento britannico.

Infine, l'evoluzione del pensiero comparatistico ha segnato un progressivo allontanamento dall'enfasi sulle somiglianze tra i sistemi giuridici, per valorizzare invece le differenze e le specificità di ciascun ordinamento.

## **DIRITTO STATI UNITI**

**Quando scoppia la rivoluzione americana nel 1765**, essa non può essere paragonata a una rivoluzione nel senso classico, come quella francese. Una volta che le colonie iniziano a gettare le basi per la formazione di uno Stato indipendente, sorge la questione di quale sistema giuridico adottare. Le uniche fonti giuridiche disponibili erano quelle inglesi, poiché molti degli immigrati portavano con sé i **"Commentaries on the Laws of England"** di Blackstone, un'opera che rappresentava la sintesi del diritto inglese. Tuttavia, sorgeva un dilemma: come potevano gli americani adottare un sistema giuridico appartenente alla potenza dalla quale si erano ribellati per ottenere la loro indipendenza? La maggior parte dei giuristi americani dell'epoca aveva una formazione più vicina al diritto inglese piuttosto che a quello romanistico.

Nonostante ciò, il diritto inglese venne accettato nella sua totalità, ma con una differenza fondamentale: **gli Stati Uniti adottarono una Costituzione che enunciava una serie di principi, successivamente sviluppati attraverso gli emendamenti. Questa Costituzione poggia su due pilastri fondamentali:**

- **Il Congresso (Parlamento)**



- **La Corte Suprema**

In seguito alla redazione della Costituzione, si diffuse un sentimento di anglofobia. In alcuni stati venne proibito l'utilizzo di materiali giuridici inglesi successivi al 1766. In questo contesto, alcuni giuristi iniziarono a gettare le basi per la costruzione di un diritto propriamente americano. Un caso fondamentale fu quello di *Marbury v. Madison*, in cui il giudice Marshall stabilì il principio della supremazia della Costituzione sulle leggi ordinarie, affermando: «Una legge contraria alla Costituzione è nulla, e le corti sono vincolate da tale strumento».

Questo caso consolidò la dottrina del controllo di costituzionalità delle leggi e rafforzò il principio dello *stare decisis*, che impone ai giudici successivi di non discostarsi dai precedenti, anche se ritenuti erronei o ingiusti.

Nel 1977, presso la Harvard Law School, si iniziò a discutere la possibile convergenza tra il common law e il civil law, le due grandi tradizioni giuridiche. La letteratura giuridica internazionale riconosce l'esistenza di un principio di convergenza nel diritto transnazionale, basato sulla comune esigenza di affrontare problemi globali. Tuttavia, l'analisi empirica dimostra che, pur esistendo problematiche comuni, gli Stati rispondono in modo diverso a tali sfide. Le differenze nelle risposte sono dovute a una serie di variabili, tra cui le condizioni economiche, sociali e le forme di governo. Pertanto, sebbene vi sia un'esigenza comune, le soluzioni giuridiche non sempre convergono, e da approcci diversi possono sorgere sia soluzioni comuni che nuovi problemi.



## CITTADINANZA , REVOCA E CT

Il tema delle forme di Stato, delle forme di governo e della cittadinanza, argomenti che sono tornati di grande attualità in relazione a fenomeni contemporanei, come il caso dello Stato Islamico. **Un aspetto rilevante è il fenomeno dei cosiddetti "foreign fighters"** , cittadini provenienti da Paesi come Canada, Regno Unito e Germania che si sono uniti alle forze del califfato, combattendo sotto la bandiera nera. **Una questione centrale è emersa quando questi combattenti hanno cercato di fare ritorno nei propri Paesi d'origine.** Le autorità si sono trovate di fronte alla necessità di affrontare il problema della cittadinanza, valutando la possibilità di revocarla a coloro che avevano combattuto contro il proprio Paese in nome del terrorismo.

### CHE COS'È LA CITTADINANZA

Nel corso di diritto costituzionale abbiamo analizzato il concetto di forme di Stato, includendo le definizioni di popolo, popolazione, nazione e cittadinanza.

- **Popolo:** si riferisce a coloro che hanno un rapporto di cittadinanza con lo Stato, godendo dei diritti e doveri derivanti da tale legame.
- **Popolazione:** indica l'insieme delle persone che si trovano temporaneamente all'interno del territorio di uno Stato, senza necessariamente avere un rapporto di cittadinanza.
- **Nazione:** esprime un'unità basata su tradizioni, lingua e religione comuni. Ad esempio, i valdesi, che seguono la religione valdese, parlano una lingua vicina al francese e hanno tradizioni diverse rispetto al resto degli italiani. Allo stesso modo, persone che si identificano come appartenenti alla nazione italiana, ma non risiedono in Italia, fanno comunque parte della nazione.

**Cittadinanza:**  *rappresenta il rapporto privilegiato tra un individuo e lo Stato di appartenenza, che comporta un insieme di diritti e doveri* (posizioni giuridiche soggettive attive e passive). Questo rapporto giuridico integra diritti e doveri che derivano dall'appartenenza di un singolo a uno Stato. La cittadinanza nazionale si estende anche alla cittadinanza europea per coloro che appartengono a Stati membri dell'Unione Europea.

Questo status si collega all'esercizio della sovranità statale, che i cittadini accettano o subiscono, e si manifesta attraverso l'insieme di territorio, popolo e sovranità. **La cittadinanza implica quindi una relazione di fedeltà tra il cittadino e lo Stato.** Un elemento fondamentale di questa relazione è il dovere di difendere la propria patria, il popolo, le tradizioni culturali e i valori del sistema di appartenenza, che a sua volta si ricollega alla protezione del diritto nazionale e alla libertà.

Il caso dell'America, ad esempio, evidenzia come, prima degli attacchi alle Torri Gemelle, si percepisse una maggiore libertà di movimento e di espressione, la quale è stata poi limitata a seguito di questi eventi.

Nel rapporto di cittadinanza, i diritti e i doveri limitano il potere sovrano. Il primo dovere è **la difesa della patria**, mentre il primo diritto riconosciuto è il **diritto di voto**. Un altro dovere importante è quello tributario, attraverso il quale i cittadini contribuiscono al mantenimento dello Stato, rafforzando il senso di appartenenza alla comunità e ai suoi valori condivisi.

### UNO SGUARDO DI INSIEME

Nel contesto dell'Europa occidentale liberale, la determinazione dei criteri per l'attribuzione della cittadinanza è stabilita dai singoli ordinamenti giuridici, che decidono quali soggetti possono appartenere a quel determinato Stato.

Ad esempio, l'Italia, essendo un Paese caratterizzato da una forte emigrazione, ha adottato un criterio di cittadinanza che consente ai propri cittadini di mantenere la cittadinanza anche se si



trasferiscono all'estero. Il principio prevalente è lo **IUS SANGUINIS** secondo cui chiunque nasca da almeno un genitore cittadino italiano acquisisce automaticamente la cittadinanza, indipendentemente dal luogo di nascita.

Negli Stati Uniti, invece, dove si è storicamente verificata un'immigrazione massiccia dall'Europa, si è adottato il principio dello **IUS SOLI** secondo cui la cittadinanza viene conferita a chi nasce sul territorio statunitense, indipendentemente dalla cittadinanza dei genitori.

#### **Applicazione dello ius sanguinis e dello ius soli:**

Questi due criteri sono spesso integrati da ulteriori principi. Un esempio riguarda la tutela degli **apolidi**, ovvero coloro che non possiedono alcuna cittadinanza, che sono soggetti a una condizione di svantaggio in quanto privi dei diritti e doveri che derivano dalla cittadinanza.

#### **Nel caso dello ius sanguinis:**

- l'ordinamento italiano prevede che chiunque nasca da almeno un genitore italiano acquisisca automaticamente la cittadinanza, anche se nato all'estero. Un approccio simile è adottato in Francia e in altri Paesi europei.

Tuttavia, questi ordinamenti spesso combinano elementi dello **ius soli**.

- **un minore abbandonato in Italia ottiene la cittadinanza italiana secondo il principio dello \*ius soli\***, poiché non si conoscono i genitori, o nel caso in cui i genitori siano apolidi e non possano trasmettere la cittadinanza ai figli.
- **caso di adozione di un minore, che acquisisce la cittadinanza dei genitori adottivi.**
- In Italia e in Germania, la cittadinanza può essere trasmessa anche attraverso il riconoscimento della **filiazione**, che può avvenire in modo volontario o giudiziale.

In altri ordinamenti, come quello britannico, esistono sottocategorie di cittadinanza per nascita. Ad esempio, un individuo nato nel Regno Unito può acquisire la cittadinanza automaticamente o, se i genitori hanno un permesso di soggiorno, dopo un periodo di dieci anni viene considerato cittadino britannico.

#### **La naturalizzazione:**

**La naturalizzazione**, ovvero l'acquisizione della cittadinanza su richiesta dell'interessato, può avvenire per diversi motivi.

- In Italia, ad esempio, un soggetto può richiedere la cittadinanza dopo aver risieduto legalmente nel territorio per un periodo di circa dieci anni, purché sia maggiorenne.

Attualmente, nel dibattito pubblico italiano, si discute anche della possibilità di introdurre lo **ius scholae**, che permetterebbe di ottenere la cittadinanza dopo aver completato un ciclo scolastico di cinque anni.

- Un altro criterio comune negli ordinamenti europei è il **matrimonio o l'unione civile**. In questi casi, il tempo necessario per ottenere la cittadinanza è generalmente ridotto. Ad esempio, in Italia è sufficiente che trascorrono **due anni dal matrimonio**.
- Ordinamenti come quelli francese, britannico e italiano **richiedono inoltre una conoscenza linguistica di livello intermedio (solitamente B1)** per poter accedere alla cittadinanza tramite naturalizzazione.

#### **Cittadinanza e doppia cittadinanza:**

Il vincolo di cittadinanza è generalmente considerato più forte quando acquisito per nascita (sia tramite \*ius sanguinis\* che \*ius soli\*), mentre è percepito come meno forte in caso di



naturalizzazione. **Alcuni ordinamenti permettono la doppia o multipla cittadinanza**, ma in passato, a causa della frequenza dei conflitti tra Stati, questo era meno comune, poiché il rischio di appartenere a due Stati in guerra era maggiore.

**Criteri di base:** I principali criteri utilizzati in Europa per l'attribuzione della cittadinanza rimangono lo **ius sanguinis** e lo **ius soli**, con una prevalenza del primo. Lo **ius soli** viene applicato principalmente in situazioni in cui lo **ius sanguinis** non è sufficiente, come nel caso dell'apolidia. Tuttavia, **vi è un generale sfavore verso la condizione di apolidia**, e molti ordinamenti richiedono che al compimento dei 18 anni il soggetto scelga una cittadinanza. Accanto a questi criteri tradizionali, si aggiungono motivi quali il matrimonio, la naturalizzazione, la filiazione e in alcuni casi il merito.

## REVOCA CITTADINANZA

Al termine della Seconda Guerra Mondiale, le principali costituzioni, come quella italiana e tedesca, ma anche quelle di altri Paesi, si focalizzarono sulla protezione della cittadinanza, stabilendo l'impossibilità di revocarla. Questa scelta derivava dall'esperienza del conflitto, durante il quale chi si opponeva al regime politico veniva esiliato o incarcerato. Per prevenire simili abusi, l'articolo 16 della Costituzione italiana sancisce il principio della non revocabilità della cittadinanza, indipendentemente dalle opinioni politiche.

I casi di revoca della cittadinanza sono estremamente rari e si verificano solo in circostanze eccezionali, come la rottura del legame di fedeltà con lo Stato di appartenenza. **Un esempio significativo di revoca della cittadinanza si è verificato con l'emergere del terrorismo internazionale sotto forma di Stato, come nel caso dell'ISIS. *Al-Qaeda***, ad esempio, non aveva l'intenzione di creare uno Stato, ma solo di diffondere il terrore. Tuttavia, con l'ISIS, il terrorismo jihadista si è trasformato, occupando territori in Iraq, Siria, Libia e altre zone del Medio Oriente che erano prive di un controllo statale efficace, come nel caso della Siria in preda alla guerra civile.

In questo contesto, **i jihadisti non concepivano il concetto di Stato legato a un territorio delimitato da confini**, ma piuttosto a un'ideologia condivisa, simile alla relazione tra un pastore e il suo gregge. Di conseguenza, chiunque aderisse alla causa del califfo e della religione islamica, anche se residente in Paesi lontani come il Canada, veniva considerato parte della stessa comunità. Molti militanti bruciavano i loro passaporti nazionali per dimostrare la loro appartenenza a questa causa, indipendentemente dal luogo in cui si trovavano fisicamente. Pertanto, il territorio dell'ISIS non era delimitato, ma comprendeva tutti coloro che riconoscevano quella fede e i suoi doveri.

Uno degli eventi chiave fu l'appello di una delle principali moschee dell'Iraq, che invitava i fedeli alla formazione di uno Stato islamico. Sebbene l'ISIS non abbia mai ottenuto il controllo dello spazio aereo, quando venne sconfitto dalle forze occidentali, molti combattenti stranieri, cittadini di Paesi europei come il Regno Unito, la Francia e la Germania, furono catturati e detenuti. Questi individui, spesso di seconda o terza generazione, cercarono di tornare nei loro Paesi d'origine, ma molti governi rifiutarono di raccoglierci, sostenendo che avevano tradito il patto di fedeltà allo Stato, rompendo così il legame di cittadinanza.

**La revoca della cittadinanza divenne un'opzione, ma questo sollevò conflitti con i principi costituzionali, che in molti Paesi vietano la revoca della cittadinanza.** Il problema della gestione di questi individui divenne quindi complesso, **poiché senza cittadinanza avrebbero rischiato di diventare apolidi, con tutte le conseguenze giuridiche connesse.**

A livello internazionale, **la questione divenne particolarmente rilevante nel 2014, quando il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, l'unico organo con potere vincolante, adottò la Risoluzione 2168/2014 per contrastare il fenomeno dei foreign fighters.** Questa risoluzione, pur non prescrivendo espressamente la revoca della cittadinanza, esortava gli Stati a difendersi dai combattenti stranieri, sia interni che esterni. Molti Paesi interpretarono questa risoluzione come un via libera per introdurre misure normative volte a revocare la cittadinanza a chi combatteva per l'ISIS. In Italia, ad



esempio, esisteva già una normativa che prevedeva la revoca della cittadinanza nei casi in cui un cittadino combatteva per uno Stato nemico in una guerra dichiarata.

Questo contesto ha portato a un dibattito giuridico e politico su come bilanciare la protezione della cittadinanza con la necessità di garantire la sicurezza nazionale, soprattutto in situazioni in cui il terrorismo internazionale assume forme statali.

## GRAN BRETAGNA

La Gran Bretagna ha recepito in maniera esplicita le indicazioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite adottando due leggi, nel 2014 e nel 2015, per affrontare il problema dei foreign fighters. Queste leggi prevedevano la possibilità di revocare la cittadinanza ai combattenti stranieri, **con la decisione affidata direttamente al Ministro dell'Interno**, senza necessità di passare attraverso il vaglio di un giudice terzo. I requisiti previsti per la revoca della cittadinanza erano formulati in modo piuttosto generico, conferendo al Ministro ampio potere discrezionale, senza una chiara definizione delle fattispecie rilevanti. In alcuni casi, la revoca poteva essere disposta anche quando il soggetto non agiva in conformità con un interesse comune, ampliando così il campo di applicazione della misura.

**Un aspetto particolarmente controverso riguardava l'apolidia:** le leggi consentivano la revoca della cittadinanza anche quando vi fosse semplicemente una probabilità che il soggetto potesse acquisire un'altra cittadinanza in futuro, anche se non ne era già in possesso. Questo approccio si distaccava notevolmente dal passato, quando vi era una clausola che impediva la revoca della cittadinanza qualora ciò comportasse l'apolidia.

Dal 2014, invece, la legge britannica ha permesso la revoca della cittadinanza anche a individui che non possedevano un'altra nazionalità, ma che avevano acquisito la cittadinanza britannica tramite naturalizzazione. Questa distinzione ha portato alla percezione di una "cittadinanza di serie A" per chi la acquisisce per nascita, e una "cittadinanza di serie B" per i naturalizzati, sollevando questioni di disuguaglianza e possibili violazioni del principio di uguaglianza sancito a livello giuridico.

In risposta a queste problematiche, il Regno Unito ha **introdotto il Temporary Exclusion Order, un provvedimento che vieta temporaneamente ai foreign fighters di rientrare nel Paese**. Prima che un soggetto potesse rientrare nel territorio britannico, gli veniva notificato un ordine che ne impediva l'ingresso. Questo provvedimento, sebbene temporaneo, poteva essere esteso ogni due anni per varie motivazioni. Tuttavia, il diritto internazionale impedisce di vietare permanentemente l'ingresso di un cittadino nel proprio Stato, anche se il divieto può essere temporaneamente prorogato.

Il Temporary Exclusion Order cerca di bilanciare l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale con i diritti individuali,

pur concedendo all'esecutivo ampi margini di manovra. In Italia, al contrario, il divieto di rientro per i cittadini è espressamente vietato dalla Costituzione.

*In Gran Bretagna, il potere di revocare la cittadinanza o di vietare temporaneamente l'ingresso rimane esclusivamente nelle mani dell'esecutivo, rappresentato dal Ministro dell'Interno, senza l'intervento di un'autorità giudiziaria indipendente. Ciò impedisce ai soggetti colpiti da queste misure di poter presentare ricorso immediato davanti a un giudice terzo, sollevando interrogativi riguardo alla tutela dei diritti individuali e alle garanzie procedurali.*

## CASO DI SHAIMIMA BEGUM

**Il caso di Shamima Begum riguarda una cittadina britannica di origine bengalese**, i cui genitori possedevano lo status di cittadinanza "settled". Shamima lasciò il Regno Unito per unirsi all'ISIS, diventando una delle "moglie dell'ISIS". Al momento della sua partenza era ancora minorenne, ma nel 2016, quando l'ISIS cominciò a perdere terreno, Shamima raggiunse la maggiore età e finì in un campo profughi in Iraq, cercando successivamente di tornare in Gran Bretagna. Nel 2019, tuttavia, il Ministro





dell'Interno britannico applicò un divieto di rientro, privandola della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale.

Shamima tentò di impugnare la revoca della cittadinanza. **Un principio importante del diritto processuale prevede che una persona coinvolta in un procedimento debba avere la possibilità di partecipare attivamente, ma il divieto di rientro le impediva di essere presente per seguire il processo di impugnazione.**

1. Il primo passo della procedura fu la presentazione di un ricorso davanti alla **Special Immigration Appeals Commission (SIAC)**, composta da esperti di intelligence e diplomazia, insieme a un giudice di carriera. La commissione, però, adottò un approccio favorevole all'esecutivo, sostenendo che il Ministro dell'Interno aveva la discrezionalità di decidere sui casi legati alla sicurezza nazionale, incluso il potere di revocare la cittadinanza. Quindi il giudiziario dice che non posso decidere su questo caso perché il mio potere mi impedisce di entrare nel potere esecutivo, quindi sulla base del principio della SEPARAZIONE DEI POTERI.

2. **Gli avvocati di Shamima impugnarono la decisione davanti alla Corte d'Appello**, la quale stabilì che il giusto processo richiede non solo il rispetto delle procedure formali, ma anche la possibilità per l'interessato di partecipare personalmente al procedimento. La corte ordinò all'esecutivo di annullare il divieto di rientro per consentire a Shamima di prendere parte al procedimento relativo alla revoca della cittadinanza. Esso il concetto del giusto processo non è solo rispettare una serie di step tecnici, ma esiste un concetto di substantive justice, dobbiamo permettere a qualsiasi soggetto di essere personalmente presente, lo si può fare con delle garanzie, ma non è possibile escluderla totalmente dal giudizio e quindi di prendere parte al suo procedimento. Per cui la corte ordina all'esecutivo di annullare il divieto di ingresso farla partecipare al procedimento della revoca della cittadinanza, la normativa britannica aveva messo in rischio il divieto di apolidia.

3. La composizione di fatto cambia proprio l'approccio sul caso, e quindi solleva qualche dubbio sull'adeguatezza dell'approccio del caso. **Quindi arriviamo davanti alla CORTE SUPREMA perché va a sfavore dell'esecutivo e lui lo impugna.** Tuttavia, la Corte Suprema, successivamente chiamata a giudicare il caso, adottò una posizione diversa. Pur riconoscendo che i diritti procedurali di Shamima erano stati in qualche modo compromessi, la Corte Suprema affermò che, in questo caso, la sicurezza nazionale prevaleva sul diritto al giusto processo.

La Corte Suprema concluse che l'esecutivo poteva continuare a impedire il rientro di Shamima fino a quando non fosse stato stabilito che non rappresentava più una minaccia per la sicurezza nazionale. Nel frattempo, il procedimento sostanziale sulla revoca della cittadinanza sarebbe stato sospeso. Questo ha lasciato Shamima in una posizione di incertezza giuridica, poiché non poteva né partecipare al procedimento né rivolgersi a corti sovranazionali come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non essendo ancora esauriti tutti i mezzi di ricorso nel sistema giuridico britannico.

*La situazione ha sollevato questioni sulla creazione di una possibile distinzione tra cittadinanza per nascita e cittadinanza acquisita per naturalizzazione, oltre a dubbi sulla conformità con il principio del divieto di apolidia, poiché, pur avendo genitori bengalesi, Shamima non deteneva la cittadinanza bengalese. La Corte Suprema ha deciso di sospendere temporaneamente la questione, bilanciando la sicurezza nazionale con i diritti individuali.*

## FRANCIA

Anche la Francia ha affrontato il problema della revoca della cittadinanza, un tema che ha toccato anche i cittadini francesi per nascita. Un progetto di riforma costituzionale prese in esame questa questione, decidendo di trattarla attraverso una delle più alte fonti del diritto, in quanto si riteneva che il problema dovesse essere affrontato all'interno della disciplina delle situazioni eccezionali, **il cosiddetto "état d'urgence"**. Tuttavia, proprio questo approccio contribuì al fallimento della riforma costituzionale.



Nel progetto di legge, **si unirono due temi distinti: lo stato di urgenza e la revoca della cittadinanza.** Sullo stato di urgenza si registrava un significativo consenso tra le forze politiche, che erano favorevoli alla costituzionalizzazione di questa misura. Tuttavia, la questione della cittadinanza si rivelò molto più controversa. **La proposta prevedeva la possibilità di revocare la cittadinanza anche ai cittadini francesi per nascita, così come a quelli naturalizzati, il che sollevò il rischio che alcuni soggetti rimanessero apolidi.** La Francia, avendo sottoscritto accordi internazionali che vietano l'apolidia, non poteva permettere che ciò accadesse, a meno che non fosse garantita una seconda cittadinanza.

**La mancanza di consenso politico su questo punto portò infine al ritiro dell'intero progetto di riforma costituzionale.** La proposta francese, in questo, si ispirava a quella britannica, dove la revoca della cittadinanza non prevedeva l'intervento di un giudice. Su questo aspetto si differenzia il caso italiano: sia il progetto francese sia quello britannico lasciavano la decisione di revoca della cittadinanza nelle mani dell'esecutivo, mentre in Italia la situazione è diversa, in quanto la revoca della cittadinanza richiede il coinvolgimento di un'autorità giudiziaria.

## ITALIA

Anche in Italia si è valutata una modifica alla legge sulla cittadinanza, **dopo le precedenti riforme del 1991/1992, che introdussero l'articolo 10-bis.** Questo articolo prevede la revoca della cittadinanza per soggetti condannati per reati di terrorismo o eversione dell'ordine costituzionale, ossia per coloro che cercano di sovvertire il governo attraverso atti come colpi di stato. Il codice penale stabilisce che per reati di matrice eversiva o terrorismo internazionale è prevista una pena compresa tra 5 e 10 anni. Il legislatore, dunque, ha cercato di definire una fattispecie di reato specifica, ancorata a sanzioni precise, che consenta la revoca della cittadinanza in presenza di una condanna giudiziaria, con l'intervento di un giudice terzo e imparziale. Questo processo garantisce un livello di tutela più alto rispetto ai sistemi francese e britannico, dove tali decisioni sono lasciate all'esecutivo senza l'intervento di un'autorità giudiziaria.

In Italia, infatti, la revoca della cittadinanza viene formalizzata dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno entro tre anni dalla sentenza definitiva. Inoltre, è prevista la possibilità di impugnare la decisione entro questi tre anni, a differenza del modello britannico e francese. Sebbene la legge italiana non menzioni esplicitamente il divieto di apolidia, si ritiene che il principio sia implicito, poiché l'Italia ha firmato convenzioni internazionali che proibiscono la creazione di apolidi. Pertanto, la legge deve essere interpretata in conformità con tali accordi. Perché se no si macchierebbe si di un comportamento irresponsabile sul piano internazionale Perché se no si macchierebbe si di un comportamento irresponsabile sul piano internazionale

La revoca della cittadinanza, nella riforma italiana, **riguarda solo i cittadini naturalizzati o quelli che hanno acquisito la cittadinanza tramite matrimonio, distinguendo tra cittadini per nascita e naturalizzati.**

## GERMANIA

**Anche la Germania prevede la revoca della cittadinanza, ma esclusivamente per cittadini naturalizzati, maggiorenni e in possesso di una doppia cittadinanza.** A differenza della Francia, che considerava anche i cittadini nati in Francia, il sistema tedesco è più limitato. Tuttavia, come i sistemi francese e britannico, quello tedesco non richiede una condanna giudiziaria preventiva. La revoca può essere basata sulla militanza in organizzazioni terroristiche, come l'ISIS, o sulla mera appartenenza a tali gruppi, senza la necessità di una sentenza di condanna. Questo approccio, più vago e meno garantista, contrasta con il modello italiano, dove la revoca della cittadinanza deve essere basata su una condanna giudiziaria.

## UNO SGUARDO DI INSIEME

1. Tra gli ordinamenti esaminati, si è osservata una tendenza, in determinati momenti storici, a introdurre modifiche che consentono provvedimenti di revoca della cittadinanza o di divieto



di reingresso. Tali **provvedimenti risultano spesso in contrasto con i principi costituzionali e le convenzioni internazionali sul divieto di apolidia**. Un elemento comune è la presenza di un drafting legislativo impreciso e vago, che lascia agli interpreti un ampio margine di discrezionalità, soprattutto a causa dell'utilizzo di clausole elastiche. In alcuni ordinamenti, come quello italiano, si cerca di limitare questa vaghezza ancorando la revoca della cittadinanza a una condanna giudiziaria. Tuttavia, nella maggioranza dei casi, si riscontra un ruolo preponderante del potere esecutivo, che squilibra il normale bilanciamento tra i poteri.

2. **Un altro aspetto cruciale riguarda la protezione contro l'apolidia**, ossia la possibilità che un individuo rimanga privo di cittadinanza e quindi di diritti. In alcuni casi, come in Germania, vi è un esplicito divieto di apolidia attraverso la regola della doppia cittadinanza. In altri ordinamenti, come l'Italia, questo divieto non è esplicitato, ma può essere dedotto per via interpretativa, sulla base delle convenzioni internazionali sottoscritte dal Paese. Tuttavia, altri Paesi sembrano disposti ad accettare il rischio di creare apolidi pur di non mantenere individui considerati pericolosi sul proprio territorio.
3. **Un'altra questione riguarda i soggetti cui si applicano i provvedimenti di revoca della cittadinanza e divieto di reingresso**. In alcuni casi, come in Italia e Germania, tali misure sono limitate ai cittadini naturalizzati, mentre in altri, come nel Regno Unito, non è esclusa l'applicazione anche ai cittadini per nascita. Questo solleva problematiche relative al concetto di fedeltà alla patria e alla distinzione tra diverse "categorie" di cittadini.

Dal punto di vista comparatistico, emerge una riflessione interessante: queste normative si basano su una dialettica tra amico e nemico, creando una divisione netta tra cittadino e non cittadino. La revoca della cittadinanza diventa così uno strumento simbolico, utilizzato per classificare un individuo come nemico dello Stato. Tuttavia, ci si chiede se tali misure siano effettivamente efficaci nel contrastare il terrorismo. Escludere fisicamente un individuo dal territorio nazionale non necessariamente lo neutralizza, poiché il terrorismo può essere condotto anche dall'esterno (ad esempio, attraverso attività informatiche o attacchi in altri Paesi). In molti casi, rimuovere un individuo dal territorio nazionale potrebbe semplicemente spostare la minaccia altrove, senza risolvere il problema.

Negli ordinamenti presi in considerazione:

1. Riforme (o tentativi di) in anni recenti per inasprire la disciplina della revoca come misura di contrasto del terrorismo internazionale.
2. Dato normativo spesso vago e poco preciso (problema di drafting).
3. In alcuni casi (es. Italia) necessaria una condanna da parte di un giudice; in altri (es. UK) ruolo dell'Esecutivo preponderante (discrezionalità).
4. In alcuni casi (es. Germania) garanzia esplicita contro apolidia (regola della doppia cittadinanza); in altri (es. Italia, UK) non sempre esplicitata (talvolta con ripercussioni "pratiche", v. UK).
5. In alcuni casi (es. Germania, Italia) limitata a cittadini naturalizzati ("categorie" di cittadini); in altri (es. UK) non esclusa l'applicazione (con regole parzialmente diverse) a cittadini per nascita.



## IL REGNO UNITO: VICENDE COSTITUZIONALI AI TEMPI DELLA BREXIT

Dopo una panoramica istituzionale generale, si passa ad analizzare le diverse forme di Stato e di governo. In particolare, ci si concentra sulla forma di governo britannica, evidenziando l'evoluzione storica che l'ha caratterizzata. Studiare queste trasformazioni ci permette di comprendere non solo il passato, ma anche l'attuale struttura politica e istituzionale del Regno Unito

### CENNI STORICI

#### LA MAGNA CARTA (1215)

L'Inghilterra è considerata la culla della forma di governo parlamentare, il luogo in cui tale sistema ha storicamente avuto origine. Il primo passo significativo verso l'istituzionalizzazione di un governo parlamentare si trova nell'adozione della **Magna Carta Libertatum nel 1215**. Questo documento stabiliva i rapporti tra il sovrano e i baroni, sancendo che il re non poteva imporre tributi senza l'approvazione di un'assemblea rappresentativa. Sebbene non rappresentasse tutti i ceti sociali, la Magna Carta segnò la nascita di un primo embrione di parlamento.

L'esistenza di questa assemblea rappresentativa venne confermata e consolidata nel corso dei secoli. **Inizialmente, era composta da due rami:** una camera più vicina al re e una più vicina al clero. Questo principio, secondo il quale per imporre imposte era necessaria l'approvazione dell'assemblea, influenzerà eventi futuri, come la rivoluzione americana, che si ribellò alla tassa sul tè imposta dal re senza il consenso delle colonie, il principio alla base della rivoluzione è proprio il principio della MAGNA CARTA .

#### CONSOLIDAMENTO DELLA STRUTTURA PARLAMENTARE

Con il passare del tempo, la struttura bicamerale del parlamento britannico si consolidò. Le assemblee rappresentative diventarono lo strumento principale attraverso cui si controbilanciava il potere della corona. Si scalfisce l'accentramento dei poteri sul monarca è proprio il parlamento, Nel XVII secolo, grazie alle rivendicazioni parlamentari, vennero adottate carte fondamentali per la tutela dei diritti. La più importante di queste fu la **Bill of Rights del 1689**, che limitava il potere del sovrano e garantiva i diritti del parlamento soprattutto sociali, perché esso rappresenta la (una parte) società.

Una delle innovazioni più significative fu **l'habeas corpus**, che sanciva che nessuno poteva essere arrestato o privato della libertà personale senza un giusto motivo riconosciuto da un giudice. Altre garanzie includevano il divieto di modificare le leggi senza il consenso dell'assemblea e il divieto di imporre tributi senza l'approvazione parlamentare. che finanziavano le campagne espansionistiche del re.

#### EVOLUZIONE DEL BICAMERALISMO

Durante il corso della storia, il parlamento britannico si strutturò in un sistema bicamerale che rispecchiava la stratificazione sociale del tempo: una camera rappresentava i nobili e il clero, mentre l'altra rappresentava le classi più basse. Questo sistema bicamerale, che chiameremmo oggi **istituzionale**, rifletteva la diversità sociale, ma divenne più perfetto solo dopo la Seconda Guerra Mondiale. **L'evoluzione parlamentare fu comunque un processo graduale e non violento.** A differenza della Rivoluzione Francese, in Gran Bretagna la composizione sociale non era caratterizzata da forti contrapposizioni. Nobiltà, clero e borghesia avevano rapporti relativamente armoniosi con il sovrano, la contrapposizione è stata contrattata con le carte e non violenta . Il contenuto di queste carte era lo stesso contenuto di quella poi che sarà la rivoluzione francese che invece sfociò come in tutta Europa in ondate di violenza.

#### MONARCHIA COSTITUZIONALE E MONARCHIA PARLAMENTARE

L'assetto in cui l'assemblea rappresentativa negozia con la monarchia viene definito **monarchia costituzionale o monarchia limitata.** In questo sistema, il parlamento esercita un potere che limita il ruolo politico del re e del suo esecutivo. In tale contesto, il governo parlamentare non si è ancora completamente evoluto, ma



si avvia verso una progressiva trasformazione. La monarchia costituzionale, che diventerà poi **monarchia parlamentare**, rappresenta anche la base da cui si svilupperà una nuova forma di governo: **il presidenzialismo**. Infatti, quando gli **Stati Uniti** decisero di ribellarsi contro il re inglese, lo fecero opponendosi proprio al sistema della monarchia costituzionale. In quel contesto, il re venne sostituito da un presidente con poteri forti.

In Inghilterra, invece, la monarchia costituzionale continuò a evolversi senza essere sostituita. Il sovrano cercava di mantenere il massimo controllo possibile sulle decisioni politiche, agendo attraverso i suoi ministri, che erano legati a lui da un rapporto di fiducia personale. Questi ministri, veri e propri consiglieri del re, gestivano il governo del Paese in base alle direttive del monarca. Tuttavia, nel corso del tempo, per i ministri divenne indispensabile ottenere il sostegno non solo del sovrano, ma anche della maggioranza parlamentare. A quel punto, la forma di governo subì una trasformazione fondamentale, evolvendosi in una monarchia parlamentare.

## RUOLO PARLAMENTO

Il conflitto tra il sovrano assoluto e le forze rappresentative dei baroni venne risolto a favore del parlamento. **I membri del parlamento acquisirono il potere di sfiduciare i ministri**, che fino ad allora erano responsabili esclusivamente davanti al re. Questa vittoria parlamentare portò alla nascita di un sistema di governo in cui la fiducia necessaria per governare era data principalmente dalla maggioranza politica presente in parlamento. In questo nuovo contesto, il potere esecutivo divenne estremamente forte, poiché nel parlamento britannico non esistono molteplici partiti, ma solo due grandi blocchi politici. Di conseguenza, il partito che ottiene anche solo un voto in più rispetto all'avversario è in grado di governare con un esecutivo molto stabile.

**Il potere esecutivo**, in questo sistema, è **guidato dal Primo Ministro**, che viene formalmente nominato dal monarca, il quale però ha un ruolo ormai puramente formale. Il primo ministro, che ha il sostegno della maggioranza politica nella Camera Bassa, **guida l'orientamento politico del Paese**. La Camera Bassa, infatti, è l'unica camera elettiva e legata da un rapporto fiduciario con il premier. La sua maggioranza politica costituisce la base di governo, garantendo stabilità ed efficienza all'esecutivo

## LE CAMERE

L'assetto **bicamerale** del parlamento britannico si basa su due camere:

### 1. La Camera Bassa (House of Commons)

La **Camera Bassa** è l'organo elettivo, i cui membri vengono eletti con un sistema maggioritario chiamato **majority plurality**". Quando si rende necessario eleggere i membri della Camera dei Comuni, a causa di **scioglimento anticipato, mozione di sfiducia o fine del mandato** il territorio del Regno Unito viene suddiviso in **650 seggi elettorali** corrispondenti al numero di membri della Camera dei Comuni. Ogni collegio elettorale elegge un solo candidato. Chi ottiene il maggior numero di voti vince, anche senza dover raggiungere una soglia minima di voti. Si tratta di un sistema **maggioritario uninominale secco** poiché basta un solo voto in più rispetto agli avversari per essere eletto.

Questo sistema favorisce il **principio di stabilità**: anche se un partito vince con uno scarto minimo in molti collegi, riesce comunque a formare un governo stabile, ottenendo la maggioranza dei seggi nella Camera dei Comuni. Tuttavia, questo sistema presenta un problema di **rappresentatività**, poiché non riflette appieno la pluralità delle opinioni politiche.

Nel Regno Unito, questo problema è meno sentito perché la società è considerata **omogenea, con due grandi partiti principali** — **Conservatori e Laburisti** — che dominano la scena politica. I partiti minori, come quelli irlandesi, gallesi e scozzesi, sono rappresentativi delle specifiche regioni e autonomie locali. Il sistema maggioritario funziona bene in questo contesto perché rispecchia una società in cui la politica è polarizzata su due grandi forze. Se, invece, fosse applicato in un contesto con più partiti politici significativi, rischierebbe di compromettere la rappresentanza democratica, escludendo intere fasce della popolazione dal processo decisionale.



Un altro aspetto del sistema britannico riguarda il potere del **primo ministro** di sciogliere anticipatamente la Camera dei Comuni. Se il primo ministro ritiene di essere in una posizione politica forte e di poter ottenere una rielezione con un mandato più solido, può decidere di sciogliere le camere in un momento strategicamente favorevole, portando gli elettori nuovamente alle urne. Questo gli permette di ottenere un maggior numero di seggi e consolidare il proprio potere.

## 2. La Camera Alta (House of Lords)

La **Camera Alta**, nota come **House of Lords**, è invece un organo **non elettivo**, i cui membri vengono nominati. Essa è composta da:

- **Lords spirituali**, nominati dagli arcivescovi;
- **Lords temporali**, nominati dal re.

In questo contesto, è fondamentale notare che il **rapporto di fiducia** che caratterizza la forma di governo parlamentare si applica esclusivamente alla **Camera dei Comuni**, che è l'unica camera elettiva. Il **potere esecutivo** risponde quindi alla Camera dei Comuni, mentre la Camera dei Lords ha un ruolo secondario, pur mantenendo una funzione importante nella revisione delle leggi e nella consulenza.

**L'Esecutivo:** L'**esecutivo** nel sistema politico britannico si forma a seguito delle **general election**. Una volta che le elezioni hanno chiarito quale partito ha ottenuto la maggioranza, il leader del partito vincente diventa primo ministro. Il primo ministro, che rappresenta il capo dell'esecutivo, viene formalmente **nominato dal monarca**. Tuttavia, questa nomina non è frutto di una scelta discrezionale del sovrano, ma è **obbligata** dal risultato elettorale.

L'esecutivo britannico è composto da una squadra collegiale formata dai **ministri**, i quali vengono scelti dal primo ministro, ma **formalmente nominati dal monarca**. Questo implica che, anche se è il primo ministro a selezionare i membri del governo, la loro nomina ufficiale avviene su proposta di quest'ultimo al sovrano.

**La Composizione dell'Esecutivo:** Il governo britannico è composto dal **primo ministro**, dai **ministri**, e dai **ministri di gabinetto**. I ministri di gabinetto sono quelli a capo di **aree strategiche** del governo, come ad esempio il **Lord Chancellor** (Ministro degli Interni) o il **Secretary of State for Foreign Affairs** (Ministro degli Esteri). Questi ministri sono chiamati **ministri di gabinetto** per la loro rilevanza nelle decisioni politiche più importanti. Oltre ai ministri di gabinetto, ci sono poi **altri ministri** che ricoprono ruoli di minore rilievo ma che fanno comunque parte dell'esecutivo.

**Il "Shadow Cabinet":** Un aspetto particolare dell'esecutivo britannico, legato al **sistema politico bipartitico**, è l'esistenza del **shadow cabinet**. Si tratta di una controparte dell'esecutivo formata dall'opposizione, che mira a controllare e monitorare le azioni dei ministri del governo in carica. Ogni ministro del governo ha una "controfigura" nell'opposizione, che segue attentamente il lavoro del ministro per criticarlo e proporre alternative. Questa dialettica tra maggioranza e opposizione è uno degli elementi caratteristici del sistema politico britannico.

**Il Ruolo del Monarca:** Oggi, il monarca non ha più un ruolo attivo nel rapporto di fiducia con il governo. Le scelte sostanziali riguardanti i ministri derivano dal risultato delle elezioni politiche, il che ha ridotto l'influenza del monarca sul governo. Tuttavia, il sovrano conserva alcuni poteri simbolici e storici. Un esempio è il **royal assent**, la promulgazione delle leggi: le leggi approvate dal Parlamento diventano effettive solo dopo che il sovrano le ha formalmente sancite, concludendo così il procedimento legislativo. Sebbene questi poteri possano sembrare **cerimoniali**, assumono un significato più profondo in momenti di crisi. Un caso emblematico è stata la crisi politica legata alla **Brexit**, durante la quale il ruolo del monarca ha assunto maggiore rilevanza nelle dinamiche politiche e istituzionali.



## RAPPORTI DEL REGNO UNITO CON L'UNIONE EUROPEA = LIVELLO SOVRANAZIONALE

Storicamente, il Regno Unito non fu tra i sei stati fondatori della **Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) del 1951**, un'organizzazione che segnò l'inizio della cooperazione europea post-bellica. Il Regno Unito, infatti, rimase fuori dalla dinamica comunitaria per gran parte di quel periodo, preferendo adottare una posizione più indipendente. Anche successivamente, quando il Regno Unito decise di aderire al percorso comunitario, la sua partecipazione fu caratterizzata da un approccio pragmatico, con una tendenza a mantenere un piede dentro e uno fuori. Mentre alcuni paesi europei erano fortemente convinti del progetto comunitario, il Regno Unito rimase, in molti casi, euroscettico, vedendo nella sua adesione più una necessità economica che una convinzione politica. Dal 1951, il dibattito interno britannico sull'adesione alla Comunità Europea si sviluppò per oltre vent'anni. Il Regno Unito riconosceva i vantaggi economici che potevano derivare dall'appartenenza a un mercato comune, ma esitava a compiere questo passo, cercando inizialmente alternative. Una di queste fu la creazione **dell'European Free Trade Association (EFTA)**, un'organizzazione di diritto internazionale che consentiva la rimozione delle barriere di mercato tra i paesi membri, senza richiedere l'adesione alla **Comunità Economica Europea (CEE)**.

**Problema della Sovranità:** Il principale ostacolo all'adesione del Regno Unito alla Comunità Europea era la percezione che questa avrebbe comportato la cessione di parte della sovranità nazionale. L'ingresso nella Comunità Europea implicava, infatti, la necessità di delegare competenze sovrane su alcune materie a istituzioni comunitarie sovranazionali. Questo avveniva secondo il **principio di attribuzione**, che prevedeva che fossero gli stati membri a decidere quali poteri concedere e come limitarli, mantenendo una forma di sovranità limitata. In altre parole, lo Stato decideva se e quando delegare poteri a un ente sovranazionale, bilanciando le proprie prerogative sovrane con la partecipazione a un progetto più ampio. L'ingresso nel mercato comune europeo, e più in generale nell'Unione Europea, **non era solo una questione economica, ma intrinsecamente legata alla politica**. Non è possibile scindere l'economia dalla politica, e entrambe influenzano profondamente il diritto. Le scelte politiche ed economiche condizionano il sistema giuridico, che a sua volta si modella su queste dinamiche. Il diritto non esiste in un vuoto isolato, ma è plasmato dalle necessità e dalle scelte economico-politiche di uno stato.

**Brexit e Critiche Economiche:** L'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, la cosiddetta Brexit, è stata criticata soprattutto da un punto di vista economico. Mentre alcune delle motivazioni politiche che spinsero il paese a lasciare l'Unione erano legate al desiderio di recuperare sovranità, gli indicatori economici suggeriscono che la decisione non sia stata vantaggiosa per il Regno Unito. Dimostra come le scelte economiche possano condizionare profondamente anche il diritto e l'assetto politico di un paese.

Alla fine degli anni '70, il **Regno Unito** decise di entrare a far parte della **Comunità Europea**. Uno degli ostacoli principali all'adesione del paese era di natura **culturale**: la Gran Bretagna, essendo stata un impero con un ruolo dominante a livello mondiale, faticava a vedersi come uno **Stato membro** alla pari degli altri. L'idea di dover cedere parte della propria sovranità era difficilmente accettabile per una nazione che aveva esercitato per lungo tempo un'egemonia globale.

**L'Adesione alla Comunità Europea nel 1973:** Nel 1973, tuttavia, il Regno Unito superò queste resistenze e aderì alla Comunità Europea, anche se attraverso una **fictio giuridica**. In sostanza, il Regno Unito non rinunciava alla sua sovranità, ma trasferiva alcuni poteri agli organi comunitari per decisione autonoma del Parlamento britannico. Questo processo fu formalizzato tramite il **European Communities Act**, una legge che stabiliva che il Parlamento, su base volontaria, avrebbe trasferito determinate competenze alla Comunità Europea. Questo meccanismo consentiva al Regno Unito di mantenere formalmente la propria **sovranità parlamentare**, pur aderendo al progetto europeo.

**Euroscetticismo e Referendum del 1975 :** Nonostante l'adesione, il Regno Unito mostrava un atteggiamento **euroscettico**. Politicamente, molti vantaggi derivanti dalla partecipazione alla Comunità Europea non erano percepiti in modo significativo, e la politica britannica si sentiva spesso **limitata** dall'adesione. Questo malcontento portò, già nel 1975, a un referendum in cui i cittadini britannici furono chiamati a decidere se rimanere nella Comunità o esercitare il diritto di recesso. Sebbene la maggioranza optasse per restare, il margine fu piuttosto ridotto, segno del diffuso scetticismo nei confronti del progetto comunitario.



**Opt-Out e Resistenze Politiche:** Il Regno Unito ha spesso esercitato il **diritto di opt-out** rispetto a molte delle politiche chiave dell'Unione Europea, soprattutto in ambito economico e di sicurezza. Questo rifletteva una **relazione ambivalente** con l'Unione Europea, caratterizzata dalla volontà di preservare una certa indipendenza. Ad esempio, il Regno Unito **non aderì all'accordo di Schengen** che prevedeva la libera circolazione delle persone e l'abbattimento delle frontiere interne. Allo stesso modo, quando l'Unione Europea adottò la **Carta dei Diritti Fondamentali** il Regno Unito optò nuovamente per non aderire, per evitare di sottomettere la propria legislazione in materia di diritti alla giurisdizione della **Corte di Giustizia Europea**.

**Resistenza alla Giurisdizione Sovranazionale:** La **sofferenza** del Regno Unito nel sottomettersi a giurisdizioni sovranazionali emergeva anche nel contesto della **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)**, con sede a Strasburgo, che applica la **Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo**. In più occasioni, il Regno Unito mostrò **insofferenza** verso la giurisdizione della Corte, soprattutto su questioni legate alla **sicurezza nazionale**. Lo stesso atteggiamento si riscontrava nei confronti della **Corte di Giustizia di Lussemburgo**, che aveva giurisdizione sulle questioni legate al diritto dell'Unione Europea. L'adesione del Regno Unito alla Comunità Europea fu caratterizzata da un bilanciamento tra i **vantaggi economici** percepiti e la resistenza a **cedere sovranità** su questioni fondamentali come la sicurezza e i diritti fondamentali. Questo atteggiamento ambivalente si è riflesso anche nelle vicende successive, culminando con la decisione del **Brexit**.

## LA NASCITA DEL MOVIMENTO PER LA BREXIT E IL CAMBIAMENTO SOCIALE ED ECONOMICO IN GRAN BRETAGNA

Nel 2014, quando il movimento pro-Brexit si presentò ufficialmente sulla scena politica con il nome **EsPRUà** in realtà aveva già alle spalle almeno un decennio di esistenza. Questo movimento non nasce improvvisamente, ma ha le sue radici nella **London School of Technology** e in gruppi di critici dell'appartenenza del Regno Unito all'Unione Europea, che si erano consolidati nel corso degli anni precedenti. **LEADER POLITICO CAMEROON**. L'idea alla base era quella di un'insofferenza crescente verso l'Unione Europea, considerata una limitazione alla **sovranità britannica**, che secondo molti non era adeguatamente rispettata.

Si iniziò a teorizzare un futuro in cui la Gran Bretagna sarebbe stata **fuori dall'Unione Europea**, portando alla nascita di un partito politico che avrebbe fatto della **Brexit** il proprio cavallo di battaglia. Questo partito, inizialmente etichettato come di **estrema destra**, in realtà non si allineava completamente con la destra tradizionale. Sebbene condividesse alcune posizioni con la destra, come una forte politica antimigratoria e critiche alle politiche migratorie dell'Unione Europea e della Gran Bretagna, proponeva una visione di **libero mercato** in contrapposizione alla tradizionale politica protezionistica della destra.

**Una Base Politica Eterogenea:** Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, questo movimento non era soltanto un'emanazione del **Partito Conservatore**. Anche se alcuni settori della destra estrema confluirono in questo movimento, vi parteciparono anche molti **laburisti** della vecchia guardia, quelli che già negli anni '90 non erano favorevoli alla continuazione del percorso europeo. Questa base politica eterogenea, composta da **ex conservatori e vecchi laburisti**, contribuì alla crescita di un partito che costruì la propria narrativa politica sull'idea di abbandonare l'Unione Europea. Questo nuovo partito, tuttavia, non si limitava a riflettere trasformazioni politiche; esso era il risultato delle **trasformazioni sociali ed economiche** in atto in Gran Bretagna. Infatti, negli anni '80 e '90, sotto la leadership di **Margaret Thatcher**, circa il 70% della forza lavoro britannica era composta da operai di fabbrica, molti dei quali con un basso livello di istruzione. Con l'avvento dei **Nuovi Laburisti**, il panorama sociale del paese cambiò drasticamente: non erano più gli operai a costituire la base principale della forza lavoro, ma piuttosto **impiegati, infermieri, e funzionari pubblici**. Questo cambiamento nella struttura della società ebbe conseguenze dirette anche sul quadro politico.

In questo contesto, il nuovo partito pro-Brexit inizialmente non ebbe grande visibilità a livello nazionale. Il sistema elettorale britannico, basato su collegi uninominali maggioritari, penalizzava il partito nelle **elezioni nazionali** facendogli perdere gran parte dei voti e lasciandolo fuori dai principali consessi decisionali. Tuttavia, nelle **elezioni europee**, che si svolgevano con un sistema proporzionale, il partito riuscì a ottenere i suoi primi successi elettorali. Questa differenza tra il sistema elettorale britannico e quello europeo permise al partito di guadagnare terreno sul piano politico e di fare sentire la propria voce nel dibattito pubblico. Sebbene





all'inizio i risultati elettorali fossero modesti, il crescente consenso politico e la determinazione del movimento per la Brexit portarono infine a successi significativi, che culminarono nella storica decisione del **referendum del 2016**, in cui il Regno Unito votò per uscire dall'Unione Europea.

## IL REFERENDUM NEL CONTESTO BRITANNICO: CARATTERISTICHE E CONSEGUENZE

Nel Regno Unito, il **referendum** non è uno strumento con forza giuridica vincolante per definizione, a meno che la legge che lo istituisce non preveda esplicitamente tale vincolatività. Questo è un aspetto importante, poiché indica che i risultati del referendum sono in genere **indicativi**, cioè riflettono la volontà politica del popolo ma non vincolano giuridicamente il governo a rispettarli. Nel sistema britannico, il referendum viene istituito attraverso **leggi ad hoc**, e se queste non specificano nulla riguardo alla vincolatività, il risultato può essere ignorato dal punto di vista giuridico. Tuttavia, esso ha quasi sempre un peso politico rilevante.

Nel caso del **referendum del 2016** sulla permanenza nell'Unione Europea, la legge che lo istituiva non prevedeva che i risultati fossero giuridicamente vincolanti. Tuttavia, nonostante questa assenza di vincolatività giuridica, il **risultato politico** del referendum, in cui la maggioranza dei votanti optò per il recesso dall'Unione Europea, ebbe un **impatto determinante** sulle scelte successive del governo britannico.

**Il Fallimento della Campagna Elettorale di Cameron:** L'iniziativa di indire il referendum venne promossa dall'allora Primo Ministro **David Cameron**, il quale sottovalutò pesantemente i malumori diffusi nella società britannica, soprattutto tra le classi sociali più basse. Cameron si dimostrò **troppo sicuro di una vittoria a favore della permanenza**, affrontando la campagna elettorale in modo troppo rilassato e trascurando di affrontare adeguatamente le criticità sociali ed economiche che avevano alimentato il malcontento verso l'Unione Europea. Uno degli errori più gravi di Cameron fu la decisione di **non consentire ai cittadini britannici residenti all'estero da più di 15 anni di partecipare al voto, escludendo così una porzione significativa dell'elettorato che potenzialmente avrebbe potuto votare per rimanere nell'UE.** Inoltre, Cameron **legò il proprio destino politico** all'esito del referendum, annunciando che avrebbe rassegnato le dimissioni in caso di vittoria del fronte favorevole alla Brexit. Questo errore si trasformò in un vero e proprio **disastro politico**, non solo per Cameron e il suo partito, ma anche per quella parte del Paese che avrebbe preferito rimanere all'interno dell'Unione Europea.

**La Procedura di Recesso:** Una volta espresso il voto a favore del recesso, la questione che si pose immediatamente fu come attuare questa decisione. La **fonte giuridica** che stabilisce la procedura per il recesso di uno Stato membro dall'Unione Europea è l'**Articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea**. Questo articolo, insieme al **Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea**, costituisce una delle due basi legali fondamentali dell'Unione.

Il primo comma dell'Articolo 50 afferma che "uno Stato membro può decidere di recedere dall'Unione Europea in conformità alle proprie norme costituzionali interne." Ciò significa che il processo decisionale riguardante il recesso è completamente interno allo Stato membro, e l'Unione Europea non può influenzare il modo in cui uno Stato decide di arrivare a tale decisione. **Nel caso del Regno Unito**, la decisione è stata presa tramite il referendum, ma questo non è un passaggio obbligatorio per tutti gli Stati membri. Una volta che la decisione di recedere è stata presa, il passo successivo è **notificare l'intenzione di recesso** all'Unione Europea, in particolare al **Consiglio Europeo**, che è l'organo responsabile di fornire le linee guida politiche generali per l'Unione. Il Consiglio Europeo è composto dai **capi di Stato o di governo** degli Stati membri e rappresenta il livello politico più alto dell'Unione Europea. Dopo la notifica, si avvia un **processo negoziale** che porta alla formalizzazione del recesso.

## RECESSO DALL'UNIONE EUROPEA: ASPETTI GIURIDICI E POLITICI

Il **Trattato sull'Unione Europea** stabilisce espressamente la possibilità per ciascuno **Stato membro di recedere dall'Unione**. Tuttavia, il trattato non può prescrivere agli Stati membri come decidere internamente, cioè quali organi o procedure debbano essere utilizzati per esprimere formalmente tale decisione di recesso. Questo per evitare un'interferenza con la **sovranità nazionale** degli Stati membri.



Una volta che lo Stato membro ha deciso di uscire, è essenziale che la decisione venga **formalmente notificata** a livello sovranazionale, ovvero al **Consiglio Europeo**, l'organo che rappresenta i governi e i capi di Stato dei Paesi membri dell'Unione. Un punto importante che emerge dall'Articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea è il processo di **notifica**. Lo Stato membro che decide di recedere deve informare il Consiglio Europeo della sua intenzione, ma il trattato non specifica in dettaglio quale organo dello Stato debba effettuare la notifica, né quale procedura debba essere seguita per formalizzare questa decisione. Questo aspetto è diventato cruciale nel contesto della **Brexit**, poiché ha sollevato importanti questioni giuridiche riguardo a chi fosse autorizzato a notificare formalmente la volontà di recesso.

**La Fase di Negoziazione:** Dopo la notifica, si avvia una **negoziazione** tra lo Stato che intende recedere e l'Unione Europea. Non è sufficiente stringersi la mano e concludere l'accordo in breve tempo, poiché ci sono decenni di **politiche comuni** che hanno modellato sia il diritto sia la politica tra gli Stati membri. La negoziazione deve regolare il recesso nei minimi dettagli: **modalità, tempi** e la gestione delle politiche comuni che erano in vigore fino a quel momento. Gli accordi preesistenti su questioni come il commercio, la sicurezza e i diritti dei cittadini devono essere rinegoziati per adattarsi alla nuova realtà post-recesso. La questione di **chi deve negoziare** e cosa negoziare sarà un tema centrale nei dieci anni successivi al referendum del 2016, portando a un susseguirsi di leadership politiche nel Regno Unito. Dal primo ministro **David Cameron**, che ha indetto il referendum, si passerà a **Theresa May** e infine a **Boris Johnson**, ciascuno con approcci diversi alla negoziazione del recesso e alle relazioni future tra il Regno Unito e l'Unione Europea. Il percorso della Brexit ha evidenziato l'importanza delle negoziazioni post-recesso e le implicazioni politiche di tale processo, portando a cambiamenti significativi sia nelle leadership politiche britanniche sia nelle relazioni tra il Regno Unito e l'Unione Europea.

## LA NEGOZIAZIONE DEL RECESSO E LA ROYAL PREROGATIVE: ASPETTI GIURIDICI E POLITICI

Nel contesto della Brexit, la negoziazione del recesso del Regno Unito dall'Unione Europea avrebbe dovuto prendere la forma di un **trattato internazionale**. Tuttavia, **l'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea** non considera l'adozione di un trattato un passaggio strettamente necessario. Questo aspetto è tornato più volte nelle controversie legali successive alla Brexit.

Due questioni principali emergono:

1. **L'adozione della decisione di recesso e**
2. **Chi deve notificare la volontà di recedere.**

La notifica della volontà di recedere è il passaggio successivo all'adozione della decisione. In questo contesto, si sviluppa una contrapposizione tra il **Primo Ministro** (all'epoca Theresa May) e le voci che chiedevano un coinvolgimento del Parlamento. Theresa May sosteneva che, una volta espresso il voto referendario per il recesso, bastava che il **governo**, senza ulteriori consultazioni parlamentari, notificasse agli organi dell'Unione Europea la decisione di uscire. Questo, secondo la May, derivava dal fatto che il **corpo elettorale** si era espresso chiaramente nel referendum, e il governo doveva agire di conseguenza.

Ma qui sorge una questione giuridica e politica: **deve il Parlamento essere coinvolto?** Coloro che si opponevano alla Brexit o che non erano d'accordo con il modo in cui il governo intendeva procedere, sostenevano che il governo non poteva agire autonomamente. La forma di governo britannica è **parlamentare**, e il governo agisce in virtù della fiducia del Parlamento, non in autonomia. Quindi, per prendere una decisione così importante, il governo doveva ottenere una **autorizzazione parlamentare**.

Secondo i critici del piano di May, il voto referendario doveva essere riportato all'interno del **Parlamento**. In questo modo, sarebbe stato il Parlamento a guidare il governo nel processo di attuazione della Brexit. Questo si lega alla dialettica giuridico-costituzionale tra due principi fondamentali del **diritto costituzionale britannico**:

1. **Royal Prerogative:** Questo principio si riferisce ai poteri ereditati dal governo dal periodo della monarchia costituzionale. In particolare, la politica estera era tradizionalmente gestita dal governo in nome del monarca, e Theresa May sosteneva che spettasse al **governo** decidere sulle questioni di politica estera,



incluso il recesso dall'Unione Europea, in virtù della **Royal Prerogative**. Quindi il diritto di procedere autonomamente

2. **Sovranità Parlamentare**: Dall'altra parte, vi era la tradizione costituzionale britannica della **sovranità parlamentare**, secondo cui il Parlamento, in particolare la **Camera dei Comuni**, è l'espressione suprema della **volontà popolare**. Di conseguenza, secondo questa visione, il governo non avrebbe potuto procedere autonomamente senza il coinvolgimento diretto del Parlamento. Il parlamento rivendicava così il suo ruolo di massimo custode della volontà popolare.

**La Contrapposizione Giuridico-Politica**: La contrapposizione tra la **Royal Prerogative** e la **Sovranità Parlamentare** è diventata il fulcro della controversia costituzionale sulla Brexit.

## IL CASO MILLER E LA SOVRANITÀ PARLAMENTARE

Il caso noto come **Miller** rappresenta un'importante tappa giuridica e costituzionale nel processo di uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. Il caso nasce quando Gina Miller, una cittadina britannica, sfida in tribunale la decisione del governo di Theresa May di notificare autonomamente il recesso dall'UE senza un'autorizzazione parlamentare. Questo contenzioso arriva alle corti attraverso un procedimento chiamato **Judicial Review**, un meccanismo legale che permette ai cittadini di contestare la legalità delle azioni del governo.

La questione giunge inizialmente alla **High Court of England and Wales**, la quale esamina i principi costituzionali in gioco, ossia:

1. **La Royal Prerogative**, che legittima il governo ad agire autonomamente in materia di politica estera, ereditando il potere dal periodo della monarchia costituzionale.
2. **La Sovranità Parlamentare**, che stabilisce il primato del Parlamento come rappresentante supremo della volontà popolare.

**La High Court**, in una decisione che ha avuto un profondo impatto, stabilisce che il governo britannico non può agire in maniera autonoma nel notificare la volontà di recedere dall'Unione Europea. **Il governo deve ottenere un'autorizzazione parlamentare** per avviare tale processo, poiché il principio della sovranità parlamentare prevale sulla Royal Prerogative. La sentenza della High Court, emessa nel novembre 2016, ha fornito una chiara e dettagliata analisi dei principi costituzionali britannici, diventando un punto di riferimento per il diritto costituzionale del Regno Unito.

**Il Ricorso alla Corte Suprema**: Insoddisfatto della decisione della High Court, il governo di Theresa May decide di ricorrere direttamente alla **Corte Suprema**. La Corte Suprema, però, conferma il verdetto della High Court: il governo deve ottenere il via libera del Parlamento prima di poter notificare l'intenzione di recedere dall'Unione Europea. La decisione della Corte Suprema viene pronunciata nel gennaio 2017 e ribadisce la necessità di un atto legislativo che autorizzi il governo a procedere.

## L'ATTO LEGISLATIVO E LA NOTIFICA DI RECESSO

In risposta alla decisione della Corte Suprema, il Parlamento britannico adotta rapidamente una legge, **l'European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017**, che conferisce ufficialmente al Primo Ministro il potere di notificare il recesso dall'Unione Europea. Il 29 marzo 2017, Theresa May invia la notifica ufficiale al Consiglio Europeo, attivando così l'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea. Con l'attivazione dell'articolo 50, inizia un periodo di **due anni** durante i quali il Regno Unito e l'Unione Europea devono negoziare i termini del recesso. Tuttavia, se allo scadere dei due anni non si raggiunge un accordo, esistono due scenari possibili:

1. **Estensione dei tempi di negoziazione**, se entrambe le parti concordano che è necessaria un'ulteriore trattativa.
2. **No deal** (uscita senza accordo), che comporta l'uscita del Regno Unito dall'UE senza un accordo formale sulle relazioni future. L'ipotesi di un **no deal** diventa una delle principali preoccupazioni nei dibattiti successivi alla notifica. Alcuni leader politici iniziano a considerare l'opzione del no deal come inevitabile,



affermando che, se dopo numerose estensioni e negoziati non si riesce a trovare un accordo, il Regno Unito dovrebbe accettare di uscire senza intesa. Altri, invece, vedono il no deal come un'opzione inaccettabile, poiché avrebbe gravi conseguenze economiche, politiche e sociali, e sostengono che il governo dovrebbe continuare a lavorare per raggiungere un accordo.

## LAVORI INTERNI ED ESTERNI DOPO IL 2017

Dal 2017 in poi, il Regno Unito ha lavorato su due fronti principali:

1. **Il fronte dei rapporti con l'Unione Europea:** l'obiettivo era negoziare un accordo per definire i termini del recesso.

2. **Il fronte interno:** il Regno Unito, come ex Stato membro, aveva adottato e applicato una vasta gamma di normative europee. Pertanto, era essenziale gestire il recesso in modo da evitare problemi sistemici all'interno del proprio ordinamento giuridico.

Uno dei primi passi da compiere era abrogare le leggi che avevano permesso al Regno Unito di aderire all'Unione Europea, come l' **European Communities Act** del 1972, che fu sostituito dall'European Union (Withdrawal) Act del 2018. Tuttavia, il Regno Unito non poteva semplicemente cessare l'applicazione di tutte le norme europee da un giorno all'altro, poiché questo avrebbe causato un vuoto normativo significativo. Per evitare uno shock normativo, fu creata una nuova categoria di diritto, chiamata **EU Retained Law**. Questo meccanismo permetteva di prendere tutte le norme dell'Unione Europea già in vigore nel Regno Unito e convertirle in diritto interno britannico. In altre parole, ciò che era diritto comunitario diventava diritto interno, continuando ad essere applicato ma non più sotto l'etichetta di diritto europeo, bensì come diritto nazionale. Questa scelta è significativa. Da un lato, il Regno Unito dichiarava formalmente la sua uscita dall'Unione Europea, ma dall'altro si assicurava che gran parte del diritto europeo continuasse a operare nel proprio ordinamento, seppur con un'etichetta diversa.

**Il Problema del Rinvio e le Sue Implicazioni:** Uno degli aspetti critici dell'EU Retained Law è il meccanismo di **rinvio**. Il rinvio può essere di due tipi:

1. **Rinvio fisso:** si prende una norma esterna e si incorpora nel proprio sistema giuridico, congelando il suo contenuto a un determinato momento.

2. **Rinvio mobile:** il contenuto della norma cambia automaticamente ogni volta che la norma esterna cambia.

Nel contesto del Brexit, il Regno Unito dovette affrontare il dilemma di come gestire il rinvio alle norme europee. Continuare a seguire le modifiche del diritto europeo avrebbe creato una dipendenza continua dall'Unione Europea, mentre un rinvio fisso avrebbe congelato le norme al momento della Brexit, rendendole statiche e potenzialmente obsolete.

**La Clausola di Enrico VIII:** Un altro elemento introdotto dal **European Union (Withdrawal) Act** del 2018 è la cosiddetta **Clausola di Enrico VIII**. Questa clausola permette l'adozione di regolamenti secondari per gestire i dettagli necessari al coordinamento tra la fine dell'applicazione del diritto dell'Unione Europea e l'entrata in vigore dello **EU Retained Law**. La Clausola di Enrico VIII è un meccanismo giuridico che consente al governo britannico di abrogare atti legislativi nazionali di recepimento delle direttive europee attraverso atti normativi secondari (regolamenti), abilitando così l'esecutivo a gestire i dettagli lasciati dalla fonte primaria. Questo sistema è simile a quanto accade nel diritto costituzionale italiano, dove una fonte primaria (come una legge) può abrogare norme precedenti, lasciando però ai regolamenti secondari il compito di stabilire i dettagli operativi. Infatti si parla anche di **regolamenti delegati**. Questo sistema è particolarmente utile in un contesto di **common law**, dove la gerarchia delle fonti è meno rigida rispetto agli ordinamenti di **civil law**, come quello italiano. Nel sistema britannico, la legge abroga la normativa di recepimento delle direttive dell'UE e lascia i dettagli normativi da definire ai regolamenti. Questa flessibilità consente di affrontare rapidamente le modifiche normative senza dover passare da una nuova legge ogni volta, a differenza del sistema di civil law, dove una fonte secondaria non ha il potere di abrogare una fonte primaria. In Italia, ad esempio, sarebbe necessario un escamotage come l'**abrogazione differita**: si approva una legge che entrerà in vigore in futuro, dando tempo al governo di preparare le nuove normative.



## COLLEGAMENTO TRA PIANO INTERNO E PIANO ESTERNO

La **Sezione 13 dell'European Union (withdrawal) Act** stabilisce una connessione tra il piano interno e quello esterno. Mentre il governo britannico negoziava un accordo di recesso con l'Unione Europea, il Parlamento cercava di evitare un ruolo puramente passivo nel processo, volendo esercitare un controllo sul contenuto dell'accordo.

Secondo la Sezione 13, il governo non può finalizzare l'accordo di recesso senza l'approvazione del Parlamento, in particolare della Camera dei Comuni. Questa clausola rafforza il ruolo del Parlamento, evitando che il governo negozi autonomamente un accordo e lo faccia entrare in vigore senza la supervisione parlamentare.

**Procedura di Meaningful Vote:** Questa esigenza di coinvolgimento parlamentare è definita come la procedura di **Meaningful Vote**. Il governo, dopo aver negoziato una bozza di accordo con l'Unione Europea, deve sottoporre tale bozza alla Camera dei Comuni. Sebbene la Camera non possa approvare direttamente un accordo di diritto internazionale (poiché si tratta di una competenza diversa), il governo presenta un disegno di legge che incorpora il contenuto dell'accordo, consentendo al Parlamento di esprimersi. In questo modo, il Parlamento partecipa attivamente alla decisione sul recesso e può intervenire anche su uno schema dettagliato delle relazioni future tra il Regno Unito e l'Unione Europea.

## L'ACCORDO DI RECESSO E IL RUOLO DEL PARLAMENTO

Nel contesto del **recesso del Regno Unito dall'Unione Europea**, è stato più volte sottolineato come il Parlamento britannico abbia voluto esercitare un ruolo attivo e controllare il processo. Sebbene, formalmente, l'accordo di recesso non fosse obbligatorio (cioè, tecnicamente il Regno Unito avrebbe potuto uscire dall'UE anche senza un accordo qualora i negoziati non fossero andati a buon fine entro due anni, salvo proroghe), il Parlamento ha stabilito che anche in quel caso fosse necessaria un'autorizzazione parlamentare specifica per recedere senza un accordo. Questa posizione riflette il desiderio del Parlamento di non essere escluso dalle decisioni, come spesso accadeva nei momenti cruciali di politica estera. In particolare, il Parlamento ha voluto intervenire in modo informato, richiedendo che il governo sottoponesse il contenuto dell'accordo in forma di **disegno di legge**, rendendolo così leggibile e modificabile dal Parlamento. Se il Parlamento avesse modificato l'accordo proposto, il governo sarebbe stato obbligato a ritornare ai negoziati con l'UE per un nuovo mandato.

Durante i negoziati condotti dal governo di **Theresa May**, si è arrivati alla stesura di una prima bozza di accordo nel novembre del 2018. Questo accordo includeva una serie di disposizioni volte a garantire un **recesso ordinato** e non traumatico. Una delle principali caratteristiche dell'accordo era l'istituzione di un **periodo transitorio** fino al dicembre 2020, durante il quale il Regno Unito avrebbe continuato ad applicare il diritto dell'Unione Europea senza però partecipare alla governance delle istituzioni europee (cioè senza diritto di voto negli organi decisionali dell'UE). Il periodo transitorio è stato pensato per dare tempo al Regno Unito di adattarsi alla nuova situazione giuridica e negoziare ulteriori accordi che regolassero le relazioni future con l'UE.

**Il Rinvio Preferenziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea:** Un altro aspetto previsto nell'accordo era la possibilità, per un periodo di **ulteriori 8 anni**, di continuare a presentare rinvii preferenziali alla **Corte di Giustizia dell'Unione Europea**. Il rinvio preferenziale è un meccanismo che consente ai giudici nazionali degli Stati membri di rivolgersi alla Corte di Giustizia quando devono applicare il diritto dell'Unione, ma si trovano di fronte a dubbi interpretativi. La Corte di Giustizia, essendo l'interprete finale del diritto dell'Unione, fornisce una risposta vincolante sulla corretta interpretazione del diritto europeo, che il giudice nazionale deve poi applicare nel caso concreto. Anche se il Regno Unito aveva deciso di abbandonare l'UE, il rinvio preferenziale è rimasto in vigore per gli 8 anni successivi, perché l'abrogazione del diritto dell'UE nel sistema giuridico britannico non ha effetto retroattivo. Di conseguenza, tutte le norme europee ancora applicabili ai rapporti sorti prima del recesso devono essere interpretate dalla Corte di Giustizia, garantendo così una transizione graduale.



## LA CLAUSOLA DI BACKSTOP E LA BREXIT

Uno degli elementi centrali dell'accordo di recesso, che alla fine ne ha compromesso l'approvazione parlamentare, non è tanto il periodo di transizione o il ruolo della **Corte di Giustizia**, ma la cosiddetta **clausola di back-stop**. Questa clausola regola i rapporti tra la **Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord**, che, sebbene facciano parte di un'unica isola, sono due entità politiche diverse: la prima è uno **Stato membro dell'UE**, mentre la seconda è una **nazione del Regno Unito**. Fino a quando il Regno Unito e l'Irlanda del Nord facevano parte dell'UE, non c'erano problemi di circolazione di persone o merci tra le due aree, poiché tutto avveniva all'interno dell'**Unione Europea**, con le sue regole che facilitavano il libero movimento. Ad esempio, un lavoratore della **Repubblica d'Irlanda** poteva tranquillamente attraversare il confine per recarsi a lavorare in Irlanda del Nord. Allo stesso modo, uno studente che viveva vicino al confine poteva frequentare scuole in una delle due aree senza difficoltà. Questo era possibile grazie alle conquiste in termini di libera circolazione delle persone e delle merci nell'UE.

**Il Contesto Storico e Politico dell'Irlanda del Nord:** Il tema dei confini tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda è particolarmente delicato anche a causa del passato di conflitti politici e attentati che hanno coinvolto queste regioni. Le tensioni riguardavano l'autonomia dell'Irlanda del Nord dal Regno Unito, con episodi di terrorismo che hanno colpito simboli della monarchia britannica. Questo contesto storico ha reso la gestione dei confini un tema estremamente sensibile. Con la Brexit, il Regno Unito sarebbe diventato un **paese terzo** rispetto all'UE, creando nuove problematiche riguardanti la **circolazione delle merci** tra la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord. Uno degli aspetti critici sarebbe stato l'introduzione di **dazi e controlli di sicurezza** sulle merci, che avrebbero alterato le modalità di scambio tra queste due aree. La clausola di backstop è stata introdotta per gestire questa transizione, ma è stata percepita come vaga e non sufficientemente strutturata.

**La Posizione del Governo May e l'Opposizione:** Il governo di **Theresa May** ha cercato di gestire queste problematiche in modo da non rendere il Regno Unito completamente un paese terzo nei confronti della Repubblica d'Irlanda, ma ha mantenuto una posizione piuttosto **vaga** su come affrontare le sfide che sarebbero emerse. L'opposizione ha contestato questa vaghezza, sostenendo che la clausola di Pescov avrebbe creato problemi non solo a livello commerciale, ma anche per la **sicurezza** e la circolazione delle persone. L'opposizione sosteneva che, se il Regno Unito doveva davvero uscire dall'UE, sarebbe stato meglio farlo con una "**soft Brexit**", mantenendo alcuni dei privilegi che derivavano dall'appartenenza all'UE, soprattutto in merito ai rapporti con l'Irlanda del Nord. Al contrario, il governo May sembrava orientato verso una "**hard Brexit**", che avrebbe reso il Regno Unito completamente un paese terzo rispetto all'UE.

Oltre alla clausola di Pescov, un altro punto critico dell'accordo riguardava le **relazioni future** tra il Regno Unito e l'UE. Secondo l'opposizione, lo schema di relazioni proposto non era abbastanza dettagliato, e il Regno Unito avrebbe dovuto mantenere una partnership più stretta con l'Unione, soprattutto in ambiti cruciali come la **sicurezza**. Ad esempio, il Regno Unito aveva sempre goduto di una posizione privilegiata in materia di **intelligence**, cooperando strettamente con paesi come gli Stati Uniti, il Canada e l'Australia nel gruppo dei **Five Eyes**. Tuttavia, nello schema proposto dal governo May, non era prevista una cooperazione abbastanza stringente con l'UE per quanto riguardava la **condivisione dei dati**. Questo era un aspetto importante che l'opposizione riteneva fondamentale per mantenere una relazione stabile e sicura con l'Europa anche dopo la Brexit.

**Le Differenze tra "Hard Brexit" e "Soft Brexit":** Il dibattito tra **hard Brexit** e **soft Brexit** ha dominato la discussione politica sul recesso del Regno Unito dall'UE. Mentre la **hard Brexit** implicava un distacco netto dall'Unione, con il Regno Unito che sarebbe diventato un paese terzo simile a Canada o Australia, la **soft Brexit** avrebbe mantenuto alcuni legami più stretti, ad esempio in ambito commerciale e di sicurezza. Il governo May, stanco delle trattative e preoccupato dalla pressione interna, sembrava propendere per una chiusura rapida, anche a costo di una **hard Brexit**. Secondo questa logica, sarebbe stato possibile stabilire in futuro nuovi accordi bilaterali con l'UE, senza continuare a trattare sui dettagli dell'uscita.



## LA PRESENTAZIONE DELLA BOZZA DI ACCORDO IN PARLAMENTO

Nel corso delle trattative sulla Brexit, **Theresa May**, Primo Ministro del Regno Unito, si presenta in **Parlamento** con una bozza di accordo da sottoporre al voto. Il governo non può procedere autonomamente, ma deve ottenere l'approvazione parlamentare. Tuttavia, l'opposizione, particolarmente critica nei confronti della gestione dei rapporti con l'**Irlanda del Nord**, si oppone fermamente all'accordo. La questione irlandese è infatti centrale: un accordo che non risolva adeguatamente il problema del confine tra **Repubblica d'Irlanda e Irlanda del Nord** potrebbe portare a un **caos amministrativo** immediato. Di conseguenza, il Parlamento rigetta la proposta del governo, affermando che un accordo su una questione così delicata non può essere approvato senza adeguate garanzie.

**Il Primo Rifiuto del Parlamento:** Il primo rifiuto del Parlamento costringe il governo a rinegoziare con l'Unione Europea. Theresa May, dopo aver stretto accordi a livello internazionale, si trova a dover tornare al tavolo delle trattative, poiché il Parlamento britannico non accetta il compromesso raggiunto. A seguito di questo primo rifiuto, il governo apporta alcune modifiche alla bozza dell'accordo, ma si tratta di modifiche **formali piuttosto che sostanziali**, incapaci di risolvere le criticità sollevate in precedenza.

**Il Secondo Voto Negativo:** Nonostante le modifiche, **il 12 marzo 2019** il Parlamento respinge nuovamente l'accordo presentato. Il secondo voto negativo segna un ulteriore fallimento per il governo May, che non riesce a trovare il consenso necessario per approvare il testo. A questo punto, si diffonde il timore che il governo possa decidere di recedere dall'UE senza un accordo, una situazione nota come "**no deal**".

**La Risoluzione della Camera dei Comuni:** Per prevenire questa eventualità, la Camera dei Comuni adotta una risoluzione che impegna il governo a non recedere dall'UE senza un accordo. Questo passaggio è fondamentale: il Parlamento si oppone fermamente all'idea di un'uscita senza regole definite e chiede che il governo negozi un accordo accettabile. Di fatto, il governo viene privato della possibilità di considerare l'opzione del no deal come soluzione.

La scadenza per l'uscita dall'UE era originariamente fissata per il **29 marzo 2019**, ma a causa dell'impasse politica, il governo è costretto a negoziare con Bruxelles un'estensione del termine. La nuova deadline viene spostata al **31 ottobre 2019**, dando al governo più tempo per cercare di raggiungere un nuovo accordo.

**Il Terzo Voto Negativo e le Dimissioni di Theresa May:** Nonostante i tentativi di Theresa May di apportare ulteriori piccole modifiche al testo, la terza bozza dell'accordo viene nuovamente respinta dal Parlamento. Ormai stremata dal continuo ciclo di trattative fallimentari, May si rende conto che non è più possibile portare avanti il processo come Primo Ministro. **Il 24 maggio 2019**, in un discorso pubblico, Theresa May annuncia le sue dimissioni, ammettendo di non essere riuscita a ottenere l'approvazione dell'accordo sulla Brexit nonostante tre tentativi. **May** dichiara di aver fatto tutto il possibile per rispettare la volontà popolare espressa nel **referendum del 2016**, ma di non essere riuscita a trovare un consenso politico sufficiente per proseguire. Annuncia che si dimetterà ufficialmente il **7 giugno 2019** come leader del **Partito Conservatore**, lasciando al suo successore il compito di guidare il Paese fuori dalla crisi.

Dopo le dimissioni di Theresa May, il Partito Conservatore procede a scegliere un nuovo leader, senza sciogliere il Parlamento o indire nuove elezioni generali(a quel punto lì non vengono chiamate le nuove general election, nel senso che non c'è uno scioglimento della Camera dei Comuni, ma il Partito Conservatore individuerà un nuovo leader) . Il nuovo leader, che erediterà il compito di guidare il Paese durante la fase finale della Brexit, sarà **Boris Johnson**.



## GOVERNO DI BORIS JHONSON

### LA VISIONE DI BORIS JOHNSON SULLA BREXIT E LA PROROGATION DEL PARLAMENTO

Prima di diventare Primo Ministro, **Boris Johnson** si era espresso chiaramente durante la campagna referendaria, criticando l'atteggiamento ottimista e sicuro di vittoria di **David Cameron**, favorevole a rimanere nell'**Unione Europea**. Johnson vedeva un movimento crescente che aveva come unico obiettivo programmatico l'uscita dall'UE. Durante un discorso, affermò che il contributo più importante che il Regno Unito aveva offerto al mondo era la **democrazia parlamentare**, un valore che stava progressivamente venendo messo in discussione. Per Johnson, il voto sulla Brexit rappresentava un'opportunità unica per dimostrare l'importanza dell'autogoverno. Secondo lui, un voto a favore del rimanere nell'UE sarebbe stato interpretato a Bruxelles come un via libera a un **maggiore federalismo europeo**, ovvero l'erosione della sovranità britannica. Questo rifletteva la preoccupazione euroscettica che l'UE stesse passando da **confederazione** (un'unione più flessibile tra Stati sovrani) a una **federazione** (in cui gli Stati membri avrebbero perso parte della loro sovranità a favore di un'autorità centrale).

Da un punto di vista giuridico, la differenza tra **confederazione e federazione** è significativa. Nella confederazione, i rapporti tra gli Stati membri sono regolati dal diritto internazionale e quindi principalmente da trattati internazionali. Al contrario, nella federazione, i rapporti tra gli Stati membri sono regolati dal diritto interno, e gli Stati federati sono soggetti a un'autorità centrale. Per i britannici, l'idea di un'Europa federale rappresentava una minaccia alla loro **autonomia** e al modello di **democrazia parlamentare** che consideravano il loro "marchio di fabbrica" politico. Johnson, espressione di queste preoccupazioni, vedeva la Brexit come l'ultima occasione per preservare il sistema politico britannico, opponendosi all'idea di diventare parte di un meccanismo federale europeo.

**Il Passaggio di Testimone da Theresa May a Boris Johnson:** Quando Theresa May si dimise, Boris Johnson prese il suo posto, basando la sua leadership sul mandato popolare espresso nel referendum. Per lui, i leader politici erano vincolati dalla volontà del popolo, che aveva chiaramente chiesto l'uscita dall'UE. Johnson riprese quindi da dove May aveva lasciato, rafforzando ulteriormente le posizioni euroscettiche. A differenza di May, Johnson non era interessato a trovare un compromesso con l'UE. Il suo obiettivo principale era portare a termine la Brexit entro il **31 ottobre 2019**, anche se ciò significava uscire senza un accordo. Tuttavia, la **Camera dei Comuni** si opponeva fermamente a questa idea, ribadendo che era politicamente inopportuno, sebbene non illegale, uscire dall'UE senza un accordo.

### LA PROROGATION DEL PARLAMENTO

A un certo punto, Boris Johnson mette il diritto al servizio di uno scopo politico. Si rende conto che è difficile uscire dall'Unione Europea con un accordo che possa essere accettato dal Parlamento britannico. Tuttavia, lui vuole comunque uscire dall'UE senza un accordo, ma incontra l'ostacolo del Parlamento, che non avrebbe autorizzato un'uscita senza intesa. Per superare l'opposizione parlamentare, Johnson decise di utilizzare uno strumento costituzionale britannico noto come **Prorogation of Parliament**, cioè la sospensione dei lavori parlamentari. Questo istituto viene normalmente utilizzato alla fine di una sessione parlamentare per permettere al Parlamento di concentrarsi su nuove politiche. Durante la sospensione, tutti i disegni di legge in corso decadono, e alla riapertura della sessione, il **monarca tiene un discorso** che inaugura la nuova sessione e presenta le linee guida del governo. Nel caso specifico, Johnson cercò di utilizzare la prorogation per mettere in pausa i lavori parlamentari, evitando così ulteriori ostacoli alla sua strategia di uscita dall'UE senza un accordo. Questo strumento, anche se costituzionalmente legittimo, fu visto come un tentativo di bypassare la volontà del Parlamento.

Nel contesto anglosassone, un meccanismo simile esiste negli **Stati Uniti**, dove il **Presidente** fa un discorso annuale per presentare le politiche del suo governo, pur non avendo l'iniziativa legislativa diretta. Tuttavia, la differenza principale tra il sistema britannico e quello statunitense sta nel ruolo del monarca e del





Presidente. Negli Stati Uniti, il Presidente è sia capo di Stato che capo dell'esecutivo, mentre nel Regno Unito, il monarca è solo capo di Stato e non detiene il potere politico.

### STRUMENTI DEL DIRITTO COSTITUZIONALE BRITANNICO

1. **Prorogation:** La prorogation implica la sospensione del Parlamento, che porta alla decadenza dei disegni di legge non approvati. È seguita dal discorso del monarca e dura pochi giorni, anticipando l'apertura di una nuova sessione parlamentare con il discorso della regina. Durante la prorogation, i lavori parlamentari sono sospesi.

2. **Dissolution:** Lo scioglimento delle Camere. Nel Regno Unito, si scioglie solo la Camera dei Comuni, cioè la camera elettiva. Le camere ereditarie non si sciolgono. La dissolution può avvenire anticipatamente rispetto alla fine della legislatura per andare alla ricerca di una nuova maggioranza parlamentare.

3. **Unless:** Si tratta della sospensione feriale (natalizia o estiva) dei lavori parlamentari.

### USO ATIPICO DELLA PROROGATION

Johnson utilizza la prorogation in modo atipico per superare la resistenza del Parlamento. Con il Parlamento non in seduta, egli esce dall'UE senza nessun accordo. Questo tipo di prorogation è atipica perché molto lunga, con la sospensione che va da metà settembre al 14 ottobre, proprio nel periodo in cui era necessario decidere le sorti della Brexit, poiché la scadenza per l'uscita era fissata al 31 ottobre 2019.

La prorogation è stata concessa dalla regina, su suggerimento del governo. Formalmente, è la regina a sospendere il Parlamento, ma sostanzialmente la decisione viene presa dall'esecutivo. Prima della sospensione, però, il Parlamento riesce a approvare un atto che obbliga il governo a non uscire senza un accordo. In pratica, il governo è obbligato a trovare un accordo entro il 31 ottobre o, in caso contrario, chiedere una proroga fino al 31 gennaio 2020. La prorogation viene utilizzata da Boris Johnson in modo strumentale per silenziare il Parlamento, suscitando critiche politiche. Si arriva al punto in cui la prorogation viene portata davanti ai tribunali tramite il meccanismo del Judicial Review. Questo strumento consente ai cittadini britannici, come accade con la nota attivista **Gina Miller**, di impugnare gli atti del potere pubblico, inclusa la decisione di Johnson di sospendere il Parlamento.

**Ruolo della Regina e delle Corti:** La domanda che sorge è: la regina poteva rifiutare la richiesta di Johnson? In base all'evoluzione del sistema britannico, la regina non poteva bypassare la decisione se non per motivi critici, suggeriti dai suoi consiglieri. La regina avrebbe potuto negare la sospensione se avesse ricevuto consiglio di rifiutare l'azione come colpo di stato costituzionale, ma i suoi consiglieri non hanno scelto questa strada. Hanno preferito lasciare la decisione al primo ministro, in quanto quest'ultima è di natura politica e non formale. Di conseguenza, la regina si è limitata a una semplice azione notarile. Le corti, da parte loro, hanno evitato di toccare il tema per rispetto verso la corona. Anche se vi era la possibilità di una revisione giudiziaria, nessuna delle corti ha voluto opporsi apertamente alla decisione della regina, mostrandosi prudenti nei confronti del ruolo simbolico della monarchia.

### LE CORTI E LA PROROGATION: ANALISI DEL CASO

La decisione di sospendere il Parlamento britannico da parte di Boris Johnson è stata impugnata davanti **a tre corti di primo grado: Inghilterra e Galles, Scozia, e Irlanda del Nord.** Ecco una sintesi delle decisioni prese da queste corti e l'evoluzione della questione.

1. **Corte di Inghilterra e Galles:** La corte afferma che la sospensione del Parlamento è una questione politica, quindi non può essere sottoposta a giudizio. Secondo i giudici, la decisione di sospendere il Parlamento rientra nella discrezionalità politica dell'esecutivo, e non esiste uno standard giuridico per valutarla. La corte, quindi, non si pronuncia, lasciando la decisione all'esecutivo.

2. **Corte Scozzese:** La decisione iniziale è simile a quella della corte di Inghilterra e Galles. La corte ritiene che la questione non possa essere valutata a livello giuridico, considerandola una questione politica.



3. **Corte Irlandese:** Anche la corte dell'Irlanda del Nord non prende una posizione autonoma, poiché le altre due corti avevano già affrontato la questione. Di fatto, la corte nord-irlandese considera la questione inammissibile.

**Impugnazioni e la Corte di Secondo Grado in Scozia:** La decisione della corte scozzese di primo grado viene impugnata e portata davanti alla corte di secondo grado in Scozia, che ribalta completamente la decisione precedente. Questa corte sostiene che, nonostante la sospensione sia formalmente una decisione politica, in questo caso specifico è stata usata in modo abusivo, poiché è servita a marginalizzare il Parlamento su una questione di estrema rilevanza, come la Brexit. La corte conclude quindi che vi è stato un abuso della prorogation.

## LA CORTE SUPREMA DEL REGNO UNITO

La questione raggiunge la Corte Suprema del Regno Unito, che deve decidere se l'advice di Johnson alla regina, ovvero la richiesta di sospendere il Parlamento, sia legittimo. **La Corte Suprema struttura il suo ragionamento attorno a quattro punti principali:**

1. **Justiciability:** La corte deve prima stabilire se la questione sia giuridicamente valutabile (justiciable) o se rientra esclusivamente nell'ambito politico. Le corti di primo grado avevano considerato la questione non sottoponibile a giudizio, ma la Corte Suprema decide che la questione è, in effetti, **justiciable.**
2. **Standard giuridico:** Una volta stabilito che la questione è giuridicamente valutabile, la corte deve identificare uno standard giuridico che possa essere applicato per valutare la legittimità della sospensione. Lo standard è essenziale per verificare se la decisione sia stata presa legittimamente o meno.
3. **Applicazione dello standard:** Individuato lo standard, la corte lo applica per valutare se la sospensione del Parlamento sia stata legittima.
4. **Rimedio:** Se la corte conclude che la prorogation è illegittima, deve stabilire quale rimedio concedere per porre fine alla situazione di illegittimità.

**La Political Question:** Il concetto di **political question** emerge in questo caso. Si tratta di una questione essenzialmente politica, che normalmente sfugge alla competenza delle corti. Quando una decisione è politica, i giudici non possono valutarla, poiché mancano di parametri giuridici per farlo. Tuttavia, la Corte Suprema si chiede se questa sia davvero una questione politica o se ci siano elementi giuridici da considerare.

Nel caso della prorogation, la Corte Suprema del Regno Unito ha deciso che la questione non è puramente politica e che esistono parametri giuridici per valutare se la sospensione del Parlamento sia stata legittima o meno. Questo **ribalta la posizione delle corti di primo grado**, che avevano considerato la questione politica e, quindi, non giuridicamente valutabile.

## ANALISI DELLA PROROGATION E DELLA JUSTICIABILITY NELLA CORTE SUPREMA DEL REGNO UNITO

1. **Justiciability:** È o non è una questione politica?: Il primo interrogativo riguarda se la questione sia o meno politica. Se non lo fosse, si potrebbe considerare la sua sottoponibilità al giudizio delle corti. La Corte Suprema inizia con un'analisi dell'istituto della prorogation, sottolineando che si tratta di un potere di prerogativa del re, esercitato su consiglio del primo ministro. Pur essendo un tema di rilevanza politica, la Corte afferma che il primo ministro, in qualità di esponente dell'esecutivo, ha una responsabilità politica nei confronti del Parlamento. Questo legame di responsabilità consente alle corti di sindacare la decisione del primo ministro, in quanto essa rappresenta uno standard giuridico. La Corte stabilisce che la responsabilità del governo nei confronti della maggioranza parlamentare, insieme al principio di sovranità parlamentare, costituisce lo standard giuridico per valutare la legittimità della prorogation. Essa evidenzia che il Parlamento deve mantenere il controllo e che può eventualmente sfiduciare il governo.

2. **Applicazione degli Standard:** Dopo aver stabilito che la questione è justiciable e che esistono standard giuridici, la Corte passa a valutare se la prorogation sia legittima. Si concentra su due principi fondamentali: **parliamentary sovereignty** e **parliamentary accountability.** La prorogation risulterebbe illegittima se fosse



stata adottata per ostacolare l'applicazione di questi principi. La Corte analizza quindi la prorogation nel caso specifico e conclude che non si è trattato di una prorogation ordinaria. Viene definita “non normale” e “strumentale”, in quanto utilizzata da Boris Johnson per evitare che il Parlamento esercitasse il suo ruolo costituzionale in un momento politicamente delicato. La prorogation di un mese è considerata eccessiva e ingiustificata, e la Corte afferma che non ci sono state spiegazioni valide che possano giustificare la sua attuazione.

**3. Legittimità della Prorogation:** La Corte, dunque, conclude che la prorogation è illegittima, basandosi su un'argomentazione di natura sostanziale. Nonostante l'istituto della prorogation sia formalmente valido, viene utilizzato per bypassare la volontà del Parlamento, che è inaccettabile. La Corte sottolinea che se il primo ministro avesse fornito una giustificazione valida per la prorogation, potrebbe essere stata considerata legittima.

**4. Rimedio:** Cosa Fare per Ripristinare la Legalità?: Con la conclusione che la prorogation è illegittima, la Corte deve ora decidere quale rimedio adottare. Non si limita a dichiarare la prorogation illegittima, ma ordina anche che essa cessi immediatamente e che il Parlamento riprenda le sue attività. Questa parte della sentenza ha effetti immediati sull'ordinamento giuridico, incidendo direttamente sul funzionamento del Parlamento. La Corte dichiara che i deputati devono tornare in aula e che il Parlamento deve essere messo nelle condizioni di esercitare il suo ruolo in una questione di così alta rilevanza. Si sottolinea che la sospensione è nulla e quindi invalida, creando un effetto di nullità immediata.

## RIPRESA DELLA BREXIT

**La Dinamica Politica della Brexit:** Inizialmente, la questione Brexit riprende con la presentazione di Boris Johnson alla Camera dei Comuni, dove dichiara che il governo sta negoziando un accordo. A questo punto, è evidente che Johnson ha rinunciato all'uscita senza accordo, cercando di negoziare un accordo nei tempi stretti a disposizione. La Corte Suprema si pronuncia il 22 settembre, mentre Boris Johnson si presenta in Parlamento all'inizio di ottobre. La possibilità di raggiungere un nuovo accordo entro la fine di ottobre appare quindi molto difficile. Di conseguenza, Johnson è costretto a chiedere un'ulteriore proroga dell'uscita, richiedendo alle istituzioni europee di rinviare la data entro cui il Regno Unito deve lasciare l'Unione, stabilita ora per il 31 gennaio 2020.

**Le Elezioni Politiche e la Nuova Contrattazione:** Prima della scadenza fissata, il 12 dicembre 2019, si tengono elezioni politiche nel Regno Unito, vinte dai Conservatori. Questo partito, di cui Johnson è leader, si trova ora a dover gestire il nuovo accordo con l'Unione Europea. Dopo le elezioni, inizia la contrattazione, portando a una bozza di accordo, presentata al Parlamento tramite il disegno di legge **denominato "European Union Reload Agreement Bill".** Questo Bill inizia il suo iter parlamentare a fine 2019 e viene approvato come legge nel gennaio 2020. L'accordo stabilisce che a partire **dal 1 febbraio 2020, il Regno Unito non sarà più uno Stato membro dell'Unione Europea.** Questa data rappresenta una pietra miliare nel lungo processo di uscita, iniziato con il referendum del 2016.

**Il Periodo di Transizione:** A partire dal 1 febbraio 2020, il Regno Unito non è più uno Stato membro, ma l'accordo di uscita prevede un periodo di transizione. Durante questo periodo, il diritto dell'Unione Europea continua a essere applicato, sebbene il Regno Unito non partecipi alla governance dell'Unione. Il periodo di transizione ha lo scopo di consentire ulteriori negoziati tra il Regno Unito e l'Unione Europea riguardo ai futuri rapporti. Esiste una scadenza fissata per **il 15 ottobre 2020, entro la quale i due enti devono accordarsi sulle future relazioni.** Tuttavia, tale deadline non viene rispettata. Nonostante ciò, si raggiunge un accordo sulle future relazioni il **24 dicembre 2020.**

**Contenuti dell'Accordo sulle Future Relazioni:** il 24 dicembre 2020 viene raggiunto un accordo che stabilisce un nuovo partenariato di scambio commerciale tra il Regno Unito e l'Unione Europea. L'accordo ha importanti implicazioni economiche, poiché i rapporti commerciali tra il Regno Unito e gli Stati membri dell'Unione non saranno soggetti alle stesse formalità di tassazione che caratterizzano i rapporti con i paesi terzi. Inoltre, si prevede un partenariato per la sicurezza, in cui il Regno Unito continua a collaborare con i paesi europei. Un aspetto significativo è l'approccio adottato riguardo alla questione dell'Irlanda del Nord, che viene



affrontata in modo più flessibile rispetto a quanto voluto da Theresa May. L'accordo rende più semplici i movimenti di persone, capitali e merci, riflettendo una certa mediazione tra le posizioni preesistenti.

**Criticità e Aspetti Mancanti dell'Accordo:** Nonostante i progressi, l'accordo presenta delle lacune, in particolare riguardo alla partecipazione del Regno Unito alla politica di difesa dell'Unione Europea e alla **protezione dei dati**. Dopo la Brexit, il Regno Unito si trova in una posizione di terzo paese rispetto all'Unione, il che implica una necessità di garanzie in merito agli standard di protezione dei dati, diversamente da quanto avveniva prima, quando il Regno Unito era parte dell'Unione. Un paradosso emerge nel fatto che il Regno Unito, in passato, ha esercitato una leadership nella creazione di normative riguardanti la protezione dei dati all'interno dell'Unione Europea. Ora, con la sua uscita, si trova in una situazione in cui tali normative continuano a esistere per gli altri Stati membri, ma non per il Regno Unito, che deve negoziare un nuovo quadro normativo per il trasferimento dei dati.

La questione dei rapporti tra il Regno Unito e l'Unione Europea continua a essere centrale, soprattutto con l'avvento di nuovi governi.

**Il Governo di Liz Truss e la "Hard Brexit":** Nel 2022, con l'avvento di un nuovo leader del Partito Conservatore, Liz Truss, il dibattito sulla Brexit riprende vigore. Truss è sempre stata una forte sostenitrice della cosiddetta "Hard Brexit," sostenendo un allontanamento deciso dai legami con l'Unione Europea, in particolare per quanto riguarda la clausola di back-stop. Questa clausola regola i rapporti tra la Repubblica d'Irlanda, che resta nell'Unione Europea, e l'Irlanda del Nord, parte del Regno Unito. Liz Truss propone un nuovo disegno di legge per modificare i rapporti esistenti con l'Unione Europea. Tuttavia, c'è un problema dal punto di vista giuridico: cercare di modificare una disciplina di un trattato internazionale con una legge ordinaria non è conforme ai principi di gerarchia delle fonti. Questo approccio ha portato al fallimento del disegno di legge, e Liz Truss rimane in carica come Primo Ministro per un periodo molto breve, dimettendosi poche settimane dopo.

**Il Governo di Rishi Sunak e il Windsor Framework:** A seguito delle dimissioni di Truss, il nuovo leader del Partito Conservatore e Primo Ministro è Rishi Sunak, che adotta un approccio più moderato rispetto alla Brexit. Sunak si impegna a mantenere l'accordo di uscita in vigore, evitando la "Hard Brexit" desiderata da Truss, e introduce il Windsor Framework, un accordo che mira a preservare le attuali clausole riguardanti il back-stop e i rapporti con l'Irlanda del Nord. Sunak riesce a mitigare le pressioni per una "Hard Brexit" e favorisce un mantenimento di rapporti più equilibrati tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda. Le formalità doganali tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica vengono ulteriormente ridotte nel gennaio 2024 con una modifica del protocollo sull'Irlanda del Nord, migliorando i rapporti commerciali e le politiche agricole.

**La Brexit sotto il Governo di Starmer:** Nel luglio 2024, le elezioni generali portano alla vittoria di Keir Starmer, leader del Partito Laburista, che adotta una posizione più orientata verso una "Soft Brexit" rispetto ai suoi predecessori. Starmer lavora per facilitare ulteriormente i rapporti con l'Unione Europea, semplificando ad esempio il riconoscimento reciproco delle professioni tra il Regno Unito e l'Unione. Starmer si impegna anche a negoziare nuovi accordi in materia di sicurezza e difesa con l'Unione Europea, cercando di mantenere rapporti stretti nonostante l'uscita formale del Regno Unito dall'Unione. Il suo approccio rappresenta un tentativo di consolidare i benefici della cooperazione pur mantenendo l'autonomia acquisita con la Brexit.

**La Situazione Attuale e i Confini tra Irlanda e Irlanda del Nord:** Al momento attuale, esistono controlli doganali tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda, ma sono meno invasivi rispetto a quelli applicati ai paesi terzi. Questo riflette la natura peculiare dell'accordo post-Brexit, che cerca di preservare un equilibrio tra il mantenimento dei confini e la necessità di facilitare la circolazione delle merci e delle persone tra le due Irlande.

**Il Ruolo del Parlamento durante la Brexit:** Durante il processo della Brexit, il Parlamento britannico ha giocato un ruolo centrale, esercitando il suo potere in modo attivo, contrariamente a quanto si potrebbe pensare in situazioni di emergenza, dove il governo spesso prende il comando. Nel caso della Brexit, non possiamo parlare di un'emergenza, ma piuttosto di un processo politico ordinario nato da un referendum. Il Parlamento ha deciso di riprendere il controllo del processo, esercitando la sua sovranità e contrastando le iniziative del governo quando necessario.



## LA FORMA DI GOVERNO DEGLI STATI UNITI : TRUMP E DOPO TRUMP

Il sistema politico degli Stati Uniti è tradizionalmente visto come il prototipo della forma di governo presidenziale. Quando si studia il presidenzialismo, il modello statunitense rappresenta l'archetipo per eccellenza, con una chiara separazione dei poteri e un sistema di "checks and balances" che dovrebbe garantire la stabilità democratica e la protezione da derive autoritarie. Tuttavia, negli ultimi decenni, questo sistema ha mostrato segni di cedimento di fronte a trasformazioni politiche e sociali che hanno messo in discussione la sua capacità di mantenere intatti i suoi principi fondamentali.

**La domanda cruciale che emerge è: come è possibile che un sistema così consolidato e ritenuto maturo come quello statunitense non abbia sviluppato anticorpi, o meccanismi di difesa, per evitare una trasformazione degenerativa della propria forma di governo?**

### FORMA DI GOVERNO PRESIDENZIALE

Qual'è l'indice chiaro che distingue la forma di governo presidenziale da quella parlamentare?

1. Il presidente è sia capo dello stato che capo del governo
2. La legittimazione diretta da parte del corpo elettorale sia del capo dello stato sia dell'assemblea rappresentativa
3. Non esiste un rapporto fiduciario tra la maggioranza politica dell'assemblea parlamentare (congresso) e l'esecutivo ( nelle mani del capo dello stato), esso è monocratico , a differenza dei sistemi parlamentari il capo di stato convoca o revoca i ministri in base al rapporto di fiducia: non esiste un organo collegiale dei ministri , perché i ministri relazione direttamente con il presidenze del governo e delle repubblica, possono unirsi tra di loro per determinati argomenti, ma non c'è un organo collegiale.

### IL PARLAMENTO NEGLI STATI UNITI: STRUTTURA E FUNZIONAMENTO

Il **Parlamento statunitense** è formato da due camere: il **Congresso e il Senato**, entrambi detentori del potere legislativo. Questi due organi sono eletti in modo differente e rappresentano una parte fondamentale del sistema di **separazione dei poteri**. Il Congresso è legittimato direttamente dal basso, con votazioni che variano per ciascuna delle due Camere.

**Elezione del Presidente:** Il **Presidente degli Stati Uniti** è formalmente eletto in modo indiretto attraverso il sistema dei **Grandi Elettori**, ma, nella sostanza, l'elezione è considerata diretta. Ciò avviene perché i cittadini votanti fanno già in anticipo per quale candidato presidenziale il Grande Elettore darà il proprio voto. Ad esempio, nel contesto di una campagna elettorale, un elettore sa se il Grande Elettore sosterrà il candidato democratico (ad esempio, Kamala Harris) o il candidato repubblicano (ad esempio, Donald Trump). Il **mandato presidenziale** dura quattro anni e il Presidente può essere rieletto una sola volta. Questa regola sulla **rielezione** è stata introdotta per limitare le **rielezioni consecutive**, come accadde con Presidenti come Franklin D. Roosevelt, che fu eletto per quattro mandati. Tuttavia, un dibattito interpretativo riguarda la questione se i due mandati debbano essere **consecutivi** o meno. Secondo alcune interpretazioni, un ex Presidente, come nel caso di Donald Trump, non potrebbe ripresentarsi se avesse già servito due mandati consecutivi o non consecutivi.

**Il Congresso e il Senato:** Elezione e Durata del Mandato: Il **Congresso, ovvero la Camera dei Rappresentanti**, è composto da **435 membri**, eletti ogni due anni. I **senatori**, invece, sono **100**, con due senatori per ciascuno Stato, indipendentemente dalle dimensioni dello Stato. Questo sistema è stato voluto dai **piccoli Stati federali** per evitare di perdere il loro potere decisionale nel passaggio da una **confederazione a una federazione**. Ogni senatore serve un mandato di sei anni, ma il rinnovo del Senato avviene in modo parziale: **un terzo dei senatori** viene rinnovato ogni due anni. Questo meccanismo permette di sincronizzare, almeno parzialmente, i cicli elettorali del Senato con quelli della Camera dei Rappresentanti.



**ALTRO ELEMENTO** : In genere, **nei sistemi parlamentari**, il funzionamento del governo si basa su un **accordo fiduciario** tra l'esecutivo e il legislativo. Questo rapporto è caratterizzato dalla fiducia che il Parlamento concede al governo, e dalla possibilità di ritirarla attraverso una **mozione di sfiducia**. Quando la sfiducia viene espressa, può portare allo scioglimento anticipato delle Camere, mandando a casa i membri del Parlamento prima della conclusione del loro mandato naturale. Quindi, il potere di sciogliere anticipatamente il Parlamento è strettamente collegato alla durata normale della legislatura, che viene interrotta se la maggioranza parlamentare non sostiene più il governo.

Al contrario, **nei sistemi presidenziali**, non esiste un raccordo fiduciario tra il potere esecutivo e il legislativo. Il Presidente, che rappresenta l'esecutivo, non è soggetto alla fiducia del Congresso (il legislativo), né può scioglierlo anticipatamente. Quindi, l'altra faccia della medaglia della mancanza di fiducia è l'assenza del potere di sciogliere anticipatamente il Parlamento. Come possiamo descrivere questi elementi in modo sistematico? La caratteristica principale dei sistemi presidenziali è la **doppia legittimazione dal basso**: sia il Presidente che il Congresso vengono eletti separatamente dal popolo e non dipendono l'uno dall'altro per rimanere in carica. Questo crea **una separazione dei poteri rigida**.

In sostanza, il potere esecutivo e il potere legislativo **operano su binari separati**: il Presidente non ha bisogno della fiducia del Congresso per rimanere in carica, e allo stesso tempo il Congresso non teme di essere sciolto dal Presidente. Tuttavia, questa separazione rigida dei poteri, se presa alla lettera, **potrebbe portare a blocchi istituzionali e inefficienze**. Per evitare ciò, esistono dei meccanismi di mitigazione che temperano questa separazione rigorosa. Questo avviene attraverso un sistema di **checks and balances (pesi e contrappesi)** che permette a ciascun potere – legislativo, esecutivo e giudiziario – di controllarsi a vicenda e prevenire abusi o conflitti.

## CHECKS AND BALANCES

Nel sistema presidenziale, i **checks and balances** rappresentano quei meccanismi giuridici che consentono ai tre poteri di interagire e collaborare in momenti critici, prevenendo l'efficacia della separazione rigida e mantenendo l'equilibrio istituzionale. Questi contrappesi sono essenziali per evitare situazioni di stallo istituzionale che potrebbero sorgere in caso di conflitto tra i poteri.

Vediamo i principali punti di interazione tra il Congresso, il Presidente e la Corte Suprema.

**1. Il potere legislativo e l'interazione con l'esecutivo.** Il Congresso è chiamato a interagire con il Presidente in diversi momenti cruciali:

- Potere di approvazione del bilancio federale
- Potere di non approvare leggi di attuazione programma politico/limitarne finanziamento
- Potere di inchiesta su Presidente e sua Amministrazione
- Potere di audizione
- **Potere di impeachment**: Il Congresso ha il potere di chiedere la messa in stato d'accusa del Presidente, detta impeachment, quando ritiene che il Presidente non abbia agito nell'interesse del Paese o abbia mancato ai propri doveri. L'impeachment viene approvato dalla Camera dei Rappresentanti, ma il giudizio finale viene emesso dal Senato, presieduto dal Presidente della Corte Suprema. In caso di colpevolezza, le pene possono includere la rimozione dall'incarico e sanzioni penali.
- **Iniziativa legislativa** : Il Presidente degli Stati Uniti, a differenza dei capi di governo nei sistemi parlamentari, non ha l'iniziativa legislativa diretta. Non può proporre direttamente leggi al Congresso. Per realizzare il suo programma politico, il Presidente deve fare affidamento sui membri del proprio partito in Congresso, cercando sostegno attraverso negoziati e compromessi. Ad esempio, per leggi relative al controllo delle armi, il Presidente può cercare di ottenere l'appoggio dei deputati del proprio partito o negoziare voti con l'opposizione offrendo concessioni su altre tematiche.
- Advice and consent (solo Senato)
- Potere di autorizzare la ratifica dei trattati internazionali stipulati dal Presidente (solo Senato)

2. Con l'esecutivo invece c'è:



- il potere di messaggio
  - **il potere di veto** : Il Presidente ha il potere di porre il veto sulle leggi approvate dal Congresso. Tuttavia, il Congresso può superare il veto presidenziale con una maggioranza qualificata di due terzi. Questo meccanismo crea un equilibrio tra i poteri, permettendo al Congresso di esercitare la propria autorità anche contro l'opposizione presidenziale.
  - **potere di stipulare executive agreements**: Per la ratifica dei trattati internazionali, il Presidente necessita del consenso del Senato, che rappresenta gli Stati membri. Questo controllo serve a garantire che gli Stati possano intervenire sulle decisioni che influenzano la loro sovranità. Tuttavia, in alcuni casi, il Presidente può agire autonomamente attraverso gli executive agreements, accordi che non richiedono l'approvazione del Senato.
3. **Giudiziario** :
- **Nomina dei giudici della Corte Suprema**: Sebbene il Presidente nomini i giudici della Corte Suprema, il Senato deve esprimere il proprio gradimento (consenso) tramite audizioni e votazioni. Il ruolo del Presidente nella scelta dei giudici è cruciale perché, sebbene i giudici siano indipendenti e rimangano in carica a vita, la scelta dei candidati può influenzare la direzione della Corte per decenni. Il Presidente tende a nominare giudici con orientamenti ideologici vicini alla sua visione politica, influenzando così le decisioni su temi come l'aborto, la pena di morte e i diritti civili.
- Indipendenza dei giudici**: I giudici della Corte Suprema, una volta nominati, non rispondono più al Presidente che li ha scelti, proprio grazie alla loro carica a vita, che garantisce la loro indipendenza. Tuttavia, il Presidente può comunque indirizzare la Corte verso una certa visione giuridica scegliendo giudici con determinate convinzioni politiche o ideologiche. Il Senato può rifiutare la nomina solo se ritiene che il giudice non rispetti i principi costituzionali, ma non può opporsi per motivi puramente ideologici.
- La Corte Suprema può dichiarare l'incostituzionalità degli atti normativi.

## MULLER REPORT

### Le elezioni presidenziali del 2016 e il Russiagate: Implicazioni politiche e giuridiche

La vicenda inizia come un problema prettamente **politico** durante le elezioni presidenziali del 2016 negli Stati Uniti, che videro la vittoria di Donald Trump contro Hillary Clinton. Hillary Clinton, moglie dell'ex Presidente democratico Bill Clinton e Segretario di Stato sotto l'amministrazione di Barack Obama, veniva percepita come rappresentante dell'élite del Partito Democratico. Fin da quando era semplicemente First Lady, Hillary era stata criticata per il suo **ruolo attivo** nella politica, influenzando in maniera significativa le decisioni del marito, con l'accusa addirittura di sostituirsi a lui in certi momenti decisionali. La sconfitta di Hillary Clinton e la vittoria di Donald Trump portano alla luce il cosiddetto **Russiagate**, uno scandalo che coinvolgeva il governo russo sotto la presidenza di Vladimir Putin. La Russia era accusata di aver **interferito indebitamente** nelle elezioni del 2016, a favore di Trump e a svantaggio di Hillary Clinton. La questione centrale era l'**ingerenza** di una potenza straniera nella corsa alle elezioni presidenziali degli Stati Uniti, un tema delicato che sollevava dubbi sulla legittimità dell'elezione di Trump.

Il problema, inizialmente politico, assume una dimensione **giuridica** quando si pone la domanda se Donald Trump avesse effettivamente collaborato con il governo russo per influenzare le elezioni a proprio vantaggio. Se fosse emerso un coinvolgimento diretto di Trump, ciò avrebbe significato che, dopo aver giurato fedeltà agli Stati Uniti e rispetto della Costituzione davanti al Presidente della Corte Suprema, Trump avrebbe commesso **spergiuoro**. La violazione del giuramento presidenziale sarebbe stata particolarmente grave, data la sua implicazione nel rispetto delle **istituzioni repubblicane** e del ruolo presidenziale. Per chiarire la situazione, fu nominato un **consigliere speciale** con il compito di condurre un'indagine approfondita: **Robert Mueller**, da cui prende nome l'indagine stessa, il **Rapporto Mueller**. Il suo compito era quello di determinare se Donald Trump avesse partecipato attivamente alle ingerenze russe nella campagna elettorale e se ciò costituisse una violazione del processo democratico.



Le interferenze nell'indagine e la questione dell'intralcio alla giustizia: Durante l'indagine, emergono una serie di **atti ostili** da parte di Trump e della sua amministrazione, volti a **intralciare la giustizia** e ostacolare l'operato di Mueller. Tra questi atti si annoverano episodi di **reticenza, falsa testimonianza** e il licenziamento di persone che si rifiutavano di supportare Trump in questa vicenda. L'obiettivo sembrava essere quello di impedire a Mueller di indagare in modo completo sugli eventi legati alle elezioni presidenziali. Tuttavia, Mueller concluse la sua indagine affermando che **non vi erano prove sufficienti** per dimostrare che Trump avesse collaborato con il governo russo per influenzare le elezioni. Di conseguenza, non c'erano le basi per un **impeachment** del Presidente eletto. Tuttavia, lo stesso Mueller evidenziò che vi erano prove che Trump e la sua amministrazione avessero commesso atti di **intralcio alla giustizia**, in violazione del **due process**.

**La difesa di Trump:** L'avvocato di Trump, **Rudolph Giuliani** (ex sindaco di New York), sostenne che se Trump non era ritenuto responsabile delle interferenze russe, allora non poteva esserci **intralcio alla giustizia**. Secondo Giuliani, tutte le azioni intraprese dall'amministrazione Trump per difendersi dalle accuse dovevano essere considerate come **legittima difesa**. Tuttavia, questo argomento appare **paradossale**: se un soggetto è **innocente**, non dovrebbe esserci bisogno di ostacolare la giustizia. Al contrario, dovrebbe collaborare con il sistema giudiziario per dimostrare la propria innocenza.

**Debolezze del sistema statunitense:** Questa vicenda mette in luce alcune **debolezze** strutturali del sistema politico-giuridico statunitense, evidenziando in particolare il ruolo dello **special counsel** e dell'Attorney General. Quest'ultimo, che guida l'indagine, è una figura nominata dal Presidente e quindi politicamente vicina a lui, creando potenzialmente un conflitto di interesse nel contesto di indagini che coinvolgono il Presidente stesso. Questo legame ha portato a dubbi sull'imparzialità delle indagini, come nel caso del **Russiagate**, dove la presunta interferenza della Russia nelle elezioni del 2016 a vantaggio di Donald Trump e a svantaggio di Hillary Clinton sollevò molte polemiche.

Successivamente, un altro scandalo, il cosiddetto **Ukrainagate**, portò il Presidente Trump nuovamente al centro di un tentativo di **impeachment**. Questa volta, Trump venne accusato di aver cercato di gettare cattiva luce su alcuni candidati democratici, in particolare Joe Biden, collegando il figlio di Biden, Hunter, al governo ucraino con accuse di comportamento illecito. Trump avrebbe cercato di danneggiare la reputazione di Biden, suo diretto rivale politico nelle elezioni presidenziali, utilizzando pressioni indebite sul governo ucraino per ottenere informazioni compromettenti.

**Il tentativo di impeachment nel caso dell'Ukrainagate:** Anche in questo caso, venne avviato un tentativo di **impeachment**. Tuttavia, nonostante il voto compatto del Partito Democratico alla Camera dei Rappresentanti a favore dell'impeachment, il Senato, a maggioranza repubblicana, non dichiarò colpevole Trump. Ciò avvenne non tanto per un pieno sostegno a Trump, ma per timore di danneggiare l'immagine del Partito Repubblicano. I repubblicani temevano infatti che l'impeachment di un presidente in carica del proprio partito sarebbe stato visto come un fallimento politico, minando il loro potere e la loro legittimità.

Questo esempio mette in evidenza come l'**impeachment** non sia solo una questione giuridica, ma anche fortemente **politica**. L'impeachment non rappresenta necessariamente una condanna delle idee politiche di un presidente, ma piuttosto un'accusa per comportamenti **illegittimi** o contrari al rispetto delle istituzioni e della moralità politica. Nel caso di Trump, la questione principale ruotava attorno all'**abuso di potere** e all'uso di indebite pressioni sul governo ucraino per accusare il figlio di Biden di azioni illecite durante il suo lavoro in Ucraina. In cambio di tale cooperazione, Trump avrebbe minacciato di sospendere il sostegno militare degli Stati Uniti all'Ucraina, il che configurava una sorta di **ricatto politico** internazionale.

**Le conseguenze politiche e il voto sul processo di impeachment:** Nonostante le accuse e la gravità delle implicazioni, il Senato, controllato dal Partito Repubblicano, votò in favore di Trump. Questo voto mette in luce la **debolezza del sistema** quando l'organo chiamato a giudicare è **politicamente legato** alla parte accusata. Il risultato finale fu che Trump venne assolto, ma con il peso dello **scandalo** ancora sulle sue spalle. L'intera vicenda dimostra come l'impeachment, un meccanismo concepito per controllare il potere esecutivo e garantire la responsabilità politica, possa essere distorto quando il voto è influenzato dalla **lealtà politica** più che dai fatti e dalle prove.





Un'altra debolezza del sistema americano emerge dal processo di **nomina** dei funzionari responsabili delle indagini. Poiché le nomine dei consiglieri, degli alti funzionari e dei procuratori generali sono fatte direttamente dal Presidente, esiste un rischio intrinseco di **parzialità**. Gli individui nominati per indagare su potenziali crimini commessi dal Presidente sono spesso collegati a lui politicamente, il che introduce una resistenza naturale alla conduzione di indagini imparziali. Se l'accusa viene sottoposta ad un organo **politico** e la carica in questione è strettamente legata a un partito, si osserva una trasformazione del processo di **impeachment** in un meccanismo che può essere manipolato a fini **politici**. I senatori votano in base all'appartenenza politica, non necessariamente in base ai meriti del caso, e questo rende l'impeachment un processo politicamente condizionato, piuttosto che un vero strumento di giustizia e responsabilità.

Questa dinamica rappresenta un **uso distorto** dell'istituto dell'impeachment, che, da strumento pensato per garantire la **responsabilità politica** del capo di Stato e la protezione delle istituzioni, viene utilizzato in modo **strumentale** per fini politici contingenti. Questo **abuso** non solo snatura l'impeachment, ma mina anche l'indipendenza del Presidente, che potrebbe sentirsi vincolato da altri poteri o da pressioni politiche. Se il Presidente è costretto a "rispondere" a un altro potere governativo per mantenere la propria posizione, allora la sua **autonomia** viene compromessa e, di conseguenza, anche il principio democratico di **separazione dei poteri** risulta indebolito. In questo scenario, la **democrazia** risulta vulnerabile, poiché la **sovranità** del popolo viene indirettamente intaccata. Se un presidente può essere sottoposto a impeachment per motivi prevalentemente politici, l'equilibrio tra i poteri esecutivo e legislativo è alterato, trasformando il procedimento da uno strumento di **giustizia costituzionale** a una **manovra politica**. In questo modo, l'originario **scopo giuridico** dell'impeachment, che dovrebbe servire a rimuovere un presidente colpevole di gravi violazioni, viene distorto in un **meccanismo di controllo politico** sul presidente stesso, vanificando così l'essenza della **separazione dei poteri** e mettendo a rischio l'integrità del sistema democratico.

#### - IL TRAVEL BAN

Il **Travel Ban** è stato uno dei primi atti presidenziali firmati da Donald Trump, coerente con la sua campagna elettorale in cui l'immigrazione era stata uno dei temi centrali. Trump aveva cavalcato impulsi populistici, facendo leva sulla preoccupazione della popolazione riguardo l'immigrazione illegale e i rifugiati provenienti dal Medio Oriente, Africa e Asia, che cercavano asilo o una nuova vita negli Stati Uniti. Uno dei primi provvedimenti attuati, il 27 gennaio 2017, fu un **executive order**, cioè un decreto presidenziale, che non richiede l'approvazione del Congresso, poiché il presidente è titolare di un indirizzo politico. Questo atto bloccava l'ingresso di cittadini provenienti da sette paesi a maggioranza musulmana, con la giustificazione della sicurezza nazionale, associando questi paesi al terrorismo jihadista internazionale. Inoltre, riduceva la concessione di asili, escludendo eccezioni per le minoranze cristiane, favorendo indirettamente queste ultime rispetto alla maggioranza musulmana. Riduceva anche i **permessi permanenti** di residenza (green card). Il provvedimento, tuttavia, non era accompagnato da una normativa secondaria che spiegasse come applicarlo, il che creò confusione nei punti di ingresso, come aeroporti e centri di immigrazione.

**Impugnazioni e Violazioni Costituzionali:** Diversi **governatori** degli stati federali iniziarono a impugnare l'**executive order**, sostenendo che violava diversi **emendamenti della Costituzione degli Stati Uniti**. In particolare:

1. **Primo Emendamento:** garantisce la libertà religiosa e impedisce al governo federale di favorire una religione rispetto a un'altra. Bloccando l'ingresso di popolazioni musulmane, l'ordine sembrava favorire implicitamente il cristianesimo, violando il principio di terzietà dello Stato in materia religiosa. **ESTABLISHMENT CLAUSE per questo viene impugnato il primo emendamento**
2. **Quinto Emendamento:** l'**executive order** violava il principio del **due process**, poiché impediva ai soggetti esclusi di impugnare la decisione, privandoli del diritto a un giusto processo.
3. **Leggi statali sul divieto di discriminazione:** vari statuti a livello statale proibiscono la discriminazione basata su religione, provenienza etnica o razza. L'ordine sembrava violare anche queste normative.
4. **Violazione dell'immigration and nationality act**
5. **Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura:** impedisce il rimpatrio di soggetti che rischiano di subire tortura o trattamenti disumani nel loro paese di origine. Il Travel Ban non teneva conto di questa protezione.



**Sospensione dell'Executive Order:** La **Corte Distrettuale**, sollecitata dai governatori di vari stati, decise di **sospendere** l'executive order, riconoscendo che c'erano forti probabilità che violasse i diritti costituzionali sopra citati. Due furono i motivi principali per cui la corte sospese l'ordine:

1. **Violazioni sostanziali:** la corte ritenne che ci fossero solide ragioni per credere che le violazioni costituzionali fossero reali e che l'ordine avrebbe portato a un **danno grave e irreparabile** per le persone a cui veniva applicato.
2. **Priorità gerarchica delle norme internazionali:** la corte riconobbe che, essendo in contrasto con principi di diritto internazionale, l'ordine esecutivo non poteva prevalere sulle norme internazionali a cui gli Stati Uniti sono vincolati.

**Ricorso all'Appello e il Concetto di Political Question:** L'amministrazione Trump impugnò la decisione della Corte Distrettuale presso la **Corte d'Appello**, sostenendo che il presidente, in materia di sicurezza nazionale, gode di **pieni poteri** e che la questione del **Travel Ban** era una **political question** su cui le corti non avevano competenza. Trump sosteneva che, trattandosi di una questione politica legata alla sicurezza, il potere giudiziario non avrebbe dovuto interferire con le decisioni dell'esecutivo.

Tuttavia, la Corte d'Appello confermò la decisione della Corte Distrettuale, affermando che le corti avevano piena competenza per giudicare l'esercizio dei poteri esecutivi, soprattutto se questi violavano la **separazione dei poteri** e il sistema di **checks and balances** che regge la democrazia americana. La corte sottolineò anche che il provvedimento rappresentava una violazione del **due process** e che l'ordine esecutivo avrebbe causato un danno irreversibile.

Dopo la conferma della sospensione dell'executive order, l'amministrazione Trump sostituì l'ordine con una nuova versione, il **Travel Ban 2.0**, sperando di aggirare le obiezioni legali sollevate nei tribunali. Tuttavia, il caso evidenziò chiaramente i **limiti e le tensioni** all'interno del sistema statunitense tra l'autorità esecutiva e il controllo giurisdizionale, con il potere giudiziario che svolgeva un ruolo fondamentale nel bilanciare l'esercizio del potere esecutivo e la protezione dei diritti costituzionali.

## **TRAVEL BAN 2.0**

Il **secondo Travel Ban**, emanato con l'**Executive Order n. 13780** il 6 marzo 2017, rientra nella stessa tipologia di atti esecutivi presidenziali del primo. Questo secondo ordine si basa su un report riguardante il terrorismo internazionale, che l'amministrazione Trump utilizzò come giustificazione per continuare a limitare l'immigrazione da specifici paesi, prevalentemente a maggioranza musulmana. La razionalità politica dietro il secondo Travel Ban si fonda su un'analisi statistica del presunto legame tra l'immigrazione e il terrorismo jihadista, considerato una minaccia costante per la sicurezza nazionale.

L'amministrazione Trump prese dunque questo report come base per rivedere alcune norme contenute nel primo **Travel Ban**, adottando un approccio più moderato. Tra i principali cambiamenti si segnalano una moderazione dei rigidi vincoli sui **visti permanenti** e una revisione delle restrizioni per i richiedenti asilo. In particolare, fu eliminato il divieto assoluto per i cittadini siriani. Il **secondo Travel Ban** tentava di correggere le debolezze del primo provvedimento, che avevano portato le **corti distrettuali e le corti d'appello** a sospenderlo, ritenendolo in contrasto con i **diritti fondamentali**. Un altro cambiamento significativo fu l'eliminazione dell'Iraq dalla lista dei paesi interessati dalle restrizioni.

Nonostante queste modifiche, il **secondo Travel Ban** venne nuovamente impugnato. I ricorrenti sollevarono gli stessi argomenti contro l'ordine esecutivo, denunciando la violazione di diversi principi costituzionali e leggi federali:

1. **Primo Emendamento:** Violazione della neutralità dello Stato in materia religiosa, favorendo le minoranze cristiane a scapito delle popolazioni musulmane.
2. **Quinto Emendamento:** Violazione del **due process** e discriminazione.
3. **Quattordicesimo Emendamento:** Violazioni legate alla parità di trattamento.
4. **Immigration and Nationality Act:** Violazione delle normative sull'immigrazione e sull'integrazione di lavoratori stranieri.



**Controversie Giudiziarie:** Due cause legali rilevanti vennero sollevate dai **procuratori generali delle Hawaii e del Maryland**, che denunciarono le stesse violazioni costituzionali già sollevate contro il primo Travel Ban. Le **corti distrettuali** e successivamente le **corti d'appello**, interessate dalle impugnazioni, riconobbero che anche il secondo Travel Ban presentava problemi di legittimità costituzionale, sostengo gli stessi argomenti per quanto riguardano la violazione di una serie di principi che stanno alla base dell'agire democratico, le corti distrettuali e le corti di appello (secondo grado) che vengono interessate per l'impugnazione della parte soccombente, rilevano che anche il secondo travel bun non sembra completamente legittimo riprendendo le fondamenta del primo giudizio del travel bun 1.0 . in più tanto i giudici i primo grado quanto i giudici di secondo grado riprendo una vicenda rimasta sullo sfondo , cioè quest'atto così come scritto rileva un animo antimusulmana, violando il **Primo Emendamento** della Costituzione, che impone al potere federale di mantenere una posizione neutra rispetto alla religione.

I giudici sottolinearono come il Travel Ban fosse una violazione del principio fondamentale su cui si fondano gli Stati Uniti, una nazione creata anche per garantire la libertà religiosa ai rifugiati perseguitati nei loro paesi d'origine. Poiché il provvedimento sembrava essere guidato da un pregiudizio antimusulmano, la corte lo dichiarò incostituzionale.

**Il Ricorso alla Corte Suprema:** Dopo che il **secondo Travel Ban** venne sospeso, Trump cercò di impugnare la decisione delle corti inferiori dinanzi alla **Corte Suprema**. Egli sperava che la Corte, che stava evolvendo verso una composizione più **conservatrice**, potesse fornire una sentenza favorevole. Tuttavia, il **Travel Ban 2.0** giunse a **scadenza naturale** prima che la Corte Suprema potesse esaminare l'impugnazione nel merito, rendendo il caso tecnicamente obsoleto.

### **TRAVEL BUN 3.0**

Il **24 settembre 2017**, con la scadenza del **secondo Travel Ban**(Executive Order 13780), viene adottata una **Presidential Proclamation n. 9545**, nota come **Travel Ban 3.0**. Questo nuovo ordine presidenziale revisiona l'elenco dei paesi soggetti alle restrizioni del primo Travel Ban e aggiunge due nuovi paesi: il **Venezuela e la Corea del Nord**. L'obiettivo dell'amministrazione Trump era quello di confutare l'accusa di discriminazione religiosa, poiché questi paesi non sono a maggioranza musulmana (il Venezuela è a maggioranza cattolica, mentre la Corea del Nord non ha una prevalente religione).

Nonostante la revisione e il tentativo di moderare le restrizioni, per evitare che cittadini di questi paesi entrassero negli Stati Uniti, anche il **Travel Ban 3.0** fu impugnato da diverse entità statali, come i **governatori di alcuni Stati**, che rilevavano la violazione degli emendamenti costituzionali già denunciata con i precedenti **Travel Ban**. In aggiunta, venne sollevata un'ulteriore argomentazione giuridica: l'**eccesso di potere del Presidente**. Si sosteneva che Trump, con queste disposizioni restrittive, avesse oltrepassato i poteri attribuitigli dalla Costituzione, adottando un atto che non poteva legittimamente emanare.

**Sospensioni e Giudizi delle Corti:** Le corti distrettuali e d'appello, sia in **primo** che in **secondo grado**, avevano sospeso l'applicazione del **Travel Ban**. Tuttavia, nel **dicembre 2017**, la **Corte d'Appello del Nono Circuito**, in sede cautelare, riprese la decisione della **Corte Suprema**, che, pur non essendosi mai espressa nel merito, aveva annullato le precedenti sospensioni. La Corte Suprema, infatti, aveva ribadito che il **Presidente** ha il dovere primario di **garantire la sicurezza nazionale**, e che pertanto il Presidente ha l'autorità di stabilire le categorie di persone che possono entrare negli Stati Uniti.

In attesa della decisione sul merito, la **Corte d'Appello** decretò che il divieto di ingresso fosse applicato solo ai cittadini stranieri che non potevano dimostrare un **rapporto di fiducia** con persone o enti all'interno degli Stati Uniti. Questo implicava che chi poteva dimostrare legami significativi con il Paese poteva entrare, mentre gli altri sarebbero stati soggetti al **Travel Ban**.

**Il Giudizio della Corte Suprema:** Quando il **Travel Ban 3.0** giunse nuovamente dinanzi alla **Corte Suprema**, quest'ultima si espresse a favore di **Donald Trump**, contrariamente alle decisioni delle corti di primo e secondo grado. La **Corte Suprema** confermò che Trump aveva agito correttamente e che i provvedimenti presidenziali erano legittimi. La decisione della Corte fu basata sui poteri che il **Presidente** detiene in



materia di **sicurezza nazionale e politica dell'immigrazione**. Secondo la Corte, questi poteri conferiscono al Presidente una discrezionalità molto ampia e non circoscritta, in quanto perseguono un obiettivo legittimo.

La **Corte Suprema**, tuttavia, non applicò un rigido **criterio di proporzionalità** (bilanciamento dei principi), che avrebbe richiesto di valutare se fosse proporzionato escludere intere popolazioni sulla base della religione per garantire la sicurezza. Tale test avrebbe potuto portare a una soluzione più bilanciata tra l'obiettivo della **sicurezza pubblica e i diritti costituzionali come la libertà religiosa**.

Invece, la **Corte Suprema**, grazie anche alla sua **maggioranza conservatrice** formata da giudici nominati da Trump, applicò un **test poco rigoroso** che lasciava un ampio margine di discrezionalità all'esecutivo. Ciò permise di far passare il provvedimento senza un esame approfondito della sua proporzionalità o ragionevolezza.

**Opinioni singolari dei giudici** : Anche nelle opinioni dissenzienti di due giudici della Corte Suprema, **Ketanji Brown Jackson e Stephen Breyer**, si evidenziava che, sebbene il **Travel Ban** fosse scritto in modo apparentemente non discriminatorio, l'applicazione concreta mostrava invece chiari segni di discriminazione. Guardando i dati statistici, si riscontrava che erano principalmente individui di fede musulmana a essere esclusi, nonostante il testo del provvedimento includesse anche altre fedi. La critica sollevata dai giudici dissenzienti riguardava il fatto che non si può stabilire la legittimità di un atto basandosi sulle eccezioni che confermano la regola. In altre parole, la legittimità di un provvedimento dovrebbe essere valutata per la regola che propone, non per come vengono applicate le sue eccezioni. Secondo questi giudici, sebbene il testo del **Travel Ban** sembrasse formalmente corretto, la sua applicazione era chiaramente indirizzata a escludere principalmente persone di religione musulmana. Questo aspetto, pur essendo implicito e non esplicitamente scritto, emergeva chiaramente dall'analisi dell'impatto pratico del provvedimento.

**Justice Sonia Sotomayor e Ruth Bader Ginsburg**, note per essere critiche verso le politiche dell'amministrazione Trump, in particolare sull'immigrazione, arrivarono a dichiarare che il **Travel Ban** era illegittimo fin dalla sua origine. A loro avviso, il provvedimento era profondamente viziato da un **animus** (intento) discriminatorio nei confronti di una particolare religione, il che lo rendeva incompatibile con i principi costituzionali. Secondo queste due giudici, non si poteva applicare un test blando e poco rigoroso per valutare un provvedimento così controverso, specialmente quando coinvolgeva questioni così delicate come la **libertà religiosa e i diritti fondamentali**. Le giudici sottolinearono la necessità di applicare uno **strict scrutiny** (criterio di valutazione rigoroso), che richiede un esame più stringente della ragionevolezza e proporzionalità di un provvedimento. In particolare, avrebbero voluto un'analisi simile al **criterio di proporzionalità** utilizzato in altri ordinamenti giuridici, in cui si valuta se un provvedimento è adeguato e strettamente necessario per raggiungere un obiettivo legittimo.

Un altro aspetto sollevato dalle giudici **Sotomayor e Ginsburg** era quello del **religious gerrymandering**, un termine preso in prestito dal diritto elettorale, che descrive una tecnica di manipolazione dei collegi elettorali. Nel contesto delle elezioni, il **gerrymandering** consiste nel disegnare i collegi elettorali in modo tale da favorire un certo candidato, unendo aree dove è noto che gli elettori tendono a votare per un determinato partito. Applicando questa analogia all'ambito religioso, le due giudici affermavano che il Travel Ban aveva un effetto simile: ghettizzava e penalizzava determinati gruppi religiosi, in particolare i musulmani, attraverso una selezione mirata dei paesi soggetti al divieto di ingresso.

In merito al funzionamento della Corte Suprema, va evidenziato che i giudici che non si trovano d'accordo con la decisione della maggioranza possono scrivere una **opinione dissenziente** (dissenting opinion), esprimendo come avrebbero deciso. Anche se condividono parte della decisione della maggioranza, possono comunque spiegare perché la loro interpretazione diverge. Il supporto della Corte Suprema al **Travel Ban** di Trump era fortemente influenzato dalla **composizione conservatrice** della Corte in quel periodo. La **Corte Suprema degli Stati Uniti** è composta da nove membri, nominati a vita dai Presidenti degli Stati Uniti. A seguito delle nomine di **giudici conservatori** da parte di Trump, la Corte si era spostata verso una posizione ideologica più conservatrice, il che ha giocato un ruolo decisivo nell'approvazione di politiche come il **Travel Ban**.

- **IL MEXICO WALL (saltato, no esame parziale)**



## - L'ASSALTO DEI PATRIOTI A CAPITOL HILL

Nel contesto delle elezioni presidenziali del 2020, Donald Trump si ricandidò per un secondo mandato consecutivo contro Joe Biden. Alla fine, **Biden vinse le elezioni**. Subito dopo la sconfitta, Trump iniziò a diffondere l'idea che le elezioni fossero illegittime, sostenendo che in alcuni Stati vi fossero stati imbrogli elettorali. Le sue affermazioni portarono a una serie di contestazioni legali sui risultati elettorali, ma queste non furono l'unica reazione.

Le parole di Trump ebbero un impatto drammatico quando, **a gennaio 2021**, durante l'insediamento di Joe Biden come nuovo presidente, ci fu un assalto al **Campidoglio** – il simbolo delle istituzioni degli Stati Uniti. Questo evento scioccante, che ricordava più un atto di violenza politica in un paese con una democrazia instabile, mise in discussione l'apparente solidità della democrazia americana. Le forze dell'ordine erano impreparate a fronteggiare una simile situazione, perché un assalto al cuore delle istituzioni democratiche era impensabile in un contesto democratico maturo come quello statunitense. I partecipanti all'assalto, molti dei quali vestiti in modi eccentrici, credevano di difendere la democrazia. Si erano lasciati influenzare dalle parole di Trump, il quale, attraverso i social media e i comizi, aveva diffuso la convinzione che le elezioni gli fossero state "rubate", che lui avesse realmente vinto, e che i "poteri forti" gli avessero strappato la vittoria. Questi manifestanti ritenevano di voler "ripristinare" la democrazia.

Durante il suo mandato, Trump aveva nominato un gran numero di giudici federali, molti dei quali chiamati a risolvere eventuali controversie legali legate al conteggio dei voti. L'aspettativa era che questi giudici, essendo stati nominati da Trump, si sarebbero allineati alle sue richieste. Tuttavia, né i giudici né i governatori sostennero le accuse di Trump, rimanendo indipendenti e rifiutando di manipolare i risultati elettorali a suo favore.

Nel 2021, quando Trump non era più presidente, il Congresso avviò una procedura **di impeachment** contro di lui, con il processo presieduto dal Presidente della Corte Suprema. La particolarità di questa procedura era che riguardava un **ex presidente**, piuttosto che un presidente in carica. L'obiettivo politico di questa azione era dimostrare all'elettorato americano che Trump era inadeguato per la carica presidenziale, in quanto aveva diffuso informazioni false e incentivato l'assalto al Campidoglio. L'intento dell'impeachment era, dunque, squalificare Trump da una possibile ricandidatura nel 2024. Tuttavia, l'utilizzo dell'impeachment per questo scopo ha suscitato critiche, poiché l'impeachment dovrebbe essere uno strumento giuridico volto a sanzionare illeciti commessi da un presidente, non un atto di sfiducia politica. Quando il processo arrivò al Senato, i senatori votarono contro l'impeachment, evitando così una condanna formale.

Parallelamente, sono stati avviati dei **processi ordinari** contro Trump, in particolare presso la corte federale di New York, in relazione agli eventi di **Capitol Hill**. Questi processi sono ancora in corso, e nel luglio del 2024 la Corte Suprema ha emesso una sentenza a favore dell'immunità del presidente, che include anche i candidati presidenziali. Attualmente, Trump è nuovamente candidato alla presidenza per le elezioni del 2024, sebbene la sua candidatura abbia sollevato interrogativi in merito alla legittimità secondo il **22° emendamento**. Alcuni sostengono che la sua ricandidatura non sarebbe legittima, poiché la rielezione dovrebbe essere consecutiva e, avendo perso contro Biden nel 2020, Trump non dovrebbe potersi ricandidare per un nuovo mandato.



## LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE NELLO SCENARIO COMPARATO

Il pensiero moderno del diritto pubblico vede la giustizia costituzionale strettamente collegata al concetto di costituzione. Discutere di giustizia costituzionale senza riferirsi a un testo costituzionale può sembrare insensato, poiché la costituzione è considerata la fonte superiore, "**la fonte delle fonti**", che tutte le altre norme devono rispettare. La giustizia costituzionale si occupa di garantire la prevalenza della costituzione su tutte le altre fonti del diritto, presidiando la gerarchia delle norme. Essa è incaricata della difesa della costituzione e, in ultima analisi, il suo ruolo è quello di limitare l'espansione del potere politico, in modo che questo operi entro i limiti previsti dalle regole costituzionali.

Il costituzionalismo, pertanto, mira a contenere il potere pubblico, garantendo che la maggioranza politica non possa agire in maniera arbitraria, ma debba rispettare ciò che è legittimo secondo la costituzione. Questo sistema richiede l'esistenza di organi e processi decisionali preposti a tali controlli.

Nello Stato liberale classico, non esisteva una vera e propria giustizia costituzionale poiché mancava l'elemento centrale da proteggere: una costituzione rigida. Le costituzioni di quell'epoca erano **flessibili** e potevano essere modificate tramite un **normale procedimento legislativo**, riflettendo la volontà politica della maggioranza. La transizione verso uno Stato costituzionale, invece, introduce la giustizia costituzionale come elemento centrale per garantire l'inalterabilità delle costituzioni rigide e preservare i diritti e le libertà fondamentali.

**Con il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, si afferma il principio della legalità costituzionale**, dove i testi costituzionali non sono più suscettibili di modifiche da parte delle forze politiche della maggioranza, ma mirano all'autoconservazione dell'ordinamento giuridico. Le corti costituzionali sono chiamate a risolvere i conflitti interni all'ordinamento e a proteggere le libertà fondamentali.

La giustizia costituzionale, che nasce nella seconda **metà del Novecento** per garantire costituzioni rigide, assume un ruolo fondamentale non solo nella tutela del **pluralismo politico**, ma anche del **pluralismo sociale**. In un contesto caratterizzato da una pluralità di interessi sociali ed economici, la giustizia costituzionale diventa un presidio fondamentale per evitare che il potere pubblico si espanda in modo tirannico.

**ANTICHITÀ:** Nelle città-stato greche, i cittadini conoscevano bene l'esistenza di norme superiori, che non potevano essere modificate dai decreti votati a maggioranza dall'assemblea legislativa. Queste norme si riconoscevano come gerarchicamente sovraordinate rispetto alle leggi deliberate dall'assemblea perché erano perpetuate nel corso del tempo e ritenute non modificabili. Chi tentava di proporre modifiche alle leggi superiori poteva essere arrestato. Per garantire il rispetto di queste leggi fondamentali, **ad Atene**, durante il governo di Solone, il Consiglio dei 400 (poi dei 500) aveva il compito di preservare la supremazia di tali leggi. Esisteva anche un organo specifico, i "**Guardiani delle leggi**", che avevano il potere di sciogliere l'assemblea se questa cercava di modificare le norme superiori. Allo stesso modo, a **Sparta**, gli **efori** della costituzione erano incaricati di garantire l'ordine immutabile delle leggi superiori.

**Platone e Aristotele** contribuirono a questo pensiero, **vedendo le leggi superiori come riflesso di un ordine superiore, quasi divino**. Aristotele, in particolare, sosteneva che le **leggi ingiuste**, approvate in contrasto con le leggi superiori, erano **frutto delle passioni umane** e quindi non dovevano essere applicate, poiché nascevano invalide per il solo fatto di non rispettare la legge superiore.

**EPOCA ROMANA:** Il pensiero di Aristotele si ritrova anche nell'opera di **Cicerone**, che nel mondo romano parlava di "**lex naturalis**" (**legge naturale**), riprendendo l'idea di una legge superiore, che si collocava al di sopra delle leggi positive e che doveva essere rispettata perché considerata intrinsecamente giusta e universale.

**MEDIOEVO:** Nel Medioevo, questo stesso pensiero fu riproposto da **Tommaso d'Aquino**, il quale affermava che una legge ingiusta non aveva "**vim obligandi**", cioè forza vincolante, proprio perché contraddiceva la



legge naturale. Il concetto di una norma gerarchicamente sovraordinata, quindi, era presente anche in questo periodo storico.

Già nell'antichità e nel Medioevo esisteva un concetto di costituzione in senso materiale, inteso come insieme di norme fondamentali che regolavano la convivenza sociale. **Sebbene mancasse una costituzione formale**, ossia un testo scritto e deliberato, vi era comunque un'idea di norme superiori che stabilizzavano l'ordine costituito e governavano pacificamente il gruppo sociale. Tuttavia, **mancava il presupposto di consapevolezza**, cioè di fissare queste norme in modo volontario per garantire la stabilità futura.

**ANCIEN RÉGIME:** Durante l'Ancien Régime, non si può parlare di costituzione in senso formale perché mancava non solo un testo costituzionale, ma anche la volontà di cristallizzare i rapporti di forza tra le diverse istituzioni e poteri. La struttura politica dell'Ancien Régime si basava su un'idea di sovranità assoluta del monarca e su un sistema di norme flessibili, che potevano essere modificate in base alle esigenze del potere politico dominante senza un vero e proprio controllo costituzionale.

## RIVOLUZIONI LIBERALI

Le rivoluzioni liberali della fine del Settecento, in particolare in **Nord America e in Francia**, segnano un distacco importante dall'Ancien Régime. Con **l'affermarsi dei testi costituzionali**, emerge la volontà di fissare un'organizzazione minima dello Stato e di garantire la tutela dei diritti di prima e seconda generazione (personali, di proprietà e politici).

**FRANCIA:** Questi testi nascono sotto l'influenza delle correnti illuministiche e, in Francia, la Rivoluzione del 1789 e la **successiva Costituzione del 1791** rappresentano un momento di contrapposizione al vecchio regime.

Similmente, nelle colonie nordamericane, influenzate dalle idee di Otis, Hamilton e Adams, si sviluppa un contesto fertile che porterà alla nascita della giustizia costituzionale. Durante il periodo del **Termidoro in Francia, nel 1795, l'abate Sieyès** propose l'introduzione di un meccanismo di difesa della costituzione. Sieyès sosteneva la necessità di un freno costituzionale alle decisioni dell'assemblea legislativa, affermando che:

*"c'era la necessità di avere un freno costituzionale allorché l'assemblea decide ( la costituzione è un corpo di leggi obbligatorie oppure non è niente) , se un corpo di leggi ci si domanda dov'è il guardiano della costituzione, la magistrature di questo codice, una dimenticanza di questo punto sarebbe tanto inconcepibile quanto ridicola nell'ordine civile(come dimenticarsi la magistratura nell'ordine civile) , perché dovrete tollerarla nell'ordine politico, chi avete nominato per raccogliere ricorsi contro la violazione della costituzione, la magistratura civile vi sembrerebbe capace di poter svolgere questa alta missione? No, non si può disconoscere così tanto l'importanza dell'atto costituzionale per inserirlo in un mero atto del codice civile"*

Nonostante la proposta, il "**jurie constitutionnel**" non venne introdotto nella Costituzione del Termidoro del 1795. Questo perché l'illuminismo considerava sacra la volontà popolare, espressa attraverso le leggi approvate dalle assemblee rappresentative. I rivoluzionari francesi temevano il ritorno al passato attraverso i giudici, spesso considerati collusi con l'Ancien Régime, e preferivano un giudice che si limitasse a interpretare la legge senza alterarne il significato, quindi basandosi sul testo letterale.

**STATI UNITI:** Il contesto culturale negli Stati Uniti era molto diverso. Molte delle costituzioni delle colonie, poi unite nella Confederazione, già conoscevano la giustizia costituzionale, ossia la possibilità di invalidare leggi non conformi ai principi costituzionali. Le idee di **Locke**, vicine alle credenze dei protestanti in fuga dall'Inghilterra, influenzarono il pensiero dei padri fondatori americani. Adams, ad esempio, profetizzava la possibilità di non applicare leggi in contrasto con la legge superiore, considerate invalide per natura. **Già tra il 1776 e il 1787, prima dell'adozione della Costituzione statunitense**, si registrano pronunce che possiamo considerare come dichiarazioni di incostituzionalità, pur in assenza di un'esplicita norma costituzionale che riconoscesse il giudizio di costituzionalità. Ma quando si affermò ufficialmente il giudizio di costituzionalità negli Stati Uniti?

**Nel 1803**, sotto la presidenza di **Jefferson**. la questione giunse alla Corte Suprema nel famoso caso **\*Marbury vs. Madison\***. Prima di lasciare il suo incarico, il presidente uscente Adams nominò 48 giudici di



pace, ma non tutte le nomine furono notificate in tempo. Uno di questi giudici, Marbury, si rivolse alla Corte Suprema dopo che il nuovo presidente Jefferson ordinò di non notificare le nomine. Il **Chief Justice Marshall**, che era stato sottosegretario di Adams, si trovò in una situazione delicata. La Corte Suprema era allora un'istituzione debole, senza una forte legittimazione. Marshall ebbe l'intuizione di fare un passo indietro: riconobbe che la nomina doveva essere notificata, ma **dichiarò incostituzionale la legge** che attribuiva alla Corte il potere di decidere in quel caso, in quanto violava la separazione dei poteri. Così facendo, fissò il principio che permetteva a qualsiasi giudice, inclusa la Corte Suprema, di dichiarare incostituzionali le leggi in contrasto con la costituzione. Questo fissò il precedente storico nel caso *\*Marbury vs. Madison\** del 1803. Pur non essendoci un articolo specifico nella Costituzione del 1787 che definisse esplicitamente la giustizia costituzionale, Marshall fondò la sua decisione sulle teorie di Otis e Hamilton. Secondo queste teorie, il potere costituente, che crea la costituzione, è superiore al potere legislativo, che non può modificare ciò che è stato stabilito dal potere costituente. **La costituzione, quindi, è sovraordinata e fissa i limiti entro i quali il legislatore può operare.**

**La Giustizia Costituzionale nell'Ottocento e le Prime Eccezioni:** Nel corso dell'Ottocento, la tensione tra il potere pubblico e il potere monarchico era costante, in parte perché **nessuno dei due voleva un terzo organo** – un giudice costituzionale – che potesse decidere chi avesse ragione. Entrambi cercavano di vincere la partita del potere politico, e le costituzioni, generalmente flessibili, come lo Statuto Albertino del 1848, non contemplavano un controllo costituzionale. In questo contesto, sia il Parlamento che il re non vedevano di buon occhio l'idea di avere un arbitro che potesse intervenire nei loro conflitti, poiché entrambi miravano a mantenere il controllo sul processo legislativo.

Solo due eccezioni nel panorama ottocentesco e dei primi del Novecento prevedevano un embrione di giustizia costituzionale: **la Costituzione cecoslovacca del 1920 e la Costituzione austriaca del 1920.** In particolare, in Austria, la creazione di una Corte Costituzionale rifletteva il dibattito giuridico tra due figure di spicco: Hans Kelsen e Carl Schmitt.

**Il Dibattito tra Kelsen e Schmitt: Kelsen, capo della "dottrina pura del diritto",** sosteneva la necessità di un giudice costituzionale per proteggere la costituzione dagli errori interni. Secondo Kelsen, se il Parlamento approvava una legge in contrasto con la costituzione, doveva esserci un organo, la Corte costituzionale, in grado di dichiarare tale legge incostituzionale. Kelsen concepiva il sistema giuridico come una piramide gerarchica di norme, alla cui sommità si trovava la "**Grundnorm**" o norma fondamentale, che conferiva validità a tutte le altre norme.

**Schmitt, invece,** riteneva che la costituzione dovesse essere difesa dai pericoli esterni. Secondo lui, in momenti di crisi politica estrema, il potere doveva concentrarsi in un organo sovrano capace di agire anche al di là delle regole costituzionali, che identificava nel presidente del Reich **della Costituzione di Weimar** del 1919. Schmitt vedeva la giustizia costituzionale come una risposta a situazioni patologiche piuttosto che a dinamiche fisiologiche. Nonostante questo scontro di visioni, la Corte costituzionale austriaca del 1920 divenne una delle prime espressioni codificate della giustizia costituzionale.

**Altre Eccezioni dell'Ottocento:** Un'ulteriore eccezione alla generale mancanza di giustizia costituzionale si trova alla fine dell'**Ottocento in Germania e Svizzera.** In questi due paesi, le Corti costituzionali erano chiamate a svolgere un ruolo arbitrale, risolvendo i conflitti tra i cantoni e la Confederazione svizzera o tra gli Stati della Federazione tedesca. Questi casi rappresentano eccezioni perché tali tribunali non esercitavano solo il controllo di legittimità costituzionale, **ma anche una funzione arbitrale,** già presente nei sistemi federali e confederali per la necessità di risolvere i conflitti tra gli Stati.

**Il XX Secolo: La Giustizia Costituzionale si Diffonde:** Fu solo nel secondo Novecento che la giustizia costituzionale si affermò in modo sistematico nelle costituzioni liberali occidentali. Questa evoluzione rispondeva alla necessità di garantire il pluralismo politico e sociale, ma anche alla rigidità delle nuove costituzioni, che non potevano essere facilmente modificate come le costituzioni flessibili dell'Ottocento. Se è vero che, come dimostrano gli esempi di Atene e Sparta, l'idea di una "**legge superiore**" da proteggere è antica, è altrettanto vero che fu solo nel **secondo Novecento** che si manifestò la volontà consapevole di





fissare norme destinate a plasmare il futuro degli ordinamenti. Questo impegno verso la preservazione e la stabilità portò alla creazione di organi deputati a garantire il rispetto di tale quadro giuridico e a tutelare il pluralismo sociale. Le nuove costituzioni non si limitavano più a riflettere il presente o il passato, **ma si proponevano di modellare il futuro di un ordinamento.**

## DUE MODELLI: RAPPRESENTANZA PURA

Nel contesto dell'evoluzione storica del diritto comparato, emergono due principali modelli di giustizia costituzionale. Il primo è il **modello politico**, il cui esempio principale è la Francia; il secondo è il **modello costituzionale**, che trova la sua origine negli Stati Uniti con la sentenza del 1803 **Marbury vs Madison**.

### MODELLO POLITICO

Il modello politico si distingue per il fatto che la funzione di controllo di costituzionalità non è esercitata da un organo imparziale, ma da uno con forti connotazioni politiche. Un esempio tipico è il **Conseil Constitutionnel** francese, che è composto per un terzo da giudici nominati dal Presidente della Repubblica, un terzo dal Presidente dell'Assemblea Nazionale e un terzo dal Presidente del Senato. In Francia, il Presidente della Repubblica è il titolare dell'indirizzo politico, mentre i presidenti di Camera e Senato sono figure apicali delle due camere politiche. Questo evidenzia la forte impronta politica dell'organo già nella sua composizione. Inoltre, fino a pochi anni fa, anche gli ex presidenti della Repubblica potevano sedere nel Conseil.

Oltre alla natura politica dell'organo, un altro elemento cruciale è la **tempistica** del controllo di costituzionalità, che avviene durante il processo di formazione delle leggi. In Francia, il sindacato di costituzionalità è preventivo: la norma non viene promulgata e non entra in vigore fino a quando il Conseil non si esprime sulla sua costituzionalità. Questo controllo preventivo è una caratteristica storica del sistema francese. La **Costituzione del 1799** affidava già al **Sénat conservateur** la funzione di verificare la costituzionalità delle leggi prima della loro approvazione, una funzione poi mantenuta nella Costituzione del 1852.

Il **Conseil Constitutionnel** della Quinta Repubblica, istituito nel 1958, svolge un ruolo simile. È obbligatorio per tutte le **leggi organiche** passare attraverso il vaglio del Conseil, in quanto esse occupano un rango gerarchico tra la costituzione e le leggi ordinarie. Le altre leggi, come i regolamenti delle camere e le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, possono essere sottoposte a controllo solo su richiesta del Presidente della Repubblica, del Primo Ministro o dei Presidenti delle due camere del Parlamento, tutti cariche politiche. Dal 1974, una riforma costituzionale ha introdotto anche la possibilità per **travdeputati o 60 senatori** di impugnare una legge e chiedere al Conseil di esprimersi sulla sua costituzionalità.

Questo meccanismo mira a **proteggere le minoranze** parlamentari, ma il rischio è quello dell'**ostruzionismo politico**, che appesantisce il sistema. Il vantaggio del controllo preventivo è che evita l'entrata in vigore di leggi incostituzionali, ma essendo un controllo astratto, si limita a esaminare la forma, non l'applicazione concreta della legge.

Un punto di svolta avvenne il **16 luglio 1971**, quando il Conseil Constitutionnel estese il suo controllo anche alla **Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789** e al **preambolo della Costituzione del 1946**. Da quel momento, il Conseil non si limitò più a un controllo esterno (sul processo di approvazione della legge), ma iniziò anche un controllo sostanziale, valutando se le leggi contrastassero con i diritti fondamentali previsti nella Dichiarazione del 1789 o nel preambolo del 1946. Questo portò alla creazione del **bloc de constitutionnalité**, un insieme di testi che costituiscono la base del controllo di legittimità costituzionale.

Il modello francese è rimasto piuttosto unico nel suo genere. Tuttavia, un modello politico di giustizia costituzionale era diffuso anche nei **paesi socialisti** prima della caduta del muro di Berlino. Nella Costituzione dell'URSS del 1936, ad esempio, l'articolo 14 prevedeva un controllo politico di tipo preventivo, un modello che fu poi imitato da altri paesi satelliti dell'Unione Sovietica, come la Romania, l'Ungheria, la Polonia, Cuba e la Cina. In questi paesi, il motivo alla base del controllo politico preventivo era diverso da quello francese. Nei sistemi comunisti, non esisteva una reale separazione dei poteri: **il potere era unico e passava attraverso il Soviet Supremo**. Di conseguenza, il sindacato politico preventivo serviva a mantenere il



controllo dell'apparato statale sulla legislazione, riflettendo una logica opposta a quella dei sistemi democratici occidentali. Con la caduta del muro di Berlino nel 1989, queste costituzioni furono riscritte e la giustizia costituzionale entrò a far parte dei nuovi ordinamenti, riflettendo un cambiamento ideologico e istituzionale profondo.

Alla fine è un archetipo di controllo politico: perché effettuato da un organo politico nella sua composizione, astratto perché non avviene dinanzi a una controversia concreta, ma prima che sia applicato.

**IBRIDAZIONE DEL MODELLO POLITICO PURO:** Tutti i modelli puri, anche quelli costituzionali, sono soggetti a fenomeni di ibridazione. Anche il modello politico puro francese, come delineato originariamente, ha subito un processo di trasformazione. Un cambiamento significativo è avvenuto con la riforma costituzionale del 2008, che ha introdotto un elemento tipico del modello giurisdizionale all'interno del sistema politico puro francese. Questa riforma, attuata nel 2010, ha introdotto la **Questione Prioritaria di Costituzionalità (Question Prioritaire de Constitutionnalité)**, una legge approvata nel 2009 (n. 1523).

**Questione Prioritaria di Costituzionalità (QPC):** La **Questione Prioritaria di Costituzionalità** consente a due alte magistrature, il **Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione**, di rivolgersi al **Conseil Constitutionnel** su questioni di costituzionalità. Questo avviene quando un giudice, nel corso di un processo, ritiene che una norma da applicare nel caso concreto possa essere incompatibile con la Costituzione. In tal caso, il giudice sottopone la questione alla Corte di Cassazione o al Consiglio di Stato, che poi possono adire il **Conseil Constitutionnel**.

La novità principale è che con la **QPC** il controllo di costituzionalità non è più solo preventivo e astratto, ma diventa **successivo e concreto**. La norma in questione è già in vigore e viene applicata in un processo specifico per risolvere una controversia concreta. Questo rappresenta una trasformazione significativa rispetto al controllo preventivo che caratterizzava il modello politico puro, portando il sistema francese a somigliare in parte a quello giurisdizionale. Il fenomeno dell' **ibridazione** dimostra che i modelli puri di controllo di costituzionalità, come quelli che si studiano in teoria, non esistono più in forma rigida. Essi tendono a essere modificati e adattati alle necessità dei tempi e alle esigenze dei sistemi giuridici, evolvendosi in modelli più flessibili che combinano caratteristiche di diversi approcci.

## MODELLO GIURISDIZIONALE

Il **modello giurisdizionale** si distingue nettamente dal modello politico in quanto l'organo incaricato di decidere sulla costituzionalità delle leggi non ha natura politica, ma è un giudice con carattere di terzietà rispetto al potere politico. Questo significa che l'organo di controllo è tecnico, indipendente e separato dal potere esecutivo e legislativo. Inoltre, la tempistica di intervento del giudice non riguarda più il processo di approvazione della legge, come accade nel modello politico, ma avviene **successivamente** all'entrata in vigore della legge stessa. All'interno di questo macro-modello giurisdizionale possiamo identificare due varianti:

### MODELLO DIFFUSO

L'esempio archetipico del modello diffuso è rappresentato dagli Stati Uniti. Si chiama "diffuso" perché qualunque giudice, in qualsiasi processo, può essere chiamato a verificare la compatibilità di una legge con la costituzione. In pratica, nel corso di un processo, se un giudice ritiene che una norma che deve applicare per risolvere il caso sia incostituzionale, può svolgere un **vaglio di costituzionalità**.

In questo modello, il giudice non dichiara la norma incostituzionale in modo assoluto, né la espelle dall'ordinamento, ma si **limita a non applicarla** per risolvere il caso concreto. Questo significa che la norma rimane formalmente in vigore, ma non viene utilizzata in quel particolare processo. Di conseguenza, la decisione del giudice ha **efficacia inter partes**, cioè vale solo per le parti coinvolte nel processo, e ha efficacia **temporale ex tunc**, ossia la norma viene considerata non applicabile fin dall'inizio del processo.

Uno dei principali problemi di questo modello è legato al **principio di certezza del diritto**: i cittadini potrebbero non capire se una norma è o meno costituzionale, soprattutto se un giudice decide di non applicarla in un caso, ma un altro la applica in un caso diverso. Tuttavia, nei sistemi di common law, questo problema viene mitigato grazie al principio dello **stare decisis**, che impone ai giudici di attenersi ai precedenti giuridici.



Se un giudice di una corte superiore non applica una norma, quella decisione avrà effetto sull'intero ordinamento e sarà seguita dai giudici dei gradi inferiori, a meno che non si presentino circostanze diverse. Questa variante diffusa del modello giurisdizionale è **concreta** perché il giudizio di costituzionalità avviene in presenza di un caso concreto da risolvere, ed è chiamata **incidentale** perché sorge come un "incidente" durante il processo.

### -ACCENTRATO

Il **modello accentrato** si caratterizza per il fatto che il controllo di costituzionalità è svolto da un **unico giudice** o organo appositamente creato per verificare la compatibilità delle norme con la costituzione. Questo modello ha le sue radici nella **costituzione austriaca degli anni '20**, sviluppata sotto l'influenza di Hans Kelsen, uno dei principali teorici del diritto.

Oltre alla giustizia costituzionale, la costituzione austriaca introduce un altro elemento fondamentale nella forma di governo parlamentare: la **razionalizzazione del rapporto fiduciario**. Questo si esprime attraverso due principali meccanismi:

- **Razionalizzazione forte:** come nel caso della sfiducia costruttiva tedesca, che impedisce di mandare via un governo senza avere un'alternativa pronta.
- **Razionalizzazione debole:** richiede una **mozione di sfiducia esplicita** per stabilire che il governo ha perso il sostegno della maggioranza, rendendo il processo di sfiducia più formale e stabile.

Nel **modello accentrato**, il controllo di costituzionalità è affidato a un **unico organo** appositamente creato per questo compito. Questo organo, ad esempio nella costituzione austriaca, è composto da **16 membri**, metà eletti dalla Camera bassa (Bundestag) e metà dalla Camera alta (Bundesrat).

Una delle caratteristiche principali di questo modello è che il controllo di costituzionalità avviene in **via principale**, ovvero non è necessario un caso concreto per poter sollevare la questione di costituzionalità. Alcuni soggetti specifici, come i **governi dei diversi Länder** o il **governo federale**, possono adire alla Corte costituzionale per denunciare un eventuale contrasto tra una norma e la costituzione.

Il controllo è definito **astratto** perché prescinde da un caso concreto, e può essere richiesto non appena una norma viene promulgata, senza bisogno che essa sia già stata applicata in un processo. Se la norma viene ritenuta incostituzionale, la Corte **annulla** la norma, eliminandola dall'ordinamento giuridico con effetti **erga omnes** (nei confronti di tutti) e **costitutivi** (la norma cessa di esistere dal momento dell'annullamento, con efficacia **ex nunc**, cioè da quel momento in poi).

C'è anche la possibilità di **differire gli effetti** della dichiarazione di incostituzionalità fino a un massimo di un anno, per permettere al legislatore di prendere le necessarie contromisure e evitare problemi sistemici, come blocchi o vuoti normativi.

**Modifica del Modello nel 1929: Introduzione dell'Accesso Incidentale:** Nel 1929, una **riforma costituzionale** ha introdotto una novità importante. Oltre alla possibilità di accesso in via principale, le **corti supreme ordinarie e amministrative** hanno acquisito il potere di sollevare questioni di costituzionalità durante il corso di un processo. Se durante un processo si pone una questione di costituzionalità rilevante per la risoluzione della controversia, il giudice può adire alla Corte costituzionale per chiedere l'annullamento della norma. Questa riforma ha creato una **ibridazione** tra il controllo in **via principale** e quello in **via incidentale** (durante il processo), consentendo al sistema di essere più flessibile e di rispondere meglio alle necessità del tempo.

### ALTRE FORME IBRIDAZIONE

Nel **secondo dopoguerra**, si è assistito a un fenomeno di **ibridazione** dei modelli di giustizia costituzionale, in particolare in paesi come la **Germania, l'Italia e la Spagna**. Si è infatti detto che si è arrivati a un punto in cui è stato proposto un "**tertium genus**", ovvero un modello misto che combina elementi sia del sistema **diffuso** che del sistema **accentrato** di controllo di costituzionalità, tipico del modello Kelseniano.



In questi sistemi, come quelli di **Germania e Spagna**, è previsto il **ricorso diretto del singolo cittadino** alla Corte costituzionale, che può giudicare sulla violazione dei diritti personali in relazione a norme ritenute non costituzionali. Questo meccanismo rappresenta un significativo passo avanti verso un sistema di giustizia costituzionale che non si limita a essere accessibile solo tramite attori istituzionali, ma si apre anche al cittadino comune.

Accanto a questo **tertium genus**, alcuni studiosi parlano persino di un "**quartum genus**" (come Lucio Pecoraro), un modello di giustizia costituzionale che si trova in paesi come la **Grecia e il Portogallo**, e che può essere visto come un ulteriore sviluppo o variazione delle forme di controllo costituzionale. L'ibridazione tra i modelli ha portato a una discussione teorica interessante. Ad esempio, **Fernández Ferreros** ha sostenuto che questi continui modelli emergenti rendono difficile continuare a ragionare in termini di **modellistica pura**, poiché gli schemi tradizionali non riescono più a contenere la complessità dei nuovi sistemi. Tuttavia, questa posizione è stata criticata da **Rubio Fiorente**, che ha affermato che, nonostante le difficoltà, ragionare per modelli è ancora utile. Il punto di Fiorente è che, sebbene l'ibridazione renda più difficile mantenere una visione puramente modellistica, è possibile e necessario sforzarsi di cercare **nuovi criteri definitivi** per costruire una nuova modellistica o, in alternativa, adattare i vecchi modelli alle nuove realtà giuridiche.

## LE FUNZIONI C.D. ATIPICHE DEGLI ORGANI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

### Profili organizzativi :

- **Selezione dei giudici :**
  - Nomina dei giudici valorizza le competenze tecniche. Es.: Stati Uniti. Nei sistemi di common law , archetipo stati uniti, la nomina dei giudici è più frequenti rispetto alla selezione dei giudici per concorso e vediamo che c'è un'idea di competenza tecnica valorizzata quanto meno nei vari ranghi
  - Elezione dei giudici (più frequente negli ordinamenti di civil law): maggior peso alla rappresentanza democratica.
- **Negli ordinamenti federali :** Le camere rappresentative degli enti federati partecipano alla selezione dei giudici. Es.: Germania (giudici eletti in parte dal Bundesrat) e Stati Uniti (advice and consent del Senato federale sulle nomine presidenziali): La nomina dei giudici è spesso ancorata alla forma di stato ,se la forma di stato è decentrata ad esempio se è federale coinvolge la camera che rappresenta gli stati membri (SENATO ) chiamandola a selezionare i giudici (come abbiamo visto con Trump)
- **I requisiti dei candidati giudici possiamo vedere che i criteri sono:**
  - si punta sulla preparazione tecnica ( avvocati, magistrati, professori) , altre volte ci si accontenta dell'esperienza maturata sul campo
  - provenienza geografica
  - credo religioso
  - elemento etnico
  - altri criteri

I requisiti dei candidati si combinano con la **durata del mandato** , cioè il tempo in cui i giudici sono chiamati ad esercitare la loro carica. Ci sono quattro modelli che vedono:

- il mandato a vita: i giudici che restano in carica a vita salvo rinuncia
- mandato legato all'età del giudice : esempio austriaco
- mandato lungo : esempio 12 anni in Germania e 9 anni in Italia e non sono rinnovabili
- mandato breve : 4 anni in Portogallo e 2 anni Grecia e c'è la possibilità del rinnovo .

I modelli del mandato si legano spesso alle scelte di forma di stato e governo , il fatto che i giudici della corte suprema vengono nominati dal capo dello Stato e Governo siano a vita per divincolarsi al potere politico ( stati uniti) .

**Autonomia e indipendenza** : I criteri organizzativi si legano spesso al profilo di autonomia, indipendenza che viene segnato dall'ordinamento ai giudici costituzionali , e sono spesso legati:



- alla durata del mandato
- meccanismi selettivi

Ci sono anche categorie ulteriori che sono:

- **divieto di rimozione** : perché se il giudice ha paura di essere cacciato non lavora in modo autonomo ; se invece c'è il divieto di rimozione lavora in modo libero
- **Regimi di incompatibilità**: deve dimettersi quindi al mandato precedente per svolgere il ruolo di giudice.
- **trattamento economico adeguato e soddisfacente**: in modo tale che esso non possa essere corrotto , consentendo quindi l'indipendenza e autonomia che vengo perseguite con queste garanzie ulteriori.
- **divieto di rielazione**: Nei mandati lunghi l'autonomia e indipendenza si raggiunge anche con il divieto di relazione, perché troppo tempo con le esercizio di quelle funzioni potrebbero portare al giudice di svolgere quelle funzioni in modo tale che chi lo deve rieleggere lo faccia.

Quindi per evitare questo il regime di incompatibilità, divieto di rielezione, il divieto di rimozione , il trattamento economico adeguato e soddisfacente lavorano sul doppio binario con quei meccanismi di selezione che abbiamo visto , con quella durata della carica che dovrebbero garantire **l'indipendenza e l'autonomia** . Di contro portare le corti di fronte a giudici concernenti questione di grande spessore politico a una sorta di moderazione , e passo indietro.

Oltre alla due funzioni cardini importanti possiamo distinguerà almeno quattro categorie di **funzioni atipiche**:

- **A tutela del pluralismo istituzionale e dell'assetto della forma di Stato:**
  - Conflitti tra Stato centrale ed enti territoriali: e può essere visto dalla prospettiva non degli enti , ma delle fonti cioè gli atti adottati da quegli enti .
  - Controllo sugli atti normativi "in senso lato" (es. atti delle municipalità).
- **A tutela del corretto funzionamento degli organi costituzionali (forma di governo):**
  - Raccordo tra democrazia rappresentativa e diretta (referendum): la corte costituzionale interviene per capire se il requisito referenziano è legittimo oppure no; oppure per verificare la correttezza del voto nel referendum (anzi la validazione del voto no nel nostro caso) è demandata alle corti costituzionali dopo le elezioni politiche ( da noi sono le camere stesse);
  - Regolarità dei procedimenti elettorali;
  - Giudizio sull'associazionismo politico e partiti antisistema: lo ritroviamo soprattutto nella legge fondamentale tedesca che dice che per la corte costituzionale è possibile dichiarare l'incostituzionalità di quei partiti che si pongono di fuori dell'arco costituzionale (**considerati partiti antisistema**) : Questo è un chiaro portato storico , la legge fondamentale tedesca è del 1949, quando esercita questa competenza la corte costituzionale tedesca non può non solo dichiarare il partito incostituzionale ,ma anche obbligare qualsiasi esponente di quel partito che si trovi in un organo rappresentativo a dimettersi , nonché può richiedere che siano confiscati tutti i beni e gli assetti in termini di denaro di quel partito. Un altro bello esempio è quello spagnolo , si è intervenuti per parlare fuori
  - Ruolo ermeneutico del dato costituzionale.
- **Giustizia penale costituzionale**: il discorso diretto della salvaguardia dei diritti fondamentali ( in spagna) o con trump con l'impeachment , cioè la messa in stato di accusa dei capi di stato e dei Governo. La messa in stato di accusa decide la corte costituzionale.
- 
- **A tutela del principio personalistico:**
  - Ricorso diretto: salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.



## SECONDA PARTE

### LIBERTA' RELIGIOSA E SICUREZZA IN EUROPA

Il bilanciamento tra interessi diversi in una società pluralistica e multiculturale rappresenta una delle sfide fondamentali dello Stato moderno. In particolare, il rapporto tra libertà di religione e sicurezza è cruciale per garantire una convivenza pacifica e la tutela dei diritti individuali. La Corte Costituzionale, nel suo ruolo di garante dei diritti fondamentali, afferma che la libertà religiosa è soggetta a un necessario bilanciamento con altri diritti, al fine di assicurare una tutela unitaria e bilanciata, evitando che alcun diritto prevalga sugli altri.

La sicurezza costituisce uno degli interessi primari da considerare nella modulazione della tutela dei culti religiosi, applicando il criterio di proporzionalità per garantire una convivenza pacifica tra le diverse comunità. La protezione della libertà religiosa è quindi vista come un mezzo per salvaguardare la società pluriculturale, contribuendo a una maggiore sicurezza collettiva.

#### MARCO VENTURA

##### Introduzione

Il presente documento è redatto da un esperto e professore di filosofia tedesco, che ha ricoperto per due mandati la carica di avvocato speciale sulla libertà di religione e di credo. Nel 2014, ha deciso di dedicare il suo mandato allo studio della violenza in nome della religione. In quell'anno, si è presentato un esempio significativo di rapporto tra libertà religiosa e violenza motivata da ragioni religiose, rendendo questo tema cruciale nel contesto contemporaneo.

Il focus principale del 2014 è stato sulla libertà religiosa nelle Nazioni Unite, che ha scelto di consacrare l'attenzione su due casi emblematici, relativi agli anni 2001 e 2014. Questi casi sono stati selezionati per la loro centralità nel dibattito sulla sicurezza nel rapporto contemporaneo tra diritto e religione. Nel documento vengono proposti i fatti e le decisioni relative a tali casi, analizzato il significato del nesso tra religione e sicurezza, e infine esaminate le implicazioni rispetto al rapporto tra diritto e religione.

L'analisi adottata si basa su una prospettiva europea/occidentale di diritto e religione. Sebbene i casi e il relativo contesto presentino una chiara rilevanza oggettiva, sia dal punto di vista socio-politico che giuridico, la scelta e la lettura offerte in questo documento sono intrinsecamente soggettive.

##### Caso Refah Partisi (2001)

Il Refah Partisi (Partito del Benessere) è un partito di orientamento islamico che si sviluppò in Turchia tra gli anni Ottanta e Novanta. Negli anni '90, il partito guadagnò notevole popolarità, vincendo le elezioni del 1995 e del 1998. Tuttavia, in un contesto in cui l'islam in politica era considerato un tabù dopo la costituzione della Turchia come Stato laico, il Refah Partisi fu sciolto nel 2000 dalla Corte Costituzionale di Ankara. La Corte ritenne che il partito costituiva una minaccia al principio di laicità della Turchia, in particolare per il suo progetto di ritornare al pluralismo politico dell'Impero Ottomano, dove lo statuto personale era basato sull'appartenenza religiosa delle persone, implicando una reintroduzione di un diritto islamico.

**Decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:** Il 31 luglio 2001, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) esaminò la decisione della Corte Costituzionale turca e, il 13 febbraio 2003, la Grande Camera confermò tale decisione. La CEDU ritenne che lo scioglimento del Refah Partisi fosse compatibile con la libertà di pensiero, coscienza e religione protetta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, la Corte sottolineò il ruolo dello Stato quale "organizzatore neutrale ed imparziale" della pratica della diversità religiosa. Pertanto, la dismissione di un partito di istigazione religiosa per motivi religiosi è compatibile con l'idea di libertà religiosa sancita dalla Convenzione Europea.

**Implicazioni Politiche:** La sconfitta del Refah Partisi a Strasburgo coincise con la vittoria politica dei partiti che lo sostituirono. Nel 2001 nacque l'Adalet ve Kalkinma Partisi (Partito della Giustizia e dello Sviluppo)



guidato da Recep Erdogan, che divenne Primo Ministro nel 2003 e Presidente nel 2014, segnando un cambiamento significativo nel panorama politico turco. Dopo la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avvenne l'attentato dell'11 settembre negli Stati Uniti, attribuito all'islamismo violento. Tuttavia, è importante sottolineare che questo fenomeno non rappresenta l'intero spettro dell'islam politico. Il caso Refah Partisi esemplifica una nuova era in cui il rapporto tra religione e politica è dominato dal tema della sicurezza. In Occidente e non solo (ad esempio in India, Russia, Cina e nel mondo musulmano), l'islam è centrale nel dibattito sul rapporto tra religione, politica e minaccia alla sicurezza. Altre espressioni politico-religiose, come l'Hindutva in India, Russkiy Mir in Russia o il fondamentalismo evangelico, presentano sfide analoghe.

**Evoluzione della Libertà Religiosa in Occidente:** L'espansione della libertà religiosa in e dall'Occidente dopo il 1989 era basata sulla convinzione che la diversità religiosa non costituisse una minaccia alla sicurezza. Tuttavia, questa convinzione è stata messa in crisi nel primo quarto del terzo millennio, con una crescente domanda di restrizioni alla libertà religiosa in nome della sicurezza. In particolare, l'islam politico e altre forme di religione politica mettono in discussione il ruolo neutrale dello Stato e l'unità del diritto, mentre la violenza in nome della religione mina la stessa nozione di libertà religiosa.

### Tensioni Attuali e Prospettive Future

Attualmente, si osservano due tendenze opposte:

**Riaffermazione della Libertà Religiosa come Presupposto della Sicurezza:** Iniziative delle Nazioni Unite nel 2014 e dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) nel 2019 mirano a riaffermare la libertà religiosa come elemento fondamentale per la sicurezza collettiva.

**Limitazioni della Libertà Religiosa:** Si registrano esperimenti di limitazione della libertà religiosa sia a livello individuale (ad esempio, prevenzione della radicalizzazione) che collettivo (ad esempio, formazione degli imam), giustificati dalla necessità di fronteggiare minacce alla sicurezza.

Queste dinamiche evidenziano la complessità del bilanciamento tra libertà religiosa e sicurezza, richiedendo un approccio attento e proporzionato per garantire la tutela dei diritti fondamentali senza compromettere la sicurezza collettiva.

### Il caso S.A.S

Il caso S.A.S. rappresenta un punto di svolta nel dibattito europeo riguardante l'equilibrio tra libertà religiosa e sicurezza. Giudicato nel 2014 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), questo caso ha evidenziato le tensioni emergenti all'interno di società sempre più pluralistiche e multiculturali. Per comprendere appieno la vicenda, è fondamentale esaminare il contesto storico e politico, le decisioni giudiziarie e le conseguenze socio-politiche che ne sono derivate.

A partire dagli anni Ottanta, l'Europa ha assistito a una crescente presenza, visibilità e politicizzazione dei musulmani. Questo fenomeno ha spinto alcuni paesi europei ad adottare misure restrittive senza precedenti sulla libertà religiosa, con l'intento di mantenere l'ordine sociale e la coesione all'interno delle proprie comunità.

**Misure Restrittive in Francia:** In Francia, queste dinamiche hanno portato all'introduzione di leggi specifiche volte a limitare l'espressione pubblica della religione islamica:

- **2004:** Viene vietata l'esibizione di simboli religiosi nelle scuole pubbliche francesi. Questa misura, considerata neutrale, mira a prevenire l'emersione visibile dell'Islam nelle istituzioni educative, garantendo un ambiente scolastico laico.

- **2010:** Introduzione del divieto di dissimulazione del volto dietro il velo. Questa legge proibisce l'uso di indumenti che coprono completamente il volto, come il burqa e il niqab, in luoghi pubblici, sostenendo che tali abbigliamento ostacolano l'interazione sociale e la comunicazione aperta tra i cittadini.

Nel 2014, il caso S.A.S. è stato presentato alla Grande Camera della Corte di Strasburgo. La vicenda riguarda una donna francese che indossava un velo integrale, in contrasto con la legge francese del



2010. La donna, identificata con le iniziali S.A.S., aveva impugnato la legge sostenendo che essa violava i suoi diritti fondamentali alla libertà di religione e di pensiero, protetti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

**Decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:** La Corte ha emesso la sua sentenza il 1° luglio 2014, ritenendo compatibile il divieto francese del velo integrale con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte ha accettato la giustificazione fornita dal governo francese, affermando che la restrizione era necessaria per preservare il "vivere insieme". Questo concetto includeva l'"interazione sociale", la "vita in una comunità" e le "relazioni interpersonali aperte". La Corte ha sottolineato che lo Stato francese agisce come un "organizzatore neutrale ed imparziale" della diversità religiosa, mirando a garantire che nessun gruppo religioso prevalga sugli altri nel contesto pubblico.

**Attentati del 2015 in Francia:** Nei mesi successivi alla decisione sul caso S.A.S., la Francia è stata teatro di una serie di attentati terroristici nel gennaio e novembre 2015, tra cui gli attacchi contro la redazione di Charlie Hebdo e il Bataclan. Questi eventi hanno intensificato il dibattito pubblico sulle misure di contrasto al terrorismo, particolarmente quello di matrice religiosa, e sulla necessità di mantenere la coesione sociale in una società multireligiosa.

**Impatti sul Dibattito Pubblico:** Gli attentati hanno sollevato una serie di questioni critiche:

- **Sicurezza Interna:** La sicurezza è diventata una priorità non solo nelle relazioni internazionali ma anche nelle dinamiche interne del paese, con un'attenzione crescente alla prevenzione di ulteriori attacchi terroristici.
- **Coesione Sociale:** Gli attacchi hanno evidenziato le difficoltà nella convivenza di diverse comunità religiose e hanno alimentato la polarizzazione politica, rendendo più difficile promuovere un dialogo interculturale efficace.
- **Politiche sui Migranti:** È aumentata l'attenzione sulle politiche di integrazione e sui flussi migratori verso la Francia e altri paesi europei, con un conseguente aumento delle misure restrittive volte a prevenire l'ingresso di individui potenzialmente coinvolti in attività terroristiche.

**Diritto e Religione: Evoluzione Legislativa in Francia:** La legislazione francese ha subito una significativa evoluzione nel corso degli anni:

- **Legge sulla Separazione delle Chiese e dello Stato (1905):** Questa legge fondamentale ha stabilito il laicismo in Francia, separando nettamente la religione dalla sfera pubblica e garantendo la neutralità statale in materia religiosa.
- **Legge contro il Separatismo (2021):** Questa legge rappresenta un ampliamento del concetto di sicurezza, includendo non solo minacce fisiche ma anche spirituali. Riflette una crescente preoccupazione per il mantenimento dell'ordine sociale attraverso la regolamentazione delle manifestazioni religiose, indicando un allargamento implicito ed esplicito del concetto di sicurezza.

La transizione legislativa dal 1905 al 2021 evidenzia come la sicurezza sia diventata un parametro centrale nei nuovi rapporti tra diritto e religione. Si osserva una netta contrapposizione tra chi richiede limiti eccezionali alla libertà religiosa per motivi di sicurezza e chi ritiene tali restrizioni incompatibili con i principi fondamentali e controproducenti nella pratica sociale.

**Conclusioni:** L'allarme sicurezza ha trasformato l'interazione tra diritto e religione, creando un vero e proprio laboratorio giuridico procedurale e sostanziale.

Dal punto di vista procedurale, la sicurezza spinge verso politiche religiose sempre più aperte alla cooperazione tra soggetti religiosi e non, statali e non, nazionali e internazionali. Si auspica, infatti, un dialogo e un "interreligious engagement" in varie forme, al fine di promuovere la comprensione reciproca e la coesione sociale.





Dal punto di vista sostanziale, emerge una contrapposizione tra un diritto alla libertà religiosa ripensato in chiave più restrittiva per tutelare la sicurezza e un diritto alla libertà religiosa visto come condizione fondamentale per la sicurezza stessa. Questo dilemma riflette un'evoluzione del concetto di sicurezza, che passa da un interesse pubblico collettivo a un diritto soggettivo, specialmente nella post-11 settembre. Una parte della dottrina sostiene che la sicurezza sia un principio fondamentale, subordinando i diritti individuali al mantenimento della vita e della sicurezza collettiva.

**Dilemma Fondamentale:** Il dilemma centrale affrontato è se privilegiare la libertà religiosa a discapito della sicurezza o, viceversa, limitare la libertà religiosa per garantire la sicurezza. Questo riflette un'evoluzione del concetto di sicurezza, che passa da un interesse pubblico collettivo a un diritto soggettivo, soprattutto nella post-11 settembre. Una parte della dottrina sostiene che la sicurezza sia un principio fondamentale, subordinando i diritti individuali al mantenimento della vita e della sicurezza collettiva.

**Implicazioni Future:** La sicurezza, ora considerata un presupposto nel bilanciamento tra diritti, entra nella logica securitaria che influenza profondamente l'approccio giuridico verso i diritti religiosi. Questo richiede una costante riflessione e adattamento delle politiche pubbliche per affrontare le nuove sfide emergenti in una società sempre più complessa e diversificata.

## GABRIELE FATTORI

Durante la conferenza di Varsavia del 7 ottobre, è stato presentato un nuovo documento dell'OSCE su questi temi, basato su un trinomio di fede, dialogo e sicurezza. Si tratta di un documento più ampio e dettagliato rispetto al precedente. Non potevo non parlarvene, e la fortuna ha voluto che proprio quando si chiudeva l'anno scorso il progetto di ricerca di cui gli atti sono pubblicati in questo volume, ne sia arrivato un altro sotto la mia responsabilità, sempre con il gruppo di ricerca di Foggia, questa volta finanziato dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. Il nuovo progetto di ricerca riguarda la libertà religiosa, la sicurezza, il dialogo e il partenariato religioso.

Il primo atto di questo progetto è stata l'organizzazione e il coordinamento di un panel internazionale di esperti, convocato e selezionato dall'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, in collaborazione con il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale italiano. Il panel si è riunito a Foggia e ha visto la partecipazione del professor Ventura, nominato ufficialmente dall'OSCE come facilitatore. Anch'io ho avuto l'onore di far parte di questo gruppo.

Il compito del panel di esperti era di lavorare sulla bozza del documento in preparazione presso gli uffici dell'OSCE, apportando osservazioni e suggerimenti, per poi riconsegnare una versione rivista e migliorata. L'OSCE ha successivamente rielaborato la bozza, arrivando alla versione finale presentata durante la conferenza di Varsavia il 7 ottobre. Il report che ho redatto contiene una prima sintesi analitica dei contenuti del documento e del processo che ha portato alla sua elaborazione.

### L'OSCE e la sicurezza integrale

Siamo in un corso di diritto pubblico comparato, e quando si parla di OSCE si fa riferimento all'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa, un organismo internazionale regionale intergovernativo. L'OSCE inizia a delinarsi nei primi anni '70, con il processo avviato nel 1973.

Perché nasce l'OSCE e in quel preciso momento storico? L'OSCE viene fondata nei primi anni '70, durante la cosiddetta distensione tra i blocchi contrapposti della Guerra Fredda: **il blocco sovietico orientale e il blocco angloamericano occidentale**. La Guerra Fredda comincia a non essere più al culmine, e si sente la necessità di creare uno spazio di dialogo tra Est e Ovest. All'epoca, l'OSCE si chiamava **CSCE** (Conferenza sulla Sicurezza e Cooperazione in Europa) e si configurava come una conferenza piuttosto che come un organismo strutturato, riunendosi episodicamente fino alla firma **dell'Atto Finale di Helsinki nel 1975**, considerato l'atto di nascita della moderna OSCE.

L'Atto Finale di Helsinki conferisce un primo profilo istituzionale alla conferenza, introducendo un decalogo di principi cui gli Stati partecipanti dovevano attenersi nei rapporti con i propri cittadini. Nel



1990, la Conferenza di Parigi proclama la fine della Guerra Fredda, a seguito della caduta del Muro di Berlino nel 1989. **Nel 1994, la Conferenza di Budapest ufficializza il passaggio da CSCE a OSCE, che diventa un organismo permanente il 1° gennaio 1995.**

### Che cosa rappresenta l'OSCE oggi?

**L'OSCE comprende 57 Paesi partecipanti**, distribuiti su tre continenti. Tutti i membri dell'Unione Europea fanno parte dell'OSCE, insieme a diversi Paesi asiatici e americani. Un dato rilevante è che, dopo la sua espulsione dal **Consiglio d'Europa nel 2022**, la Federazione Russa continua a essere membro dell'OSCE e non ha ritirato i suoi rappresentanti governativi. Ciò dimostra che l'OSCE non ha perso il suo ruolo originario di ponte tra Est e Ovest, sebbene il mondo attuale sia caratterizzato da una struttura più multipolare rispetto agli anni '70.

Quando parliamo di OSCE, parliamo di un'organizzazione che coinvolge circa un **miliardo di persone**, di cui 450 milioni sono cittadini europei.

### Che cosa contraddistingue l'azione culturale dell'OSCE?

L'azione culturale dell'OSCE si caratterizza per aver promosso fin dalle sue origini, nell'Atto di Helsinki del 1975, un modello di politica pubblica della sicurezza significativamente diverso e alternativo rispetto al modello tradizionale, che potremmo definire "securitario" in senso stretto. Questo è un punto su cui il mio intervento e quello del professor Ventura si intrecciano e si completano a vicenda. Il modello proposto dall'OSCE può essere definito come sicurezza integrata. "Sicurezza integrata" è un termine che considero più giuridicamente corretto e aggiornato rispetto ad altre espressioni usate per descrivere questo modello, come sicurezza multilivello o, secondo me, in modo inappropriato, sicurezza inclusiva.

### Caratteristiche del modello di sicurezza integrata

Il modello di sicurezza integrata si distingue perché rappresenta un'alternativa al modello securitario. Come spiegato dal professor Ventura, il modello securitario si basa sulla competizione tra diritti: da una parte, il diritto alla libertà religiosa e ai diritti umani; dall'altra, il diritto alla sicurezza. Secondo questo modello, maggiore sicurezza si ottiene comprimendo la libertà religiosa, mentre ampliando la libertà religiosa si riduce la sicurezza. Questo paradigma è profondamente influenzato dalla percezione della religione come sinonimo di terrorismo, radicalizzazione, fondamentalismo, estremismo e violenza religiosa, soprattutto dopo due decenni segnati da episodi di violenza religiosa. Di conseguenza, le politiche pubbliche di sicurezza securitaria sono prevalentemente difensive e implicano misure militari, di polizia, e restrittive dei diritti fondamentali, inclusa la libertà religiosa. Tale modello può essere efficace nel breve termine, poiché mira a contenere le minacce e ripristinare l'ordine costituito.

### La sicurezza integrata: un modello sostenibile

Il modello di sicurezza integrata dell'OSCE ribalta completamente l'approccio securitario. Secondo l'OSCE, una sicurezza autentica e duratura non può essere ottenuta comprimendo i diritti e le libertà fondamentali. Una sicurezza sostenibile si realizza solo attraverso politiche pubbliche che garantiscano la tutela adeguata di questi diritti. Questo non è un approccio apodittico, ma basato su un'evidenza chiara: giuristi, sociologi e storici concordano sul fatto che la società odierna sta subendo trasformazioni demografiche, etnografiche, culturali e religiose a una velocità senza precedenti, principalmente a causa dei flussi migratori. Un dato comune emerge dagli studi: il migrante è disposto a rinunciare a tutto sotto il profilo sociale ed economico, tranne che alla propria religione. Restringere la libertà religiosa porta inevitabilmente a tensioni sociali che minano la coesione sociale e rischiano di esplodere.

Ecco perché il modello di sicurezza integrata dell'OSCE considera tre dimensioni fondamentali:

1. **La dimensione politico-militare**, che è tipica anche del modello securitario.



2. **La dimensione economico-ambientale**, che tiene conto delle crisi ecologiche e ambientali. Il magistero cattolico di Papa Francesco è molto attivo su questo tema.

3. **La dimensione umana**, enfatizzata dalla policy Caritas del 2019 e ribadita nel nuovo documento dell'OSCE, che si concentra sulla tutela della dignità umana.

Queste tre dimensioni rendono la sicurezza integrata unica, poiché interconnettono aspetti che non possono essere esclusi nella formulazione di politiche pubbliche di sicurezza senza compromettere la loro efficacia nel lungo periodo. In una società in continua trasformazione, una sicurezza esclusivamente difensiva non è più sostenibile. La sicurezza deve essere integrata per essere vera e durevole.

**La dimensione umana nel modello integrato di sicurezza:** La dimensione umana del modello integrato di sicurezza conferisce a questo approccio specifiche caratteristiche:

- **Inclusività:** Il modello è inclusivo perché la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali implica l'inclusione, evitando la marginalizzazione.

- **Indivisibilità:** Le tre dimensioni del modello sono indivisibili, così come i diritti e le libertà fondamentali, che sono interdipendenti e indivisibili. Questo principio riprende la Dichiarazione di Schuman del 1993.

- **Uguaglianza:** Si basa sul principio di non discriminazione, garantendo parità di trattamento.

- **Sostenibilità:** Il modello è sostenibile, poiché mira a una sicurezza durevole nel tempo, con effetti che perdurano nel lungo periodo.

- **Fondamento sui diritti umani:** Il modello si basa sul concetto di \*Human Rights State\*, ossia uno Stato che pone al centro i diritti umani.

- **Cooperazione:** La sicurezza integrata si basa sulla cooperazione tra tutti gli individui, che secondo l'OSCE devono essere attori chiave nelle politiche pubbliche della sicurezza.

**Il ruolo della cooperazione nel nuovo documento dell'OSCE:** Il nuovo documento dell'OSCE, presentato il 7 ottobre, espande ulteriormente il concetto di sicurezza integrata. Se il precedente documento era basato sul binomio "libertà religiosa e sicurezza," con una relazione lineare e reciproca (la libertà religiosa rafforza la sicurezza e viceversa), il nuovo documento introduce un terzo elemento fondamentale: il dialogo e i partenariati interreligiosi. Si passa così a un modello circolare che integra tre elementi chiave: **fede (faith), dialogo (dialogue) e sicurezza (security)**.

**Il ruolo delle comunità religiose nelle politiche di sicurezza:** Il documento sottolinea l'importanza di coinvolgere le comunità religiose nelle politiche pubbliche di sicurezza, sia statali che non statali. Tradizionalmente, associamo il termine "pubblico" allo Stato, ma il documento propone un approccio più sofisticato. Le religioni non sono solo una fonte di problemi per la sicurezza, come la violenza e il radicalismo; al contrario, possono essere parte della soluzione. Le comunità religiose devono essere responsabilizzate e considerate partner attivi nella costruzione della sicurezza.

Il documento evidenzia la necessità di rendere le comunità religiose protagoniste delle politiche di sicurezza. C'è una continuità con il documento precedente, che già mirava a coinvolgere non solo gli Stati ma anche le comunità religiose, riconoscendo il loro ruolo chiave. Questo nuovo documento rafforza questa idea, sottolineando che le religioni non devono essere escluse.

**Il ruolo del dialogo interreligioso:** Lo strumento chiave per il coinvolgimento delle comunità religiose è il dialogo interreligioso. Gli Stati devono creare le condizioni per favorire questo dialogo, ma senza diventare i protagonisti o imporre la propria agenda. Non devono dettare calendari o principi alle comunità religiose. Tuttavia, gli Stati hanno il compito di garantire la tutela dei diritti umani anche nel contesto del dialogo interreligioso.



Il principio di autonomia confessionale è cruciale: il dialogo deve avvenire tra le comunità religiose e non deve essere usato come strumento di proselitismo. Deve servire a superare gli stereotipi religiosi, combattere l'analfabetismo religioso e promuovere misure educative e formative. In sintesi, i partenariati interreligiosi devono garantire le condizioni necessarie per un tessuto sociale pacifico e coeso.

## **SERGIO GEROTTO**

affronta tre quesiti principali:

1. Perché studiare la Svizzera?
2. La Svizzera è davvero un caso unico in termini di religione e sicurezza?
3. Cosa distingue la Svizzera dal resto del mondo?

### **Perché studiare la Svizzera?:**

La Svizzera è un ordinamento che presenta una serie di peculiarità che lo rendono particolarmente interessante per lo studio comparato. Pur essendo situata in Europa, non fa parte dell'Unione Europea, anche se è membro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, a cui ha aderito solo di recente. È nota come patria della democrazia, ma ha concesso il diritto di voto alle donne solo nel 1970. Inoltre, uno dei cantoni accettò di aderire alla Svizzera nel 1992 solo per necessità.

La Svizzera è un Paese multilingue e multiculturale, fondato non su una cultura comune, ma sulla volontà di coesistere. Ha origini antiche, risalenti al 1° agosto 1291 con il Patto di Rütli, ma lo Stato svizzero moderno nasce nel 1848. Dopo una fase confederale e la firma del Patto federale del 1815, la Svizzera diventa uno Stato federale nel 1848, a seguito di una breve ma violenta guerra civile di natura religiosa. La guerra fu causata dal contrasto tra i cantoni conservatori, che restaurarono vecchi privilegi confessionali, e quelli rigenerati, che introdussero aperture democratiche. Dopo la vittoria dei cantoni rigenerati, fu fondata la Svizzera federale con la Costituzione del 1848, che conteneva un articolo contro i nuovi ordini religiosi, rimasto in vigore fino al 1973.

### **La Svizzera ha alcune peculiarità costituzionali:**

1. Il divieto di macellazione rituale ebraica, inizialmente previsto in Costituzione e ora regolato da una legge sulla protezione degli animali.
2. Il divieto di edificazione dei minareti.
3. Il divieto di dissimulazione del viso.

**La Svizzera è davvero molto diversa dagli altri ordinamenti democratici?:** Nel 2018, i 26 cantoni svizzeri sono ancora sovrani, finché la Confederazione non li limita. I cantoni hanno le proprie costituzioni, alcune delle quali sono state recentemente rinnovate. Per esempio, nel 2012, la Costituzione del Cantone di Ginevra ha introdotto il principio di laicità nell'articolo 3, conferendo allo Stato il compito di attuarlo. Il legislatore ha tradotto questo principio in una serie di leggi con disposizioni specifiche, tra cui:

- Il divieto per i funzionari pubblici di esibire simboli religiosi, per garantire la percezione della neutralità dello Stato (giudici, poliziotti, ecc.).
- La possibilità per le autorità di vietare l'esposizione di simboli religiosi per motivi di ordine pubblico.
- Il divieto di manifestazioni religiose su suolo pubblico, salvo eccezioni specifiche.

Il Tribunale federale, che giudica la costituzionalità delle leggi cantonali (ma non di quelle federali), ha esaminato queste disposizioni. Ha confermato la validità di due di esse, ma ha bocciato il divieto di manifestazioni religiose, ritenendolo una limitazione eccessiva della libertà religiosa. Poiché esiste



già un regime di autorizzazione per tutte le manifestazioni, religiose o meno, il Tribunale non ha ritenuto giustificato un divieto generalizzato.

**Come valuta il Tribunale federale la costituzionalità delle leggi?:** Il Tribunale federale adotta un approccio simile a quello di altri ordinamenti, basandosi sul principio di bilanciamento. Valuta le esigenze di sicurezza e le confronta con la necessità di tutelare la libertà religiosa, la libertà privata e personale, secondo l'articolo 36 della Costituzione svizzera. Le restrizioni ai diritti fondamentali devono avere una base legale, essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione dei diritti altrui, e risultare proporzionate allo scopo. Inoltre, i diritti fondamentali devono rimanere intangibili nella loro essenza.

**Perché esiste nella Costituzione svizzera un divieto di edificare minareti?:** Il divieto di edificare minareti nella Costituzione svizzera solleva alcune domande: cosa disturbano i minareti in Svizzera, e perché i minareti già esistenti possono rimanere? Per comprendere queste disposizioni, è importante ricordare che la Svizzera è caratterizzata dalla democrazia diretta. Gli esempi citati derivano da iniziative popolari, che la Costituzione consente: il popolo può proporre revisioni costituzionali, sia parziali che totali, attraverso iniziative presentate in forma articolata o generica. Nel caso di iniziative generiche, spetta alle Camere redigere il testo articolato.

I divieti in questione (come quello sui minareti e sulla dissimulazione del viso) sono stati introdotti mediante iniziative popolari presentate come articoli da aggiungere alla Costituzione. Ma perché presentare proposte di questo tipo? In Svizzera, non esiste l'iniziativa popolare legislativa: ciò significa che, se una frazione della popolazione vuole portare un tema all'attenzione politica, deve farlo attraverso una revisione costituzionale, non con una proposta di legge ordinaria. Dal punto di vista politico, queste iniziative sono sostenute principalmente da partiti di centro-destra, che attualmente esercitano un'influenza significativa.

Le iniziative popolari sono spesso il risultato di sentimenti profondi della popolazione ("dalla pancia del paese") e non passano attraverso i normali processi politico-decisionali degli organi amministrativi. L'Assemblea federale svolge un controllo formale, verificando solo l'unità di forma (totale o parziale) e l'unità di materia. L'unico parametro giuridico che limita davvero queste iniziative è il diritto cogente internazionale (**\*ius cogens\***), ma l'interpretazione restrittiva di questo diritto permette che iniziative contrarie al diritto internazionale cogente possano comunque diventare articoli costituzionali.

**Qual è il ruolo delle istituzioni rappresentative?:** Le istituzioni rappresentative possono agire in due modi. Possono proporre un controprogetto e chiedere di votare tra l'iniziativa originale e il controprogetto, che può essere diretto (un progetto alternativo di articolo costituzionale) o indiretto (una proposta di legge ordinaria anziché costituzionale). Se ritengono che un'iniziativa sia chiaramente contraria al diritto internazionale, le autorità possono raccomandare di votare contro. In questi casi, il Consiglio federale e l'Assemblea federale hanno sottolineato, con i loro messaggi ufficiali, che tali iniziative violano i trattati internazionali, come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e il Patto delle Nazioni Unite, e hanno raccomandato di votare contro.

Questa situazione evidenzia come la forma di Stato interagisca con la forma di governo in Svizzera: la democrazia diretta consente al popolo di avere un ruolo centrale, anche quando le proposte possono risultare problematiche dal punto di vista del diritto internazionale. Come si dice, "il popolo ha ragione, anche quando ha torto."

## MARTA CARTABIA

I problemi del diritto nascono dalla storia. Se non teniamo presente le guerre di religione, con la divisione degli Stati e le divisioni interne in Germania, non possiamo comprendere come siamo arrivati a percepire la religione come una potenziale minaccia alla sicurezza. Nella storia più recente, l'11 settembre 2001 rappresenta un momento traumatico che ha acuito la diffidenza verso la religione, contribuendo a due fattori chiave per interpretare quanto discusso oggi.

### 1. Secolarizzazione degli ordinamenti giuridici



Il primo fattore riguarda la trasformazione a lungo termine degli ordinamenti giuridici verso una progressiva secolarizzazione. Il termine “laicità” è stato spesso menzionato: si tratta di un fenomeno che ha preso forme diverse, generando una distanza tra le istituzioni statali e il fattore religioso. In alcuni casi, la laicità non è solo una separazione tra Stato e religione, ma si è trasformata in ostilità verso la religione.

## 2. Clima securitario

Il secondo fattore è il clima securitario, legato in parte all’11 settembre, ma che ha acquisito una vita propria, con una tendenza a rispondere a ogni emergenza con misure di sicurezza. Ad esempio, di fronte a un incendio o a un incidente sul lavoro, si aumenta la severità delle sanzioni penali. Lo stesso accade per il femminicidio: l’aumento delle pene è spesso la risposta immediata. Ma ci si chiede se questi approcci siano realmente efficaci. Questo clima securitario, che non riguarda solo la libertà religiosa, è un fenomeno generalizzato.

**Scontro tra libertà religiosa e sicurezza:** Perché la libertà religiosa e il clima securitario si trovano spesso in conflitto? A mio parere, ciò accade quando i due principi si affermano come assoluti. La sicurezza è vista come una precondizione imprescindibile della vita comune, un principio che non può essere compromesso. Un esempio è il caso di Abu Omar, **legato a un’\*extraordinary rendition\*** successiva all’11 settembre, con il rapimento di un imam a Milano. La Corte italiana ha ritenuto che la sicurezza non potesse essere compromessa, ma la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha condannato l’Italia per la violazione dei diritti umani, sottolineando le gravi conseguenze di trattare la sicurezza come un bene intoccabile.

Un altro esempio è la legge tedesca del 2006, che consentiva l’abbattimento di un aereo civile in caso di dirottamento da parte di terroristi. La Corte costituzionale tedesca ha respinto questa legge, affermando che non si possono strumentalizzare vite umane per proteggere altre vite. Anche qui, il principio della sicurezza ha giustificato misure estreme, riflettendo un clima ipersecuritario.

**Assolutismo della libertà religiosa:** Anche la libertà religiosa è vissuta come un principio assoluto. Chiedere a una persona di togliersi il velo significa imporle di violare un precetto religioso, così come obbligare un ebreo osservante a consumare carne non macellata secondo le loro tradizioni. Questo genera un conflitto drammatico tra sicurezza e libertà religiosa, con entrambi i principi che si affermano in modo assoluto.

**Importanza del dialogo:** Fattori ha sottolineato l’importanza del dialogo nel nuovo documento dell’OSCE. Non possiamo risolvere il conflitto tra due principi assoluti con regole logico-giuridiche. Dobbiamo ripensare il ruolo della legge: anziché imporre regole rigide per risolvere conflitti tra religione e sicurezza, la legge dovrebbe creare spazi di cooperazione e dialogo. Non si tratta di un’idea nuova, ma di un approccio già presente in Canada con il concetto di “reasonable accommodation”. La legge dovrebbe favorire incontri e discussioni tra le parti, piuttosto che imporre comandi dall’alto.

**Un cambio di paradigma necessario:** Questo cambio di paradigma implica che la legge non risolva i conflitti, ma crei procedure e spazi in cui le comunità possano trovare soluzioni. Non è un concetto facile da spiegare o comprendere, ma l’esperienza concreta di dialogo tra persone di diversa fede e convinzione laica dimostra come sia possibile trovare accordi. Non attraverso la logica astratta, ma tramite l’esperienza del dialogo, possiamo trovare risposte a questi conflitti apparentemente irrisolvibili tra principi assoluti.

## L’EMERGENZA NEL DIRITTO COMPARATO

### I POTERI DI EMERGENZA NELLE COSTITUZIONI CONTEMPORANEE



Il focus è sui poteri emergenziali delle costituzioni contemporanee dei Paesi occidentali con tradizioni liberali, in Europa e Nord America.

**Differenza tra emergenza ed eccezione:** Qual è la differenza tra emergenza ed eccezione? Questi termini non sono sinonimi e hanno una distinzione tecnica giuridica fondamentale. Lo stato di emergenza si verifica in una situazione di crisi che interrompe la normalità e richiede misure straordinarie. Ad esempio, l'emergenza pandemica rappresenta una crisi in cui, dal punto di vista giuridico, si adottano provvedimenti diversi dalla gestione ordinaria, con l'obiettivo finale di tornare allo stato pre-crisi una volta superata l'emergenza.

L'eccezione, invece, va oltre l'emergenza. Si riferisce a una crisi che implica l'uscita dal quadro giuridico esistente e l'introduzione di nuove strutture normative che non esistevano prima. L'eccezione costituzionale implica un cambiamento duraturo e non prevede il ritorno alla situazione precedente, come accaduto durante il nazismo in Germania, quando l'ordinamento giuridico di Weimar fu sostituito da nuove regole autoritarie.

**Come reagiscono le costituzioni liberali occidentali alle crisi?:** Le costituzioni liberali occidentali prevedono strumenti per affrontare situazioni di crisi che non possono essere gestite con poteri ordinari. Se la crisi è grave, si devono adottare misure straordinarie. I comparatisti cercano di creare modelli per descrivere e regolare queste situazioni, anche se la realtà può essere sfuggente e complessa.

## MODELLI COSTITUZIONALI EMERGENZIALI

Il primo modello, paradossalmente, è un **non-modello**, rappresentato dalla Costituzione italiana, che non disciplina specificamente le situazioni di crisi politica o non politica, diverse dalla guerra. Infatti, l'articolo 78 della Costituzione italiana, in combinazione con l'articolo 87, riguarda esclusivamente lo stato di guerra. Al di fuori di questa previsione, la Costituzione non regola le emergenze politiche, mantenendo un silenzio istituzionale sulle crisi diverse da quella bellica.

Un altro esempio di **non-modello** è la Costituzione tedesca tra il 1949 e il 1968, prima della riforma costituzionale. Questi sistemi sono silenti a causa delle esperienze autoritarie vissute con nazismo e fascismo. I costituenti temevano che la creazione di poteri emergenziali potesse portare a un ritorno di regimi autoritari, come accadde con l'articolo 48 della Costituzione di Weimar, che Hitler sfruttò per concentrare il potere. Pertanto, i costituenti decisero di non disciplinare le emergenze non belliche.

**Modello silente, ma non muto:** Massimo Luciani descrive questo come un modello silente, ma non muto. L'ordinamento italiano, ad esempio, prevede l'articolo 77 della Costituzione, che consente al Consiglio dei ministri di adottare decreti-legge in casi straordinari di necessità e urgenza. Anche se non specifico per crisi politiche, questo articolo colma la lacuna con una norma generica. I decreti-legge erano pensati principalmente per urgenze tecniche, come catastrofi naturali (terremoti, inondazioni, eruzioni vulcaniche), e non per emergenze politiche come attacchi terroristici. Tuttavia, l'articolo 77 può essere utilizzato per situazioni di emergenza, anche se non era l'intenzione originale dei costituenti.

## MACROMODELLO DI DIFESA

Il secondo macromodello è rappresentato da costituzioni che decidono di disciplinare formalmente le emergenze diverse dalla guerra, inserendo norme specifiche. Questi sono chiamati modelli costituzionali di difesa e si suddividono in:

- **Modello a clausola generale:** esemplificato dalla Costituzione francese.
- **Modello razionalizzato:** caratterizzato da una disciplina dettagliata delle emergenze, al di fuori di quelle belliche.
- **Modello a intensità crescente:** adottato dalla Costituzione tedesca dopo la riforma del 1968.
- **Modello a livelli paralleli:** esemplificato dalla Costituzione spagnola, integrata dalla Legge Organica n. 4/1981, che specifica l'articolo 116.



Questo macromodello comprende norme costituzionali che regolano non solo le emergenze belliche, ma anche altre emergenze politiche e tecniche. È considerato un modello razionalizzato perché organizza e codifica la gestione dell'emergenza.

## MODELLO A CLAUSOLA GENERALE

La Costituzione francese, oltre a disciplinare lo stato di guerra, include l'articolo 16, che richiama il famigerato articolo 48 della Costituzione di Weimar del 1919, utilizzato per dare pieni poteri al presidente del Reich, aprendo la strada al nazismo.

- **Articolo 16 della Costituzione francese:** *"Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica può adottare tutte le misure richieste dalle circostanze di fatto."*

L'articolo 16 è una clausola generale che conferisce al Presidente della Repubblica piena discrezionalità per affrontare situazioni emergenziali, imponendo però un limite fondamentale: il Presidente deve ripristinare l'ordinamento costituzionale così com'era prima dell'emergenza, tornando quindi alla piena legalità (ripristino dello \*status quo ante\*). La discrezionalità delle misure non può compromettere la forma di Stato o di governo.

### Vincoli formali dell'articolo 16:

1. **Consultazione obbligatoria:** Il Presidente della Repubblica deve consultare le più alte cariche dello Stato per dare solennità alla decisione di uscire dall'ordinario costituzionale. Le figure consultate includono:

- Il Primo Ministro.
- I Presidenti delle Camere.
- Il Presidente del Consiglio costituzionale.

2. Informativa alla nazione: Il Presidente deve comunicare alla nazione l'attivazione dello stato di emergenza.

L'articolo 16 può essere attivato solo in due condizioni:

- **Minaccia grave e immediata:** Deve essere valutata la gravità e l'urgenza della situazione.
- **Interruzione del regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali:** Ad esempio, quando il Parlamento o il Governo non funzionano più.

**Applicazioni storiche e interpretazioni:** La storia francese mostra come l'interpretazione di queste condizioni sia stata talvolta estensiva. Un esempio è l'attivazione dell'articolo 16 il 23 aprile 1961 durante il colpo di stato in Algeria, quando i poteri pubblici in Francia funzionavano regolarmente, ma si decise di invocare l'articolo per affrontare la minaccia in Algeria.

**Presidi costituzionali :** Nonostante l'ampia discrezionalità conferita al Presidente, ci sono presidi costituzionali che mantengono l'ordinamento vigile:

- Le Camere si riuniscono automaticamente se non sono già convocate.
- Il Parlamento non può essere sciolto durante lo stato di emergenza, interrompendo così il rapporto fiduciario.
- Dopo 30 giorni, il Consiglio costituzionale deve verificare se persistono le circostanze che giustificano lo stato di emergenza, garantendo un controllo sostanziale.

Questi vincoli sostanziali bilanciano la discrezionalità del Presidente. L'articolo 16, sebbene riecheggi l'articolo 48 di Weimar, si differenzia poiché impedisce che la discrezionalità si trasformi in arbitrio, obbligando il ritorno alla legalità.





**Utilizzo dell'articolo 16:** L'articolo 16 disciplina situazioni emergenziali diverse dalla guerra, ma è talmente generale che non specifica le misure o i poteri. Non è stato utilizzato durante la pandemia né in altre emergenze politiche recenti, anche quando sarebbe stato teoricamente possibile.

## MODELLO RAZIONALIZZATO - INTENSITÀ CRESCENTE

Il modello razionalizzato di gestione dello stato di emergenza, adottato dalla Germania nel 1968, è caratterizzato da una disciplina costituzionale precisa e articolata. La riforma costituzionale di quell'anno ha introdotto diversi livelli di pericolo con un'intensità crescente, ciascuno dei quali comporta limitazioni dei diritti e delle libertà in modo dettagliato e proporzionato. Questo modello si contrappone a quello francese, che è più generale e meno specifico.

### Situazioni di minaccia: Esterne e interne

Le situazioni di minaccia sono suddivise in:

#### 1. Minacce esterne (come la guerra):

- **Stato di difesa** (art. 115a, para 1, al. 1 Cost.): il livello più elevato di pericolo, assimilabile a uno stato di guerra.
- **Stato di tensione** (art. 80a, para 1 Cost.): attivabile per rispondere a minacce esterne meno definite.
- **Clausola di alleanza** (art. 80a, para 3 Cost.): richiede l'interazione con organismi internazionali e la presa d'atto dell'esistenza di una minaccia esterna.

2. **Minacce interne:** Situazioni come catastrofi naturali, gestite con una razionalizzazione tecnica delle emergenze, non politiche.

#### Clausole esterne: Dettagli operativi

1. **Stato di tensione\*** Attivabile per rispondere a minacce esterne non specificate dal testo costituzionale. La decisione di dichiarare e cessare lo stato di tensione è presa dal Bundestag (camera bassa) con una maggioranza qualificata.

2. **Clausola di alleanza:** Implica uno stato di interazione internazionale. Per attivarla, è necessaria la dichiarazione di un organismo internazionale che riconosca l'esistenza di una minaccia esterna. Non è richiesta una dichiarazione formale di guerra, ma la presa d'atto di un'emergenza internazionale. L'attivazione e la cessazione di questa clausola avvengono tramite decisioni del Bundestag, integrando così l'aspetto parlamentare con l'azione del governo federale.

3. **Stato di difesa:** La situazione più grave, assimilabile allo stato di guerra, richiede la determinazione di un attacco imminente da parte di forze armate straniere. La decisione di attuare lo stato di difesa spetta al governo federale, ma deve essere approvata dal Bundestag con una maggioranza qualificata di due terzi. Se il Bundestag non fosse in seduta, una commissione comune rappresentativa delle forze politiche può intervenire per approvare lo stato di difesa.

La dichiarazione formale dello stato di difesa è una prerogativa del Presidente federale, che comunica la decisione sia all'interno che all'esterno del Paese, assumendo valore giuridico internazionale e, potenzialmente, la formalizzazione di una dichiarazione di guerra.

**Garanzie e limiti:** Anche nello stato di difesa, esistono garanzie costituzionali che devono essere rispettate, assicurando che l'uso dei poteri emergenziali rimanga sotto controllo e non comprometta i diritti fondamentali più di quanto necessario.

**Elementi di rottura della normalità istituzionale:** Dal punto di vista della sinistra, l'attivazione dei poteri emergenziali comporta elementi di rottura della normalità istituzionale, poiché le competenze si accentrano sulla federazione, ampliando i poteri del governo centrale. In una situazione di crisi, è coerente che, se la minaccia proviene dall'esterno, il governo federale possa estendere i poteri della



polizia di confine. Inoltre, il Cancelliere federale assume il comando delle forze armate, un potere che in tempi normali appartiene al Presidente federale.

**Garanzie di bilanciamento:** Nonostante l'accentramento dei poteri, ci sono garanzie volte a controbilanciare questo rafforzamento dell'esecutivo. Durante lo stato di difesa, il governo deve mantenere costantemente informate le Camere (alta e bassa) e, se costituita, la commissione comune. Le Camere devono riunirsi automaticamente per esercitare un controllo continuo sull'operato del governo, e la camera bassa non può essere sciolta anticipatamente.

Le condizioni che attivano i poteri emergenziali seguono un rapporto di intensità crescente, partendo da situazioni meno gravi e culminando nello stato di difesa, che equivale a uno stato di guerra. Questa progressione distingue l'ordinamento tedesco da quello spagnolo.

### **MODELLO A LIVELLI PARALLELI (COSTITUZIONE SPAGNOLA)**

Nel modello spagnolo, la gestione delle emergenze non segue un'intensità crescente, ma è strutturata su tre binari paralleli, ciascuno dei quali può attivare poteri emergenziali in base alla natura della crisi. Queste situazioni di emergenza sono richiamate dall'articolo 116 della Costituzione spagnola e dettagliate nella Legge Organica n. 4 del 1981. La legge organica, presente negli ordinamenti spagnolo e francese, è una fonte giuridica inferiore alla Costituzione ma superiore alle leggi ordinarie.

Le tre situazioni di emergenza sono:

- **Stato di allarme:** Emergenza tecnica e politicamente neutra, come scioperi, catastrofi naturali o crisi pandemiche.
- **Stato di eccezione:** Emergenza politica, come un attacco terroristico, che minaccia l'ordine pubblico.
- **Stato di assedio:** Situazione interna che riflette uno stato di guerra, attivato quando la Spagna dichiara guerra.

**Diverso impatto politico :** L'impatto politico varia: una crisi pandemica ha implicazioni diverse rispetto a un attacco terroristico o a una guerra. La Costituzione spagnola non codifica l'intensità come fa quella tedesca; si limita a richiamare gli stati di eccezione, mentre la Legge Organica ne specifica i contenuti.

**Gestione politico-istituzionale delle emergenze :** Il diverso impatto politico implica approcci distinti nella gestione delle emergenze:

- **Stato di allarme:** Il governo può dichiararlo senza previa autorizzazione del Congresso dei Deputati, ma deve informare il Congresso e ottenere l'approvazione per eventuali proroghe oltre i 15 giorni. Questo perché le emergenze tecniche non presentano rischi di strumentalizzazione politica.
- **Stato di eccezione:** Richiede una previa autorizzazione parlamentare prima della dichiarazione del governo, poiché l'ordinamento teme che una situazione politica possa essere sfruttata per concentrare i poteri e diventare autoritario. L'autorizzazione parlamentare rassicura che l'emergenza è reale e non creata ad hoc dal governo.

In sintesi, lo stato di eccezione prevede sia la dichiarazione del governo che l'approvazione preventiva del Parlamento, a differenza dello stato di allarme, che riguarda emergenze tecniche politicamente neutre.

**Gestione delle emergenze politiche nel modello spagnolo :** In caso di emergenza politica, non è il governo a decidere autonomamente le misure da adottare, ma il Congresso dei Deputati (organo legislativo). Questo approccio serve a prevenire un eccessivo accentramento dei poteri esecutivi e garantisce il controllo parlamentare. L'estensione dei poteri di emergenza in queste situazioni è più ampia, arrivando a 30 giorni, ma l'intervento del Congresso è più incisivo.

**Stato di assedio e emergenza bellica:** Quando si tratta di una situazione di stato di assedio, legata a un'emergenza bellica esterna, la dichiarazione non è una prerogativa del governo. In questo caso, il



governo può proporre lo stato di assedio, ma la deliberazione finale spetta al Congresso dei Deputati, l'organo che rappresenta la sovranità parlamentare. Il Congresso deve determinare la durata e l'estensione territoriale dello stato di assedio, assumendo così un ruolo decisionale plenipotenziario. La gravità della situazione politica richiede un controllo più stretto da parte del Parlamento, mentre negli altri casi si lascia maggiore spazio di manovra all'esecutivo.

**Relazione tra impatto politico e ruolo del Congresso :** Se poniamo le tre situazioni di emergenza su un asse cartesiano, notiamo che all'aumentare dell'impatto politico dell'emergenza cresce il coinvolgimento del Congresso nella gestione e nelle modalità di intervento. Vi è quindi un rapporto di proporzionalità diretta tra l'impatto politico dell'emergenza e il ruolo del Congresso, e un rapporto inversamente proporzionale con il potere esecutivo.

**Modello razionalizzato spagnolo:** Il modello spagnolo rientra nel modello razionalizzato perché disciplina in modo positivo e preciso le situazioni di emergenza. Tuttavia, si distingue dal modello tedesco: mentre quest'ultimo si basa su un rapporto di intensità crescente, il modello spagnolo si basa su un rapporto di diversità nella natura dell'emergenza (tecnica, neutra o politica).

## MODELLO AMBIGUO

Il modello americano è considerato atipico e ambiguo perché, leggendo l'articolo 1, paragrafo 9, clausola 2 della Costituzione degli Stati Uniti, non emerge chiaramente una disciplina dettagliata dello stato di emergenza. Sebbene vi sia una disposizione che prevede la sospensione dell'habeas corpus in caso di grave crisi politica, le modalità specifiche non sono chiaramente definite e vengono lasciate alla discrezione del Presidente (Capo dello Stato e titolare dell'indirizzo politico).

### Dottrine a confronto

1. **Commander in Chief Clause (art. 2):** Questa dottrina sostiene che il potere di sospendere l'habeas corpus spetta al Presidente. L'articolo 2, che disciplina i poteri del Presidente, include una clausola che lo designa come Comandante in Capo delle forze armate. Alla luce di questo ampio potere militare, si interpreta che, in caso di ribellione o minacce alla sicurezza pubblica, il Presidente abbia l'autorità di sospendere l'habeas corpus. Questo potere, derivante dal suo ruolo di Comandante in Capo, è interpretato in senso ampio.

2. **Stewardship Theory:** Anche secondo questa teoria, il Presidente può sospendere l'habeas corpus, ma il ragionamento è diverso. La Stewardship Theory afferma che il Presidente, in qualità di supremo servitore della nazione, può prendere decisioni unilaterali, inclusa la sospensione dei diritti fondamentali, per il bene del Paese. Il Presidente è visto come un buon padre di famiglia, che agisce nell'interesse del popolo anche se i suoi poteri non sono esplicitamente riconosciuti dalla Costituzione. Se le circostanze lo richiedono, il Presidente può espandere le sue funzioni, giustificato dalla sua posizione di vertice dell'ordinamento e dalla legittimazione democratica che ha ricevuto.

**Ambiguità del modello :** Il termine "ambiguo" è appropriato perché, secondo la Costituzione, solo il Congresso, che rappresenta il popolo, ha il potere di dichiarare guerra a un'altra nazione. L'articolo è chiaro e non lascia spazio a interpretazioni, eppure nella prassi non è il Congresso che invia i marines all'estero, ma il Presidente.

Come può il Congresso influire sulle decisioni del Presidente riguardo alle truppe? Quando il Congresso deve approvare annualmente il bilancio, ha il potere di accettare o rifiutare le spese relative alle missioni all'estero. In questo modo, il Congresso torna a essere un interlocutore del Presidente, creando un dialogo all'interno dell'ordinamento. Tuttavia, il modello rimane ambiguo perché le azioni del Presidente, in pratica, non sempre rispettano rigorosamente la lettera della Costituzione.

## IL COVID-19 E IL SUO IMPATTO SUI PRINCIPI DEL DIRITTO COSTITUZIONALE: UNO SGUARDO COMPARATO



Iniziamo con una delle emergenze più recenti che ci ha colpito: l'emergenza pandemica causata dal Covid-19. Si tratta di un'emergenza tecnica (come pandemie o disastri naturali) e non politica (come guerre o atti di terrorismo), dunque politicamente neutra. L'obiettivo è analizzare l'impatto di questa emergenza sugli ordinamenti giuridici, sia in Italia che in altri Paesi.

Il diritto costituzionale ci richiama a due punti fondamentali:

- **Diritti e libertà personali:** comprendono la libertà di circolazione, la libertà religiosa, la libertà di riunione e associazione, e la libertà personale in senso lato.
- **Rapporti tra gli organi politici di vertice:** riguarda le dinamiche tra il potere legislativo e l'esecutivo, e quindi la forma di governo.

Nel 2020, i primi casi di Covid-19 in Italia si verificarono all'ospedale Sacco di Milano, e presto il virus si diffuse in tutta Europa, proveniente da una regione lontana della Cina, evidenziando la globalizzazione delle malattie. Di fronte a un numero impressionante di malati e decessi, e in assenza di vaccini, sorsero grandi interrogativi sui rapporti tra politica e scienza, oltre a un crescente ruolo della tecnologia.

L'emergenza fu dichiarata sia a livello nazionale, basandosi su un decreto legislativo della protezione civile, sia a livello internazionale, con l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che, seppur in ritardo, reagì ufficialmente. A livello statale, la reazione iniziale fu caratterizzata da frustrazione e scetticismo: alcuni leader, come Boris Johnson, minimizzarono il pericolo per ragioni economiche, dichiarando che si trattava solo di una normale influenza. Solo dopo, con il peggiorare della situazione, i governi compresero la gravità della pandemia. Negli Stati Uniti, l'amministrazione Trump propose persino rimedi improbabili per difendersi dal virus.

In Europa, anche se all'inizio vi fu scetticismo, l'Italia si trovò ad affrontare rapidamente e frontalmente la crisi. L'Italia divenne un esempio significativo, poiché il governo si ritrovò in prima linea nel tentativo di arginare la diffusione del virus.

**Reazioni giuridiche:** Per contenere il contagio, il governo italiano e altri esecutivi limitarono l'esercizio delle libertà personali. Misure come il divieto di uscire di casa vennero adottate per proteggere la salute pubblica. Queste restrizioni causarono scene memorabili, come le stazioni ferroviarie e le metropolitane prese d'assalto da studenti in fuga, nel tentativo di tornare a casa.

Due aspetti fondamentali meritano attenzione:

1. La limitazione di diritti costituzionalmente garantiti.
2. Le decisioni furono prese dall'esecutivo, con una sovraesposizione del Presidente del Consiglio dei Ministri, mentre il Parlamento fu marginalizzato.

### **Il ruolo marginale del Parlamento**

Il Parlamento, definito "la Cenerentola" delle istituzioni, fu messo da parte per varie ragioni:

1. Il rischio di contagio: riunire le assemblee parlamentari avrebbe esposto i rappresentanti al pericolo di contagio e decimato le istituzioni democratiche.
2. La necessità di agire con tempestività: l'esecutivo poteva intervenire in poche ore, a differenza del Parlamento.

Questi eventi misero sotto stress due principi fondamentali del costituzionalismo:

- La **separazione dei poteri**.
- Il **coinvolgimento delle assemblee rappresentative nella protezione dei diritti**.

**Analisi e categorie:** Abbiamo cercato di analizzare l'impatto delle decisioni prese, sia sulla separazione dei poteri sia sul godimento dei diritti. L'obiettivo era creare categorie e classificare i dati fattuali per comprenderli meglio e trovare soluzioni per affrontare scenari simili in futuro.



## LE QUATTRO CLASSIFICAZIONI (TRENDS CLUSTERS)

1. **Hyper-executivization:** Si riferisce a quei Paesi in cui vi è stata un'esasperazione del ruolo dell'esecutivo, con un attivismo da parte dei governi che ha portato a una totale emarginazione delle assemblee rappresentative. La giustificazione politica fornita dai governi è stata che non c'era tempo per un confronto parlamentare e che il rischio di decimare i rappresentanti a causa del virus rendeva non saggio riunire il Parlamento. Di conseguenza, l'esecutivo era considerato nella posizione migliore per agire nell'interesse della collettività.

2. **Medium-level executivization:** In questi Paesi, sebbene l'esecutivo abbia inizialmente assunto un ruolo predominante (una reazione naturale in momenti di emergenza), si è successivamente trovato il modo di coinvolgere le assemblee rappresentative, seppur ex post. Tuttavia, il bilanciamento tra i poteri non ha raggiunto un livello perfetto.

3. **Balanced approach:** In questa categoria, si è raggiunto un livello ottimale di bilanciamento. L'esecutivo non ha operato da solo, ma ha costantemente verificato le sue decisioni con le assemblee rappresentative, ottenendo la legittimazione del Parlamento per le misure adottate.

4. **Central executives in the background:** Qui si è verificata una forte esposizione degli esecutivi, ma non a livello nazionale. Gli esecutivi federati, piuttosto che quelli nazionali, hanno svolto un ruolo predominante, con gli esecutivi centrali all'orizzonte e un'esposizione decentrata.

Queste classi si basano sul ruolo svolto dall'esecutivo e sulla tenuta del principio della separazione dei poteri.

## HYPER-EXECUTIVIZATION

In questo modello si osserva una forte esposizione dell'esecutivo. I Paesi che rientrano in questa categoria includono:

- Belgio
- Italia
- Irlanda
- Regno Unito e Nuova Zelanda
- Francia

La differenza tra questi Paesi risiede nella forma di governo. Ad esempio, in Italia, una forma di governo parlamentare ha visto un ribaltamento totale del principio di separazione dei poteri, con un'esagerata sovrapposizione dell'esecutivo. Un caso particolare è quello italiano, dove si è assistito a una sovraesposizione del Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha adottato decreti (DPCM) non riconducibili nemmeno alle fonti di rango secondario, ma considerati dalla dottrina come fonti di rango terziario.

Conseguenze giuridiche: Questi decreti ministeriali, non avendo rango primario, limitavano i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti (artt. 13-18-19 Cost.). La contro-obiezione del governo era che i DPCM derivavano da decreti-legge aventi forza primaria (art. 77 Cost.), che fungevano da norme in bianco, consentendo ai decreti ministeriali di limitare le libertà. Tuttavia, questa situazione rendeva impossibile impugnare i decreti ministeriali davanti alla Corte Costituzionale, poiché solo le leggi e gli atti aventi forza di legge possono essere giudicati dalla Corte per eventuali illegittimità.

**Il caso del Belgio:** Anche qui si sono adottati decreti da parte di ministri, in particolare quello dell'Interno, spesso senza una solida base giuridica, delegando poteri significativi a membri dell'esecutivo di livello inferiore.

**Il caso dell'Irlanda:** Inizialmente, vi fu una legislazione parlamentare (Health Act del 2020), che però fungeva da delega in bianco, assegnando gran parte dei poteri al Ministro della Salute. Sebbene fosse prevista una \*sunset clause\* per limitare la durata delle misure, questa clausola è stata rinnovata più



volte, mettendo in dubbio la temporaneità delle misure stesse. Inoltre, gli atti ministeriali adottati non erano sottoposti al preventivo vaglio del Parlamento, bypassando le regole ordinarie del sistema irlandese.

**Il caso del Regno Unito:** Nel Regno Unito esisteva già una legislazione potenzialmente applicabile alla pandemia, il \*Civil Contingencies Act\* del 2004. Tuttavia, dopo un periodo iniziale di scetticismo, le istituzioni britanniche decisero di non applicarla, preferendo adottare una nuova legge, il \*Coronavirus Act\*. Questa legge delegava maggiori poteri all'esecutivo, principalmente all'Home Secretary e al Secretary of State for Health, evidenziando un forte coinvolgimento dei membri dell'esecutivo. Questo scenario non sorprende, dato che il Regno Unito ha un sistema parlamentare in stile Westminster, caratterizzato da una "debole" separazione dei poteri. In questo sistema, i membri dell'esecutivo sono anche membri della Camera dei Comuni, creando una sovrapposizione tra potere esecutivo e legislativo, che è già normale in condizioni ordinarie.

**Il caso della Nuova Zelanda:** Similmente, a causa delle sue radici coloniali, la Nuova Zelanda adotta un parlamentarismo in stile Westminster. In questo caso, alcuni studiosi hanno notato che la risposta alla pandemia è stata altamente personalizzata, attribuendo un ruolo centrale al Primo Ministro. La sovrapposizione dell'esecutivo è stata ancora più marcata, poiché la Nuova Zelanda ha un sistema parlamentare monocamerale, con una sola camera legislativa, rafforzando ulteriormente il potere dell'esecutivo.

**Il caso francese:** La Francia si distingue dagli altri casi analizzati per la sua forma di governo semipresidenziale, a differenza delle forme di governo parlamentari degli altri Paesi. In Francia, durante la pandemia, sia il Presidente della Repubblica sia il Primo Ministro, con il supporto del Ministro della Salute, hanno avuto un ruolo di rilievo. L'esecutivo francese è bicefalo, condiviso tra il Presidente della Repubblica e il Primo Ministro, con variazioni nell'equilibrio a seconda del contesto politico. In questo caso, il Parlamento (Assemblée Nationale e Senato) è stato chiaramente marginalizzato, anche grazie all'adozione di una legislazione apposita, lo \*stato di urgenza sanitaria\*, che ha facilitato questa situazione.

**Considerazioni finali:** L'elemento essenziale emerso è la sovrapposizione dell'esecutivo e, spesso, l'azione in avanti del Presidente del Consiglio o del ministro incaricato. In alcuni casi, come in Italia, si è osservata l'adozione di atti di rango non primario che non potevano essere impugnati dai giudici costituzionali, compromettendo la giustizia costituzionale. Un ulteriore punto critico riguarda la decisione di adottare nuove normative emergenziali: in Gran Bretagna, dove esisteva una legge moderna sull'emergenza, si è preferito modificarla; in Francia, nonostante la presenza di articoli costituzionali e leggi emergenziali (come l'articolo 16), si è sentita la necessità di introdurre nuove norme.

Questa tendenza può essere definita come una "fuga dell'emergenza nell'emergenza". Quando un ordinamento si trova sotto pressione, sarebbe consigliabile non modificare le regole del gioco, poiché l'emotività e l'urgenza possono portare a decisioni più rigide e meno ponderate. Tuttavia, Gran Bretagna e Francia hanno fatto il contrario, rafforzando ulteriormente i poteri già significativi dell'esecutivo. Se un ordinamento si sente costretto a modificare le norme emergenziali in tali circostanze, probabilmente quelle norme non erano adeguate. Pertanto, potrebbe essere opportuno rivedere e adeguare i sistemi normativi per gestire meglio future emergenze tecniche, come una nuova pandemia.

## MEDIUM-LEVEL EXECUTIVIZATION

Questa categoria include gli ordinamenti in cui le misure per contrastare la pandemia e le limitazioni alle libertà sono state adottate dai governi, ma con una differenza significativa rispetto ai Paesi della categoria \*hyper-executivization\*. In questi casi, le decisioni esecutive erano supportate da basi giuridiche fornite dai legislativi, che autorizzavano o delegavano agli esecutivi la possibilità di limitare i diritti. In generale, i parlamenti e le assemblee rappresentative sono riusciti a ritagliarsi un ruolo decisionale, diretto o indiretto, specialmente dopo la fase iniziale in cui l'esecutivo era in prima linea.



I Paesi che hanno sperimentato questa progressiva parlamentarizzazione delle decisioni esecutive includono:

- Svizzera
- Paesi Bassi
- Israele
- Spagna
- Germania
- Austria

**Caso Germania e Austria:** Germania e Austria offrono esempi particolarmente interessanti. Questi Paesi, a differenza di Francia e Inghilterra, non hanno adottato nuove normative emergenziali, ma hanno pesantemente modificato la normativa esistente con emendamenti significativi, includendo riferimenti specifici alla pandemia. In Germania, questa esigenza di modificare la normativa emergenziale esistente, nonostante la presenza di una disciplina costituzionale precisa e dettagliata sulla gestione delle emergenze (non una vaga disciplina generale come l'articolo 16 francese), ha rafforzato il senso di frustrazione per l'inadeguatezza delle norme.

Tuttavia, la Germania è riuscita a gestire la pandemia efficacemente grazie al suo sistema federale decentrato. I vari Länder hanno collaborato con il governo centrale, guidato dalla cancelliera Merkel, attraverso accordi informali tra i leader regionali e il governo federale. Questi accordi preventivi hanno garantito la condivisione e l'effettiva implementazione delle misure a livello territoriale, almeno nelle fasi iniziali. Questo approccio ha reso la Germania un esempio di \*best practice\* nella gestione della pandemia, grazie alla cooperazione tra la Federazione e gli enti territoriali.

Successivamente, questi accordi informali sono stati formalizzati attraverso emendamenti alla legge federale sulla protezione contro le infezioni. La legge richiedeva ai Länder di coinvolgere i propri parlamenti nella dichiarazione di uno stato di emergenza epidemiologica e di informare la Federazione delle misure adottate. La Germania ha quindi mostrato una cooperazione sia sul piano verticale (tra Federazione e Länder) sia tra esecutivo e legislativo, dimostrando un bilanciamento efficace dei poteri.

**Valutazioni dottrinali:** La dottrina ha valutato positivamente i sistemi decentrati, come quelli di Germania e Austria, ritenendoli più adeguati a gestire le emergenze. Questi sistemi hanno saputo mantenere un migliore equilibrio tra parlamento ed esecutivo a livello federale e tra esecutivo centrale ed esecutivi regionali sull'asse verticale. Sebbene anche in questi Paesi non siano mancati i problemi, la gestione delle dinamiche istituzionali ha ottenuto risultati migliori rispetto ad altri modelli. Un ulteriore elemento a favore dei sistemi tedesco e austriaco riguarda...

**INTERVENTO DELLE CORTI:** L'intervento delle corti in Germania è stato rapido e ha coinvolto sia i tribunali amministrativi (paragonabili ai tribunali amministrativi italiani) sia i tribunali costituzionali, operanti tanto a livello federato quanto a livello federale. Questo è stato possibile grazie al ricorso diretto che i cittadini tedeschi possono presentare quando ritengono che i loro diritti personali siano stati violati. La possibilità di rivolgersi direttamente al Tribunale costituzionale federale o ai tribunali costituzionali dei Länder ha consentito in Germania di ottenere un controllo giuridico sulle gravi limitazioni dei diritti personali, cosa che non è stata possibile in Italia. In Italia, infatti, non è stato possibile avere una valutazione del giudice costituzionale sulle limitazioni imposte, poiché i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri non avevano rango sufficiente per essere impugnati davanti alla Corte Costituzionale. Al contrario, in Germania, la gerarchia delle fonti ha permesso anche ai giudici amministrativi di intervenire in modo tempestivo.

**Il caso della Spagna:** Anche in Spagna è accaduta una situazione simile. Grazie al \*recurso de amparo\*, che consente ai cittadini di presentare ricorso diretto al Tribunale costituzionale, è stato possibile evitare che le limitazioni ai diritti rimanessero prive di controllo giudiziario. I giudici non solo hanno potuto tutelare i cittadini, ma hanno anche influenzato le decisioni future dei politici. Se un governo sa che un provvedimento rischia di essere sanzionato dal giudice costituzionale, sarà più cauto e correggerà il tiro in futuro.



Il caso spagnolo è particolarmente interessante perché, come la Germania, ha una disciplina razionalizzata delle emergenze, prevista dalla Costituzione. L'articolo 116 della Costituzione spagnola, integrato dalla Legge Organica n. 4/1981, prevede tre regimi emergenziali. Di fronte alla pandemia, il Presidente del Consiglio, Pedro Sánchez, ha attivato lo stato di allarme, come previsto per le emergenze tecniche (come una pandemia), anziché uno stato di eccezione, che sarebbe stato più appropriato per situazioni politiche.

Il paradosso della decisione del Tribunale costituzionale spagnolo: Il Tribunale costituzionale ha dato ragione all'opposizione, sostenendo che Sánchez non poteva sospendere le libertà personali attivando lo stato di allarme. Secondo la legge organica, solo lo stato di eccezione permette la sospensione delle libertà, mentre lo stato di allarme consente solo restrizioni. Quindi, il decreto è stato dichiarato incostituzionale.

**Riflessioni sulla decisione:** Questo giudizio ha sollevato perplessità. Se un presidente del consiglio, come Sánchez, segue le indicazioni costituzionali e attiva lo stato di allarme per una pandemia, sembra paradossale essere sanzionato per non aver previsto che le conseguenze economiche e sociali della pandemia avrebbero trasformato l'emergenza in una crisi politica. La pandemia, pur avendo origine tecnica (un virus), ha avuto conseguenze che hanno ibridato la situazione, rendendola politica. Tuttavia, pretendere che un leader faccia una prognosi delle conseguenze politiche di una crisi tecnica al suo esordio appare irragionevole.

**UN ALTRO PARADOSSO GIURIDICO:** Dal punto di vista del giurista che non concorda con la decisione del Tribunale costituzionale spagnolo, il paradosso si evidenzia nel seguente modo: il Tribunale ha affermato che il governo non poteva attivare lo stato di allarme perché, sospendendo le libertà, avrebbe dovuto attivare lo stato di eccezione, riservato alle cause politiche. Il governo replica che, poiché la causa era tecnica e non politica, non poteva giustificare l'attivazione dello stato di eccezione. Il Tribunale insiste: se non potevi sospendere le libertà, dovevi limitare i diritti.

**Punto debole della decisione:** Il problema giuridico emerge quando il giudice costituzionale afferma che lo stato di eccezione era l'opzione corretta perché comportava la sospensione dei diritti. Tuttavia, sospendendo i diritti, i cittadini non avrebbero più potuto ricorrere al tribunale per contestare le limitazioni. Se un diritto è sospeso, il suo esercizio non esiste più, e quindi il cittadino non ha motivo di presentare un ricorso. Se invece il diritto è limitato, il cittadino può impugnare la misura del governo davanti a un giudice, chiedendo che la limitazione sia rivista o giudicata eccessiva.

**Implicazioni della decisione:** Il Tribunale costituzionale, affermando che il governo avrebbe dovuto attivare lo stato di eccezione, non solo ha creato un precedente discutibile (poiché la pandemia era già inclusa tra le cause per lo stato di allarme), ma ha anche privato i cittadini della possibilità di ricorrere contro le limitazioni dei loro diritti. Questa decisione ha impedito ai cittadini di contestare l'operato del governo e ha interrotto la dinamica di controllo tra i poteri. Inoltre, ha generato una nuova categoria giuridica ibrida, basata su una causa neutra con conseguenze politiche, senza una modifica o valutazione preliminare della Legge Organica 4/1981.

**Dinamiche tra centro e periferia:** Un altro aspetto significativo riguarda il rapporto tra il governo centrale e le comunità autonome (le regioni spagnole). La Spagna ha una forma di regionalismo avanzato, spesso definita un "quasi federalismo". Durante la prima dichiarazione dello stato di allarme, il governo centrale aveva accentrato la gestione della pandemia, limitando l'autonomia delle regioni. Tuttavia, nella seconda dichiarazione dello stato di allarme, che è stata estesa per sei mesi con l'approvazione del Parlamento, il governo ha delegato la gestione concreta delle misure alle comunità autonome.

**Problemi di responsabilità politica:** Nonostante questa delega, il Tribunale costituzionale ha rilevato un problema: c'era uno scollamento tra chi implementava le misure (le comunità autonome) e chi era politicamente responsabile davanti al Parlamento (il governo centrale). Questo





disallineamento ha sollevato dubbi sulla trasparenza e sull'attribuzione della responsabilità politica, e alcuni hanno visto in questa delega una possibile strumentalizzazione politica per evitare dissensi contro il governo centrale. Questo esempio evidenzia l'interazione complessa tra forma di Stato e forma di governo nel contesto della gestione della pandemia.

## BALANCED APPROACH

In questo raggruppamento, il potere esecutivo e il potere legislativo hanno mantenuto una dinamica bilanciata nella gestione della pandemia. Nonostante la situazione emergenziale e la propensione degli esecutivi a intervenire, i parlamenti sono riusciti a restare efficacemente coinvolti nel processo decisionale.

### Paesi che hanno dimostrato questo bilanciamento virtuoso:

- Danimarca
- Finlandia

La Svezia non è stata inclusa in questo cluster, poiché rappresenta un caso peculiare. A differenza di altri Paesi, la maggior parte delle misure adottate in Svezia non erano giuridicamente vincolanti, ma si trattava di *\*soft law\**: linee guida, raccomandazioni, e indicazioni provenienti sia da enti governativi sia da gruppi di esperti. Questo approccio è stato possibile grazie alla cultura giuridica svedese, che privilegia una maggiore adesione volontaria alle regole non vincolanti. Infatti, l'imposizione di misure obbligatorie sarebbe stata percepita come un'invasione da parte delle autorità sulla sfera privata, provocando una reazione negativa.

Se il governo svedese avesse imposto restrizioni formali, la risposta della popolazione sarebbe stata molto diversa. Al contrario, le linee guida non vincolanti sono state seguite in maniera più rispettosa, soprattutto dopo l'aumento dei decessi, che ha rafforzato l'adesione volontaria alle raccomandazioni. Questo approccio era in linea con il *\*modus vivendi\** della società svedese.

**Danimarca e Finlandia:** Nei casi di Danimarca e Finlandia, ci sono stati decreti governativi che limitavano i diritti, ma ogni misura è stata sempre sottoposta a revisione, condivisione, e controllo ex post dalle assemblee parlamentari. In Danimarca, nonostante l'introduzione di poteri forti da parte del governo, l'assemblea rappresentativa ha esercitato un costante potere di sorveglianza e controllo.

Allo stesso modo, in Finlandia, tutti i decreti dell'esecutivo che limitavano le libertà personali sono stati approvati dal legislativo. Questo bilanciamento è stato facilitato dalla presenza di un sistema parlamentare monocamerale, più agile e reattivo. Non è un caso che questi esempi di bilanciamento siano stati osservati nei Paesi del Nord Europa.

## CENTRAL EXECUTIVES IN THE BACKGROUND

Il quarto raggruppamento presenta una caratteristica particolare rispetto ai precedenti: riguarda le forme di Stato decentrate, in particolare gli Stati federali. In questo contesto, gli esecutivi in prima linea nella gestione dell'emergenza e nella limitazione delle libertà fondamentali non erano quelli federali, ma piuttosto le entità federate. Questa è la criticità principale del cluster considerato: i governi degli Stati federati sono stati quelli che hanno dovuto adottare misure restrittive per affrontare la pandemia. Di conseguenza, i Paesi di interesse in questo raggruppamento includono Stati Uniti, Canada e Australia.

**Caso degli Stati Uniti: Il caso degli Stati Uniti** è particolarmente interessante. Nel 2019, l'allora presidente Trump aveva assunto un atteggiamento scettico nei confronti del virus: inizialmente lo negava, poi lo minimizzava, e infine lo derideva, suggerendo rimedi pericolosi. Sebbene l'amministrazione Trump fosse consapevole della gravità del problema, si era trovata a seguire formalmente la narrativa provocatoria del presidente. Di fronte all'aumento dei contagi, i governatori degli Stati federali, sia democratici che repubblicani, si erano trovati in prima linea, adottando misure



per limitare la circolazione dei cittadini. Tuttavia, tutti gli Stati chiedevano aiuti federali, che Trump aveva concesso in ritardo, soprattutto sul piano economico.

Tra i conflitti emersi, uno dei più rilevanti riguardava la limitazione della libertà religiosa: il divieto di frequentare i luoghi di culto aveva suscitato perplessità, poiché in alcuni Stati si sosteneva che, se era possibile andare al supermercato, doveva essere possibile anche andare in chiesa. Le corti si erano pronunciate su questi temi in modo non sempre uniforme, creando confusione. Con l'amministrazione Biden, la narrativa è cambiata, ma alcune caratteristiche rimangono degne di nota:

- Sia sotto Trump che sotto Biden, il Congresso è rimasto marginale, mentre l'esecutivo ha avuto un ruolo più attivo solo con Biden.
- Le corti si sono attivate a diversi livelli nei vari Stati, soprattutto sulle questioni legate alla libertà religiosa.
- La pandemia ha evidenziato una nuova dinamica di accordi tra Stati federati, soprattutto quando l'amministrazione Trump non rispondeva alle richieste di intervento. I governatori, anche di Stati con schieramenti politici diversi, hanno stretto accordi orizzontali per limitare le libertà, una novità rispetto ai tradizionali accordi verticali con il governo federale. Questo dimostra che l'emergenza può mettere alla prova i sistemi e, al tempo stesso, evidenziare la flessibilità e il dinamismo che permettono di affrontare situazioni critiche anche in assenza di una risposta adeguata dell'esecutivo.

**Caso dell'Australia:** In Australia, anch'essa uno Stato federale, si è osservato un ruolo predominante degli esecutivi degli Stati federati, ma con motivazioni diverse rispetto agli Stati Uniti. Qui, c'è stata una cooperazione attiva tra gli Stati federati, coordinata dall'ente federale. Durante il COVID-19, è stato istituito un nuovo organo, il \*National Cabinet\*, che riuniva i premier degli Stati federati e il Primo Ministro. In questo organismo, i premier avevano un ruolo attivo, ma il Primo Ministro manteneva il coordinamento generale. Questa struttura era già stata sperimentata in passato, durante le minacce terroristiche, e la pandemia ha permesso di potenziarla.

Tuttavia, anche in Australia si è notata una marginalizzazione del Parlamento, sia a livello federale che a livello degli Stati federati. Ogni Stato ha fatto riferimento alla propria legislazione emergenziale, non a quella federale, e i vertici degli esecutivi erano gli unici autorizzati a dichiarare e gestire l'emergenza. Questo ha evidenziato come, anche in un sistema cooperativo, il potere esecutivo possa assumere un ruolo dominante, lasciando in secondo piano le assemblee legislative.

**Il caso del Canada:** Il caso del Canada chiude questa trilogia e riprende i caratteri distintivi del cluster, ossia la marginalizzazione del Parlamento federale. Tuttavia, rispetto ad altri casi, il Canada ha mostrato un'accentuazione della risposta a livello locale, un aspetto dovuto alla specificità del sistema canadese. Il sistema sanitario, anche durante la pandemia, è tradizionalmente gestito in modo efficiente dai poteri locali, che hanno dimostrato una buona performance. Di conseguenza, non vi era motivo per il governo federale di centralizzare competenze che erano già esercitate in maniera efficace, sia dal punto di vista economico sia in termini di prestazione del servizio.

Se volessimo interfacciare i risultati giuridici con quelli legati all'efficienza, potremmo affermare che i sistemi federali hanno reagito meglio alla pandemia rispetto ai sistemi centralizzati. Questo risultato può sembrare controintuitivo, considerando l'ipotesi generale secondo cui, in situazioni di emergenza, il potere dovrebbe essere centralizzato per garantire una guida unitaria. Tuttavia, i sistemi decentrati, sia federali sia regionali, hanno dimostrato di essere più efficaci quando i coordinamenti statali hanno funzionato in modo forte. Abbiamo visto questa dinamica sia nel sistema tedesco sia in altri esempi.

**Caso del Belgio:** Un altro caso interessante, non inserito in questo cluster, è quello del Belgio. Il Belgio si distingue per un federalismo competitivo e duale, con competenze divise a livello locale. Tuttavia, durante la pandemia, ha adottato un approccio cooperativo, formando organi di coordinamento già istituiti per gestire minacce come il terrorismo. Questo comportamento cooperativo rappresenta una piccola ma significativa mutazione nel federalismo belga, che ha permesso una gestione efficiente dell'emergenza.



**Misure specifiche in Canada:** L'unica misura federale adottata in Canada è stata un decreto del Ministero della Salute relativo all'isolamento obbligatorio per gli stranieri in ingresso nel territorio. La pandemia ha costretto gli Stati a lavorare in modi nuovi rispetto al passato. Negli Stati Uniti, abbiamo visto accordi informali tra i governatori degli Stati membri. In Germania, la gestione è stata accentrata sotto la guida del cancelliere, con una forte capacità decisionale. Queste esperienze dimostrano che l'emergenza ha messo alla prova e, in alcuni casi, modificato le dinamiche preesistenti, evidenziando la flessibilità e l'adattabilità dei sistemi decentrati.

## LIMITAZIONI DEI DIRITTI E DELLE LIBERTÀ

In situazioni di emergenza, le varie corti assumono un ruolo fondamentale. Qui possiamo distinguere tre gruppi, basati sul grado di coinvolgimento delle corti e sulla loro capacità di rispondere alle richieste dei cittadini che denunciano violazioni dei loro diritti. Questi gruppi si differenziano per il livello di "constitutional reviewability" delle misure anti-Covid:

### 1. Performing constitutional review:

Questo gruppo include i Paesi dove le corti hanno reagito prontamente, esercitando un controllo costituzionale e amministrativo efficace, in grado di influenzare il potere politico. Ne fanno parte Paesi come Austria e Germania.

- **In Germania**, ad esempio, i cittadini hanno potuto presentare ricorso diretto alla Corte costituzionale federale, che è stata in grado di sospendere temporaneamente misure restrittive, in attesa di giudizio, se queste violavano potenzialmente diritti fondamentali.
- Anche in **Spagna**, i decreti del governo per dichiarare lo **estado de alarma** sono stati sottoposti al giudizio di legittimità costituzionale attraverso il **recurso de inconstitucionalidad** o il **recurso de amparo**. La Corte si è trovata a dover giudicare su diverse limitazioni, come il divieto di riunirsi in occasione della Festa dei Lavoratori, con numerosi ricorsi presentati.
- Il **Regno Unito**, teoricamente, ha un sistema che potrebbe essere efficace, grazie alla **judicial review** che permette di contestare qualsiasi atto delle autorità pubbliche. Tuttavia, nella pratica, il primo caso significativo, **Dolan v. Secretary of State**, ha visto la Corte Suprema sostenere la compatibilità dei lockdown con lo **Human Rights Act** del 1998, scoraggiando ulteriori ricorsi sui diritti fondamentali.

### 2. Non-performing or belated constitutional review:

In questo gruppo, le corti non sono riuscite a intervenire in modo efficace, spesso a causa di ostacoli procedurali che impedivano i ricorsi.

- **In Italia**, ad esempio, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) non potevano essere oggetto di giudizio di costituzionalità diretto, poiché non erano atti di rango primario. Solo successivamente, la Corte Costituzionale si è espressa con due decisioni:

- **Corte Cost., 24 febbraio 2021, n. 37:** dichiarazione di illegittimità della legge regionale della Valle d'Aosta sulla riapertura delle attività commerciali.

- **Corte Cost., 23 settembre 2021, n. 198:** decisione che ha ritenuto legittimi i decreti-legge che delegavano misure restrittive ai DPCM, pur segnalando una delega troppo ampia in violazione del principio di legalità.

- Un caso simile è quello del Belgio, dove le misure erano gestite con decreti ministeriali. La **Cour Constitutionnelle** non aveva il potere di pronunciarsi sulla costituzionalità dei decreti esecutivi. Le poche decisioni adottate riguardavano aspetti marginali, come la riorganizzazione delle attività infermieristiche o la digitalizzazione delle udienze.

**Riflessioni generali:** Le pronunce delle corti sono essenziali. Una sana dialettica tra la cittadinanza e le corti è fondamentale per il buon funzionamento della democrazia, indicando la "salute" dell'ordinamento. Le decisioni delle corti non solo offrono una risposta immediata ai cittadini sulla



legittimità delle misure adottate, ma orientano anche l'azione politica, aiutando l'esecutivo e, se non marginalizzato, il legislativo a correggere la rotta. Quindi, indipendentemente dal merito delle decisioni, il ruolo delle corti è cruciale per garantire un equilibrio tra i poteri e proteggere i diritti fondamentali.

Esaminiamo ora il terzo gruppo, "**Alternatives to constitutional review**," che prende in considerazione organi diversi dalle corti costituzionali, chiamati in causa per garantire la protezione delle libertà personali quando le corti non sono in grado di farlo. In alcuni ordinamenti in cui la giustizia costituzionale non ha funzionato al meglio per i motivi già discussi, sono stati coinvolti altri attori, come i giudici amministrativi o altri organi extragiudiziari.

**Esempi dal Nord Europa e il caso francese** : Nei Paesi nordici, come Finlandia e Danimarca, il difensore civico ha svolto un ruolo cruciale, sostituendosi di fatto ai giudici supremi. Un esempio interessante è quello della Francia, dove i tribunali amministrativi, in particolare il Conseil d'État, sono intervenuti tempestivamente grazie alla procedura \*référé-liberté\*. Questa procedura permette ai cittadini, alle associazioni e alle persone giuridiche di ricorrere contro atti del governo centrale o delle amministrazioni locali per la violazione di libertà fondamentali, consentendo anche di adire al Conseil Constitutionnel.

Questi esempi mostrano che, nonostante l'assenza di una giustizia costituzionale forte come in Spagna, Austria o Germania, alcuni Paesi hanno saputo rispondere alle limitazioni in maniera dinamica, dimostrando flessibilità e vitalità democratica.

**Dimensione civica e dinamismo**: I Paesi con un forte ruolo civico rappresentano un modello interessante. Anche senza una giustizia costituzionale robusta, sono riusciti a garantire una risposta adeguata e dinamica. Questo conferma che gli ordinamenti giuridici, a seconda della loro struttura e delle latitudini, hanno reagito diversamente alla pandemia, mostrando vari gradi di efficacia.

**Riflessione politica**: Una conclusione più ampia, che trascende l'ambito giuridico per toccare quello politico, riguarda la marginalizzazione dei parlamenti. In molti ordinamenti, questo fenomeno è stato dovuto non solo al protagonismo dei governi, ma anche alla scarsa iniziativa delle assemblee parlamentari. Anche quando i parlamenti erano nelle condizioni di intervenire, come nel caso dell'Italia, dove il governo sottoponeva i decreti-legge alle Camere per la conversione, queste hanno scelto spesso di non esercitare pienamente il loro potere. Le assemblee legislative, in molti casi, hanno rinunciato a un ruolo attivo, lasciando campo libero agli esecutivi.

**Evidenze di una scelta politica**: Abbiamo cercato di verificare se i parlamenti che avevano adottato il voto elettronico o le riunioni a distanza fossero più attivi di quelli che non lo avevano fatto. Alcuni ordinamenti hanno permesso riunioni virtuali e persino il voto online, mentre altri consentivano solo le riunioni, ma non il voto. Tuttavia, non c'è stata una correlazione chiara: i parlamenti che potevano votare a distanza non sono stati necessariamente più attivi di quelli che non lo consentivano. Questo dimostra che la volontà politica è più importante del mezzo tecnico: i parlamenti che volevano essere coinvolti lo hanno fatto, anche in assenza di strumenti tecnologici.

**Il caso del Regno Unito e della Francia**: Il Regno Unito ha permesso il voto online sin dall'inizio della pandemia, ma il parlamento è stato comunque marginalizzato. In Francia, l'Assemblée nationale ha organizzato il voto per delega e ha adottato modalità per intervenire a distanza. Questi esempi sottolineano che, durante l'emergenza, la responsabilità di esercitare un ruolo attivo era nelle mani dei parlamenti stessi. Se non lo hanno fatto, è stata una scelta politica che ha lasciato spazio ai governi, che hanno agito di conseguenza, colmando il vuoto lasciato dalle assemblee legislative.



## L'EMERGENZA POLITICA: IL TERRORISMO INTERNAZIONALE DI MATRICE JIHADISTA

Un altro tipo di emergenza è quella politica, con esempi eclatanti come la guerra – ad esempio, il conflitto tra Russia e Ucraina – e il terrorismo internazionale di matrice jihadista, il cui simbolico momento d'origine risale agli attentati dell'11 settembre 2001. Questo evento traumatico ha segnato profondamente la storia dell'Occidente, al punto che oggi si parla di un'epoca "post-attentato," come se vivessimo in un "dopo 11 settembre," quasi a indicare l'inizio di una nuova era.

Dal punto di vista politico, specialmente secondo la dottrina neoconservatrice statunitense, sostenuta non solo dall'amministrazione Bush, ma anche in modi diversi dalle amministrazioni Obama e Biden, il terrorismo internazionale è spesso equiparato a una guerra. Le amministrazioni americane, infatti, non distinguono chiaramente tra emergenza terroristica e la tradizionale categoria della guerra. Dopo gli attentati dell'11 settembre, George W. Bush dichiarò: "La guerra tra buoni e cattivi, o siete con noi o siete con gli Stati malvagi," esprimendo chiaramente questo approccio.

Il termine "guerra," però, crea un certo disagio quando applicato al terrorismo internazionale. Considerare il terrorismo internazionale come una guerra implica una vera e propria metamorfosi del concetto stesso di guerra. Questo perché tutte le categorie tradizionali della guerra vengono trasformate profondamente: dai soggetti che la combattono, alle cause e alle conseguenze della guerra, fino alle norme giuridiche che la regolano.

**I soggetti della guerra:** Tradizionalmente, il diritto di **ius bellum**, cioè il diritto di dichiarare guerra, appartiene agli stati. Dalla Pace di Vestfalia in poi, solo gli stati hanno potuto dichiarare guerra ad altri stati. Nel caso del terrorismo, però, i soggetti non sono stati, ma individui o membri di organizzazioni terroristiche. Coloro che compiono atti di terrorismo, come guidare aerei e colpire civili, non sono rappresentanti statali, ma terroristi. Di conseguenza, cambiano i soggetti che fanno la guerra.

**Le cause della guerra:** Un altro problema è che la guerra non viene più dichiarata formalmente. Non ci sono motivi chiari, come uno sconfinamento territoriale, e spesso non è chiaro cosa i terroristi contestino all'Occidente. Gli stati non comprendono nemmeno su quali basi dovrebbero trattare la pace, perché non conoscono esattamente le motivazioni dei loro nemici.

**Le vittime della guerra:** Un'altra anomalia riguarda le vittime: non sono rappresentanti statali a essere presi di mira, ma i civili. I terroristi si mimetizzano nella società e colpiscono quando meno ci si aspetta, rendendo difficile per le società occidentali prevedere e prevenire gli attacchi. In questo modo, il terrorismo internazionale stravolge le tradizionali norme della guerra, modificando profondamente le categorie giuridiche e strategiche che ne hanno regolato il concetto per secoli.

La lotta al terrorismo internazionale si sviluppa in maniera disomogenea, diffusa **"a macchia di leopardo"** in tutto il mondo, con un ruolo dominante degli Stati Uniti, che agiscono come una sorta di "poliziotto internazionale." Gli Stati Uniti intervengono utilizzando mezzi controversi, come gli omicidi mirati (**targeted killings**) e le **extraordinary renditions** (rapimenti a scopo di tortura per ottenere informazioni utili a prevenire attentati o individuare cellule terroristiche).

**L'approccio europeo:** In Europa occidentale, con l'eccezione iniziale della Gran Bretagna, che ha in seguito allineato la propria posizione, il terrorismo internazionale non è stato trattato come una nuova forma di guerra. **L'Europa ha preferito considerarlo come un crimine gravissimo**, ma comunque da perseguire attraverso il codice penale e le norme di procedura penale, non attraverso il diritto bellico.

Tuttavia, anche l'Europa si è trovata impreparata. Diversi paesi, tra cui l'Italia, hanno dovuto aggiungere nuove disposizioni al proprio codice penale, come l'articolo 270-bis, specificamente dedicato al terrorismo internazionale. Questa misura evidenzia l'assenza di una disciplina precedente per affrontare un fenomeno così nuovo. Il terrorismo jihadista, infatti, si distingue dal terrorismo storico,



che era ben conosciuto in Europa e motivato da cause politiche o indipendentiste, come nel caso delle Brigate Rosse in Italia, dell'ETA nei Paesi Baschi, o dell'IRA in Gran Bretagna (tutti circa negli anni 70) .

### **Differenze tra il terrorismo storico e il terrorismo jihadista**

Il terrorismo storico colpiva simboli di potere e aveva obiettivi specifici:

- **ETA:** indipendenza dei Paesi Baschi (addirittura non può essere messa in certi luoghi una bandiera spagnola) .
- **IRA:** indipendenza dall'Inghilterra (colpiva membro di una famiglia reale o esponente del governo).
- **Terrorismo italiano:** contestazione politica e sociale.

Questi gruppi non attaccavano i cittadini comuni, ma rappresentanti dello stato o simboli istituzionali. Al contrario, il terrorismo jihadista prende di mira la popolazione civile, chi non ha alcun ruolo politico, contestando in modo vago lo stile di vita occidentale. Inoltre, il panorama jihadista è molto complesso e frammentato, non centralizzato, e include gruppi come l'ISIS, spesso senza una gerarchia definita o un centro di potere unico.

**La frustrazione delle democrazie occidentali:** Dopo l'11 settembre, le democrazie occidentali hanno provato una sensazione di frustrazione e smarrimento di fronte a questa nuova minaccia diversa dal terrorismo storico e dalla guerra. Il terrorismo jihadista è un nemico invisibile: i suoi "soldati" non indossano uniformi, non seguono regole di guerra, e si nascondono tra i civili, colpendo la società quando meno se lo aspetta. Questo ha generato paura tra i cittadini, spingendoli a chiedere maggiore sicurezza, anche a costo di sacrificare alcune libertà fondamentali.

**Sicurezza vs. Libertà :** Questa equazione – cedere diritti in cambio di sicurezza – non ha dimostrato di essere né efficace né garantita. L'unico risultato certo è la limitazione dei diritti civili, mentre la promessa di maggiore sicurezza resta incerta. Le democrazie si trovano così a dover bilanciare il bisogno di protezione con il mantenimento dei valori e delle libertà che le definiscono.

**Il concetto** di sicurezza è cambiato notevolmente nel tempo, soprattutto dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001. Prima del 2001, la sicurezza era considerata un interesse legittimo collettivo, che agiva come limite a determinati diritti in circostanze specifiche, limitate nel tempo e giustificate. Tuttavia, dopo il 2001, la dottrina dominante ha iniziato a considerare la sicurezza non più come un semplice interesse collettivo, ma come un diritto soggettivo.

Frattoni, per esempio, giustificò l'uso dei **metal detector** affermando: “Prima di tutto rimanere vivi, poi gli altri diritti.” L'idea era che non si potesse parlare di libertà se non si era vivi. Di conseguenza, la sicurezza non era più un limite esterno giustificato in situazioni di pericolo, ma diventava un diritto che poteva essere bilanciato con altri diritti.

Una parte minore della dottrina maggioritaria si spinge oltre e sostiene che la **sicurezza** non sia solo un diritto soggettivo bilanciabile, ma un principio fondamentale, sopra-ordinato agli altri diritti. In questo modello, la sicurezza si pone all'apice di una piramide di valori, da cui discendono gli altri diritti, che possono essere bilanciati in termini di proporzionalità solo dopo.

**La visione neoconservatrice statunitense:** Questa visione è molto presente nella dottrina neoconservatrice degli Stati Uniti, che legittima pratiche come gli omicidi mirati (**targeted killings**) e le **extraordinary renditions**. Gli Stati Uniti agiscono come un "**poliziotto internazionale,**" intervenendo dove e come ritengono necessario. Tuttavia, questo concetto di sicurezza non si allinea con i principi delle democrazie mature del Nord America e dell'Europa, dove il valore fondante è la **dignità umana**.

La dignità umana è considerata il diritto più importante, e la sicurezza dovrebbe essere subordinata a questo principio. Le democrazie devono essere disposte a correre dei rischi per non compromettere i loro stessi valori fondamentali. Se le democrazie sacrificano la loro essenza per garantirsi sicurezza,



rischiano di "suicidarsi" da sole. Ecco allora che in tale contesto, si vedono due atteggiamenti diversi, per combattere la minaccia mondiale, globale:

### **Due atteggiamenti diversi per affrontare il terrorismo**

1. **L'approccio americano:** Gli Stati Uniti, sostenuti dalla dottrina neoconservatrice, considerano il **terrorismo internazionale una guerra**. In questa visione, gli Stati Uniti si sentono legittimati a colpire chiunque, ovunque, usando qualsiasi mezzo, per proteggere la sicurezza nazionale. Questo ritorna a una narrativa bellica arcaica, simile alle guerre sante. L'omicidio mirato di **Osama Bin Laden** è uno degli esempi più noti, e la legittimità di queste azioni è stata molto dibattuta, anche in saggi di diritto pubblico comparato.

Le **extraordinary renditions** sono un altro esempio. Queste operazioni prevedono che la CIA, spesso in collaborazione con i servizi segreti locali, catturi un individuo sospettato di terrorismo, lo trasporti in un luogo segreto (spesso una prigione della CIA all'estero), e lo torturi per ottenere informazioni. Le informazioni ottenute con la tortura non possono essere usate come prove in tribunale, perché la tortura è vietata. Tuttavia, l'obiettivo non è ottenere una condanna, ma smantellare cellule terroristiche e prevenire attentati. I soggetti torturati spesso vengono rilasciati con accordi segreti e risarcimenti, firmando impegni a non rivelare quanto accaduto. Questa pratica viola gravemente il principio di dignità umana e rende difficile raccogliere statistiche affidabili, poiché molti casi vengono archiviati per motivi di segretezza di stato.

2. **L'approccio europeo :** I paesi europei, al contrario, non considerano il terrorismo internazionale come una guerra globale, ma come un crimine da affrontare con il **diritto ordinario**, in particolare il **diritto penale e la procedura penale**. Le leggi create in risposta al terrorismo sono spesso di carattere permanente, a meno che non vengano abrogate. Sebbene queste disposizioni siano considerate più adeguate per affrontare l'emergenza, portano con sé problemi di altra natura.

Il problema principale nell'affrontare situazioni di emergenza attraverso modifiche al diritto penale e amministrativo è il rischio di una **normalizzazione dell'emergenza**. Quello che dovrebbe essere un **caso eccezionale può diventare ordinario**, e ciò porta a conseguenze rilevanti: se l'emergenza giustifica misure straordinarie che limitano i diritti, queste possono essere tollerate solo per periodi limitati. Ma se viene meno il criterio del breve tempo, la legittimità stessa di queste misure viene messa in discussione.

Se prendiamo ad esempio lo stato italiano, vediamo due fenomeni principali: da un lato, un **irrigidimento delle misure e dei diritti**, con un rafforzamento degli strumenti penali e una sorveglianza di massa che porta a restrizioni dei diritti fondamentali; dall'altro, un **uso strumentale del diritto**, con un approccio securitario che spesso esclude il Parlamento attraverso l'uso di decreti-legge invece delle leggi ordinarie. Questo approccio ha visto i parlamenti stessi rinunciare a un ruolo attivo.

### **Strumenti e Critiche**

1. **Uso di fonti governative:** Il governo si trova in una posizione privilegiata, utilizzando strumenti pensati per gestire l'immigrazione per scopi securitari. Questo consente espulsioni rapide decise dal ministro dell'interno, ma spesso inefficaci: se un terrorista espulso compie un attacco all'estero, l'espulsione non ha garantito sicurezza. Inoltre, si perde l'opportunità di processare o rieducare l'individuo, per esempio attraverso programmi di deradicalizzazione.

2. **Rafforzamento del diritto penale:** Anche se utile come strumento finale, il diritto penale ha dei limiti. La punizione arriva troppo tardi per un terrorista suicida, o potrebbe colpire preventivamente persone innocenti, limitando i diritti in modo eccessivo e osservando ogni aspetto della vita ordinaria delle persone.



**Approccio Alternativo:** Alcuni ordinamenti hanno preferito non usare solo il diritto ordinario, ma anche misure emergenziali, pur senza attivare pienamente le disposizioni costituzionali emergenziali (anche se non attivate) disponibili. Un esempio emblematico è la Francia, che, pur avendo norme emergenziali costituzionali (come l'articolo 16 che richiama l'articolo 48 della Costituzione di Weimar), ha adottato altre disposizioni più tecniche, come le **sunset clauses**.

**Le Sunset Clauses:** Le sunset clauses sono disposizioni che decretano la scadenza di misure introdotte da una legge. Ad esempio, una legge può introdurre misure di sorveglianza o arresto valide solo fino a una certa data, come il 31 dicembre 2026. Dopo quella data, la legge perde efficacia automaticamente, senza bisogno di un intervento legislativo successivo per abrogarla. Questo meccanismo serve a **limitare temporalmente** l'impatto delle leggi emergenziali e a garantire che non diventino permanenti senza giustificazione. Vengono chiamate anche clausole di auto abrogazione

Le sunset clauses sono diffuse non solo in Francia, ma anche in sistemi come quelli di Stati Uniti, Canada e Regno Unito. La loro funzione è quella di garantire che le misure emergenziali siano davvero temporanee, rispettando così il principio cronologico e limitando la possibilità di abusi. In questo modo, si cerca un equilibrio tra sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali.

### La Ratio delle Sunset Clauses: Un Meccanismo Garantistico e i Suoi Abusi

La **ratio** delle **sunset clauses** è quella di disciplinare situazioni emergenziali con un approccio garantistico. L'idea fondamentale è che l'emergenza, per definizione, è **temporanea** e, quindi, il tempo diventa un elemento chiave da considerare. Le sunset clauses garantiscono che le leggi emergenziali abbiano una **scadenza predefinita**, eliminando la necessità di un'altra legge per abrogarle. Si può stimare quanto durerà l'emergenza e, una volta superata, la legge viene considerata automaticamente abrogata.

Tuttavia, nonostante l'intento garantistico, queste clausole sono state spesso "**ab**" usate, specialmente nel contesto della lotta al terrorismo. Come avviene questo abuso? Uno dei principali problemi è che le sunset clauses vengono frequentemente rinnovate. Anche se è stabilita una scadenza, i parlamenti o le camere si riuniscono poco prima della data limite e prorogano l'efficacia delle disposizioni, spesso attraverso **procedure accelerate** che non consentono un pieno dibattito pubblico (spesso in commissione anziché in assemblea).

In alcuni ordinamenti, come in Nuova Zelanda o in Australia, le sunset clauses sono state estese non tramite una nuova legge, ma con **decreti governativi**, che non hanno lo stesso rango giuridico delle fonti primarie. Questo solleva problemi di **gerarchia delle fonti**, poiché decreti del governo non dovrebbero avere il potere di prolungare misure introdotte per via legislativa. Di conseguenza, si osserva che, pur essendo strumenti concepiti per garantire controllo, le sunset clauses possono essere utilizzate in modo da minare tali garanzie, specialmente nei contesti legati al terrorismo internazionale.

**Deroghe ai Diritti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo:** In aggiunta a questi abusi, sia la Francia sia il Regno Unito hanno adottato ulteriori strategie per restringere significativamente i diritti, ricorrendo a **deroghe** previste dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Questa convenzione, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa e di cui sono parte vari stati, compresa l'Italia e il Regno Unito, prevede un meccanismo di deroga in situazioni di emergenza pubblica che minacciano la vita della nazione. L'articolo 15 della CEDU consente agli stati di derogare temporaneamente ad alcune garanzie sui diritti umani, a condizione di seguire una **procedura specifica** che include la notifica al Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

Sia la Francia sia il Regno Unito hanno utilizzato questo meccanismo nelle loro risposte al terrorismo internazionale. Hanno temporaneamente derogato a diritti fondamentali, tra cui quelli relativi alla libertà personale. Per esempio, per alcuni periodi è stato possibile arrestare sospetti terroristi senza rispettare le garanzie dell'**habeas corpus**, riducendo le protezioni legali che normalmente sarebbero inviolabili. Questo approccio ha sollevato importanti questioni di bilanciamento tra la sicurezza nazionale e la protezione dei diritti umani fondamentali.





## **Deroghe ai Diritti Fondamentali e Normalizzazione dell'Emergenza: Un'Analisi del Caso Francese**

Un altro articolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) rispetto al quale è stata richiesta una deroga è l'**articolo 8**, che tutela il diritto alla privacy e alla vita privata e familiare. Sebbene il titolo sembri riferirsi principalmente alla sfera familiare, esso comprende anche il concetto più ampio di **protezione dei dati personali**. Questa deroga è stata necessaria per giustificare l'adozione di misure di sorveglianza particolarmente invasive.

Nel contesto francese, queste misure sono state attuate nell'ambito di un ulteriore quadro emergenziale. Non solo la Francia ha richiesto la deroga ai sensi dell'articolo 15 della CEDU, ma ha anche attivato uno **stato di urgenza** di rango legislativo, non costituzionale. Questo stato di urgenza è previsto da una legge del 1955, pensata originariamente per affrontare la crisi algerina. La dichiarazione dello stato di urgenza è prerogativa dell'esecutivo, ossia del Consiglio dei ministri, mentre per la sua proroga è necessario un intervento legislativo da parte del Parlamento.

Dopo gli attentati di Parigi del 2015, lo stato di urgenza è stato dichiarato e poi prorogato per due anni. Ogni proroga richiedeva l'approvazione delle camere, e il Parlamento ha continuato a rinnovare lo stato di urgenza mensilmente fino al 2017. Tuttavia, dopo due anni di proroghe, le misure emergenziali – come arresti arbitrari senza un forte vaglio giurisdizionale e misure di sorveglianza molto invasive – erano ormai divenute parte della quotidianità.

A quel punto, il Parlamento ha scelto di **non rinnovare** ulteriormente lo stato di urgenza, ma ha invece deciso di **incorporare** alcune delle misure più problematiche in una legge ordinaria del 2017. Queste disposizioni, che prima erano applicabili solo in costanza dello stato di urgenza, sono state normalizzate e inserite nel diritto ordinario, rendendole permanenti a meno che non vengano abrogate o dichiarate incostituzionali. Questo fenomeno rappresenta un esempio di **normalizzazione dell'emergenza** non solo de facto, ma anche de jure, attraverso l'approvazione legislativa. In cui inseriscono alcune delle più problematiche, delle più critiche a disposizioni, che però prima erano applicabili solo all'interno, in costanza, dello Stato d'urgenza. Qui vediamo il caso di normalizzazione dell'emergenza, non solo di fatto, ma anche per via legislativa, perché c'è stata proprio una legge ordinaria che, dopo la proroga per ben 7 volte per due anni della dello Stato di emergenza (richiamato stato d'urgenza), è andata ad introdurre le disposizioni più critiche del diritto ordinario e quindi ora è legge; quindi, se non è drogato o non dichiarato incostituzionale e comunque diritto permanente.

Il caso francese evidenzia una sovrapposizione tra il ricorso alle misure emergenziali e l'utilizzo del diritto ordinario. Anche se le disposizioni emergenziali sembravano temporanee, sono state successivamente integrate nel sistema giuridico ordinario. Ciò ha portato a un irrigidimento securitario, al punto che non si distingue più l'**emergenza dall'ordinarietà**. Questo processo di "draconizzazione" ha reso permanente l'adozione di misure restrittive dei diritti e delle libertà, con conseguenze durature sulla tutela dei diritti fondamentali. . Perché se il questo atto, resta qualcosa di straordinario, che potrebbe essere non rinnovato, quindi prima o poi la Sunset clauses sarà quella definitiva, qui, nell'Europa o si è già modificato il diritto o quello che era nato come emergenziale è diventato binario come nel caso francese.



## INTELLIGENZA ARTIFICIALE E LA SICUREZZA NAZIONALE : I PROFILI PUBBLICISTICI

Qual è il dilemma che la tecnologia, in particolare l'intelligenza artificiale, cerca di affrontare nell'ambito della sicurezza, con riferimento specifico al terrorismo internazionale di matrice jihadista? A partire dagli attentati dell'11 settembre 2001 fino a quelli di Madrid, Londra e Bruxelles, le democrazie occidentali si sono trovate di fronte a una questione critica: come garantire la sicurezza pubblica senza compromettere eccessivamente le libertà fondamentali?

Il problema centrale per il legislatore e per i governi è bilanciare la necessità di proteggere i cittadini da attacchi terroristici, adottando misure che limitano alcune libertà personali (come la libertà di circolazione, di espressione e di culto), con la necessità di tutelare quei diritti fondamentali. I diritti e la sicurezza, dunque, diventano i due piatti della stessa bilancia, e il loro equilibrio richiede un approccio proporzionale.

Nella nostra epoca, definita “**post 9/11 era**”, la sicurezza non è più vista come un semplice limite esterno ai diritti. È diventata, infatti, un diritto soggettivo da proteggere, e deve essere bilanciata con gli altri diritti fondamentali secondo criteri di proporzionalità. **Ma chi decide questi criteri di proporzionalità?** Le corti, in particolare i giudici supremi e sovranazionali, accertano se le misure adottate dal legislatore sono proporzionali. **Se il legislatore sbaglia nell'adottare le misure, spetta alle corti intervenire e correggere tali decisioni.**

In questo sistema di bilanciamento tra diritti e sicurezza, **uno strumento utile è l'intelligenza artificiale (AI)**. Tuttavia, l'AI è **un'arma a doppio taglio**, poiché non solo viene utilizzata dai governi e dalle forze dell'ordine, ma anche dai terroristi. Anche se siamo abituati a considerare il terrorismo jihadista in termini di radicalizzazione, fake news, e messaggi attraverso i social media, l'uso del Deep Web e le strategie dell'ISIS hanno mostrato che i terroristi possono sfruttare l'AI per i loro scopi.

Ciò che ci interessa, però, è l'utilizzo dell'AI da parte dei governi e delle forze dell'ordine per prevenire atti terroristici e individuare i sospetti. La caratteristica più rilevante dell'AI in questo contesto è la **capacità predittiva**. Questa tecnologia permette di prevedere eventi futuri profilando le persone e studiando i loro comportamenti in momenti non sospetti. La finalità predittiva è **strettamente legata alla prevenzione**, un obiettivo fondamentale in termini di sicurezza. Grazie alla capacità di anticipare le minacce, l'AI si dimostra uno strumento estremamente utile per preservare la sicurezza pubblica.

### STRUMENTI

Nell'uso dell'intelligenza artificiale (IA) per scopi di sicurezza, ci interessa comprendere l'affidabilità di questi strumenti avanzati. Tuttavia, non sono sempre attendibili e presentano una serie di rischi, che possiamo suddividere in tre principali categorie:

1. **Rischio di errore:** Gli studi in vari settori hanno dimostrato che l'IA, sebbene avanzata, non è ancora perfetta. Il rischio di errore è elevato, e se l'algoritmo è sbagliato, le conseguenze possono essere gravi. Dopotutto, l'IA è creata dall'uomo e, se l'uomo commette un errore nella programmazione, l'IA amplificherà tale errore.

2. **Mancanza di trasparenza:** Gli algoritmi sono spesso creati da imprese private e sono protetti da diritti di proprietà intellettuale. Questo significa che la loro struttura interna, il modo in cui operano e prendono decisioni, non è visibile né accessibile. Anche quando ci si trova davanti a una corte, la protezione della proprietà intellettuale impedisce la comprensione completa del funzionamento dell'algoritmo, creando un ostacolo alla trasparenza e al controllo pubblico.



**3. Discriminazione:** È stato dimostrato che la tecnologia di riconoscimento facciale commette più errori con persone non di pelle bianca rispetto a quelle di pelle bianca. Simili errori sono stati riscontrati in relazione al genere. Questo problema di discriminazione è particolarmente preoccupante in una democrazia, dove l'equità deve essere garantita a tutti i cittadini. Questi rischi, per un giurista, non sono accettabili se non ridotti al minimo.

Per comprendere meglio questi rischi, possiamo esaminare alcuni casi di applicazione dell'IA:

- **Profilazione e analisi dei metadati:** Si tratta di raccogliere e analizzare dati che non riguardano direttamente il contenuto delle comunicazioni, ma elementi come la posizione di un computer o i siti visitati. Combinati con altre informazioni, questi dati possono rivelare schemi o comportamenti sospetti.

- **Sistemi di riconoscimento facciale:** Questa tecnologia analizza tratti distintivi del volto, come la distanza tra gli occhi o la distanza tra occhi e naso, per identificare le persone. Tuttavia, presenta problemi legati all'accuratezza e alla discriminazione.

- **Rimozione di contenuti online:** Algoritmi possono essere utilizzati per identificare e rimuovere contenuti online che incitano all'odio o che promuovono la radicalizzazione. Attraverso parole chiave o combinazioni specifiche, si può individuare materiale pericoloso. Tuttavia, l'eliminazione dei contenuti non è sempre la soluzione migliore; potrebbe essere più efficace offrire alternative o promuovere messaggi contrastanti.

- **Lotta al finanziamento del terrorismo:** Le banche utilizzano algoritmi per identificare transazioni finanziarie sospette che potrebbero essere collegate al finanziamento del terrorismo, cercando di rintracciare flussi di denaro spesso difficili da individuare.

- **Prevenzione della radicalizzazione:** L'IA può analizzare la comunicazione per individuare messaggi che mirano a reclutare persone vulnerabili. Questi soggetti spesso non conoscono nulla della religione che affermano di seguire e vengono reclutati facendo leva sul senso di insoddisfazione o esclusione, come accade in Francia, dove alcuni giovani si sentono emarginati e non parte della comunità.

In tutti questi casi, l'IA è utilizzata dalle autorità pubbliche e dai governi per affrontare e prevenire minacce terroristiche.

### Caso: algoritmi utilizzati per rimuovere o oscurare contenuti terroristici online

**La radicalizzazione**, ovvero la diffusione dell'ideologia terroristica e l'invito ad aderirvi, avviene in gran parte sul web. I terroristi, come qualsiasi altro utente di Internet, **fanno uso massiccio delle piattaforme online** per diffondere i loro messaggi. Ciò implica che le piattaforme digitali e i social network devono agire con fermezza per evitare che contenuti terroristici si diffondano sui loro spazi. Tuttavia, data l'immensità e la complessità della rete, **è impossibile per l'occhio umano monitorare tutto**.

Qui entrano in gioco gli **algoritmi**, che possono essere istruiti per riconoscere frasi, testi, immagini, o video che possano avere un contenuto radicalizzante. Questi contenuti non sono necessariamente **istruzioni esplicite**, come la costruzione di una bomba (più comuni nel dark web), ma possono essere informazioni più ambigue e meno dirette che circolano sui social network.

Gli algoritmi possono essere **addestrati** tramite tecniche di analisi testuale per rilevare determinate parole o frasi che, combinate tra loro, rappresentano un rischio. Si cerca di insegnare loro anche a **valutare il contesto**, poiché le stesse parole usate in una lezione universitaria sul terrorismo hanno una valenza diversa rispetto a un video che promuove l'estremismo. Gli algoritmi, quindi, possono identificare contenuti a rischio e segnalarli al gestore della piattaforma o, in alcuni casi, rimuoverli automaticamente, senza passare per una verifica umana.

Il ruolo delle piattaforme diventa cruciale, poiché esse agiscono per proteggere la **sicurezza pubblica**, in collaborazione con le autorità. Inizialmente, tra il 2014 e il 2015, questa cooperazione



era informale: le grandi piattaforme si accordavano per uniformare le **loro policy di rimozione** e gli algoritmi, al fine di combattere efficacemente i contenuti terroristici.

Dal punto di vista giuridico, però, ciò presenta delle criticità, poiché non esistevano norme vincolanti, e gli accordi informali non erano soggetti a un'applicazione coattiva. L'Unione Europea ha cercato di regolamentare questa materia con un approccio più tradizionale, creando regole giuridiche. Nel 2021, è stato adottato il **Regolamento n. 784 del 2021**, noto come regolamento per la rimozione dei contenuti terroristici online. Questo regolamento obbliga le piattaforme a rimuovere i contenuti terroristici in due modi:

1. **Su ordine di un'autorità pubblica competente**, designata dagli Stati membri;
2. **Misure specifiche o proattive**: le piattaforme più grandi, ritenute più esposte al rischio, possono decidere autonomamente di rimuovere contenuti. In pratica, applicano i loro algoritmi per identificare contenuti sospetti e rimuoverli, anche se non sono stati segnalati da alcuna autorità pubblica.

Questi algoritmi sono addestrati su dati e statistiche che, tuttavia, potrebbero essere parziali e non sempre in grado di interpretare correttamente il contesto. Questo solleva preoccupazioni, poiché gli algoritmi potrebbero commettere errori o applicare criteri che non sempre riflettono la complessità delle situazioni reali.

### Il regolamento per la rimozione dei contenuti terroristici online

Il regolamento europeo **non specifica** in dettaglio la tipologia di algoritmi da utilizzare, né indica con precisione come le piattaforme debbano applicarli. Rimane, dunque, piuttosto vago sull'aspetto tecnologico. Tuttavia, afferma chiaramente che le piattaforme che non si adeguano alle regole possono essere soggette a sanzioni significative, commisurate al loro fatturato. Questo ha sollevato la questione della **responsabilità** delle piattaforme per i contenuti pubblicati da terzi. Tradizionalmente, le piattaforme **non sono considerate** responsabili dei contenuti postati dagli utenti, a meno che non operino come editori veri e propri.

In questo caso, però, c'è una **forma indiretta di responsabilità**: le piattaforme rispondono con sanzioni se non riescono a rimuovere i contenuti terroristici in modo tempestivo. Di conseguenza, l'incentivo è di utilizzare algoritmi sempre più avanzati e preventivi, per evitare le sanzioni, eliminando persino contenuti sospetti per eccesso di cautela.

Il regolamento ha anche una vocazione transfrontaliera. Le piattaforme, spesso con sede legale al di fuori dell'Europa, ad esempio negli Stati Uniti o in altre regioni come Asia o Africa, **devono comunque rispettare le regole dell'UE se operano in Europa**. Questo implica che le imprese extraeuropee devono adattarsi agli standard europei, influenzando indirettamente anche le loro **policy globali**.

Questo porta ad alcune **problematiche giuridiche**. Se le piattaforme private sentono la necessità di creare algoritmi potentissimi per evitare le sanzioni, potrebbero scegliere di rimuovere contenuti sospetti, rischiando di compromettere **la libertà di espressione degli utenti**. Gli utenti, dal canto loro, possono contestare queste decisioni, appellandosi alla piattaforma e sostenendo, ad esempio, che un contenuto eliminato era in realtà una lezione accademica sul terrorismo internazionale.

Dal punto di vista del diritto pubblico comparato, emergono almeno due principali problemi:

1. **Ruolo simile al potere legislativo**: Le piattaforme private devono definire linee guida sui contenuti terroristici e stabilire quali termini possono essere considerati pericolosi o legati alla radicalizzazione. In questo modo, assumono un ruolo simile a quello del **legislatore**, definendo le fattispecie legate al terrorismo.
2. **Ruolo simile al potere esecutivo**: Quando le piattaforme rimuovono un contenuto, eseguono un'azione esecutiva. L'algoritmo agisce automaticamente, limitando una libertà, come farebbe un'azione del potere esecutivo.



**3. Ruolo para-giudiziario:** Se un utente contesta la rimozione di un contenuto, la piattaforma organizza una sorta di “Corte di Internet” per decidere chi ha ragione. Questo simula il ruolo giudiziario, ma è gestito da privati.

Queste funzioni, tipiche della sovranità pubblica, vengono parzialmente trasferite ai privati. In questo modo, i privati assumono un ruolo legislativo, esecutivo e giudiziario, alterando il concetto tradizionale di sovranità, che non è più esclusivamente in mano al potere pubblico. **Questo fenomeno comporta un'ibridazione e una contaminazione dei concetti classici di sovranità**, sollevando importanti questioni sulla governance e sulla protezione dei diritti fondamentali.

### Problemi legati al rapporto pubblico-privato nella gestione delle funzioni pubblicistiche

C'è un problema significativo legato al rapporto tra soggetti pubblici e privati, soprattutto all'interno delle imprese private. Ad esempio, se una piattaforma deve creare una "**Corte interna**" per gestire i reclami, avrà bisogno di **risorse economiche** per pagare le persone che lavorano in questa Corte. Se deve sviluppare algoritmi sempre più sofisticati per rispondere in modo efficace alle esigenze regolamentari, **dovrà investire molte risorse**. E se deve rispettare la regolamentazione europea, la piattaforma dovrà sostenere costi rilevanti.

Una piccola impresa potrebbe non avere le risorse economiche per soddisfare tali requisiti. Se, infatti, deve creare una piccola Corte interna, investire in tecnologie avanzate e garantire la conformità con tutte le normative europee, non avrà abbastanza fondi per coprire queste spese. Di conseguenza, le **piccole imprese sono destinate a scomparire**, mentre le grandi imprese, che hanno le risorse economiche e tecniche necessarie, riescono ad adattarsi e a prosperare. Questo crea un problema di competitività, favorendo le grandi aziende con maggiori capacità finanziarie.

Un altro problema riguarda la **finalità degli investimenti**. Quando il settore pubblico si occupa della tutela delle libertà, lo fa per il bene della comunità, in **un'ottica di "cura" della società**. Tuttavia, i **privati investono per il profitto**. Questo significa che potrebbero non avere come priorità la protezione della libertà di espressione o di altri diritti fondamentali. Le imprese, infatti, rispondono a logiche economiche, come i desideri degli investitori che finanziano l'azienda, e potrebbero non essere i soggetti ideali per garantire l'interesse pubblico

Quando ai privati vengono affidate funzioni tipicamente pubbliche (come la definizione di cosa costituisca un contenuto terroristico, la rimozione dei contenuti o la gestione delle contestazioni in modo quasi giudiziario), **il concetto di sovranità viene alterato**. Inoltre, si aggiunge la mancanza di responsabilità e accountability delle imprese private rispetto alle decisioni che prendono.

### Aspetti positivi del coinvolgimento dei privati:

1. **Rapidità:** I privati possono esaminare enormi volumi di messaggi in tempi brevissimi, cosa che l'occhio umano non riuscirebbe a fare né con la stessa velocità né su scala così ampia.
2. **Efficienza:** L'efficienza operativa è legata alla capacità di rispondere rapidamente a una determinata esigenza.
3. **Investimenti privati:** Le risorse investite dai privati possono raggiungere obiettivi che il settore pubblico non sarebbe in grado di realizzare.

Nonostante i vantaggi e svantaggi, il diritto e l'approccio pubblicistico devono trovare soluzioni adeguate. Non sarebbe solo controintuitivo, ma anche irresponsabile, vietare l'uso della tecnologia per il solo fatto che presenta dei rischi. Proibire l'uso di queste tecnologie significherebbe dare un vantaggio ai terroristi, che invece le utilizzano senza scrupoli.

### Il Diritto come Strumento di Soluzione dei Problemi



Vediamo come il diritto cerchi di intervenire per limitare i rischi e risolvere i problemi legati alla sicurezza e alla sorveglianza. Un “**meccanismo**” chiave in questo contesto è il principio di proporzionalità, un principio che devono rispettare sia le Corti nazionali costituzionali e sovranazionali europee (come quelle di Lussemburgo e di Strasburgo), sia i legislatori a tutti i livelli di governo.

Il principio di proporzionalità è fondamentale per bilanciare i diritti e la sicurezza. Esso regola la **limitazione dei diritti**, stabilendo che non tutti i diritti sono assoluti, ma che molti sono limitabili per esigenze superiori, sempre entro certi limiti. **L’articolo 52** della *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*, ad esempio, specifica che la maggior parte dei diritti sono limitabili, tranne quelli assoluti, ma solo osservando alcuni criteri fondamentali:

1. **Base giuridica:** Deve esserci una base legale per la limitazione di un diritto, ossia le limitazioni **devono essere previste dalla legge**. Qui, “legge” è intesa in senso **sostanziale**, come una fonte del diritto chiara, accessibile e vincolante.

2. **Necessità e interesse generale:** Le limitazioni devono essere necessarie per raggiungere obiettivi di interesse generale, riconosciuti dall’Unione Europea o a livello nazionale, come la tutela della sicurezza pubblica. **Tali limitazioni devono essere giustificate** e, soprattutto, devono essere l’opzione meno invasiva disponibile. Chi limita i diritti deve dimostrare che non esisteva un modo meno intrusivo per raggiungere lo stesso obiettivo. Ad esempio, nel caso di politiche migratorie, invece di chiudere le frontiere a interi Paesi, si potrebbe preferire un metodo più mirato per ridurre i rischi.

Se un legislatore non rispetta il **principio di proporzionalità**, quando la questione arriva in tribunale, le Corti possono sanzionarlo per aver preferito una misura più invasiva senza motivazione.

### Applicazione del Principio di Proporzionalità nel Contesto Antiterrorismo e Tecnologia

La giurisprudenza europea ha chiarito l’applicazione del **principio di proporzionalità** anche rispetto all’uso di strumenti tecnologici di sorveglianza nella lotta contro il terrorismo internazionale. Anche se alcune sentenze riguardano tecnologie più “**datate**,” i principi enunciati si applicano anche alla tecnologia avanzata.

Un principio fondamentale che implementa il principio di proporzionalità nell’uso di strumenti di sorveglianza è che la **sorveglianza** dovrebbe essere **mirata**. La **sorveglianza massiva**, che colpisce tutti indiscriminatamente, viola infatti la privacy e il principio di presunzione di innocenza. In linea di principio, affinché una persona sia soggetta a sorveglianza da parte delle forze pubbliche, deve esserci un comportamento sospetto o un legame con attività illecite. Ad esempio, se una persona frequenta abitualmente gruppi terroristici o diffonde messaggi di odio, ci sono motivazioni per un controllo mirato.

Tuttavia, l’idea della sorveglianza massiva nasce dal fatto che i **terroristi** moderni non indossano una divisa, non si distinguono facilmente e si infiltrano nella società civile. Questo porta a un controllo generalizzato, che però **viola il principio della presunzione d’innocenza**, cardine delle democrazie liberali. Quindi la sorveglianza mirata, personalizzata, che sarebbe compatibile con lavoro rule of law, con le democrazie liberali, viene bypassata dalla sorveglianza generalizzata, che in teoria viola la rule of law e che in teoria non è compatibile con le democrazie avanzate.

La Corte di Giustizia, seppur teoricamente ammetta che il pericolo del terrorismo internazionale sia così serio da non consentire alle democrazie di vivere in un **mondo utopico**, sostiene che occorre prendere provvedimenti. Tuttavia, nella pratica, la Corte non approva mai la sorveglianza di massa. Piuttosto, insiste sul fatto che la sorveglianza debba essere sempre **mirata**.

Ogni volta che il legislatore ha ipotizzato una sorveglianza di massa per controllare tutti, la Corte ha censurato tale approccio, giudicandolo sproporzionato, come nel caso di normative che prevedevano controlli indiscriminati per due anni, considerati irragionevoli. La Corte sostiene che, anche se il contesto attuale è pericoloso, non è possibile dichiarare a priori che la sorveglianza massiva sia legittima. Piuttosto, nel valutare specifici casi, spesso agisce come una sorta di “Corte legislatore,” correggendo le normative e suggerendo come dovrebbero essere formulate per essere accettabili.



Per garantire la conformità con il principio di proporzionalità, la Corte afferma che le leggi che autorizzano la sorveglianza devono essere redatte (**drafting normativo**) in modo chiaro e preciso, evitando formulazioni vaghe o ambigue. Solo norme ben definite e comprensibili possono garantire che la sorveglianza sia applicata in modo coerente e senza ambiguità.

Un altro principio importante stabilito dalle Corti riguarda l'uso di **sistemi automatizzati**, come l'intelligenza artificiale. Se un sistema di IA identifica una persona come potenziale terrorista, con conseguenti ripercussioni sui diritti e sulle libertà individuali (ad esempio, l'avvio di un procedimento penale o l'applicazione di misure di sicurezza che limitano la libertà personale), la decisione dell'IA deve essere soggetta a revisione umana. Questo controllo umano, tuttavia, è richiesto solo per le decisioni che hanno un impatto negativo sui diritti delle persone.

Inoltre, devono essere garantiti meccanismi di controllo sia a **priori che a posteriori**. Ciò significa che le persone colpite da provvedimenti devono poterli impugnare dinanzi a un'autorità giudiziaria indipendente, per ottenere un rimedio efficace che possa anche revocare la decisione presa dall'algoritmo.

Questi principi di proporzionalità, specialmente quando applicati alla tecnologia, subiscono una pressione notevole a causa dell'uso massiccio degli algoritmi. Ad esempio, l'obbligo di prevedere un controllo giurisdizionale a posteriori richiede la presenza di un giudice qualificato, indipendente e imparziale, ma le piattaforme spesso creano board interni che non possono essere considerati veri giudici secondo i canoni tradizionali. Questo rappresenta una criticità significativa.

In conclusione, la giurisprudenza ha compiuto passi importanti per garantire un approccio realistico all'uso degli algoritmi, riconoscendo che non si può ignorare questa tecnologia, poiché ciò darebbe un vantaggio ai terroristi. Tuttavia, **le decisioni giuridiche** spesso arrivano dopo che i sistemi di IA sono già in uso. Insieme al principio di proporzionalità, è fondamentale anche il **principio di non discriminazione**, poiché, come evidenziato, il riconoscimento facciale tende a commettere più errori con persone di colore rispetto a persone bianche. Inoltre, rimane il **problema dell'impugnabilità**, dato che gli algoritmi non sono sempre trasparenti, rendendo difficile contestare le decisioni prese sia in termini di proporzionalità sia di discriminazione.



## IL DIRITTO TRANNAZIONALE NEL DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

### LEZIONE DEL PROFESSORE GIUSEPPE FRANCO FERRARI

**INTRODUZIONE:** In questa lezione ci occuperemo di comprendere che cosa si intende con il termine "**transnational**" e come il diritto comparato possa essere utilizzato come leva per lo sviluppo del diritto transnazionale. Esamineremo come il diritto transnazionale si distingua dal diritto internazionale e dal diritto sovranazionale, chiarendo le differenze fondamentali tra questi concetti. Inoltre, sarà importante capire come il diritto transnazionale si inserisca nel contesto del "global law," con particolare riferimento agli aspetti più teorici, ai metodi interdisciplinari e ai rapporti che intercorrono tra il diritto e altre discipline.

#### Il diritto pubblico comparato

Il diritto pubblico comparato ha una lunga storia ed è una disciplina radicata sia dal punto di vista scientifico che accademico. Dal punto di vista scientifico, ha un background dottrinale consolidato; dal punto di vista accademico, è insegnata negli atenei italiani e non solo. Basta pensare che la prima cattedra di diritto costituzionale e comparato risale **al 1861 a Napoli**, subito dopo l'Unità d'Italia. Molte altre cattedre simili sono state create in numerosi atenei italiani, come a Pisa e Padova, e sono state occupate da autori di rilievo come Gaetano Mosca (importante soprattutto nel mondo anglosassone, e professore di diritto costituzionale), Luigi Luzzatti (che fu presidente del Consiglio nel 1911), e Attilio Formia, il quale fondò una serie di volumi nota come la Biblioteca Formia, composta da 20 volumi che includevano le più celebri opere europee, tra cui molte opere di autori tedeschi.

Quindi, il diritto comparato ha una tradizione ben radicata in **Italia**. A livello internazionale, la **International Academy of Comparative Law**, fondata nel **1900** e riorganizzata nel 1924, ha svolto un ruolo importante nel fornire definizioni di concetti giuridici, visto che i termini spesso si evolvono e sono usati in modo confusionario. Per esempio, l'Accademia ha definito i diritti di terza generazione nel **1986** per colmare le incertezze, e questo è diventato patrimonio comune. L'Academy è un'associazione composta da professori di grande rilievo.

Nel contesto italiano, il diritto comparato ha avuto una rilevanza particolare, tanto che anche nelle facoltà di scienze politiche si è iniziato a insegnare questa disciplina. È nata una scuola che non si basa più solo sui paesi coloniali, ma anche sui paesi **africani e orientali**. Dal 1924, il diritto costituzionale comparato è stato insegnato in queste facoltà, inizialmente coincidente con il **diritto coloniale**, dato che l'Italia aveva molte colonie e si riteneva utile studiare anche quel diritto. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, questi insegnamenti sono stati trasformati nello studio dei diritti dei paesi **afroasiatici**. Così è nata una scuola importante, centrata sullo studio delle ex-colonie dell'Africa e dell'Oriente, sia durante il periodo coloniale che nel post-colonialismo.

Dal 1990, il diritto comparato è diventato una materia obbligatoria nelle facoltà di giurisprudenza e scienze politiche, con un peso di 8 crediti. Gli studenti possono scegliere quale tipo di diritto comparato studiare, sia esso diritto privato o pubblico, oppure dedicarsi allo studio di sistemi giuridici più ampi

Quindi, quando parliamo di diritto comparato, ci riferiamo a un ambito ben definito, sia storicamente che accademicamente.

#### Il diritto transnazionale

Il diritto transnazionale è un **contenitore** concettuale più recente, nato per interpretare (e rendersi estremamente utile nell'interpretare) le nuove realtà evolutive, sia del diritto costituzionale (domestico) che del diritto internazionale (rapporti tra stati). Il concetto si è evoluto, diventando più ampio rispetto alle definizioni tradizionali, e oggi rappresenta qualcosa di più complesso rispetto a ciò che si trovava nei manuali anni fa. Non è riconducibile né al diritto nazionale né a quello internazionale, ma ambisce a essere una dimensione più estesa, particolarmente efficace nell'interpretare la **realtà globale**.





Questa idea ha origini lontane e conta due figure fondatrici: il britannico **Norman Angell** e l'americano **Philip Jessup**. Norman Angell, giornalista e politico laburista, vinse il Nobel per la pace nel 1921. In un libro pubblicato dopo la Prima Guerra Mondiale, Angell criticò il **Trattato di Versailles** per le condizioni troppo dure imposte alla Germania e usò per primo l'idea di diritto transnazionale come un diritto internazionale "**più umano,**" non limitato alla regolazione della guerra e della pace, ma orientato verso modalità di convivenza più ragionevoli.

Philip Jessup, studioso di diritto internazionale e professore alla Columbia University, sviluppò un'idea più ambiziosa e meno politica. Jessup ipotizzava che il diritto costituzionale e il diritto internazionale, i due grandi ambiti del diritto pubblico, avessero già prodotto un terreno intermedio che li collegava. Sugerì quindi che il diritto transnazionale potesse **includere** in modo inclusivo il diritto internazionale pubblico, il **diritto internazionale privato e il diritto costituzionale**. Questa visione rimase confinata nei libri di diritto fino alla globalizzazione, che ha introdotto nuove problematiche non riducibili alle sole categorie di diritto costituzionale e internazionale e quindi, si è creato un contesto giuridico, ontologico, politico, economico e antropologico in cui vi era l'esigenza di avere una **contattologia**, un vocabolario, più ampio di quello che le discipline classiche offrivano.

### Globalizzazione

L'avvento della globalizzazione ha suscitato reazioni contrastanti. Da una parte, vi sono gli "**Hyper-Globalizers,**" che ne esaltano i lati **positivi**; dall'altra, alcuni autori critici, soprattutto francesi e tedeschi (es. Scuola di Francoforte), ne **contestano** gli effetti, evidenziandone gli aspetti distruttivi, anche per il diritto pubblico. La globalizzazione coincide con la fine della **Guerra Fredda**, la caduta dell'influenza dell'URSS e la nascita di nuovi stati, come quelli nati dall'ex Jugoslavia.

La caduta dei blocchi ideologici e l'avvento di un nuovo equilibrio politico (e dell'avvento di questo giro politico, è che viene meno la contrapposizione tra ideologie forti e, apparentemente )segnano la fine delle dittature in America Latina e la democratizzazione dell'Europa dell'Est. Molti teorizzarono la "**vittoria**" del modello occidentale come una "**fine della storia,**" teoria sostenuta anche dal libro di Francis Fukuyama, **The End of History and the Last Man** (1992), poi riconsiderata dallo stesso autore.

Oltre alla fine della Guerra Fredda, la globalizzazione è stata potenziata da altri fattori come **l'uso civile di Internet** (1978, inizialmente solo militare) e il progresso tecnologico con le biotecnologie, la mappatura completa del DNA e la sovrapposizione tra scienza e tecnologia. Prima, lo scienziato ideava in astratto, e qualcun altro sviluppava in concreto; oggi chi opera sul DNA è sia tecnologo che scienziato, e il problema diventa la regolamentazione di queste **libertà operative**.

L'effetto di questi cambiamenti ha ridotto i confini fisici e l'economia è divenuta finanziarizzata. Thomas Friedman, giornalista, descrive questo fenomeno in **Il mondo è piatto**, intendendo che la globalizzazione ha ridotto le distanze (**effetto farfalla**), e ciò ha avuto immense implicazioni politiche, economiche e territoriali.

**Implicazioni per il diritto:** La globalizzazione ha avuto conseguenze tanto per il diritto nazionale quanto per quello internazionale, e questo ha rinnovato l'idea che i concetti di diritto costituzionale e internazionale non **fossero più sufficienti**. Non solo ciascuno dei due ambiti ha **influenzato l'altro**, ma si è creato un terreno intermedio che richiede un apparato concettuale moderno, capace di includere le nuove dinamiche transnazionali del diritto pubblico.

### Diritto costituzionale

Il diritto costituzionale può essere suddiviso in due fasi principali: **la fase classica**, che nasce con la **Pace di Vestfalia** nel 1648, segnando la fine della Guerra dei Trent'anni e l'emergere degli stati moderni in Europa, e **una fase più moderna**, iniziata con le costituzioni del **dopoguerra**. Con la fine del Sacro Romano Impero e l'affermarsi di monarchie sovrane, si sviluppa il diritto pubblico moderno (lo **ius publicum europaeum**), basato sull'idea di sovranità assoluta e priva di interferenze esterne.



In Inghilterra, la sovranità si sviluppa in modo peculiare a causa di eventi storici e di un'ideologia insulare che conferisce alla Corona un ruolo astratto e perdurante, senza l'adozione di una costituzione scritta. Esistette per breve tempo un documento costituzionale, l'**Instrument of Government di Cromwell** (1649-1659), associato al periodo della dittatura, che contribuì all'idea che una costituzione non fosse adatta per l'Inghilterra, lasciando il **potere sovrano alla Corona**.

Nel resto d'Europa, la sovranità si è concentrata nello Stato, anche grazie alla dottrina tedesca dell'Ottocento che, sotto l'influenza di **Bismarck**, promuoveva uno **Stato forte e autoritario**. Questo stato di cose, l'idea che la sovranità dello stato, viaggia con modificazione inevitabili dovute a condizioni politiche (dalla pace di Vestfalia alla fine della Prima guerra mondiale) e al progresso e alla pace. La Prima Guerra Mondiale ha portato alla nascita di nuove costituzioni, come quella **di Weimar in Germania**, che cercavano di bilanciare i poteri e proteggere i diritti individuali. Tuttavia, queste costituzioni erano spesso associate a fragilità politiche (però partiva con un **difetto**, era stata approvata dai partiti di centro (liberali e socialdemocratici) che erano quelli che si erano trovati costretti a firmare i trattati) come la firma dei trattati di pace che portarono alla crescita del nazismo.

Dopo la **Seconda Guerra Mondiale**, un nuovo ciclo di costituzioni si sviluppò in Europa, con documenti come la Costituzione tedesca, italiana e francese, che miravano a **proteggere** l'individuo in modo più efficace. Queste costituzioni includevano meccanismi come la **rigidità** costituzionale, **l'istituzione di corti costituzionali**, e una maggiore apertura al diritto internazionale. L'idea del **monismo** e del **dualismo**, in riferimento al rapporto tra ordinamento nazionale e internazionale, ha portato a un'apertura delle costituzioni nazionali verso norme internazionali. Oggigiorno non vi sono costituzioni totalmente dualistiche e monistiche

Negli anni '70, con la fine degli ultimi regimi totalitari in Spagna, Portogallo e Grecia, nacquero nuove costituzioni che non solo adottarono le esperienze precedenti, ma aumentarono ulteriormente l'apertura al diritto internazionale. **L'Austria**, ( in condizioni di neutralità dei blocchi ) ad esempio, rafforzò la sua costituzione del 1921, scritta **da Kelsen**, adattandola ai nuovi contesti internazionali.

Questa evoluzione del costituzionalismo ha portato molti studiosi, soprattutto anglo-americani, a sostenere che le nuove costituzioni non si limitavano più a regolamentare la forma di governo e i diritti di libertà, ma aspiravano a gestire anche **la società e l'economia**. Questo ha portato all'idea che il costituzionalismo fosse "**insaziabile**," e la costituzione in realtà è la vera sovrana di questo modello, coprendo tutti i settori anche non più solo quelli strettamente politici riguardanti lo stato e la libertà individuale, ma anche la zona di intermedia.

Infine, un terzo ciclo di costituzioni emerse con la caduta dell'Unione Sovietica, **tra il 1991 e il 1993**, quando gli stati ex-satelliti si dotarono di nuove carte costituzionali ispirate ai modelli occidentali. Queste nuove costituzioni erano spesso motivate non solo da **desideri democratici**, ma anche da esigenze pratiche come l'adesione al **Fondo Monetario Internazionale**. Esse accentuarono ancora di più l'apertura al diritto internazionale, considerato uno strumento di garanzia per mantenere la democrazia e la stabilità.

**Il costituzionalismo 3.0**, come lo definiscono alcuni autori, si caratterizza per una quasi totale **integrazione** con il diritto internazionale, utilizzando le istituzioni internazionali come garanzie per le costituzioni, soprattutto in ordinamenti che avevano recentemente vissuto esperienze autoritarie. Ad esempio, paesi come la Jugoslavia e l'Ungheria avevano una tradizione democratica limitata, mentre altre nazioni non avevano mai avuto esperienze concrete di democrazia. **Il concetto è:** così come dopo la seconda guerra mondiale si pensava che il vecchio costituzionalismo non bastasse più e quindi bisognava aggiungere alla forma di governo e ai diritti di libertà altre garanzie (le costituzioni rigide, le corti costituzionali e la insaziabilità e quindi l'estensione del contenuto delle carte) a maggior ragione queste carte costituzionali, scritte in ordinamenti che erano stati autoritari fino al giorno prima, sentono la necessità di cercare altre garanzie



## Protezione del diritto internazionale

Le costituzioni moderne trovano nel **diritto internazionale** una fonte di **protezione** per mantenere la loro democraticità interna, creando un sistema in cui la salvaguardia dei valori democratici è garantita anche a livello esterno. Questo è diventato possibile poiché il diritto internazionale ha subito una trasformazione significativa, passando da un sistema di semplice coesistenza tra Stati, senza regole o autorità superiori, a un **ordine più strutturato e vincolante**.

In passato, il diritto internazionale si basava principalmente sulla coesistenza tra Stati, senza un'autorità superiore che ne regolasse i rapporti. Un esempio emblematico di un tentativo fallimentare di creare un organismo internazionale fu la **Società delle Nazioni**, che non riuscì nemmeno a ottenere l'adesione degli Stati Uniti, nonostante fosse stata concepita proprio da loro. Tuttavia, con la fondazione delle **Nazioni Unite nel 1948 (ONU)** e la **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo**, (Era un genuino tentativo di introdurre a livello universale una protezione di diritti e che i Bill of Rights e i sovranisti costituzionalisti non erano riusciti a garantire). il diritto internazionale iniziò a cambiare la sua natura. Questa dichiarazione, inizialmente un semplice elenco di intenti rivolto all'opinione pubblica mondiale, cominciò a essere interpretata già negli anni '50 come **vincolante**, tanto da influenzare il sistema giuridico internazionale.

Con il tempo, l'idea che nel diritto internazionale esistano norme di diversa rilevanza si è consolidata. Si distingue oggi tra **ius dispositivum** (norme ordinarie, derogabili attraverso accordi tra Stati) e **ius cogens** (norme di rango superiore, inderogabili, che proteggono diritti fondamentali e impediscono violazioni gravi, ne esistono 5 ). Il diritto internazionale non è più un'entità esclusivamente pattizia basata su accordi tra Stati, ma si è evoluto includendo **obblighi superiori**, come la protezione dei diritti umani e dell'ambiente.

Un esempio storico delle limitazioni del vecchio diritto internazionale riguarda la guerra franco-prussiana del **1870**. All'epoca, il diritto consuetudinario imponeva agli Stati di notificare le uniformi militari ufficiali al nemico. La Francia, non avendo notificato correttamente le uniformi, subì pesanti conseguenze, come la fucilazione ( un'intera divisione di cacciatori delle Alpi) di un'intera divisione. Questa situazione evidenzia quanto fosse **primitivo e rigido** il diritto internazionale prima del 1948.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, il diritto internazionale si è evoluto verso un sistema che tutela diritti fondamentali, **come la protezione dell'ambiente**. Fino agli anni '70, uno Stato poteva liberamente inquinare, anche se questo danneggiava i paesi vicini. L'accordo di **Helsinki del 1972** cambiò la situazione, introducendo obblighi e limitazioni per proteggere l'ambiente, come **il divieto di scaricare sostanze nocive su territori limitrofi**. Inoltre, si sviluppò l'idea che il mare aperto ( piattaforma continentale) non è solo una risorsa da sfruttare liberamente, ma un bene comune da proteggere collettivamente. Di conseguenza, se uno Stato nota un altro Stato che inquina massicciamente, può intervenire per salvaguardare l'ambiente, anche se non è direttamente coinvolto.

## Il diritto internazionale e la sua costituzionalizzazione

L'ambiente diventa un bene comune e le norme di protezione ambientale assumono il carattere di **ius cogens**. Questo significa che il diritto internazionale si costituzionalizza, incorporando istituti tipici del diritto costituzionale, come la gerarchia delle norme. Le norme di diritto internazionale non sono tutte sullo stesso piano; esistono diverse categorie: **ius cogens**, che prevale sul **ius dispositivum**, e norme valide **erga omnes**, rispetto ad altre valide solo tra le parti.

Questa gerarchizzazione delle norme è tipica del diritto costituzionale, che ordina le sue fonti in una struttura gerarchica: la costituzione, le leggi di revisione costituzionale, le leggi organiche, le leggi ordinarie, e infine i regolamenti. La complessità e l'articolazione del diritto internazionale moderno portano a definirlo come "**costituzionalizzato**."

Inoltre, il diritto internazionale diventa **gerarchizzato** anche perché emergono nuove autorità sovranazionali che prima non esistevano. Non esistono più solo istituzioni di carattere universale, ma



anche **autorità non governative (NGOs)**, che svolgono un ruolo significativo. È stato inoltre introdotto il concetto che anche i singoli individui possano essere ritenuti **responsabili a livello internazionale**. Un esempio è il caso di **Slobodan Milosevic**, l'ex presidente serbo, processato e condannato dalla Corte Internazionale per crimini contro l'umanità. Ciò indica che la responsabilità non ricade più esclusivamente sugli Stati, ma anche sui loro leader, che diventano soggetti giuridicamente responsabili.

Queste innovazioni dimostrano l'evoluzione del diritto internazionale verso una forma di protezione che giustifica il nuovo rapporto tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale, ora concepiti in un'ottica di "**costituzionalismo 3.0**". In questo contesto, il diritto internazionale è descritto come "**il mite civilizzatore dell'umanità**," come sostiene il giurista finlandese Martti Koskenniemi, anche se sono ancora presenti sfide e violazioni, come quelle delle sedi diplomatiche.

Il diritto transnazionale rappresenta un **ulteriore livello normativo** che non rientra completamente né nel diritto costituzionale né in quello internazionale, ma piuttosto **include regole che** appartengono a entrambi o che sono del tutto nuove. Questo diritto è particolarmente complesso nei contesti continentali, come quello europeo, dove il modello giuridico europeo tende a essere esportato.

Nasce un altro fenomeno che è quello delle **organizzazioni** che non sono statali né internazionali, ma sovranazionali, come **l'Unione Europea**. Nata come una comunità economica, l'Unione Europea è diventata un'entità politica, regolando non solo la libera circolazione di beni, persone, e capitali, ma anche interessi politici più ampi. Accanto a questa, **c'è il Consiglio d'Europa**, con la **sua Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo**. I cittadini europei, quindi, possono scegliere tra diverse forme di protezione dei loro diritti: dai giudici domestici a quelli di Strasburgo o Lussemburgo, a seconda delle condizioni di interesse e legittimazione.

**Il cuore del diritto transnazionale: multilevel governance:** Il "core" del diritto transnazionale è rappresentato dalla "**multilevel governance**," particolarmente evidente in Europa, ma presente anche in altre aree. In America, ad esempio, c'è la **Dichiarazione dei Diritti di San José di Costa Rica del 1968**, mentre in Africa esiste una federazione di organismi giuridici. La struttura della convivenza politica oggi si basa su **tre livelli**: domestico, continentale, e globale o universale. Questi livelli si intrecciano, creando reti giuridiche dove diritto pubblico e privato spesso si sovrappongono, perdendo la netta separazione che avevano un tempo.

### **L'ordinamento sportivo e la lex sportiva**

Un esempio concreto di diritto transnazionale è l'ordinamento sportivo, spesso indicato come **lex sportiva**. Analogamente si parla anche di **lex informatica o lex mercatoria**. L'ordinamento sportivo comprende le federazioni sportive nazionali, che in Italia sono raggruppate sotto un ente come **il CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano)**. Il CONI è un ente pubblico in Italia, ma in altri ordinamenti, sia europei che mondiali, può assumere natura pubblica o privata. Le federazioni e gli enti olimpici aderiscono al **CIO (Comitato Olimpico Internazionale)**. Parallelamente, esiste una rete internazionale per il controllo del doping, che monitora l'uso di sostanze vietate da parte degli atleti.

Se si verifica un caso di doping, la Federazione americana, ad esempio, è la prima a prendere una decisione. Tuttavia, l'ente internazionale per il controllo del doping può presentare ricorso contro la decisione della Federazione davanti **al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) con sede in Svizzera**. Davanti al tribunale, le parti coinvolte possono decidere consensualmente quale diritto applicare; se non trovano un accordo, si applica il diritto svizzero. Questo esempio mostra come il diritto pubblico e privato, a livello nazionale e internazionale, siano profondamente intrecciati. (la Corte di giustizia plurime sentenze sul trattamento degli atleti).

Abbiamo un insieme di elementi di diritto privato e di diritto pubblico, elementi di diritto continentale ed elementi di diritto globale, che talora rimandano al diritto nazionale.



## La lex mercatoria e il diritto globale

Un altro esempio significativo è quello della **lex mercatoria**, che riguarda l'arbitrato internazionale e i contratti scritti da leghe commerciali di dimensione mondiale. Questi contratti sfuggono ai tradizionali codici civili e sono creati da privati. Non seguono i regolamenti civili degli ordinamenti nazionali o delle istituzioni giuridiche di common law, ma si sono diffusi ampiamente nel panorama internazionale.

**Esiste un diritto globale?**: Secondo il professore, non c'è realmente spazio per un diritto globale come entità separata e definita. **Il concetto di diritto globale rischia di diventare una figura retorica.** Parlare di diritto globale significa avere una visione idealizzata, una soluzione utopica che neanche Immanuel Kant, nel suo progetto per la pace perpetua, aveva concepito. Kant, infatti, immaginava un ordinamento che preservasse le **sovranità nazionali**, non un mondo unificato sotto un solo stato o una sola cittadinanza.

**L'idea di un diritto globale non è vicina alla realizzazione, e** forse potrebbe essere pensabile tra qualche secolo. Tuttavia, è discutibile se sarebbe auspicabile. Una delle bellezze del mondo **risiede nella diversità**, e l'aspirazione a una pace universale, per quanto legittima, non sembra realizzabile con gli strumenti attuali. In altre parole, è meglio **concentrarsi** sulla comparazione del diritto transnazionale, che già offre soluzioni complesse e articolate, piuttosto che **cercare un'uniformità globale** che potrebbe complicare ulteriormente le cose invece di risolverle.



## LA COMPARAZIONE E I DIRITTI: UNA APPROCCIO DIACRONICO

### Introduzioni delle lezioni di Graziella Romeo :

Il diritto non è solo un insieme di norme: esistono strati culturali che influenzano e modificano il modo in cui le leggi vengono create, applicate e interpretate. **L'impostazione culturale e sociale è tanto importante quanto le norme stesse**, e queste influenze cambiano il diritto in modo significativo. Per questo motivo, quando parliamo di diritto, non ci riferiamo solo alle norme, ma anche ai diritti che esistono oltre lo Stato.

Studiare il diritto richiede un approccio **diacronico**, cioè comprendere la storia della sua nascita e della sua evoluzione. Solo capendo questa **storia** possiamo comprendere la natura e l'esistenza dei problemi legati ai diritti. Per esempio, durante le lezioni americane, si è discusso ampiamente del diritto all'aborto, per spiegare perché certi diritti vengono percepiti in modo così sentito in certe regioni, come le aree rurali, e quale sia la storia dietro il diritto all'aborto.

**La storia dei diritti** è strettamente legata alle concezioni giuridiche e alle rivoluzioni, che rappresentano momenti determinanti nella storia del diritto occidentale. Abbiamo studiato numerose **rivoluzioni**: la Rivoluzione Francese, quella Americana, quella Cubana, le rivoluzioni greche, la Rivoluzione Russa, e altre di matrice religiosa come la Riforma Protestante, fino ad arrivare a rivoluzioni scientifiche come quella copernicana. Una caratteristica fondamentale dell'Occidente è che le rivoluzioni hanno avuto un ruolo significativo nel costruire la nostra tradizione giuridica. Spesso studiamo queste rivoluzioni come **eventi storici**, anche se alcune, come quella americana, non sono considerate rivoluzioni nel senso tradizionale del termine.

Le rivoluzioni rappresentano **sconvolgimenti** che non accadono nell'ordinarietà, e ci sono molte narrative che interpretano questi eventi in modi diversi. Ad esempio, la Rivoluzione Francese viene talvolta presentata in modo meno radicale rispetto a come spesso viene raccontata. Tuttavia, le rivoluzioni sono momenti in cui la nostra tradizione giuridica ha preso forma, portando concetti come la Costituzione e articoli fondamentali sui doveri e i diritti dei cittadini.

Le rivoluzioni hanno segnato profondamente la mentalità giuridica, introducendo concetti che oggi associamo ai **diritti costituzionali**. Il tema del sociale e del ruolo del **popolo**, a lungo considerato l'elemento tragico e sfortunato della società, ha acquisito nuova rilevanza. Studiare le costituzioni ci aiuta a comprendere i diritti nelle democrazie contemporanee, e molto del nostro linguaggio giuridico deriva proprio dai movimenti rivoluzionari. Ad esempio, in Francia, **la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino** è ancora oggi ripresa nella Costituzione del 1958, dimostrando l'importanza della tradizione rivoluzionaria nella società contemporanea.

Concludiamo questa parte con un **case study**, analizzando una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che ci permette di vedere come le democrazie moderne affrontano i diritti, oscillando tra passato e presente, con uno sguardo rivolto al futuro. Questo esempio ci mostra che per comprendere le democrazie contemporanee, è necessario conoscere le loro tradizioni, il loro **passato**, e il modo in cui si **proiettano verso il futuro**.

Alla fine, questo ci porta a esplorare i diritti a livello sovranazionale e la progressiva **costituzionalizzazione dei diritti internazionali**. Oggi, il diritto costituzionale, il diritto europeo e il diritto internazionale formano una sorta di grande famiglia, riflettendo la globalizzazione del diritto costituzionale. Questo ci aiuta a comprendere **l'universalismo**, un concetto che ha spinto l'internazionalizzazione dei diritti, ma che oggi affronta critiche per la sua incapacità di riconoscere e rispettare le **diversità**. Sebbene l'universalismo si basi sull'idea che tutti gli esseri umani siano uguali, le società moderne sono caratterizzate da diversificazioni e individualismo. L'universalismo rischia di semplificare eccessivamente queste differenze.



Esistono modi diversi di concepire i diritti che non corrispondono alle nostre categorie tradizionali. In alcune culture, l'importanza è attribuita più alla **comunità** che al singolo individuo, e dobbiamo tenere conto di questa prospettiva nel contesto della globalizzazione del diritto.

## UN APPROCCIO DIACRONICO

### PANORAMICA GENERALE: Il Significato Storico e Culturale dei Diritti

I diritti si studiano tenendo presente la storia dalla quale provengono, perché devono essere **contestualizzati**. Il contesto in cui i diritti sono stati riconosciuti spesso ci aiuta a comprenderne il contenuto e il modo in cui vengono interpretati. Ad esempio, il modo di interpretare la libertà di pensiero in Europa è diverso da quello negli Stati Uniti, e questa diversità non è limitante ma implica livelli di tutela differenti. Ciò crea problemi di standard tra Europa e Stati Uniti. Un esempio è l'accordo tra Europa e Stati Uniti sul trasferimento dei dati personali dei passeggeri aerei, che è stato bloccato dalla **Corte di Giustizia Europea** perché riteneva che il livello di protezione del **diritto alla privacy** garantito dagli Stati Uniti non fosse conforme agli standard europei.

Capire i diritti è importante non solo per arricchire la nostra conoscenza generale, ma anche per comprendere come vengono applicati oggi. È necessario adottare non solo un approccio storico, ma anche un **approccio ideologico**, analizzando le concezioni generali dei diritti, come l'individualismo e il contrattualismo. Questi concetti determinano il modo in cui i **diritti vengono interpretati**. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'individualismo significa che i diritti sono innanzitutto diritti dell'individuo. Ciò implica che l'individuo ha il diritto alla propria realizzazione e alla propria tutela, che viene considerata più importante della tutela della comunità. Questo spiega, ad esempio, il diritto costituzionale al possesso di armi, che è giustificato come il diritto dell'individuo a proteggere se stesso e la propria proprietà, anche se crea problemi di sicurezza nella comunità.

Alcuni diritti possono sembrare uguali, ma il contesto in cui vengono esercitati ne cambia spesso il contenuto. Per questo motivo è fondamentale comprendere come questi diritti vengono interpretati. L'**interpretazione** ci porta a un problema importante: le costituzioni sono pensate per durare nel tempo, ma devono essere adattate alle esigenze della società **contemporanea**. Se non vengono adattate, l'ordinamento giuridico rischia di diventare obsoleto. Le costituzioni devono quindi essere interpretate tenendo conto dei mutamenti sociali.

Un esempio chiaro è quello della famiglia. La Corte Costituzionale italiana ha riconosciuto che il concetto di famiglia è cambiato nel tempo. In passato, la famiglia era definita come l'unione tra un uomo e una donna attraverso il matrimonio. Oggi, però, esistono persone che vivono insieme stabilmente senza essere sposate e che possono avere figli, costituendo comunque una famiglia a tutti gli effetti. Questo cambiamento sociale ha portato la Corte a interpretare l'articolo 29 della Costituzione in modo diverso, riconoscendo che il concetto di famiglia si è **evoluto**.

Allo stesso modo, il diritto al possesso di armi negli Stati Uniti è un diritto costituzionale radicato nella tradizione americana. Dal 2010, questo diritto è stato considerato **fondamentale**, il che significa che uno Stato non può limitarlo, nemmeno in seguito a eventi tragici come una strage. Anche se uno Stato volesse promulgare una legge per limitare il possesso di armi dopo un episodio del genere, il diritto costituzionale al possesso di armi è così **radicato** nella storia americana che non può essere toccato. In contrasto, il diritto all'aborto non è stato considerato un diritto fondamentale perché non era previsto nella Costituzione originaria e non è radicato nella cultura americana.

Questo ragionamento è problematico, perché se guardiamo all'epoca in cui la Costituzione americana è stata scritta, molti diritti non erano riconosciuti a tutti, soprattutto alle donne. La **radicalizzazione** dei diritti può quindi favorire una certa visione storica che privilegia alcune categorie rispetto ad altre. Tuttavia, è necessario esplorare questi ragionamenti per comprendere meglio le grandi concezioni che ritornano spesso nel dibattito sui diritti e nel modo in cui il diritto viene raccontato e spiegato.



## DIFFERENZA TRA RAZIONALISMO E STORICISMO

La prima grande differenza da considerare nel diritto costituzionale è quella tra **razionalismo e storicismo**. La tradizione giuridica dell'Europa continentale ha una forte impronta **razionalista**. Ma cosa significa? Riprendendo il pensiero di Hegel, *"tutto ciò che è razionale è reale e tutto ciò che è reale è razionale."* Facciamo un esempio: quando le costituzioni vengono adottate, stabiliscono in modo razionale e sistematico come deve essere organizzata la società, specificando ad esempio che il parlamento è composto da due camere, la Camera dei Rappresentanti e il Senato, o che il presidente è eletto per un determinato periodo. Queste norme non sono solo un modello ideale ma, essendo pensate razionalmente e messe per iscritto, si ritiene che diventino realtà. In altre parole, il razionalismo europeo parte dal presupposto che la ragione e la logica siano i **mezzi** per costruire una società ordinata.

Questa impostazione deriva dalla filosofia tedesca dell'Ottocento e dalla Rivoluzione francese, che sono alla base del razionalismo europeo. Tuttavia, questo approccio non è universale. Per esempio, nel Regno Unito non esiste una **costituzione scritta**. Questa scelta storica nasce dalla paura della dittatura di Cromwell e da una sfiducia nei confronti delle costituzioni scritte. **La tradizione britannica** si fonda **sull'empirismo e lo storicismo**, non sul razionalismo. Gli inglesi non credono che una costituzione razionale e scritta sia ciò che rende un ordinamento forte. Per loro, la costituzione funziona non perché sia messa nero su bianco, ma perché esiste una **cultura tradizionale** che la fa funzionare. La forza della costituzione deriva dal ripetersi degli elementi **storici e tradizionali** che costruiscono la cultura politica del paese.

Questa differenza tra razionalismo e storicismo si riflette anche nelle istituzioni britanniche: il parlamento e la Corte Suprema si rispettano a vicenda senza la necessità di interventi formali. Ad esempio, quando la Corte Suprema dichiara che una legge è incompatibile con lo Human Rights Act del 1998, il parlamento è solito modificare la legge senza che la Corte la dichiari formalmente nulla. Questo sistema funziona grazie alla tradizione, un concetto che deriva dal latino **traditio**, che significa "trasmettere". La tradizione implica un legame normativo tra **passato, presente e futuro**.

Uno dei principali esponenti dello storicismo è **Edmund Burke**, filosofo irlandese attivo in Inghilterra. Burke affermava: *"Se volete sapere qual è la nostra costituzione, cercatela nelle battaglie di questo popolo, nelle sue rivoluzioni, e in ciò che questo popolo ha fatto per costruire la costituzione del presente."* La sua idea è che la costituzione non si trova nei documenti scritti, ma nella storia e nelle lotte del popolo. Burke è spesso citato dalla Corte Suprema americana e irlandese ed è considerato un emblema della **common law**, in cui la storia e la tradizione sono motori fondamentali della costituzione.

Anche negli Stati Uniti, un paese a metà tra razionalismo e storicismo, questa distinzione è evidente. Gli Stati Uniti hanno una costituzione scritta, ma **Alexander Hamilton**, uno dei padri fondatori, difese la costituzione sostenendo che fosse il risultato di un processo di ragionamento collettivo (**public reasoning**), distinguendosi così dagli inglesi. Tuttavia, gli Stati Uniti rimangono sospesi tra questi due approcci, riconoscendo l'importanza della tradizione storica pur avendo una struttura razionale scritta.

Queste categorie di razionalismo e storicismo non spiegano tutto, ma aiutano a comprendere molte dinamiche del diritto costituzionale e le differenze tra i sistemi giuridici occidentali.

## DIFFERENZA TRA ORGANICISMO E CONTRATTUALISMO

Parliamo ora della coppia di concetti "**organicismo**" e "**contrattualismo**", che si riferiscono a due diverse visioni del rapporto tra **Stato e individuo**. Mentre il razionalismo e lo storicismo ci aiutano a comprendere la natura della costituzione e il suo ruolo nell'ordinamento, l'organicismo e il contrattualismo ci dicono qualcosa di **più sullo Stato stesso**.





Il **contrattualismo** è rappresentato principalmente dalle teorie di **Thomas Hobbes e John Locke**, figure fondamentali del contrattualismo classico. Entrambe le teorie partono dall'idea di uno "**stato di natura**". Hobbes descrive questo stato di natura come violento e caotico, in cui ogni uomo rappresenta un pericolo per gli altri, una situazione in cui regna **il caos**. Per uscire da questa condizione, gli uomini accettano di sottomettersi a un potere assoluto, il "**Leviatano**", che garantisce la pace e l'ordine attraverso le leggi. Questa visione giustifica l'assolutismo monarchico, perché senza di esso gli uomini cadrebbero nel caos.

**Locke**, invece, ha una visione meno pessimistica. Per lui, lo stato di natura non è completamente violento, ma le leggi sono comunque necessarie per garantire uguaglianza, diritti e libertà. Secondo Locke, gli individui accettano di rispettare le leggi perché queste garantiscono la loro **libertà**: siamo liberi proprio perché esistono leggi che evitano il caos. Questa concezione ha dato origine al **liberalismo positivo**, dove la libertà esiste grazie alle leggi.

Le teorie contrattualistiche hanno avuto un grande successo nel Regno Unito, da dove provengono Hobbes e Locke. Entrambi scrissero durante il periodo delle rivoluzioni inglesi e le loro idee sono oggi oggetto di dibattito, perché sono **teorie astratte** che immaginano uno stato di natura che in realtà non esiste. Alcuni critici, come le femministe, sostengono che queste teorie ignorano il **legame di maternità** e il ruolo politico delle donne, perché presentano gli uomini come funghi che spuntano dalla terra, recidendo così il significato politico della famiglia e del controllo sui figli. Nonostante le critiche, queste teorie hanno influenzato profondamente la **nascita di stati moderni**, come gli Stati Uniti d'America, visti da molti come un esempio di contrattualismo **lockeano**, con le colonie che si uniscono per creare una costituzione basata su regole condivise.

In opposizione al contrattualismo, il **teoria organicista** si sviluppa in Europa continentale, specialmente in Germania, e propone una visione diversa dello Stato. Il termine "**organico**" implica un rapporto tra lo Stato e l'individuo simile a quello tra un organismo e le sue membra. In questa visione, lo **Stato non è una mera somma di individui**, ma una entità con una propria **personalità giuridica** autonoma. Gli individui sono parte di questo organismo e devono agire in modo da sostenere la struttura statale. L'individuo è subordinato allo Stato, che è visto come un'entità superiore e più importante.

Nell'organicismo, **l'autonomia individuale è ridotta**: l'individuo deve essere funzionale agli obiettivi dello Stato. Questa concezione, anche se non nasce con finalità nazionalsocialiste, è stata sfruttata per giustificare regimi autoritari, ed è per questo che oggi è considerata **problematica**. Lo Stato è visto come un ingranaggio complesso, e noi individui siamo semplicemente parti di questo meccanismo.

Oggi, la nostra concezione dello Stato non è più organicistica, ma alcuni elementi sono ancora presenti. Ad esempio, nella Costituzione italiana, l'art. 5 e l'art. 118 parlano della Repubblica come un insieme di Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni. la repubblica è l'insieme delle sue entità : stato , regioni , cittàà metropolitane , province , comuni compongono la repubblica; lo stato è una parte della repubblica e non è tutta la repubblica. **La Repubblica è un'entità complessa, non una semplice somma dello Stato e delle sue articolazioni**. Lo Stato è una persona giuridica, ma la Repubblica è un'idea di comunità organica con diverse anime. Tuttavia, il nostro sistema non è completamente organicista: lo Stato è una persona giuridica ai fini del diritto amministrativo, ma non prevale sull'autonomia individuale come nel modello organicista.

Le teorie organicistiche sono state progressivamente abbandonate in Europa dopo le esperienze totalitarie del XX secolo. Tuttavia, capire queste teorie ci aiuta a comprendere l'evoluzione storica dei diritti e la caduta di sistemi totalitari, che hanno segnato profondamente la nostra concezione contemporanea dello Stato e dei diritti.

## **DIFFERENZA TRA ASSOLUTISMO E INDIVIDUALISMO**

Parliamo ora della coppia concettuale "**assolutismo**" e "**individualismo**." L'assolutismo rappresenta una specifica idea del **rapporto tra Stato e individuo** e corrisponde anche a una realtà storica, quella



degli stati nazionali europei (come l'Inghilterra e la Francia) fino all'epoca delle rivoluzioni del Settecento. L'assolutismo si fonda sulla **figura del sovrano**, il quale è legittimato a esercitare **un potere assoluto**. Il sovrano non è vincolato dalle leggi, perché è lui stesso a crearle, e la sua **legittimazione deriva da Dio**, non da una legittimazione popolare. Questo sistema entrò in crisi in Inghilterra quando il re fu giustiziato: l'uccisione del sovrano destabilizzò l'idea dell'autorità divina, perché significava opporsi alla volontà di Dio. Tuttavia, l'Inghilterra sopravvisse a questo trauma e mantenne la monarchia e si ipotizzò:

Il concetto dei "**due corpi del re**," descritto nel libro di **Kantorowicz**, venne sviluppato nella filosofia politica inglese: esiste un **corpo materiale del re** (il corpo fisico del monarca, come Giacomo I) e un **corpo spirituale**, che rappresenta l'idea perenne della **Corona**. Questo concetto giustifica l'idea che l'istituzione monarchica, chiamata **The Crown**, è eterna e superiore al corpo materiale del re (non simboleggia il re o regina, ma il potere stesso). L'assolutismo, quindi, ha profonde radici nella nostra storia.

Tuttavia, in Inghilterra, a partire dal Seicento con Cromwell, si manifestò una sfiducia verso l'assolutismo. Importante notare che il contrario dell'assolutismo non è la democrazia, ma **l'individualismo**. Nell'individualismo, **i diritti sono individuali**: ogni persona ha diritti in quanto essere umano, il che significa che il sovrano non può esercitare un potere assoluto, perché deve rispettare i diritti individuali. I diritti appartengono all'individuo, non al gruppo o alla comunità.

È proprio questa concezione dei diritti individuali che portò al rigetto dell'assolutismo monarchico in Inghilterra nell'Ottocento. Da allora, il Regno Unito è un sistema che preserva la monarchia in forma altamente simbolica e folcloristica, ma allo stesso tempo è uno degli stati più repubblicani dal punto di vista politico: il potere della Corona è pari a **zero**, ed è **il governo** a esercitare l'autorità. I sovrani non hanno potere politico e non possono nemmeno candidarsi alle elezioni.

Un esempio simbolico è il discorso annuale della regina (o del re) davanti al Parlamento, durante il quale il sovrano bussa alla Camera dei Comuni e le porte vengono chiuse tre volte per ricordare che il Parlamento ha l'autorità. Questo rituale simboleggia il rapporto tra la monarchia e il Parlamento, ricordando che la monarchia è una rappresentazione della continuità e della tradizione, ma senza potere politico effettivo.

## IL RUOLO DELLA MAGNA CARTA

L'importanza dell'individualismo come opposto all'assolutismo trova le sue radici nella storia della **Magna Carta Libertatum del 1215**. La Magna Carta fu creata come risultato delle crescenti tensioni tra re Giovanni d'Inghilterra e un gruppo di baroni insoddisfatti. Giovanni aveva imposto tasse oppressive, subito sconfitte militari, e abusato della sua autorità, generando malcontento tra la nobiltà. I baroni si ribellarono, catturarono Londra, e costrinsero il re a negoziare. Il 15 giugno 1215, a Runnymede, il re firmò la Magna Carta, che stabiliva **principi fondamentali come il diritto a un processo equo, la limitazione della tassazione senza il consenso dei baroni, e l'obbligo del sovrano di rispettare la legge**. Quindi non è una legge parlamentare né un documento dal punto di vista legislativo.

Questa storia dimostra come **l'individualismo si opponga all'assolutismo**, proteggendo i diritti dei singoli contro il potere assoluto del sovrano.

Anche se inizialmente la Magna Carta non fu pienamente rispettata e venne modificata e riaffermata nei decenni successivi, essa pose le basi per il futuro sviluppo dei diritti costituzionali e delle libertà civili in Inghilterra, influenzando le costituzioni moderne.

**Il re Giovanni Senza Terra** aveva richiesto il pagamento delle tasse senza l'approvazione del Parlamento. Perché? Giovanni perse tutte le guerre, rimanendo senza terre, inclusa la Normandia, e questo lo rese debole. I baroni sfruttarono la sua debolezza: il re, per continuare a finanziare le guerre, aveva bisogno del loro appoggio. La Magna Carta fu, quindi, una prima forma di **"no taxation without representation,"** sebbene molto embrionale. **Non era ancora una costituzione o una carta dei**



**diritti**, ma rappresentava l'idea iniziale che il sovrano doveva rispettare alcune garanzie per i baroni e i "freemen" (cavalieri e altri individui non servitori della gleba).

La Magna Carta **non proclamava principi universali**; al contrario, **conteneva capitoli analitici basati su fatti concreti**, con prerogative specifiche per i baroni e i freemen. Ancora oggi, la Magna Carta ha un valore costituzionale minimo ed è considerata uno "**strumento costituzionale**" che definisce il rapporto tra governanti e governati. Tuttavia, non possiamo definirla una dichiarazione di diritti umani universali, in quanto proteggeva i diritti di una categoria precisa di soggetti.

La Magna Carta conteneva disposizioni amministrative e processuali, **tra cui l'habeas corpus**, una delle garanzie più importanti del sistema giuridico inglese. L'habeas corpus, successivamente recepito anche negli Stati Uniti, è un diritto che garantisce la libertà personale contro arresti arbitrari. Nella Costituzione americana del 1787, prima dell'introduzione del Bill of Rights nel 1791, l'unica garanzia fondamentale era proprio l'habeas corpus.

Se analizziamo l'articolo 13 della Costituzione italiana, possiamo sintetizzarlo con il concetto di habeas corpus. Questo diritto, che significa "**avere il corpo**," nasce nella tradizione del diritto inglese del 1215, fortemente influenzato dal diritto romano. All'epoca, il diritto inglese funzionava attraverso i "**writs**," cioè richieste giudiziali al giudice. L'habeas corpus era un writ che obbligava a presentare una persona arrestata davanti a un giudice per decidere sulla sua detenzione. Tuttavia, **mancavano le garanzie che conosciamo oggi**: non esistevano leggi che definissero chiaramente i casi di arresto, né l'indipendenza e l'imparzialità del giudice.

Quindi, **l'habeas corpus era un diritto limitato** e, sebbene rappresentasse una forma di **restrizione** al potere del re, non faceva parte di un sistema completo di garanzie costituzionali. È importante contestualizzare queste dichiarazioni storiche, che rappresentano sì momenti alti nella tradizione giuridica, ma dobbiamo ricordare che si trattava di **diritti riservati a pochi**. Fino a tempi recenti, questi diritti non erano estesi alle donne o al popolo, ma solo a uomini bianchi e benestanti.

**La Magna Carta, oggi definita "strumento costituzionale,"** fa parte di un complesso di documenti con valore costituzionale, ancora utilizzati dai giudici britannici. Tuttavia, non è considerata **una "legge fondamentale" come il Bill of Rights**, ma un accordo tra il re e i baroni. Nonostante ciò, rimane un elemento fondativo della tradizione giuridica, da leggere e interpretare nel contesto storico.

La Magna Carta include accenni importanti alla libertà individuale e alla protezione dalle sanzioni arbitrarie: il diritto a un processo con giuria, la protezione della proprietà privata, il diritto di uscire dal territorio nazionale, e persino il diritto di resistenza armata contro il sovrano oppressivo. Tuttavia, essendo un accordo tra baroni e sovrano, doveva essere rinnovato ogni volta che un nuovo re saliva al trono. La Magna Carta fu infatti soggetta a numerose "**Confirmation**" nel corso degli anni, con i baroni e i re che riaffermavano i termini dell'accordo, dimostrando che non si trattava di una costituzione nel senso moderno, ma di uno strumento che limitava i poteri del sovrano.



# LE RIVOLUZIONI

Le rivoluzioni rappresentano momenti fondamentali nella storia del diritto e della società, segnando rotture profonde con l'ordine precedente. In questa lezione analizziamo tre rivoluzioni chiave: quella inglese, quella francese e quella americana.

Esistono vari tipi di rivoluzioni, come quella russa, cubana, o religiosa, con uno spettro di impatti molto ampio. Tuttavia, queste tre rivoluzioni sono particolarmente significative per il pensiero occidentale. Esse sono definite da momenti di **rottura radicale** che sovvertono ordini consolidati, introducendo nuovi paradigmi culturali, valori di riferimento e letture della storia. La Rivoluzione francese, ad esempio, non si limita a sostituire un sistema di governo, ma sovverte un intero sistema di valori: dalla tradizione alla ragione. In questo contesto, la legittimazione del re basata su una volontà divina non è più sufficiente, richiedendo invece una spiegazione razionale.

Le rivoluzioni sono più determinanti per la storia rispetto ai momenti di continuità e definiscono il pensiero giuridico occidentale. Tra queste, la Rivoluzione francese è la più violenta; quella americana è vista da alcuni come una guerra di indipendenza più che una rivoluzione; mentre quella inglese è caratterizzata da un passaggio meno radicale ma comunque significativo.

## LA RIVOLUZIONE INGLESE

La Rivoluzione inglese si colloca in un contesto giuridico fortemente influenzato da tre elementi: **storicismo, contrattualismo e individualismo**.

### Il contesto storico e giuridico inglese

L'Inghilterra ha una lunga tradizione di carte di "signoria," come la **Magna Carta Libertatum** (1215), che rappresentano i primi embrionali riconoscimenti di diritti individuali, sebbene limitati a specifiche categorie sociali. Queste carte hanno contribuito a stabilizzare il ruolo del parlamento e delle assemblee, inizialmente composte solo dai baroni. Questo progressivo riconoscimento del parlamento e dei diritti individuali ha reso l'Inghilterra il terreno fertile per lo sviluppo del concetto di **Rule of Law**.

**Il Rule of Law:** Il **Rule of Law**, traducibile come "governo delle leggi," è un principio cardine dell'attuale sistema britannico. Esso si basa sull'idea che l'esercizio del potere non sia arbitrario, ma vincolato alla legge e ai principi giuridici. In questo contesto, il potere è esercitato non da individui ma dalla legge stessa.

Un momento critico nella storia costituzionale inglese si verifica con la dinastia Stuart, quando i sovrani tentano di ridimensionare il ruolo del parlamento non convocandolo. Questa tensione culmina nella **Glorious Revolution** (1688-1689), che porta all'adozione del **Bill of Rights** (1689). Questo evento consolida il ruolo del parlamento e pone limiti chiari al potere monarchico.

**Il ruolo di Enrico VIII:** Un momento cruciale nella storia giuridica inglese è rappresentato da Enrico VIII, noto per lo scisma con la Chiesa cattolica e la creazione della Chiesa anglicana. Quando il papa si rifiuta di concedergli il divorzio da Caterina d'Aragona, Enrico VIII decide di rompere con Roma, un passo che rafforza lo stato nazionale inglese. Tuttavia, per realizzare questa operazione, il re necessita dell'appoggio dei lords, il che porta alla creazione di un primo modello di parlamento, la **House of Lords**.

Enrico VIII afferma: *"In nessun momento il potere del re è così forte e completo come quando il re siede con i suoi lords"*. Questo concetto si evolve nel **body politics**, il corpo politico formato dal re e dai suoi lords, segnando un importante passaggio nella storia costituzionale inglese.

Il concetto di **"King in Parliament"** rappresenta, fino al 1800, l'espressione massima della sovranità in Inghilterra, e trova la sua origine nel regno di Enrico VIII. A metà del Cinquecento, il potere della



corona inglese è già limitato dalle leggi del regno, le cosiddette **law of the lands**, tra cui spicca la **Magna Carta**. Queste leggi stabiliscono limiti significativi al potere sovrano. Tale configurazione differisce profondamente da quella della Francia, che arriverà a un sistema simile solo oltre un secolo dopo, attraverso percorsi storici distinti.

Oggi, nel sistema inglese, non esiste una contraddizione tra la sovranità parlamentare e la presenza della corona, poiché queste due realtà convivono in un equilibrio consolidato.

### **Il Seicento: Il secolo delle rivoluzioni inglesi**

Il Seicento è un periodo cruciale per l'Inghilterra, caratterizzato da due rivoluzioni principali: la prima a metà secolo, culminata con la decapitazione di un re, e la seconda, conclusasi nel 1689, con l'adozione del **Bill of Rights**. Quest'ultimo rappresenta un momento storico fondamentale perché per la prima volta la corona viene offerta con una condizione: il sovrano deve accettare il contenuto del **Bill**.

Questo evento segna un chiaro allontanamento dall'assolutismo. Infatti, dopo che un re aveva abbandonato il trono per non aver convocato il parlamento, la corona viene offerta a Guglielmo d'Orange, marito di Maria Stuart, a condizione che accettasse il contenuto del **Bill of Rights**.

### **Il Bill of Rights (1689)**

Il **Bill of Rights** è una legge del parlamento che ancora oggi è in vigore e viene classificata come **constitutional statute**. Sebbene non adottato con una procedura costituzionale formale, il suo contenuto lo rende una norma costituzionale. Il **Bill of Rights** rappresenta l'apice del costituzionalismo inglese delle origini, inteso come tecnica di limitazione del potere sovrano.

L'individualismo emerge come principio cardine del sistema, in contrapposizione all'assolutismo: il **Bill** è il patto sociale necessario per l'accettazione della corona.

### **Contenuto del Bill of Rights**

Pur essendo distante dalle dichiarazioni universali dei diritti che conosceremo più avanti, il **Bill of Rights** contiene elementi significativi che si basano sugli istituti della **common law**. Tra i principali punti:

- Stabilisce un patto sociale alla base dell'istituzione dello stato, regolando il rapporto tra cittadini e leggi.
- Contiene alcune libertà fondamentali e prerogative parlamentari, anche se in un contesto ancora elitario, poiché i parlamentari rappresentano solo determinati ceti sociali.
- Riconosce il divieto di cauzioni e il diritto di presentare petizioni al parlamento, il primo diritto riconosciuto formalmente.
- Introduce il principio della presunzione di innocenza e garantisce la libertà di elezione, sebbene limitata a soggetti specifici.
- Conclude con il riconoscimento dell'"impero della legge", che definisce la struttura e l'organizzazione dello stato.

**Significato storico:** Il **Bill of Rights** consolida il costituzionalismo inglese, un percorso iniziato nel 1215 con la **Magna Carta**. Rappresenta il momento più alto di questo processo, inteso come un insieme di strumenti per limitare il potere arbitrario del sovrano attraverso il riconoscimento e la tutela dei diritti. Tuttavia, il **Bill** lascia pochissimo spazio ai principi organizzativi dello stato e si concentra prevalentemente sulla limitazione dell'arbitrio, considerata essenziale per garantire un sistema giusto e stabile.

In definitiva, il **Bill of Rights** del 1689 è una pietra miliare nella storia del diritto costituzionale inglese, gettando le basi per il moderno stato di diritto e la democrazia parlamentare.



## RIVOLUZIONE AMERICANA

Gli Stati Uniti sono caratterizzati da tre principi fondamentali: **contrattualismo, razionalismo e individualismo**. Il contrattualismo si basa sull'idea che un contratto sociale giustifichi la legittimità del potere, mentre il razionalismo e l'individualismo riflettono un'impronta profondamente influenzata dall'Illuminismo e dalle esperienze britanniche, pur con significative differenze.

### La Dichiarazione di Indipendenza

La rivoluzione americana si colloca un secolo dopo quella inglese e culmina con la dichiarazione di indipendenza. Un passaggio cruciale di questa dichiarazione recita (Questa è la frase di apertura della dichiarazione di indipendenza, queste verità sono **autoevidenti**):

*Noi teniamo ferme queste verità autoevidenti: che tutti gli uomini sono creati uguali; che essi sono dotati dal loro Creatore di certi diritti inalienabili; che tra questi diritti sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità.*

Analizziamo questa affermazione:

#### 1. "Tutti gli uomini sono creati uguali":

- Questa frase riflette l'influenza del filosofo francese Rousseau, che sosteneva che gli uomini nascono uguali e puri di volontà. La volontà di staccarsi dalla madre patria nasce dalla volontà, delle colonie, **di non essere più tassate da Westminster** ma di poter scegliere i propri introiti fiscali e quindi costruire un governo autonomo. La dichiarazione di indipendenza utilizza i filosofi francesi illuministi per ragioni di legittimazione, poiché coloro che vogliono l'indipendenza vogliono giustificarsi. Ovvero volevano giustificare il distanziamento in un periodo dove gli imperi erano considerati stati.
- Tuttavia, questa affermazione risulta contraddittoria rispetto alla realtà dell'epoca, dato che gli Stati Uniti erano uno **stato schiavista**. Il riferimento all'uguaglianza non si applicava agli schiavi né alle donne.

#### 2. "Dotati dal loro Creatore di certi diritti inalienabili":

- Si richiama alla volontà divina e alla legge naturale per giustificare l'esistenza dei diritti.
- Tra questi diritti figurano **life, liberty e la ricerca della felicità**. Quest'ultimo concetto, ambiguo, può essere interpretato sia in senso positivo (es. libertà personale) sia in senso controverso (es. diritto alle armi).

#### Life e liberty:

- Questi due diritti fondamentali non includono una dimensione sociale; non vi è riferimento alla comunità.
- La "ricerca della felicità" enfatizza l'autonomia individuale e si distingue dalla rivoluzione francese per il principio che ciascuno può esprimere pienamente sé stesso.

### Le Costituzioni delle Colonie e la Costituzione Federale

Dopo l'indipendenza, le colonie diventano stati e adottano costituzioni proprie. Tuttavia, per legittimarsi come comunità politica, decidono di dotarsi di una **costituzione federale (1787)**. Questo perché vogliono legittimarsi come comunità politica (avere una costituzione vuol dire essere uno stato) e garantire libertà e diritti. La caratteristica della costituzione federale, del 1787, è la sua particolare struttura unica:



- Contiene sia un **Bill of Rights** (diritti fondamentali) sia un **Frame of Government** (principi organizzativi dello stato).

- È il primo esempio di costituzione che non si limita a dichiarare diritti, ma definisce anche l'organizzazione dello stato.

Questa struttura riflette l'impronta razionalista del costituzionalismo americano: per la prima volta, un gruppo di persone si riunisce per progettare razionalmente l'architettura dello stato. In contrasto, nel Regno Unito, istituzioni come il parlamento si sono formate storicamente, attraverso fatti e consuetudini.

### **Differenze tra Storicismo e Razionalismo**

#### **Storicismo (Regno Unito):**

- Le istituzioni emergono dalla storia e dalle consuetudini.

- Esempio: la legge che stabilisce lo scioglimento del parlamento ogni 5 anni è stata approvata solo nel 2011; prima era una convenzione non scritta.

#### **Razionalismo (Stati Uniti):**

- Le istituzioni vengono progettate e formalizzate razionalmente.

- Esempio: la costituzione americana stabilisce chiaramente la struttura dello stato e il limite massimo di due mandati presidenziali.

**La legalità Costituzionale e la Corte Suprema:** ovvero l'esistenza di garanzie costituzionali che proteggano e garantiscono la rigidità costituzionale.

La costituzione americana si distingue anche per:

#### **1. Procedure aggravate:**

- La costituzione americana è una delle più difficili da modificare, richiedendo processi complessi per gli emendamenti.

#### **2. La Corte Suprema:**

- Originariamente, non aveva il potere di sindacare le leggi. Tuttavia, con la **sentenza Marbury v. Madison** (1803), la Corte affermò questo potere come implicito nella costituzione.

- La Corte dichiarò che, essendo la costituzione la "**supreme law**", il Congresso non può approvare leggi in contrasto con essa.

### **La Costituzione Americana: Sindacato, Controllo Giurisdizionale e Incorporation Doctrine**

#### **Sindacato Diffuso e Controllo Giurisdizionale**

La Costituzione americana introduce meccanismi di controllo giurisdizionale peculiari:

- **Sindacato diffuso:** permette a qualsiasi giudice di dichiarare una legge incostituzionale nel corso di un procedimento giudiziario.

- **Controllo giurisdizionale accidentale:** il controllo costituzionale avviene come incidente di un processo, non come un giudizio autonomo.

- **Effetti inter partes:** le decisioni di incostituzionalità hanno effetti vincolanti solo per le parti coinvolte nel caso.

#### **La Genesi della Costituzione e il Dibattito sul Bill of Rights**

La Costituzione americana, frutto di un lungo processo durato 11 anni, inizialmente non prevedeva un **Bill of Rights**, e la prima costituzione federale ha una struttura particolare e pensata come una costituzione che lasci potere sovrano agli stati.



- **Inopportunità politica:** si pensava che includere una dichiarazione dei diritti potesse limitare eccessivamente il potere sovrano degli Stati federati. Per questo motivo, il testo originario includeva solo l'**habeas corpus**.
- **Il Movimento Federalista:** figure di spicco come Alexander Hamilton, John Jay e James Madison risposero a queste resistenze politiche con i **Federalist Papers**, promuovendo l'inclusione di un Bill of Rights.
- **Approvazione dei 10 emendamenti:** superate le opposizioni, nel 1791 furono adottati i primi 10 emendamenti, il nucleo fondamentale del Bill of Rights. Successivamente, altri emendamenti, soprattutto quelli della **Ricostruzione**(13°, 14° e 15°), furono integrati dopo la guerra civile.

**Federalismo Competitivo e Cooperativo:** Nei primi decenni, il federalismo americano era caratterizzato da una rigida separazione tra il livello statale e quello federale (**federalismo competitivo**).

- Alla fine dell'Ottocento, questa concezione iniziò a evolvere verso un modello di **federalismo cooperativo**, in cui la Corte Suprema comincia gradualmente a cambiare approccio affermando che i diritti federali proteggono i cittadini americani anche rispetto a leggi o comportamenti dei poteri statali. Questo perché dopo la guerra civile, quindi dopo il 1865, sono stati adottati i cosiddetti "emendamenti della ricostruzione" (13-14-15 emendamento).

#### Gli Emendamenti della Ricostruzione

- **13° Emendamento:** abolizione della schiavitù.
- **14° Emendamento:** stabilisce che nessuno può essere privato della "liberty and property" senza un "giusto processo" (**due process of law**). **e questo vale sia da parte dello Stato federale che da parte dello Stato federato.** Quindi, il quattordicesimo emendamento progressivamente cambierà l'interpretazione dei gli emendamenti federali, non di tutti ma solo di quelli che vengono considerati fondamentali e che quindi sono incorporati nel 14 emendamento.
- **15° Emendamento:** diritto di voto esteso a tutti, indipendentemente dalla razza.

Tra questi, il **14° Emendamento** è particolarmente rilevante per l'evoluzione dei diritti federali, in quanto si applica sia al livello federale che statale. Ha portato all'**Incorporation Doctrine**, che estende determinati emendamenti federali anche agli Stati federati.

#### L'Incorporation Doctrine

La dottrina dell'incorporazione stabilisce che:

- Solo gli emendamenti ritenuti **fondamentali** dalla Corte Suprema sono inclusi nel 14° Emendamento.
- L'incorporazione non avviene automaticamente; ogni emendamento deve essere analizzato caso per caso.

Questa dottrina viene poi **affinata nella prima metà del 900**, e tuttora utilizzata dalla Corte Suprema, quando la Corte ha scritto che il diritto a possedere le armi è un diritto fondamentale, ha incorporato al secondo emendamento. Sostanzialmente le leggi statali non possono limitare il diritto a possedere le armi, perché quello è un diritto federale.

#### Esempi di Applicazione:

1. **Secondo Emendamento:** il diritto a possedere armi è stato dichiarato un diritto fondamentale, quindi gli Stati non possono limitarlo.

#### 2. Diritto all'aborto:

- La Corte Suprema inizialmente derivò tale diritto dal Quarto e Quinto Emendamento.





- Successivamente, il diritto all'aborto non è stato considerato incorporato nel 14° Emendamento, lasciando agli Stati la possibilità di regolamentarlo autonomamente.

### **Incorporazione emendamenti**

Ad oggi, quasi tutti gli emendamenti della **Costituzione americana** sono stati incorporati nel 14° Emendamento, eccezion fatta per alcune garanzie minori. Tuttavia, ciò che continua a suscitare dibattito è l'**interpretazione** di tali emendamenti.

Un esempio significativo riguarda il concetto di **pena eccessiva e inusuale** (proibita dall'Ottavo Emendamento). La questione principale è: **la pena di morte rientra in questa definizione?**

- Fino ad oggi, **la pena di morte non è vietata** come diritto costituzionale, rimanendo applicabile in molti stati.
- Tuttavia, diversi stati non la applicano più, e questo potrebbe in futuro portare a un divieto nazionale, configurandola come contraria ai diritti fondamentali.

### **Differenze Giuridiche tra Stati**

Negli Stati Uniti, esiste una marcata differenza tra i cittadini dei diversi stati federati. Per esempio:

- Essere un cittadino dello **Stato di New York** comporta diritti e situazioni diverse rispetto all'essere un cittadino del **Missouri o del Texas**.
- Queste differenze riflettono il funzionamento del **federalismo americano** e sono spesso centrali nei dibattiti politici, specialmente durante le campagne elettorali.

### **Partiti Politici e Federalismo**

- **Democratici:** Spesso accusati di promuovere un **Big Government**, tendono a sostenere un'espansione delle prerogative federali.
- **Repubblicani:** Più sensibili alle prerogative statali, proteggono le diversità culturali e giuridiche dei singoli stati, accettando caratteristiche uniche per ciascuno di essi.

### **L'Incorporation Doctrine: Un Concetto Fondamentale**

La **Incorporation Doctrine** è una dottrina fondamentale che viene ancora oggi utilizzata dalla **Corte Suprema** per stabilire se i diritti federali si applicano anche ai singoli stati. L'ultimo caso rilevante di applicazione riguarda il **diritto di possedere armi**, che è stato dichiarato un diritto fondamentale e quindi applicabile anche a livello statale.

### **Riflessi Internazionali: Il Caso Europeo**

Il principio dell'incorporazione non ha solo rilevanza nel contesto americano, ma offre anche un parallelo con il dibattito europeo sulla **Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea** (Carta di Nizza). La questione chiave in Europa è:

#### **- A chi si applica la Carta?**

- Attualmente, si ritiene che essa si applichi solo alle **istituzioni dell'Unione Europea** e non direttamente agli stati membri.

Questo dibattito riflette il processo di sviluppo del diritto europeo, che si trova ancora in una fase evolutiva simile a quella affrontata dagli Stati Uniti durante l'affermazione della **Incorporation Doctrine**.



## RIVOLUZIONE FRANCESE

La **Rivoluzione francese** rappresenta uno degli eventi più complessi e influenti nella nostra cultura giuridica. Essa può essere compresa attraverso tre elementi fondanti che caratterizzano la Francia dell'epoca:

- **Assolutismo** (la Francia è considerata la patria per eccellenza dell'assolutismo),
- **Razionalismo** (che fornisce le basi ideologiche per la rivoluzione),
- **Individualismo** (la convinzione che i diritti debbano essere fondati su una prospettiva individuale).

Il **pensiero individualista** entrò in conflitto con il **pensiero assolutista**. L'assolutismo, infatti, fu profondamente scosso dalla Rivoluzione francese, pur con alcune **contraddizioni interne**.

**La rivolta del Terzo Stato:** I fatti della Rivoluzione francese sono noti: essa trae origine dalla rivolta del Terzo Stato.

Il **Parlamento francese** dell'epoca era composto da tre ordini:

- **Nobiltà,**
- **Clero,**
- **Terzo Stato** (caratterizzato da una significativa **sottorappresentazione politica** e da una sostanziale mancanza di **riconoscimento del potere politico**).

Gli eventi immediatamente precedenti alla Rivoluzione non rivestono particolare rilevanza, se non per il fatto che il **sovrano** era consapevole dell'esistenza di un forte sentimento di **insofferenza** e **indifferenza** nei confronti dell'**assolutismo**, che già viveva una fase di **crisi**.

In questo contesto, il **re** propose un **pacchetto di riforme** che avrebbero potuto condurre verso una **costituzione**, ma tali riforme furono **respinte** dal **Terzo Stato**. Quando gli **Stati Generali** si riunirono nel **1789**, le tensioni portarono il sovrano a ordinare lo **scioglimento della riunione** e il suo aggiornamento a data successiva. Il **Terzo Stato**, tuttavia, rifiutò sia lo scioglimento sia l'aggiornamento: questo **rifiuto** rappresenta il **primo atto rivoluzionario**.

**La Sala della Pallacorda e la proclamazione dell'Assemblea Nazionale :** Il **Terzo Stato**, guidato da alcune figure di spicco, decise di riunirsi nella **sala della Pallacorda**, impegnandosi a rimanervi fino alla redazione di un testo che sancisse una **rottura netta** con l'**assolutismo**. Questo evento culminò il **4 agosto 1789**, quando il Terzo Stato si proclamò **Assemblea Nazionale**, dichiarò l'**abolizione del regime assolutistico** e, nelle due settimane successive, adottò la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino**.

Tra il **4 e il 19 agosto** si sviluppò un intenso dibattito sull'opportunità di redigere una **costituzione** o di adottare una dichiarazione. Alla fine, si optò per la **dichiarazione**, ritenuta più immediata e meno complessa rispetto all'elaborazione di una costituzione, che avrebbe richiesto tempi più lunghi. I **rivoluzionari**, essendo individui colti e consapevoli, orientarono il loro operato verso una **rivoluzione** che nulla aveva a che vedere con un'ipotetica **rivoluzione proletaria**.

**Simbolismo della Dichiarazione:** La Dichiarazione, approvata il **19 agosto** e pubblicata il **26 agosto**, assume un forte valore **simbolico e politico**, rappresentando il momento in cui si **abolisce** un sistema e si dichiara l'adozione di un ordine nuovo. La pubblicazione avvenne senza la **sanzione regia** – ossia senza l'emanazione ufficiale da parte del re – marcando una **rottura definitiva** con lo **Stato assolutista**.

La **sanzione regia**, equivalente all'attuale **promulgazione delle leggi**, era l'atto ufficiale con cui il re firmava ed emanava le norme del regno. L'adozione della Dichiarazione da parte dell'**Assemblea Nazionale**, composta dal **Terzo Stato autoproclamatosi**, senza la necessità della **sanzione regia**, costituisce la manifestazione **politica e giuridica** dell'**abolizione dell'assolutismo**. Gli stati discutono della riforma, della riforma costituzionale e dell'istituto della sanzione regia. Il terzo stato



chiamava tale istituto veto del re. Chiaramente tale utilizzo connotava la possibilità del re di non firmare la legge; quindi, chiamarla veto era un termine negativo politico (una connotazione politica).

**Continuità americana e discontinuità francese:** La Dichiarazione francese si colloca nello stesso periodo della redazione della **Costituzione americana**, ma evidenzia una differenza sostanziale:

- Negli **Stati Uniti** vi era una volontà di **continuità** con il passato.
- In **Francia**, invece, si perseguì una **discontinuità netta** e radicale, ritenuta necessaria e non bisognosa di **giustificazione**.

Gli **Stati Generali** avevano già discusso della **sanzione regia** prima del **4 agosto**, facendo emergere il tema come uno degli **elementi centrali** del confronto politico dell'epoca.

Ecco una riscrittura in stile accademico con titoletti e parole chiave evidenziate:

**La sanzione regia e il suo significato politico:** La **sanzione regia** rappresentava la volontà del **re** rispetto a una questione giuridica. Durante le discussioni sugli Stati Generali, vennero affrontati temi come la **riforma costituzionale** e l'**istituto della sanzione regia, che il Terzo Stato** definiva "veto del re". Questa terminologia esprimeva chiaramente un'accezione **negativa** e **politica**, indicando la possibilità del re di **non firmare** una legge.

Secondo **Alessandro Manzoni**, nel suo commento alla Rivoluzione francese, il termine "veto" fu utilizzato dal Terzo Stato per identificare il **re come nemico**. La **Rivoluzione francese** mirava a ridefinire il concetto di monarchia: il re non era più percepito come un "padre buono", ma come un'autorità che, se necessario, poteva essere **abolita e sostituita** dall'**Assemblea Nazionale**, ovvero dal Terzo Stato. Questa rivoluzione fu definita anche come la **rivoluzione della classe borghese**, intenzionata a prendere il posto del sovrano.

**Critiche alla Rivoluzione e il ruolo della nazione:** Secondo i critici di sinistra, la Rivoluzione francese non mirava a sostituire il re con il **popolo**, ma con la **nazione**. Non tutti, quindi, erano rappresentati: fu il **Terzo Stato** ad autoproclamarsi **nazione**. In questo contesto, il re perse il ruolo di **garante e simbolo** dell'unità politica, scuotendo le fondamenta dell'**assolutismo monarchico**, che si basava su due pilastri fondamentali:

1. **Legittimazione divina:** il re era considerato scelto da Dio.
2. **Unità politica:** il re rappresentava l'unità politica essenziale per il senso di appartenenza alla comunità.

La Rivoluzione francese negò entrambi questi principi:

- La **legittimazione divina** fu ritenuta una base **irrazionale**, sostituendola con una **legittimazione razionale**.
- L'unità politica non era più rappresentata dal re, ma dalla **nazione**.

## LA DICHIARAZIONE E LA SUA STRUTTURA

La **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** non è una costituzione ma presenta una commistione di **principi organizzativi e diritti fondamentali**. Questa coesistenza non è **ordinata**, ma evidenzia una sovrapposizione tra diritti e principi.

Nel **preambolo** non vi sono riferimenti a un **Essere Supremo**, bensì ai **diritti naturali**, i quali rappresentano un **fondamento meta-costituzionale**: essi preesistono all'ordinamento giuridico e non si fondano esclusivamente sul **diritto positivo**. L'**Assemblea Nazionale**, infatti, "**riconosce e dichiara**" tali diritti, sancendo che essi esistono **prima dello Stato**.

**Ignoranza e oblio: le cause dell'irrazionalità:** La prima riga della Dichiarazione sottolinea come l'**ignoranza e l'oblio** siano le cause principali dell'**irrazionalità** e della mancanza di **saggezza** dei



popoli. Questa riflessione si collega al fatto che i rivoluzionari francesi e americani condividevano la lettura degli stessi **filosofi illuministi**.

## GLI ARTICOLI FONDAMENTALI DELLA DICHIARAZIONE

- **Articolo 1:** “Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull’utilità comune”.

Questo articolo enfatizza che gli uomini non solo **nascono**, ma anche **rimangono** liberi e uguali nei diritti, un riferimento diretto al pensiero di **Rousseau**. Inoltre, dichiara l’**abolizione del regime feudale**, ponendo fine alle disuguaglianze sociali fondate su privilegi di nascita.

**Articolo 2:** “Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all’oppressione”.

Questo articolo introduce un concetto **innovativo**: lo scopo della politica è la **tutela dei diritti naturali**. Tra questi, la **resistenza all’oppressione**, già presente nella **Magna Carta**, è un diritto inviolabile.

La struttura della Dichiarazione riflette una visione secondo cui i **diritti** sono prioritari rispetto ai **poteri**. **L’organizzazione politica** è, quindi, funzionale alla tutela dei diritti naturali, ribaltando l’impostazione dell’**assolutismo monarchico**, dove era il **re** a essere protetto. La separazione dei poteri ha come scopo ultimo proprio la tutela dei diritti fondamentali.

L’**Articolo 3** della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino recita:

“Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un’autorità che non emani espressamente da essa.”

Questo articolo introduce il concetto di **nazione**. In contrapposizione, l’**Articolo 1** della Costituzione italiana utilizza il termine **popolo**. Tale differenza terminologica è significativa: i rivoluzionari francesi consideravano il **popolo** la parte svantaggiata della **nazione** e, per tale ragione, evitarono di utilizzare questo termine.

Tuttavia, il termine **nazione** divenne ambiguo dopo la Rivoluzione francese, soprattutto nell’Europa dell’800. Esso iniziò a identificare sia il **costituzionalismo** sia un concetto che avrebbe portato a interpretazioni **problematiche**, rendendolo poco utilizzato nelle costituzioni successive. In alcuni contesti, infatti, il termine **nazione** può assumere connotazioni **razziste**, motivo per cui oggi si preferisce utilizzare il termine **popolo**, che nel Settecento indicava la parte **economicamente svantaggiata** della popolazione, senza potere politico, ma che rappresentava il fulcro delle dinamiche sociali.

Anche oggi il termine **popolo** viene talvolta usato in senso **retorico** per indicare una parte della popolazione, e non l’intera collettività, riflettendo il significato che aveva in quel periodo storico.

L’**Articolo 4** della Dichiarazione è uno dei più noti:

“La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l’esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge.”

Questo articolo definisce il concetto di **libertà** come **autonomia individuale**, sottolineando che essa è limitata esclusivamente dalla **legge**, la quale garantisce che i diritti di ogni individuo non ledano quelli degli altri. La libertà, dunque, trova il proprio limite nell’**esistenza degli altri soggetti** e nel principio di **eguaglianza**: *\*“la mia libertà finisce dove inizia quella dell’altro.”\**

Questa concezione della libertà è strettamente legata ai principi di **uguaglianza e fratellanza**, sintetizzando i tre concetti cardine della Rivoluzione francese. Ancora oggi, tali principi riflettono la mentalità della Francia moderna e conferiscono alla Dichiarazione una forte **attualità**.



L'**Articolo 4** è inoltre richiamato nel preambolo della **Costituzione francese del 1958**, dimostrando come la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino rimanga un documento giuridico di riferimento. Analogamente, in Inghilterra, testi storici come la **Magna Carta e il Bill of Rights** continuano a essere citati nelle decisioni giudiziarie.

Questi richiami evidenziano come la tradizione giuridica occidentale utilizzi documenti storici come strumenti **argomentativi** nella pratica del diritto. Per esempio, in Italia, l'**Articolo 18** della Costituzione, relativo alla libertà di associazione, trae origine da queste dottrine, dimostrando l'attualità di tali documenti pur nella loro complessità storica.

L'**Articolo 6** della Dichiarazione recita:

*"La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti."*

Questo articolo introduce il principio di **UGUAGLIANZA FORMALE** di fronte alla legge. La legge, inoltre, non è più espressione della volontà del **sovrano** o del **principe**, ma della **volontà generale**. Questo rappresenta una netta **rottura** con l'assolutismo monarchico.

Va ricordato, però, che in quel contesto storico la nozione di "**tutti i cittadini**" si riferiva esclusivamente agli uomini, escludendo le donne. A tal proposito, parallelamente alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, venne redatta la **Dichiarazione dei diritti delle donne e delle cittadine** da parte di **Olympe de Gouges**, la quale, tuttavia, fu ghigliottinata.

**Universalismo e tradizione giuridica:** La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino rappresenta un esempio di **universalismo**, un concetto che ha ispirato non solo il pensiero giuridico dell'epoca, ma anche quello contemporaneo. L'**universalismo** sottolinea come il diritto non sia solo un insieme di articoli e norme, ma una **pratica argomentativa** che tiene conto del contesto storico e della tradizione giuridica.

Questi documenti, seppur radicati in una specifica epoca storica, rimangono strumenti fondamentali per l'interpretazione e l'applicazione del diritto. Essi forniscono le basi per molte costituzioni moderne e continuano a influenzare la concezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

**Art. 9:** *" Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge."*

**Art. 10:** *"Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla Legge."*

**Art. 11 .** *"La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo: ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge."* Entrambi sono la libertà di manifestazione del pensiero

**Art 14:** *" Tutti i cittadini hanno il diritto di constatare, da loro stessi o mediante i loro rappresentanti, la necessità del contributo pubblico, di approvarlo liberamente, di controllarne l'impiego e di determinarne la quantità, la ripartizione, la riscossione e la durata."* Questo ovviamente è il principio di Taxation without representation tipico delle rivoluzioni.

**I più importanti:**

L'**Articolo 17** della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino recita:



"La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previo un giusto e preventivo indennizzo."

La centralità attribuita al **diritto di proprietà** rivela la natura della Rivoluzione francese, caratterizzata come una rivoluzione di ceto **proletario e borghese**. Il diritto di proprietà è qualificato come **sacro**, un elemento che collega la Rivoluzione francese a quella **americana**, entrambe fondate sulla centralità del concetto di **property**. La proprietà rappresenta il simbolo distintivo della classe sociale che ha promosso la rivoluzione.

Tuttavia, questa centralità attribuita alla proprietà è stata oggetto di critiche, soprattutto da parte della sinistra. **Karl Marx** definì la Rivoluzione francese una **rivoluzione borghese**, proprio perché elevò la proprietà a **diritto sacro**, sostenendo che essa non cambiò sostanzialmente lo stato delle cose.

Questa interpretazione è però parziale. I rivoluzionari francesi, nel qualificare la proprietà come un diritto sacro, non intendevano esclusivamente difendere gli interessi borghesi, ma miravano a proteggerla dall'**arbitrio regio**. La tutela della proprietà implicava la protezione da espropriazioni **ingiustificate o prive di equo indennizzo, esercitate** dal potere pubblico senza una valida ragione.

Questa concezione del diritto di proprietà rappresenta, dunque, un ulteriore **freno all'assolutismo monarchico**. La sacralità della proprietà deriva dalla volontà di limitare le **interferenze arbitrarie e irrazionali** del potere pubblico, mitigando gli abusi potenziali dei pubblici poteri.

L'**Articolo 16** della Dichiarazione afferma:

"Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione."

In questo articolo, l'idea di **costituzione** è definita come un documento con contenuto **sostanziale**, ovvero la **dichiarazione della separazione dei poteri e la garanzia dei diritti fondamentali**. Per i rivoluzionari francesi, dove non vi è separazione dei poteri e tutela dei diritti, non può esistere una vera **costituzione**.

Nonostante l'intenzione iniziale di adottare una dichiarazione e non una costituzione, il termine **costituzione** appare più volte nella **Dichiarazione**, sottolineandone l'importanza. Questo perché i rivoluzionari avevano già in mente un progetto costituzionale, che sarebbe stato realizzato due anni dopo con la **Costituzione del 1791**.

**La Dichiarazione come preludio alla costituzione:** La **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** fu il primo passo di un processo costituzionale, destinato a compiersi con l'adozione della Costituzione del **1791**, la prima di una lunga serie. Successivamente, furono redatte altre costituzioni: quella del **1793**, **del 1795** e così via, per un totale di otto costituzioni fino alla **Costituzione del 1958**, attualmente in vigore.

Questa progressione dimostra che il progetto costituzionale non fu mai abbandonato, ma rappresentò un processo graduale. La Dichiarazione del 1789 costituì, dunque, una **base ideologica e normativa** che orientò il successivo sviluppo costituzionale della Francia.

## **CONFRONTO TRA LA DICHIARAZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DEL CITTADINO E I DOCUMENTI FONDANTI AMERICANI**

È interessante mettere a confronto la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** con la **Dichiarazione di indipendenza e la Costituzione americana**, poiché, pur presentando alcune somiglianze, emergono anche differenze significative.

**Somiglianze: il potere politico assoggettato al diritto**



Entrambi i documenti condividono l'obiettivo di **assoggettare il potere politico al diritto**. Sia la **Dichiarazione di indipendenza, la Costituzione americana che la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** riconoscono la necessità di **limitare il potere politico** attraverso l'istituzione di una **garanzia dei diritti**. L'idea centrale è che la costituzione diventi uno strumento normativo per vincolare il potere politico.

### **Differenze: universalismo francese e pragmatismo americano**

Tuttavia, esistono differenze significative. La **Dichiarazione francese** presenta un linguaggio **universalistico**, dichiarandosi come momento fondante di una **verità universale**. Questo intento è evidente già dal titolo: *\*Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino\**. Il riferimento all'“**uomo**” è deliberato e inteso a sottolineare l'applicabilità universale della Dichiarazione, non limitata ai cittadini francesi.

Al contrario, i documenti americani sono più **contestualizzati** e strettamente collegati alla realtà storica delle **colonie**. Essi riflettono i diritti rivendicati dalle colonie americane in relazione alla loro specifica esperienza storica. In altre parole, mentre la Dichiarazione francese si presenta come un esempio per l'intera **umanità**, i documenti americani sono legati a verità particolari e alla tradizione delle colonie.

Questa distinzione riflette il **nazionalismo francese**, che, pur essendo un prodotto nazionale, mira a rappresentare una verità universale, destinata a tutta l'umanità. Al contrario, il messaggio americano resta ancorato alla loro **tradizione e contesto storico**.

**Il ruolo della legge: garanzia o limite della libertà:** Un'altra differenza fondamentale riguarda il **ruolo della legge**.

Negli **Stati Uniti**, la legge è spesso percepita come un **limite** alla libertà: la *libertà* si identifica con l'**assenza della legge**. Questo approccio riflette un'idea di autonomia individuale in cui la legge rappresenta un vincolo da evitare.

In Francia, invece, la **legge** è vista come lo **strumento che garantisce i diritti**. La libertà e i diritti individuali sono disciplinati e resi effettivi proprio grazie alla legge. È attraverso la legge che i diritti trovano tutela e disciplina.

Pertanto, mentre gli americani vedono la legge come un elemento da cui **fuggire**, i francesi la considerano un elemento fondamentale per l'**esistenza e la protezione dei diritti e delle libertà**.

### **Individualismo francese e americano**

Sia la **Dichiarazione francese** che i documenti americani condividono un approccio **individualista**, ma con sfumature diverse.

Secondo alcuni, l'individualismo francese è più **accentuato** rispetto a quello americano, anche per via delle **tendenze assolutistiche** della Rivoluzione francese. Esaltare la **libertà dell'individuo** rappresentava, in quel contesto, un modo per ridurre le **pretese del potere assoluto del sovrano**.

L'individualismo, nella concezione francese, attribuisce i diritti direttamente all'**individuo**, senza mediazioni di gruppo o comunità. Questo rappresenta una rottura con il sistema **feudale**, in cui lo status giuridico derivava dall'appartenenza a una classe o corporazione. L'idea rivoluzionaria, invece, attribuisce diritti universali e diretti all'individuo in quanto tale.

**Possibili degenerazioni dell'individualismo:** Nonostante ciò, l'individualismo può prestarsi a **critiche e degenerazioni**. La centralità dell'individuo, infatti, se spinta all'estremo, rischia di dimenticare il ruolo della collettività e delle relazioni sociali. Tuttavia, nell'ottica rivoluzionaria francese, l'esaltazione dei diritti individuali rappresentava una reazione necessaria contro l'**arbitrio monarchico e le disuguaglianze feudali**, affermando una visione antitetica a quella del regime assolutistico.



## LE RIVOLUZIONI: UN QUADRO DI SINTESI

Le rivoluzioni rappresentano momenti fondamentali nella storia della politica occidentale. Secondo gli storici, la nascita della politica occidentale moderna è strettamente legata a sei rivoluzioni principali. In questa analisi ci concentreremo su tre in particolare: la Rivoluzione Inglese, la Rivoluzione Americana e la Rivoluzione Francese.

### La Rivoluzione Americana: Rivoluzione o Processo Politico?

La Rivoluzione Americana è spesso oggetto di dibattito tra gli storici, poiché alcuni sostengono che non possa essere definita una vera rivoluzione. Una rivoluzione implica uno stravolgimento radicale e una completa trasformazione dei valori di un paese, mentre gli Stati Uniti mostrano elementi di continuità con il diritto e la tradizione inglese. Secondo questa prospettiva, più che una rivoluzione, si tratta di un processo politico illuminato e graduale.

Il processo rivoluzionario americano si sviluppa dal 1776, anno in cui le colonie proclamano il principio di **"no taxation without representation"** contro la madrepatria inglese, fino alla Costituzione federale del 1787. Le Bill of Rights statunitensi sono percepite come uno strumento per rafforzare i poteri del governo centrale a scapito degli Stati federati. Dopo quattro anni, il clima politico cambia e vengono introdotti i primi dieci emendamenti, noti come Bill of Rights. Tra questi, il 14° Emendamento assume un ruolo centrale nel garantire i diritti fondamentali e nel promuovere il principio dello **\*ius soli\***.

### La Rivoluzione Inglese: Il Consolidamento del Parlamento

La Rivoluzione Inglese, conclusasi nel XVII secolo con la Bill of Rights del 1689, segna un progressivo rafforzamento dell'istituzione parlamentare. Questo processo inizia con la Magna Carta, si consolida durante i regni di Enrico VIII ed Elisabetta I, e culmina nel corso del 1600. La Bill of Rights rappresenta l'affermazione dei diritti del Parlamento, sancendo la limitazione del potere monarchico e stabilendo un modello di monarchia costituzionale.

### La Rivoluzione Francese: La Fine dell'Assolutismo

In Francia, mentre l'Inghilterra sviluppava le sue istituzioni parlamentari, il regno di Luigi XIV rappresentava l'apice dell'assolutismo monarchico. Tuttavia, nel XVIII secolo, il sistema assolutista inizia a mostrare segni di crisi, culminando nella Rivoluzione del 1789. La Rivoluzione Francese è scatenata dal rifiuto del Terzo Stato di accettare le proposte di riforma del re. Questo porta il Terzo Stato ad autoproclamarsi Assemblea Nazionale, affermando la propria capacità di rappresentare la nazione.

**Gli Emendamenti della Costituzione Americana:** Gli emendamenti centrali della Costituzione americana, oltre ai primi dieci, includono il 13°, il 14° e il 15° Emendamento:

- **13° Emendamento:** Abolisce la schiavitù e contribuisce a unire la nazione.
- **14° Emendamento:** Introduce il principio dello **\*ius soli\***, stabilendo che chiunque nasca negli Stati Uniti è cittadino americano. Questo principio è un importante passo verso l'uguaglianza, sebbene la discriminazione razziale continui a persistere nei decenni successivi.
- **15° Emendamento:** Garantisce il diritto di voto indipendentemente dalla razza, rafforzando ulteriormente il concetto di uguaglianza.

Nonostante l'abolizione della schiavitù e l'introduzione degli emendamenti costituzionali, la discriminazione razziale continua negli Stati Uniti. La segregazione razziale di fatto persiste fino alla metà del XX secolo, con i primi passi significativi verso la desegregazione che iniziano negli anni '50. Il problema razziale rimane una questione centrale nella società americana, dimostrando che gli emendamenti costituzionali, seppur fondamentali, non sono sufficienti da soli a eliminare le discriminazioni radicate.

### Discussione sull'Uguaglianza e il Concetto di Razza negli Stati Uniti e in Europa





Parleremo di questo perché affronteremo anche il tema dell'uguaglianza negli Stati Uniti. Gli Stati Uniti sono considerati il paese che ha promosso una fortissima giurisprudenza sull'uguaglianza, affrontando il problema della segregazione di fatto in alcune parti del paese.

La questione razziale è una tematica che merita una sezione monografica dedicata ai diritti nazionali, poiché c'è un pericoloso ritorno di questo termine. In Europa continentale non amiamo utilizzare il termine "**razza**" perché lo percepiamo come discriminatorio e scientificamente non corretto, essendo superata la nozione di razza umana unica.

Negli Stati Uniti, invece, "**race**" è un termine ampiamente utilizzato. Quando si hanno esperienze di studio negli Stati Uniti, si sente spesso chiedere "a quale razza appartieni?", che sia caucasica, africana, asiatica. Questo termine si utilizza senza la stessa connotazione negativa che ha in Europa continentale.

Nella nostra Costituzione, l'articolo 3 afferma che tutti i cittadini sono uguali senza distinzione di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Tuttavia, nella nostra cultura, il termine "razza" è visto come discriminatorio perché storicamente utilizzato dai regimi fascista e nazista per discriminare all'interno della popolazione, tra cittadini di religione cristiana ed ebraica.

Usare questi termini in linguaggio politico è molto delicato. Negli Stati Uniti, però, non è considerato offensivo chiedere l'appartenenza razziale, e in alcune domande di ammissione (application) si distingue persino tra europei occidentali ed orientali.

Questo ha a che fare con la preoccupazione per la "**diversity**", l'idea di garantire una diversità di rappresentanza delle persone. Alcune **application** chiedono a quale gruppo si appartiene per garantire che la popolazione studentesca sia diversificata. La diversità è considerata una ricchezza, soprattutto in istituzioni universitarie come Harvard, Yale o Stanford, perché espone gli studenti a diverse prospettive e li rende più capaci di comprendere il mondo.

Questo tema è stato centrale negli Stati Uniti, tanto che la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la policy dell'Università di Harvard che richiedeva agli studenti di dichiarare la loro appartenenza razziale per garantire la diversità della popolazione studentesca. La sentenza "**Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College**" ha dichiarato incostituzionali le policy universitarie che utilizzano criteri razziali nelle ammissioni.

Un libro significativo su questo tema è "Il ritorno della razza" di **Andrea Colli Vignarelli**, in cui si discute come il termine "razza" sia scomparso in Europa dopo il 1945 e come oggi stia riemergendo, rispondendo a dinamiche sociali e politiche contemporanee.

## CRITICHE ALLA RIVOLUZIONE FRANCESE

### Prima Critica: Il Pensiero Britannico di Edmund Burke

La prima critica viene dal pensiero britannico, in particolare da Edmund Burke, filosofo del diritto irlandese. Per Burke, la Rivoluzione Francese è un esempio di radicalismo insensibile alla tradizione. Egli sostiene che la rivoluzione rappresenta una volontà di interrompere il corso della storia, cancellando il passato e riscrivendo le istituzioni francesi ex novo. Questo approccio è contrario alla mentalità britannica, che valorizza la continuità storica e l'apprendimento dall'esperienza.

Per capire meglio questo passaggio, chiedetevi anche questo: quando volete capire il diritto costituzionale, il vostro studio del diritto costituzionale italiano è partito da dove? Se dovete collocarlo storicamente, da dove siete partiti? **Dallo Statuto Albertino**, che rimane invariato anche nella fase fascista, che esautorava il Parlamento e lo sostituisce con il Gran Consiglio del Fascismo, e quindi c'è un progressivo esautoramento del Parlamento.

C'è un progressivo **slodramento** del Parlamento. Quando partiamo dalla Costituzione del 1948, scritta nel 1947, la storia costituzionale di cui possiamo fare uso è quella relativa alla prima parte



dello Statuto Albertino. Non abbiamo una sfera costituzionale di cui far uso perché abbiamo una parentesi autoritaria, di assenza di separazione dei poteri e assenza di tutela dei diritti.

**Noi non abbiamo una storia costituzionale di cui possiamo fare continuativamente uso.** Perché abbiamo una parentesi autoritaria, una parentesi di assetto di separazione dei poteri. Per i Francesi non abbiamo una Costituzione almeno per il ventennio fascista; questa è la storia che abbiamo e quindi non possiamo fare un uso continuativo della nostra storia perché abbiamo la vigenza dello Statuto Albertino per più di mezzo secolo, che ha una vita interessante fino al ventennio fascista, tant'è che la doppia firma l'abbiamo presa da lì così come altri istituti.

Quindi non possiamo fare un uso continuativo della nostra storia costituzionale, perché dobbiamo vent'anni di vigenza dello Statuto Albertino che ci possono essere utili per capire gli istituti di autenticità, ma poi si deve parlare del diritto costituzionale, la progressiva emancipazione del governo del Re, il progressivo e forte rapporto di fiducia sul Parlamento. Ma sicuramente lo Statuto Albertino fino al fascismo ha una vita che è interessante dal punto di vista costituzionale.

**È diverso per il Regno Unito**, con la dittatura di Cromwell che si ha comunque nel XVII secolo, e dopo una progressiva installazione di una monarchia costituzionale, quindi una monarchia con poteri limitati da un rapporto con il Parlamento di tutti i suoi partiti. Quindi, in quegli ordinamenti, la continuità della storia costituzionale consente oggi alla Corte Suprema del Regno Unito, ma anche alla corte anglicana, di citare sentenze dell'Ottocento, di citare convenzioni costituzionali del XV secolo. Se poi leggete le sentenze della High Court australiana, vedete citate opere come quelle di Blackstone, vedete citate le sentenze delle corti inglesi; quindi c'è una continuità storica che viene costantemente ricordata.

È diverso per i nostri ordinamenti, perché i nostri ordinamenti hanno una chiara chiusura dopo la Seconda Guerra Mondiale. Per noi la Seconda Guerra Mondiale è il momento di ricostruzione: per l'Italia, per la Francia, per la Germania, per la Spagna, per il Portogallo e per la Grecia. Noi veniamo da una parte del mondo dove ci sono stati **omicidi costituzionali** recenti, quindi la nostra storia costituzionale, la storia costituzionale che possiamo utilizzare è un po' più **smezzata** in anni recenti rispetto al mondo angloamericano.

Quindi il mondo angloamericano ha un'esaltazione della propria storia costituzionale che noi non abbiamo per le ragioni appena dette. Questo modo di ragionare è molto presente e torna nei costituzionalisti britannici.

### **Seconda Critica: Il Pensiero di Joseph de Maistre**

Un'altra critica significativa proviene da **Joseph de Maistre**, intellettuale svizzero vissuto in Francia. Egli accusa la Rivoluzione Francese di ricorrere a una figura di "**uomo astorico**". Quando la dichiarazione afferma che tutti gli uomini sono uguali, secondo de Maistre, si tratta di un'affermazione astratta e lontana dalla realtà, poiché nella società francese esistevano profonde disuguaglianze che non potevano essere eliminate con una semplice dichiarazione di principio. C'è una diversità, come la diversità di sesso che aveva alcuni caratteri fondamentali (il pensiero francese, secondo tale filosofo, è lontano dalla realtà).

- **Pensiero socialista, Marx** ma anche la sinistra hegeliana criticano la rivoluzione e soprattutto criticano la cultura borghese della rivoluzione. Marx afferma che non c'è una vera intenzione di un'uguaglianza sostanziale, perché l'obiettivo forte, da parte dei borghesi, è quello che va contro l'assolutismo e non di arrivare ad un concetto di uguaglianza. Non è una rivoluzione socialista. Il pensiero socialista forisce nel 1800, è dove il proletariato e le condizioni della classe operatrice sono visibili, quindi c'è un altro problema sociale. C'è un allargamento della base sociale, che prima è ristretta al clero e a altri membri, poi si allarga alla borghesia e si conclude con l'espansione del proletariato

### **Terza Critica: Il Pensiero di Georg Jellinek**



La terza critica arriva dal giurista tedesco Georg Jellinek, esponente del positivismo giuridico. Per Jellinek, i diritti sono una manifestazione dello Stato, momenti in cui lo Stato si autolimita per garantire le libertà ai cittadini. Egli ritiene che la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino abbia un difetto fondamentale: è troppo astratta e non tiene conto della necessità di una struttura statale forte che possa garantire effettivamente quei diritti. Per Jellinek la Dichiarazione francese ha un difetto fondamentale, e ormai per cui Jellinek dispera molto, pensa che sia una vera riproposizione di quella americana. Anche qui in Francia si abbiano sicuramente ricalcato temi politici americani. Io non credo che sia così perché, la verità staticamente accettata nei documentari è che sia i tradizionalisti americani che i francesi leggevano gli stessi filosofi, avevano le stesse influenze culturali, quindi ci sono delle somiglianze che non sono soltanto un'autorità politica di Italia e degli Stati Uniti, ma sono dovute a delle influenze culturali assolutamente identiche.

**Il Ruolo della Rivoluzione Francese nella Tradizione Giuridica Occidentale:** La Rivoluzione Francese è una parte fondamentale del momento storico di formazione della tradizione giuridica occidentale. Ha lati positivi e meritori: supera l'assolutismo monarchico, ma non rappresenta la fine della storia nella formazione dell'alternanza giuridica occidentale. Successivamente, si è elaborato, metabolizzato e criticato l'esperienza rivoluzionaria per arrivare a un passaggio ulteriore.

È importante sottolineare che il passaggio successivo nella tradizione giuridica occidentale dei diritti è la centralità dei diritti sociali, come la salute, l'istruzione, l'assistenza sociale ai bisognosi. Questi temi sono nati durante la Rivoluzione Francese ma non hanno trovato pieno compimento in quel contesto. Le prime forme di assistenza sociale esistono già nella Costituzione del 1791, ma non si configurano ancora come diritti sociali come li conosciamo oggi.

Il modo in cui pensiamo i diritti oggi è molto più sofisticato. La Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino è un passo fondamentale, ma rappresenta solo l'inizio di una serie di sviluppi che diventeranno molto più articolati nelle democrazie contemporanee.

**Transizione verso le Democrazie Contemporanee:** A questo punto, facciamo un salto storico motivato: non stiamo saltando l'Ottocento perché non sia importante, ma per ragioni di tempo e complessità. L'Ottocento è un secolo di progressioni rivoluzionarie ma anche di restaurazioni, con momenti di ritorno all'assolutismo. Arriviamo quindi al Novecento, in particolare al momento in cui si formano gli Stati democratici che conosciamo, focalizzandoci sulla Francia, la Germania e gli Stati Uniti.

## LA SECONDA GUERRA MONDIALE

La Seconda Guerra Mondiale ha avuto un impatto significativo nella costituzione della civiltà giuridica occidentale. L'instaurazione dei regimi fascista in Italia e nazista in Germania è avvenuta utilizzando la legge come strumento per creare regole oppressive. Questo ha insegnato ai giuristi europei che la legge, se non accompagnata da una riflessione sui valori che essa contiene, può diventare facilmente uno strumento di repressione.

Il regime fascista si instaura in Italia a partire dalle elezioni militarmente controllate del 1922, con una progressiva trasformazione della legge elettorale e del ruolo del Parlamento. Queste trasformazioni sono avvenute a Costituzione invariata, ma attraverso l'adozione di leggi ordinarie, come la legge del 1924, in un contesto in cui la Costituzione era flessibile e modificabile tramite leggi ordinarie.

Lo Statuto Albertino, infatti, non era solo una costituzione ottrita (concessa dal sovrano), ma anche una costituzione flessibile. I giuristi, all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, hanno compreso due cose fondamentali:

1. Non è sufficiente scrivere in Costituzione che i diritti devono essere rispettati.
2. Le Costituzioni devono essere rigide, cioè non modificabili con procedure ordinarie, ma con procedure speciali e aggravate.

Un altro modo in cui i regimi hanno dimostrato che il diritto può essere strumentalizzato è la vicenda delle deportazioni nei campi di concentramento. Le deportazioni avvenivano in tutta Europa



occupata, facilitata dalla collaborazione dei regimi fascisti con il nazismo. Lo strumento giuridico utilizzato era la privazione della cittadinanza delle persone destinate ai campi. Questo processo è stato analizzato dalla filosofa tedesca Hannah Arendt, che nel suo libro **Le origini del totalitarismo** (1951) parla dell'uomo come "nuda vita", privato di diritti e protezione.

Questa è la lezione che il Novecento ci ha dato: gli uomini possono aggredire mortalmente altri uomini, e il diritto può essere uno strumento di questa aggressione. Quindi, il diritto deve essere assistito da principi, da valori, e questi principi e questi valori devono essere inseriti nelle Costituzioni, perché il rischio è l'oppressione, il rischio è di non vedere la vita come qualcosa che in sé va protetta—la "nuda vita" come qualcosa che in sé va protetta, la vita in quanto tale senza alcuna obiezione

Hannah Arendt sosteneva l'importanza della cittadinanza, definendola "il diritto ad avere diritti". La perdita della cittadinanza è una tragedia per l'umanità, e la categoria degli apolidi, persone senza cittadinanza, è emersa proprio dopo la Seconda Guerra Mondiale.

**Perché dico questo?** Perché se noi vogliamo oggi capire le Costituzioni contemporanee, dobbiamo tenere presente questa parte della storia. Dobbiamo tenerla presente di nuovo, perché questa parte della storia ci racconta la contemporaneità.

### **L'Articolo 22 della Costituzione Italiana**

L'Articolo 22 della Costituzione italiana recita:

*"Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome."*

Questo articolo è l'insegnamento che i costituenti italiani hanno tratto dall'esperienza dei campi di concentramento: persone private per motivi politici della capacità giuridica e della cittadinanza. La **capacità giuridica** veniva negata attraverso l'espropriazione dei beni, l'annullamento dei contratti, la privazione dell'identità e del lavoro.

Sapete che nei campi di concentramento le persone venivano identificate con un numero tatuato, cancellando il loro nome. Questo è parte della nostra storia, e gli autori della Costituzione hanno sancito questo diritto come fondamentale.

**Perché è rilevante?** Perché, ad esempio, quando ci sono state ondate di legislazione antiterroristica che prevedevano la privazione della cittadinanza per sospetti terroristi, in Italia non è stato possibile approvare leggi di questo tipo grazie all'Articolo 22. In altri paesi, come il Regno Unito e la Francia, leggi simili sono state approvate.

Questo articolo testimonia la centralità del discorso e l'immediata lezione tratta dalle esperienze dei campi di concentramento. L'esperienza di Auschwitz ha avuto un ruolo decisivo nella strutturazione del discorso sui diritti in Italia, Francia e Germania.



# LE COSTITUZIONI CONTEMPORANEE

## FRANCIA

### La Quarta Repubblica

La Francia post Seconda Guerra Mondiale vive un periodo di transizione con le elezioni del 1946. La liberazione nazionale coincide con la fine della guerra e la caduta del governo di Vichy, portando alla nascita della Quarta Repubblica.

**Perché diversi numeri di Repubblica?:** Ogni nuova Repubblica in Francia corrisponde a una nuova Costituzione che segna cambiamenti significativi nell'assetto istituzionale. Attualmente siamo nella Quinta Repubblica, con la Costituzione del 1958 tuttora vigente.

In Italia, invece, si parla di Prima, Seconda e Terza Repubblica in riferimento a cambiamenti politici e istituzionali. Ad esempio, si considera che la Seconda Repubblica inizi nel 1993, con lo scandalo di "Mani Pulite" e il cambio della legge elettorale, che ha spinto l'Italia verso un sistema con una componente maggioritaria. In questo senso si parla di Prima, Seconda e Terza Repubblica in Italia, ma senza l'adozione di nuove Costituzioni.

Nel 1946, la Francia decide di adottare una nuova Costituzione per superare l'assetto della Terza Repubblica (1870-1940), caratterizzata da un parlamentarismo estremo e instabilità governativa. L'obiettivo era mantenere una forma parlamentare ma più razionalizzata.

L'Assemblea Costituente redige un testo costituzionale che viene però bocciato dal referendum popolare. Si riapre quindi una fase costituente e un nuovo referendum il 23 giugno 1946 approva la nuova Costituzione. Tuttavia, questa avrà vita breve e verrà sostituita nel 1958.

**I Diritti nella Costituzione del 1946:** Il testo del 1946 è ricco di diritti: include le libertà classiche della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 (libertà di espressione, stampa, divieto di arresti arbitrari) e introduce i diritti sociali, richiamati nel preambolo come "*principi politici, economici e sociali particolarmente necessari nel nostro tempo*".

C'è l'intenzione di considerare le istanze della classe lavoratrice, ma i diritti sociali non hanno una formulazione autonoma nel testo costituzionale. Sono considerati principi che devono ispirare l'azione del governo e del Parlamento, lasciando alla legislazione ordinaria il compito di attuarli. In questo senso, sono diritti legislativi, non compiutamente scritti nella Costituzione.

**Confronto con la Costituzione Italiana:** La Costituzione italiana, scritta negli stessi anni (1946-1947), differisce in questo aspetto. I diritti sociali sono enunciati separatamente nella Prima Parte della Costituzione, nel titolo dedicato ai "Rapporti etico-sociali" e ai "Rapporti economici" (articoli 29-47). Questo conferisce loro una maggiore forza normativa rispetto alla Costituzione francese del 1946.

### L'Importanza del Preambolo

Quando si parla del caso francese, è molto importante leggere i preamboli dei testi costituzionali. Voi sapete che l'Italia non ha un preambolo; sicuramente sapete che la nostra Costituzione inizia con l'Articolo 1.

**La preoccupazione dei nostri costituenti** era che il preambolo potesse suggerire, a una cultura giuridica non ancora adeguata al concetto di Costituzione rigida—cioè una Costituzione come testo non modificabile dalla legge ordinaria—che la Costituzione fosse quasi un testo poetico e non dotato della stessa forza normativa di una legge. I costituenti italiani dissero: "*No, non scriviamo preamboli perché la Costituzione deve apparire, anche da un punto di vista formale, come una legge. Quindi partiamo con l'Articolo 1, l'Articolo 2, l'Articolo 3*", in modo che sia chiaro, soprattutto a una cultura



giuridica non abituata al concetto di Costituzione rigida, che la Costituzione è un documento normativo, come una legge—una legge speciale che deve essere applicata nella sua interezza.

Questa concezione sarà fondamentale anche perché, come sapete, tra il 1948, quando la Costituzione entra in vigore, e il 1956, la Corte di Cassazione affermò che la Costituzione era un testo programmatico che il Parlamento avrebbe poi applicato, ma non era dotato della stessa normatività e precettività di una legge. Successivamente, con la sua prima sentenza, la Corte Costituzionale dichiarò: "No, forse non ci siamo capiti, la Costituzione è un testo interamente precettivo". Tuttavia, dovemmo attendere il 1956 perché la Corte Costituzionale entrasse in funzione, come sapete, 8 anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

**Nell'esperienza francese**, ma anche in quella americana, invece, abbiamo i preamboli, e questi sono importanti: non sono semplici dichiarazioni di principio. Andiamo a leggerlo:

"All'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti."

**Prima frase:** cosa salta all'occhio? L'espressione "all'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e degradare la persona umana". L'uso di "**di nuovo**" serve a identificare il loro ruolo storico. In questo modo si evidenzia il ruolo storico della Francia, della nazione, della concezione di un'epoca. Esattamente, "di nuovo" è importante perché i francesi stanno tracciando una linea di continuità. Il popolo francese proclama "di nuovo", cioè dopo averlo già fatto con la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino—infatti è citata sopra—riafferma solennemente i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino consacrati dalla Dichiarazione del 1789 e i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica.

Quindi, vedete come l'attualità della Dichiarazione del 1789—stiamo ritornando lì—venga richiamata. Proclamiamo "di nuovo": c'è una responsabilità solida del popolo francese di ribadire, di ricordare i diritti dell'uomo, e c'è sempre questa sensibilità universalista, la vittoria dei popoli contro gli oppressori.

Proclama inoltre, particolarmente necessari nel nostro tempo, questi principi politici, economici e sociali, sottolineando la centralità dei diritti sociali, ma al contempo facendone una proclamazione come principi. Vedete che c'è subito quest'altra caratteristica della cultura francese: la parità tra i sessi. Il primo dei diritti citati è l'eguaglianza tra uomini e donne in tutti i campi.

**Osservate poi la seconda parte del preambolo:**

"La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo; la Nazione proclama la solidarietà e l'eguaglianza di tutti i francesi di fronte agli oneri derivanti dalle calamità nazionali."

Vedete questo ritorno del termine "**la Nazione**"; ma avete notato che, in precedenza, il preambolo ha usato la parola "popolo", ha usato la parola "**cittadini**". Quindi, nella cultura francese, la "Nazione" non ha la connotazione razzista che potrebbe avere in Germania, o in Italia, dove non si utilizza il termine "nazione" per ragioni storiche che vi ho raccontato. Qui, la "Nazione" è il popolo, è intesa nel senso di Stato-nazione.

**Considerate l'ultima parte:**

"La Francia intende condurre i popoli di cui ha assunto la cura alla libertà di amministrarsi da soli e di gestire democraticamente i propri affari."

Siamo ancora in epoca coloniale: la Francia possiede ancora l'Algeria. La Francia dice "condurre i popoli di cui ha assunto la cura". Vedete come il linguaggio francese oggi ci appaia superato: "popoli di cui ha assunto la cura". Ma che cos'è l'indipendenza dei popoli? Ecco, vedete che il linguaggio del preambolo del 1958 sarà molto diverso perché, tra il 1946 e il 1958—il preambolo che poi leggeremo la prossima volta—cosa accade? Le rivolte in Algeria, la dichiarazione di indipendenza dell'Algeria, e quindi la



**Guerra d'Algeria.** Di conseguenza, si arriva a una nuova Costituzione. Tra il 1946 e il 1958 emerge un personaggio fondamentale: De Gaulle

## FRANCIA: VICENDE COSTITUZIONALI TRA IL 1946 E IL 1958

Dopo una panoramica sulle democrazie contemporanee, ci concentriamo ora sul caso della Francia, analizzando le tappe fondamentali della sua evoluzione costituzionale nel periodo successivo alla Seconda Guerra Mondiale. L'analisi di queste trasformazioni consente di comprendere non solo le radici storiche della Costituzione francese, ma anche l'impatto delle vicende politiche e sociali sul sistema istituzionale. Invece ricordando le vicende di costituzione americane sono invece molto più complesse, non solo perché alcuni fatti sono più complessi, è un fattore continuamente rilevante anche tuttora, ma anche perché le vicende americane accadono in un ordinamento in cui la Costituzione dei diritti è avvenuta solo in parte, quindi gran parte dei diritti sono stati costituzionalizzati dalla Corte Suprema. Non sono quindi presenti nel testo originario della Costituzione, che voi forse ricorderete, contiene questi primi dieci emendamenti e poi gli emendamenti successivi, ma ha una ricchezza dal punto di vista dei diritti molto inferiore rispetto alla ricchezza dei riferimenti che trovate nelle Costituzioni europeo-continentali.

### CENNI STORICI: LA COSTITUZIONE DEL 1946

La Francia adotta la sua prima Costituzione del **dopoguerra nel 1946**. Questo importante documento nasce dall'esito di **due referendum costituzionali**: il primo non ottiene il consenso necessario, mentre il secondo porta all'approvazione della nuova Carta fondamentale. Il preambolo della Costituzione del 1946 richiama esplicitamente la **Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789**, un simbolo della tradizione repubblicana francese, e include un riferimento ai **diritti sociali**. Tuttavia, tali diritti sono inizialmente classificati come principi direttivi **dell'attività legislativa** e non come diritti **costituzionalmente garantiti**. Con il tempo, alcuni di questi principi hanno assunto rilevanza costituzionale grazie al consolidamento del ruolo del **Conseil Constitutionnel**.

Un ulteriore elemento distintivo del preambolo è il linguaggio, caratterizzato da riferimenti alla responsabilità della Francia nei confronti dei **popoli colonizzati**. Questo aspetto riflette la crescente consapevolezza delle implicazioni del colonialismo, una tematica che diventerà centrale nel dibattito politico tra il 1946 e il 1958.

### LA CRISI DELLA QUARTA REPUBBLICA

#### FATTORI DI INSTABILITÀ

Nonostante le sue ambizioni, la Costituzione del 1946 si trova presto a fare i conti con una serie di criticità. La Francia vive, tra il 1946 e il 1958, un periodo di profonda instabilità, sia sul **piano esterno**, a causa delle tensioni nei territori coloniali, sia sul **piano interno**, con ripercussioni sulla tenuta del sistema politico. Queste difficoltà mettono in evidenza alcune debolezze strutturali del sistema di governo, in particolare la **fragilità dell'esecutivo**.

La debolezza del governo viene spesso attribuita alla forma parlamentare del sistema, ma in realtà è il risultato di un **multipartitismo estremo**, che genera volatilità nelle maggioranze parlamentari e, di conseguenza, **instabilità governativa**. Questo contesto fa emergere dubbi sul **principio della sovranità parlamentare**, che fino a quel momento aveva rappresentato un caposaldo della tradizione repubblicana francese.

Il periodo compreso tra il 1946 e il 1958 è segnato da un progressivo cambiamento di tono, dovuto anche al processo di **decolonizzazione**. Le tensioni legate al controllo dei territori coloniali non solo indeboliscono la Quarta Repubblica, ma contribuiscono a ridefinire il ruolo della Francia sulla scena internazionale e a mettere in discussione alcuni **principi fondamentali** della sua architettura istituzionale. Questi sviluppi porteranno, nel **1958, all'adozione di una nuova Costituzione** e alla nascita della Quinta Repubblica, un sistema caratterizzato da una maggiore **stabilità istituzionale**.



## PRINCIPIO DELLA SOVRANITÀ PARLAMENTARE

### DEFINIZIONE E CONTESTO

Il principio della sovranità parlamentare, ampiamente discusso in relazione al **caso della Brexit**, si riferisce a un assetto istituzionale in cui il **Parlamento rappresenta la fonte primaria di legittimità per tutti gli altri organi dello Stato**. Nelle forme di governo parlamentari, il Parlamento non è solo l'organo da cui derivano il Governo e, ove esistente, il Presidente della Repubblica, ma anche quello che **guida le scelte politiche fondamentali**.

Un esempio emblematico è rappresentato dal Regno Unito, dove il principio di sovranità parlamentare richiede che il **Governo ottenga l'approvazione parlamentare per decisioni di grande rilievo**, come l'attivazione dell'Articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea per avviare il processo di uscita dall'Unione. **Questo potere, riaffermato da una sentenza della Corte Suprema del Regno Unito**, sottolinea come la **rappresentatività del Parlamento prevalga sulla sola volontà popolare** espressa attraverso un referendum o sulle decisioni governative prese senza coinvolgimento parlamentare.

Tuttavia, il principio della sovranità parlamentare non trova applicazione uniforme in tutte le forme di governo parlamentari. Negli ordinamenti costituzionalizzati, come quelli di Francia, Germania, Italia e Stati Uniti, **la sovranità parlamentare è bilanciata dal principio di costituzionalità**. **In questi contesti, il potere legislativo deve rispettare i vincoli posti dalla Costituzione, considerata la norma suprema**. Perché la sovranità parlamentare come principio ultimo del sistema è il contrario del principio di costituzionalità.

In tali sistemi, **il principio di costituzionalità permette che una legge approvata dal Parlamento possa essere dichiarata incostituzionale qualora contrasti con i principi costituzionali**. Questo significa che la **legalità costituzionale prevale sulla legalità ordinaria, cioè può succedere che il principio di costituzionalità prevalga su quello di legalità**. introducendo una gerarchia normativa che non è presente nel sistema britannico.

Nel Regno Unito, al contrario, il principio di sovranità parlamentare è supremo: la legge approvata dal Parlamento rappresenta il massimo livello di legalità. Di conseguenza, non esiste la possibilità per la Corte Suprema di dichiarare incostituzionali le leggi. Al massimo, essa può dichiarare una legge incompatibile con lo **Human Rights Act** del 1998 o indicare che un determinato potere appartiene al Parlamento piuttosto che al Governo. Tuttavia, spetta ai poteri politici decidere come agire rispetto a tali dichiarazioni, poiché la Corte non ha un potere annullatorio.

*“La sovranità del Parlamento, laddove è intesa come principio supremo di un ordinamento, cioè come è intesa nel Regno Unito, non ammette l'esistenza di una legalità superiore a quella parlamentare.”*

### L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO IN FRANCIA

In Francia, il principio della sovranità parlamentare trova le sue radici nella **Rivoluzione Francese e nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789**, che sancisce che la legge è espressione della volontà generale e che tale volontà è rappresentata dall'Assemblea Nazionale. Tuttavia, nel dopoguerra, questo principio subisce una progressiva erosione.

Durante la Quarta Repubblica, eventi come la **crisi algerina** mettono in evidenza la necessità di un potere esecutivo più forte, capace di gestire situazioni di emergenza e di garantire la sicurezza nazionale. Allo stesso tempo, emergono richieste per una **Costituzione più normativa**, che non sia solo simbolica ma effettivamente applicabile. Queste tensioni porteranno alla nascita della Quinta Repubblica, caratterizzata da una nuova **centralità dell'esecutivo** e da un progressivo allontanamento dal modello di sovranità parlamentare assoluta.

### IL RUOLO DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Un ulteriore aspetto distintivo del sistema francese è rappresentato dal **Conseil Constitutionnel**, che svolge un controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi. A differenza delle corti costituzionali di





altri Paesi, il controllo esercitato dal Conseil (è un sindacato) è **limitato**: esso non può dichiarare incostituzionale una legge al momento della sua applicazione, ma solo verificarne la compatibilità con la Costituzione prima della promulgazione. Questo tipo di controllo, definito "**preventivo**", contribuisce a distinguere il sistema francese dagli altri ordinamenti costituzionalizzati.

## LE ORIGINI DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ IN FRANCIA E LA RIFORMA GAULLISTA

In origine, il modello francese non prevedeva un sindacato di costituzionalità in via incidentale, bensì esclusivamente un **sindacato astratto**. Questa scelta era dettata dal principio di **sovranità parlamentare**, per ragioni analoghe a quelle che avevano impedito l'istituzione di una corte costituzionale nel Regno Unito. Tuttavia, nel corso del tempo, questo principio viene progressivamente messo in discussione.

## LA SVOLTA DEL 1958: DE GAULLE E LA RIFORMA COSTITUZIONALE

La discussione sul modello costituzionale francese si concretizza in una nuova realtà istituzionale con l'intervento del **Presidente della Repubblica René Coty**, che affida l'incarico di formare un nuovo governo al generale **Charles De Gaulle**, figura simbolica della Resistenza durante la Seconda Guerra Mondiale. De Gaulle accetta l'incarico, ma pone come **condizione una riforma costituzionale** volta a rafforzare la figura del Presidente della Repubblica. Questo evento rappresenta una delle cause congiunturali che portano all'accelerazione della trasformazione costituzionale francese.

Nel giugno del 1958, il Parlamento delega al Governo la stesura di un **nuovo testo costituzionale**, che viene successivamente **sottoposto a referendum**. Il risultato del referendum sancisce l'approvazione della nuova Costituzione, che sostituisce quella del 1946.

## L'IMPRONTA GAULLISTA E IL GOVERNO SEMIPRESIDENZIALE

La nuova Costituzione porta con sé una chiara impronta gaullista, soprattutto nell'attribuzione di un ruolo centrale al Presidente della Repubblica. In particolare, **il Presidente diventa la figura chiave nella formazione del Governo: il Primo Ministro deve essere nominato dal Presidente e da lui gradito**. Questa modifica segna il passaggio da una forma di governo parlamentare monista a un sistema semipresidenziale, in cui il Presidente co-dirige il Governo, assumendo il ruolo di "arbitro del gioco politico".

Questa trasformazione viene completata nel **1962 con una riforma ulteriore, che introduce l'elezione diretta del Presidente della Repubblica**. Tale innovazione rafforza ulteriormente la posizione presidenziale e consolida la forma di governo semipresidenziale, così come oggi la conosciamo.

## DIRITTI E IL BLOCCO DI COSTITUZIONALITÀ

La Costituzione del 1958, se analizzata nel dettaglio, **non si distingue per una particolare ricchezza nella parte dedicata ai diritti fondamentali**. A differenza di altre costituzioni, come quella italiana, non contiene una sezione esplicitamente dedicata ai diritti. Tuttavia, **il preambolo** della Costituzione del 1958 si collega direttamente alla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 e al preambolo della Costituzione del 1946, garantendo una continuità rispetto alla tutela dei diritti civili e sociali.

L'importanza del preambolo viene ufficialmente riconosciuta con una decisione storica del **Conseil Constitutionnel del 1971** (decisione n. 44), che attribuisce valore giuridico al preambolo e lo include nel cosiddetto **blocco di costituzionalità**. Questa decisione, originariamente riferita al **diritto di associazione**, stabilisce che il parametro di costituzionalità comprende non solo il testo del 1958, ma anche il preambolo del 1946 e la Dichiarazione del 1789. Ciò significa che **la tutela costituzionale si estende sia ai diritti civili che ai diritti sociali** richiamati dal preambolo del 1946. Il che vuol dire sostanzialmente che quando il Conseil farà una dichiarazione di incostituzionalità, potrà utilizzare come parametro tutti questi testi. C'è quindi questo gioco di rinvii che di fatto assolve alla funzione di **Bill of Rights**.



ù

Nel corso del tempo, il blocco di costituzionalità si è ulteriormente ampliato. Una modifica costituzionale del **2004** ha infatti integrato nella Costituzione del 1958 la **Carta dell'Ambiente del 2003**, aggiungendo anche i principi ambientali tra i parametri utilizzati dal Conseil Constitutionnel. Questo processo di integrazione riflette la capacità dell'ordinamento francese di adattarsi alle nuove esigenze sociali, ampliando progressivamente la tutela dei diritti attraverso il sistema del sindacato di costituzionalità.

## ANALISI DEL PREAMBOLO DELLA COSTITUZIONE FRANCESE DEL 1958

Il preambolo della Costituzione francese del 1958 recita:

*"Il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale definiti nella Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946 e ai diritti e i doveri definiti nella Carta dell'Ambiente del 2004. Sulla base di questi principi e di quello della libera determinazione dei popoli, la Repubblica offre ai territori d'oltremare che manifestano la volontà di aderirvi nuove istituzioni fondate sull'ideale comune di libertà, di eguaglianza e di fraternità e concepite ai fini della loro evoluzione democratica."*

Questo passaggio evidenzia alcuni cambiamenti significativi rispetto ai testi costituzionali precedenti. In particolare, **non si fa più riferimento alla responsabilità storica della Francia nei confronti dei territori colonizzati**, come accadeva nella Costituzione del 1946, ma si pone l'accento sul principio della **libera determinazione dei popoli**. Questo cambiamento di tono riflette il contesto politico in cui la Costituzione del 1958 venne adottata, caratterizzato dalla decolonizzazione e da una nuova visione dei rapporti tra la Francia e i territori d'oltremare.

Nel corpo della Costituzione del 1958, i riferimenti ai **diritti individuali** sono piuttosto sporadici e frammentati. Alcuni esempi significativi includono:

- Articolo 1: Principio di uguaglianza.
- Articolo 3: Diritto di voto.
- Articolo 4: Libertà di associarsi ai partiti politici, strettamente collegata al diritto di voto e al principio democratico.
- Articolo 66: Libertà personale.

Questi diritti, sebbene importanti, **non costituiscono una sezione organica e sistematica all'interno del testo costituzionale**. A differenza della Costituzione italiana, la Costituzione francese del 1958 non prevede una parte espressamente dedicata ai diritti fondamentali, che sono invece richiamati principalmente attraverso il preambolo.

## CONFRONTO CON LA COSTITUZIONE ITALIANA

Un confronto tra la Costituzione francese del 1958 e la Costituzione italiana del 1948 evidenzia differenze significative nella struttura e nell'organizzazione dei due testi.

La **Costituzione italiana** è articolata in modo sistematico:

- **Parte I:** Dedicata ai principi fondamentali e ai diritti.
- **Parte II:** Dedicata all'organizzazione dei poteri politici.
- **Sezione delle garanzie costituzionali:** Include la Corte Costituzionale e le norme sulla revisione costituzionale.

Questa struttura riflette una visione della Costituzione come un **testo rigido**, che implica l'esistenza di un controllo di costituzionalità. La rigidità costituzionale è infatti garantita attraverso l'esistenza di



un controllo giurisdizionale delle leggi, affidato alla Corte Costituzionale, e un **meccanismo chiaro per la revisione costituzionale**.

In **Francia**, invece, l'idea di rigidità costituzionale assume una forma diversa. **Sebbene la Costituzione sia rigida, non si intende come un controllo diretto sul Parlamento**. La Francia non ha una Corte Costituzionale nel senso tradizionale del termine, ma un **Conseil Constitutionnel** i cui poteri sono limitati e il cui sindacato è di natura prevalentemente **politica, per cui inferiore alla corte costituzionale**. Questo ha ovviamente implicazioni anche sulla composizione e sul funzionamento dell'organo.

**influenze culturali sulle costituzioni:** Le differenze tra la Costituzione italiana e quella francese evidenziano l'influenza del contesto storico e culturale sulla redazione dei testi costituzionali. La Costituzione italiana riflette un modello più sistematico, che enfatizza il controllo di costituzionalità e la separazione tra principi fondamentali, organizzazione dei poteri e garanzie. In Francia, invece, la tradizione giuridica e politica ha portato a un approccio più flessibile e meno sistematico, in cui il Conseil Constitutionnel svolge un ruolo diverso rispetto alle Corti Costituzionali di altri ordinamenti.

**Queste influenze culturali non sono solo un riflesso delle rispettive tradizioni giuridiche, ma anche del diverso modo di intendere la sovranità e i rapporti tra Parlamento, Governo e poteri costituzionali.**

## LA GERMANIA: LA NASCITA DELLA LEGGE FONDAMENTALE

### CONTESTO STORICO E GENESI DELLA COSTITUZIONE

La Costituzione tedesca del dopoguerra, conosciuta come **Grundgesetz** (Legge Fondamentale), nasce in un contesto politico e storico unico, molto diverso da quello delle Costituzioni di altri Paesi europei come Italia, Francia, Spagna e Portogallo. La Germania, sconfitta e occupata, si trovava in una condizione di **sovranità limitata, divisa tra l'influenza delle potenze alleate occidentali (Stati Uniti, Regno Unito e Francia) e quella sovietica**. Questo doppio controllo ha avuto un impatto significativo sulla creazione del nuovo ordinamento costituzionale.

La genesi della Costituzione tedesca è strettamente legata **all'occupazione straniera. Tra il 1945 e il 1948**, la parte occidentale della Germania era amministrata dalle potenze alleate, che istituirono un consiglio di controllo per supervisionare il Paese. Fu questo consiglio ad affidare a un **Consiglio Parlamentare, formato da 65 rappresentanti nominati dai Länder occidentali**, il compito di redigere un nuovo testo costituzionale per la **Repubblica Federale Tedesca (FEDER)**.

A differenza di quanto accadde in Giappone, dove la Costituzione fu quasi interamente imposta dagli Stati Uniti, la tradizione giuridica tedesca, particolarmente robusta, **riuscì ad assorbire e adattare un testo inizialmente estraneo, integrandolo nella propria cultura costituzionale**.

**IL CASO DEL GIAPPONE: UN PARALLELO INTERESSANTE:**Un confronto con il Giappone evidenzia similitudini e differenze significative. Anche il Giappone, dopo la Seconda Guerra Mondiale, adottò una Costituzione dettata in larga misura dagli Stati Uniti. Tuttavia, il sistema giuridico giapponese, fortemente **anticonflittuale**, ha reso il ruolo della Corte Suprema molto diverso rispetto a quello americano. Nonostante l'adozione di una Costituzione modellata su quella statunitense, il Giappone ha mantenuto una tradizione giuridica nipponica in cui la Corte Suprema interviene raramente: dal 1947 ad oggi, le dichiarazioni di **incostituzionalità sono state meno di dieci**. Questo riflette una cultura che privilegia il legislatore e minimizza il ricorso al contenzioso costituzionale.

### LA GERMANIA DEL DOPOGUERRA: UNA NAZIONE DIVISA

Nel caso tedesco, il contesto era ulteriormente complicato dalla divisione del Paese. La Germania era separata in due entità distinte:

1. **Repubblica Democratica Tedesca (DDR):** sotto l'influenza sovietica.



## 2. **Repubblica Federale Tedesca (FEDER):** sotto l'influenza delle potenze alleate occidentali.

Questa divisione geopolitica si riflette anche nel processo costituente. La **Grundgesetz**, adottata nella parte occidentale, **non nacque da un'assemblea costituente e da un referendum**, come avvenne in Francia o in Italia, **ma da un progetto elaborato dal Consiglio Parlamentare**. Questo approccio rifletteva sia le condizioni di occupazione sia la volontà di evitare un testo definitivo fino a una futura riunificazione del Paese.

### **LA LEGGE FONDAMENTALE: UNA COSTITUZIONE "PROVVISORIA"**

Il termine **Grundgesetz** venne scelto proprio per sottolineare il carattere provvisorio del testo, che avrebbe dovuto essere sostituito da una vera e propria Costituzione una volta riunificata la Germania. Tuttavia, la robustezza del testo e la sua capacità di adattarsi alle esigenze politiche e sociali ne hanno garantito la durata nel tempo, anche dopo la riunificazione del 1990.

Tra le caratteristiche principali della Grundgesetz troviamo:

- **Un forte accento sui diritti fondamentali:** fin dall'inizio, la Legge Fondamentale pone grande enfasi sulla dignità umana e sui diritti inviolabili.
- **Un equilibrio tra i poteri:** il sistema federale riflette la tradizione tedesca di decentralizzazione e garantisce l'autonomia dei Länder.
- **Un controllo di costituzionalità robusto:** il ruolo del Tribunale Costituzionale Federale è centrale nella salvaguardia dei principi costituzionali.

La Costituzione tedesca del dopoguerra si distingue anche per il **profondo rigetto del passato nazista**. La Germania ha costruito la propria identità nazionale sulla memoria critica e sull'impegno a evitare il ripetersi degli errori del passato. Questo spirito permea la Grundgesetz, che pone limiti stringenti al potere esecutivo e vincola l'azione politica al rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana.

### **LA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA: UNA COSTITUZIONE PROVVISORIA DIVENTATA PERMANENTE**

#### **IL CARATTERE PROVVISORIO DELLA "GRUNDGESETZ"**

Il nome stesso della Grundgesetz, "Legge Fondamentale", riflette l'idea della sua provvisorietà. Redatta nel 1949, nasce con l'assunto che, una volta riunificata la Germania, sarebbe stata sostituita da una vera e propria Costituzione. Questa provvisorietà era legata alle circostanze straordinarie in cui venne formata la Repubblica Federale Tedesca (FEDER), con un progetto costituzionale approvato dai Länder occidentali e promulgato sotto la supervisione delle potenze occupanti.

Nonostante ciò, la Legge Fondamentale non è mai stata sostituita. È rimasta il testo costituzionale della Germania riunificata, subendo numerose modifiche dal 1949 a oggi. A differenza di altre Costituzioni, la **Grundgesetz è stata adattata più volte per rispondere alle esigenze politiche e sociali**, tra cui quelle derivanti dall'integrazione europea. Tuttavia, nonostante la sua evoluzione, il testo continua a essere chiamato "**Legge Fondamentale**" e non "**Costituzione**".

#### **LA STRUTTURA FEDERALE**

Il progetto della Legge Fondamentale disegna una struttura federale ispirata al modello americano, con una chiara divisione delle competenze:

- Le competenze specifiche sono attribuite alla Federazione.
- Le competenze residuali spettano ai **Länder** (gli stati federali).

Questa struttura è completata da un sistema bicamerale:

1. **Bundesrat:** Camera rappresentativa degli Stati federali.
2. **Bundestag:** Assemblea parlamentare equivalente alla Camera dei Deputati.



Inoltre, il principio di supremazia del diritto federale garantisce l'unità del sistema giuridico, assicurando che le leggi federali prevalgano su quelle dei singoli Länder.

## I DIRITTI NELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA

La **Grundgesetz** si distingue per l'attenzione ai diritti fondamentali, che rappresentano il cuore del testo costituzionale. Una particolarità della Costituzione tedesca è la distinzione tra:

- **Diritti umani universali:** riconosciuti a tutti gli individui, indipendentemente dalla cittadinanza.
- **Diritti riservati ai cittadini tedeschi:** come il diritto di voto.

Questa distinzione sottolinea l'impegno della Federazione verso l'universalismo dei diritti, combinato con una tutela specifica dei diritti civili dei propri cittadini.

## IL PRINCIPIO DI DIGNITÀ UMANA (ARTICOLO 1)

L'articolo più importante della **Grundgesetz** è l'**Articolo 1**, che sancisce il principio fondamentale della dignità umana:

*“La dignità dell'uomo è intangibile e dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili.”*

Questo principio assume una funzione assiologica, ossia di valore fondamentale, che ispira e guida l'intero ordinamento costituzionale. La dignità umana non è solo un diritto, ma un valore superiore che deve orientare l'interpretazione di tutte le altre disposizioni costituzionali.

### SIGNIFICATO DELL'ARTICOLO 1

Il testo dell'Articolo 1 pone un duplice obbligo per il potere statale:

1. **Rispettare:** riconoscere l'esistenza di diritti che non sono creati dal potere statale, ma preesistono all'ordinamento.
2. **Proteggere:** garantire l'effettiva tutela di tali diritti.

Questo riferimento alla dignità umana riflette l'assunzione di responsabilità storica da parte del popolo tedesco per le atrocità commesse durante la Seconda Guerra Mondiale. Il riconoscimento dei diritti inviolabili rappresenta non solo il fondamento della convivenza sociale nello Stato, ma anche un impegno verso la pace e la giustizia internazionale.

L'Articolo 1 della **Grundgesetz** non si limita a stabilire principi validi all'interno della Repubblica Federale, ma assume una dimensione esterna:

- A livello **interno**, costituisce il fondamento della convivenza sociale e politica.
- A livello **internazionale**, vincola la Germania ad agire coerentemente con i principi di pace e giustizia nelle relazioni estere.

Questo doppio livello di impegno sottolinea la centralità della dignità umana come valore universale, che guida tanto le politiche interne quanto l'azione della Germania nel contesto globale.

### DIRITTI FONDAMENTALI COME LIMITI AL POTERE

Un passaggio chiave della Grundgesetz recita:

*“I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili.”*

Questo enunciato sottolinea un principio fondamentale: i diritti costituiscono limiti concreti all'esercizio del potere statale in tutte le sue forme. Non sono meri principi ispiratori, ma **posizioni**



**giuridiche protette e azionabili, ossia diritti perfetti.** Ciò significa che possono essere direttamente invocati e tutelati in giudizio senza necessità di ulteriori interventi legislativi per renderli effettivi. La Costituzione tedesca attribuisce loro natura **precettiva**, rendendoli immediatamente applicabili nel loro testo.

**UN CONFRONTO CON L'ITALIA:** Un parallelismo interessante può essere tracciato con la giurisprudenza costituzionale italiana. Anche in Italia, la Corte Costituzionale ha dichiarato, nella sua prima sentenza, che i diritti fondamentali sono immediatamente vincolanti e direttamente applicabili. Tuttavia, mentre in Germania questa natura è esplicitamente sancita dalla Costituzione, in Italia è emersa attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Questo dimostra come il testo della Grundgesetz rappresenti un'evoluzione storica e concettuale, trasformando la Costituzione in un luogo non solo di regole per limitare il potere, ma anche di tutela effettiva dei diritti individuali.

### *DIRITTI INDIVIDUALI E COMUNITÀ*

Un aspetto distintivo della Costituzione tedesca è la costante interconnessione tra il singolo individuo e la comunità di cui fa parte. I diritti fondamentali sono concepiti non solo come garanzie per l'individuo, ma anche come strumenti per modellare la società e renderla conforme ai principi costituzionali. Questo approccio si basa sull'idea che l'esercizio dei diritti non è fine a se stesso, ma contribuisce attivamente a definire la natura democratica dello Stato.

Diritti come:

- Il diritto di voto,
- Il diritto di assemblea,
- Il diritto all'educazione,
- Il diritto di ricorrere alla giustizia,

diventano meccanismi attraverso cui i cittadini partecipano alla vita pubblica, rafforzando e vitalizzando l'ordinamento democratico. Lo Stato è democratico perché i diritti non solo esistono, ma **vengono esercitati**, creando una connessione dinamica tra individuo, diritti e ordinamento. **IL MODELLO TEDESCO VERSUS IL MODELLO AMERICANO**

Un confronto tra il modello tedesco e quello statunitense evidenzia differenze significative nell'interpretazione e nella funzione dei diritti fondamentali.

- **Modello americano:** I diritti fondamentali hanno una forte **impronta liberale** e si concentrano prevalentemente sulla tutela dell'individuo contro l'arbitrarietà del potere statale. Questi diritti, spesso definiti come **diritti negativi**, si focalizzano sulla protezione della libertà personale, senza implicare una responsabilità sociale significativa. Per esempio:

- Non esistono diritti sociali riconosciuti a livello costituzionale, come il diritto alla salute, all'istruzione o alla sicurezza sociale. I diritti costituzionali sono concepiti principalmente come garanzie di non ingerenza statale.

- **Modello tedesco:** La Grundgesetz supera questa visione, attribuendo ai diritti fondamentali un ruolo più ampio e sociale. In Germania:

- **I diritti sono sia individuali che collettivi**, promuovendo la partecipazione attiva del cittadino alla vita democratica.
- L'esercizio dei diritti è considerato il fondamento dello Stato democratico, in quanto dà vita e significato all'ordinamento.
- **I diritti sociali**, come l'istruzione e la dignità umana, non sono solo riconosciuti, **ma sono integrati come principi fondanti della Costituzione.**

### *I DIRITTI COME FONDAMENTO DELL'ORDINAMENTO*



In Germania, la concezione dei diritti si distingue per un principio fondamentale: **i poteri dello Stato esistono perché esistono i diritti, non il contrario**. La dignità umana, sancita dall'Articolo 1, ispira e conforma l'intero ordinamento giuridico, e ogni esercizio del potere statale deve essere letto alla luce di questo valore assiologico.

Questo approccio ribalta la tradizionale concezione liberale: i diritti non sono più solo uno strumento per limitare il potere, ma diventano la base stessa su cui si costruisce e si regge l'intero sistema costituzionale.

### **IL DIRITTO AL CLIMA: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA DEL 2020**

Nel 2020, la Corte Costituzionale tedesca emette una sentenza innovativa in tema di diritto al clima, stabilendo che il legislatore non aveva fatto abbastanza per ridurre le emissioni di CO<sub>2</sub>, violando così i diritti fondamentali sanciti dalla Grundgesetz. La legge sotto esame prevedeva una riduzione delle emissioni del 2% entro il 2030, ma la Corte interviene imponendo un obiettivo più ambizioso. La decisione rappresenta un caso unico in cui la Corte non si limita a scrutinare la costituzionalità di una legge, ma interviene attivamente per aumentare il livello di protezione dei diritti.

#### *IL PRINCIPIO DELLA INTERTEMPORALITÀ DEI DIRITTI*

Alla base di questa decisione vi è un concetto cruciale: **l'intertemporalità dei diritti**. La Corte afferma che i diritti fondamentali non appartengono esclusivamente alla generazione presente, ma si estendono anche alle **generazioni future**, ovvero a coloro che ancora non sono nati e non hanno una voce politica. La generazione attuale, quindi, ha un dovere di tutela verso le generazioni future, e la Corte si fa garante di questa tutela, intervenendo laddove il legislatore non adempie pienamente al suo compito.

Questa interpretazione trova radici nell'Articolo 1 della **Grundgesetz**, che sancisce la dignità umana come principio inviolabile. Secondo la Corte, il rispetto per la dignità umana include l'obbligo di preservare un ambiente vivibile per le generazioni future, garantendo così il loro diritto a una vita degna.

#### *LA COSTITUZIONE COME "VITA DELL'ORDINAMENTO"*

Questa decisione si basa su una visione dinamica della Costituzione: **la Costituzione è vita attraverso l'esercizio dei diritti**. In questo senso, i diritti non sono statici, **ma devono essere interpretati in modo da garantire la prosecuzione della vita dell'ordinamento e della comunità**. La Corte Costituzionale tedesca si assume quindi il compito di difendere non solo i diritti delle generazioni presenti, ma anche quelli delle generazioni future, riconoscendo un legame diretto tra la protezione ambientale e i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

### **CONFRONTO CON IL SISTEMA INGLESE**

Questa sentenza rappresenta un chiaro contrasto con l'approccio adottato dalla Corte Suprema del Regno Unito. Nel sistema britannico, una decisione di questo tipo sarebbe considerata **eccessivamente invasiva** nei confronti del legislatore, in quanto attribuirebbe alla Corte un ruolo che esula dalla sua funzione tradizionale. La Corte Suprema britannica, operando in un sistema di **sovranità parlamentare**, difficilmente imporrebbe obblighi al legislatore, rispettando un principio di separazione più rigido tra poteri.

La Corte tedesca, invece, adotta una visione più proattiva, in cui la tutela dei diritti fondamentali giustifica un intervento diretto anche sulle scelte del legislatore, quando queste sono ritenute insufficienti per garantire i diritti costituzionali.

#### *QUESTIONI APERTE E CRITICITÀ*

La sentenza solleva tuttavia una serie di interrogativi e problemi interpretativi:



- **Identificazione delle generazioni future:** Chi sono esattamente i soggetti che la Corte intende proteggere? Come possiamo determinare le loro esigenze e i loro diritti?
- **Confini dell'intervento giudiziario:** La decisione apre il dibattito sul ruolo delle corti costituzionali e sui limiti della loro interferenza con il potere legislativo.
- **Bilanciamento tra presente e futuro:** Come bilanciare i diritti e gli interessi delle generazioni presenti con quelli delle generazioni future?

Questi interrogativi sottolineano la complessità di un'interpretazione dei diritti in chiave intertemporale, ma al contempo evidenziano l'ambizione del modello costituzionale tedesco di farsi carico delle sfide globali e delle responsabilità verso le future comunità.

La Corte Costituzionale tedesca ha affrontato nel 2020 una questione cruciale in tema di diritti fondamentali, affermando che la **Legge Fondamentale** tutela non solo i diritti delle generazioni presenti, ma anche quelli delle generazioni future. Questo concetto, definito come intertemporalità dei diritti, implica che i diritti fondamentali siano proiettati nel tempo e che le decisioni prese oggi debbano tenere conto delle conseguenze per chi ancora non è nato.

**La Corte ha riconosciuto che la dignità umana e la protezione dell'ambiente sono intrinsecamente collegate**, sostenendo che la lotta al cambiamento climatico è essenziale per garantire condizioni di vita dignitose alle generazioni future.

### CONFRONTO CON IL SISTEMA GIURIDICO BRITANNICO

Questa interpretazione avanzata dei diritti fondamentali contrasta con l'approccio britannico, radicato nel principio di sovranità parlamentare. Nel Regno Unito, le Corti non interferiscono con le scelte politiche e legislative su temi di rilevanza generale, come il cambiamento climatico. Una sentenza simile a quella tedesca sarebbe considerata un'ingerenza eccessiva nel potere legislativo.

Questo confronto evidenzia come la tradizione giuridica tedesca, orientata verso un ruolo attivo delle corti costituzionali, differisca dal modello britannico, che limita l'intervento giudiziario nelle questioni di politica pubblica.

## DOTTRINE GIURIDICHE SUI DIRITTI FONDAMENTALI

La protezione dei diritti fondamentali può essere analizzata attraverso diverse dottrine, sviluppate nei vari contesti giuridici. Tra le principali, emergono:

1. **Dottrina liberale classica**
2. **Dottrina del doppio carattere**

### DOTTRINA LIBERALE CLASSICA

La dottrina liberale classica, predominante negli Stati Uniti e in parte in Francia, considera i diritti fondamentali come **libertà negative**, ossia strumenti per proteggere l'individuo dall'arbitrarietà del potere statale. Questa concezione è caratterizzata da:

- **Individualismo:** I diritti sono rivolti al singolo, non alla collettività.
- **Protezione dall'interferenza:** I diritti garantiscono uno spazio di autonomia rispetto allo Stato.
- **Origini storiche:** Questa dottrina è influenzata dalla Rivoluzione Francese e ha avuto un ruolo centrale fino alla IV Repubblica in Francia.

Questa visione, pur essendo compatibile con diverse costituzioni, tende a limitare la portata dei diritti fondamentali alla sfera individuale, senza considerare le implicazioni collettive o intergenerazionali.

### DOTTRINA DEL DOPPIO CARATTERE





La dottrina liberale non esaurisce il panorama delle concezioni sui diritti. In Germania, ad esempio, si è sviluppata la **dottrina del doppio carattere dei diritti**, che supera alcune delle limitazioni della visione liberale.

Secondo questa teoria, i diritti fondamentali hanno una doppia natura:

1. **Carattere positivo:** I diritti sono formalizzati nella legge e appartengono all'ordinamento giuridico.
2. **Carattere metagiuridico:** I diritti hanno una dimensione morale o pre-giuridica, che li rende indipendenti dall'ordinamento.

Questa visione permette di affermare che i diritti fondamentali non sono creati dal diritto positivo, ma riconosciuti dall'ordinamento. La dottrina del doppio carattere consente quindi di superare la dicotomia tra diritto naturale e diritto positivo, integrando entrambi in un'unica concezione.

### **IMPLICAZIONI DELLE DIVERSE DOTTRINE**

Le due dottrine offrono prospettive diverse sui diritti fondamentali e sul loro ruolo nell'ordinamento:

1. **La dottrina liberale classica** limita i diritti alla sfera individuale e alla protezione dall'interferenza statale, rendendola più adatta a contesti come gli Stati Uniti, dove l'enfasi è sulla libertà individuale.
2. **La dottrina del doppio carattere** enfatizza l'interconnessione tra diritti individuali e collettivi, riconoscendo che i diritti fondamentali contribuiscono a modellare l'intero ordinamento democratico. Questa visione è particolarmente adatta a sistemi come quello tedesco, dove i diritti sono visti come strumenti per la costruzione di una società giusta e sostenibile.

### **IL POSITIVISMO GIURIDICO E LA SUA CRISI**

Il secondo dopoguerra segna un superamento delle teorie positiviste sui diritti fondamentali, in favore di un approccio più integrato, noto come **teoria del doppio carattere**.

La dottrina positivista, come formulata da Hans Kelsen, si fonda sull'idea che diritto e morale siano due sfere separate. Secondo Kelsen, per determinare la validità di una norma, non si deve giudicare il suo contenuto, ma verificare se essa sia stata emanata da un'autorità legittima e in conformità alle procedure previste. Il contenuto della norma, quindi, non è rilevante per stabilirne la validità.

Tuttavia, il **costituzionalismo moderno** mette in crisi questa impostazione. Esso sostiene che il diritto, per essere valido, deve incorporare **principi morali fondamentali**. Non è sufficiente che una norma sia formalmente valida; essa deve essere anche moralmente accettabile. Questo spostamento concettuale porta la morale al centro della riflessione giuridica, trasformando il diritto costituzionale in uno strumento per valutare non solo la legittimità formale, ma anche il contenuto delle norme.

La **dottrina del doppio carattere** integra elementi del positivismo con una visione costituzionalizzata del diritto, creando un equilibrio tra diritto positivo e valori morali. Questo approccio, noto anche come **positivismo inclusivo**, afferma che:

#### **1. I diritti fondamentali hanno una doppia natura:**

- **Carattere positivo:** Sono formalizzati nell'ordinamento giuridico e contenuti nelle leggi.
- **Carattere metagiuridico:** Hanno una dimensione morale o pre-giuridica, che li rende indipendenti dall'ordinamento stesso.

2. **Il diritto riconosce i diritti fondamentali:** Non li crea, ma li riconosce come preesistenti. Questo consente di superare il rigido dualismo tra diritto naturale e diritto positivo, mantenendo un legame con i valori fondamentali senza cadere nella mistificazione del diritto naturale.

La teoria del doppio carattere non è l'unica prospettiva sui diritti fondamentali. Diverse concezioni si sono sviluppate per spiegare il ruolo dei diritti all'interno degli ordinamenti giuridici moderni.



## 1. CONCEZIONE DEMOCRATICA

La concezione democratica dei diritti fondamentali sottolinea il loro ruolo nell'assicurare il funzionamento democratico dell'ordinamento. In questo contesto, i diritti fondamentali non sono solo strumenti di tutela individuale, ma anche elementi che consentono la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica.

Ad esempio, nella **Legge Fondamentale tedesca**, i diritti sociali non sono esplicitamente codificati, ma la Corte Costituzionale li ha ricavati dai principi di:

- **Stato sociale:** Che obbliga lo Stato a garantire il benessere dei cittadini.
- **Dignità umana (Articolo 1):** La protezione della dignità umana richiede la tutela di diritti sociali come l'accesso all'istruzione, alla salute e al lavoro.

Questo approccio consente di interpretare i diritti fondamentali in modo dinamico, adattandoli alle esigenze della società e legandoli al principio democratico.

## 2. CONCEZIONE DEI DIRITTI COME COMPARTECIPAZIONE

Una concezione più recente vede i diritti fondamentali come diritti di **compartecipazione**. Secondo questa visione, i diritti non sono solo strumenti di tutela individuale, ma anche mezzi per garantire l'accesso dei cittadini ai benefici della vita democratica e al benessere collettivo.

In questo contesto:

- I diritti fondamentali diventano fattori di trasformazione sociale, orientando lo sviluppo dell'ordinamento.
- Essi riflettono lo stadio di sviluppo democratico della società, indicando le direzioni di progresso.

Questa concezione interpreta i diritti come strumenti per garantire non solo la partecipazione politica, ma anche l'accesso ai beni sociali e culturali, rendendo l'ordinamento più equo e inclusivo.

## LIMITAZIONI DEI DIRITTI NELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA

Nella Legge Fondamentale tedesca, i diritti fondamentali non sono assoluti. L'Articolo 19 stabilisce che:

1. **I diritti possono essere limitati:** Le limitazioni devono essere previste dalla legge.
2. **Clausola del nucleo essenziale:** Nessuna limitazione può intaccare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali.

Questa clausola generale limitativa garantisce che i diritti siano bilanciati con altri interessi pubblici, mantenendo però un nucleo intangibile che deve essere sempre protetto.

### IL CONTENUTO ESSENZIALE DEI DIRITTI: L'ARTICOLO 19 DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA

L'Articolo 19 della **Grundgesetz** stabilisce che i diritti fondamentali possono essere soggetti a limitazioni, purché tali limitazioni non intacchino il loro **nucleo essenziale**. Questa clausola rappresenta uno strumento fondamentale per garantire un equilibrio tra l'esercizio dei diritti individuali e gli interessi collettivi, evitando che le limitazioni legislative possano annullare o svuotare completamente un diritto fondamentale.

La dottrina si è a lungo interrogata su come definire e interpretare il nucleo essenziale di un diritto. Le posizioni principali sono due:



1. **Tesi assolutista:** Il nucleo essenziale può essere identificato in tutti i diritti come la loro base irrinunciabile, indipendente dal contesto in cui la limitazione avviene. Questo nucleo è immutabile e deve essere protetto in ogni circostanza.

2. **Tesi relativista:** Il contenuto essenziale di un diritto non è fisso, ma dipende dal contesto in cui la limitazione avviene. La definizione del nucleo essenziale richiede una valutazione basata sul **bilanciamento** tra i diritti in conflitto o tra il diritto individuale e gli interessi collettivi.

**il ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza tedesca:** La Corte Costituzionale tedesca utilizza frequentemente l'approccio del **bilanciamento** per risolvere i conflitti tra diritti fondamentali o tra diritti e interessi pubblici. Questa operazione concettuale consiste nel:

1. Identificare i diritti o gli interessi contrapposti.
2. Valutare il contesto in cui avviene la limitazione.
3. Pesare i valori in gioco, tenendo conto del principio di proporzionalità.

Un esempio emblematico è il tema dell'aborto, dove la Corte deve bilanciare il diritto alla vita del nascituro con il diritto all'autodeterminazione della donna. Il bilanciamento non stabilisce una gerarchia rigida tra i diritti, ma cerca di armonizzarli nel contesto specifico.

**una costituzione come tavola di valori unitaria:** La **Legge Fondamentale tedesca**, adottata nel secondo dopoguerra, è concepita come una tavola di valori unitaria, priva di una rigida gerarchia tra i diritti fondamentali. Al centro del sistema c'è la **dignità umana**, sancita dall'Articolo 1, che funge da criterio guida per il bilanciamento.

Questa visione riflette una concezione poco individualista dei diritti fondamentali, in cui la loro tutela non è fine a sé stessa, ma serve a garantire l'esistenza e il funzionamento del sistema democratico.

## I CICLI COSTITUZIONALI E L'EVOLUZIONE DEI DIRITTI

Il secondo dopoguerra ha segnato l'inizio di un importante ciclo costituzionale che ha trasformato il positivismo giuridico nel **positivismo inclusivo**. Tuttavia, altri cicli costituzionali hanno avuto un impatto significativo sull'evoluzione dei diritti fondamentali:

1. **Anni '70:** Con la caduta delle dittature in Grecia, Portogallo e Spagna, vengono adottate costituzioni che rafforzano la tutela dei diritti fondamentali.

2. **Crollo dell'URSS (1990):** La fine del blocco sovietico porta alla riunificazione della Germania e all'adozione di nuove costituzioni nei Paesi dell'Europa dell'Est.

3. **Anni '90 e ingresso nell'UE:** Un ciclo costituzionale ampio accompagna l'ingresso nell'Unione Europea di numerosi Stati, con costituzioni che riflettono l'integrazione dei valori democratici e dei diritti fondamentali.



# LE DEMOCRAZIE CONTEMPORANEE– GLI STATI UNITI

## CONCEZIONE LIBERALE CLASSICA DEI DIRITTI

Gli Stati Uniti sono caratterizzati da una concezione **liberale classica** dei diritti fondamentali, in cui prevalgono le **libertà negative**, ossia diritti che tutelano l'individuo dall'interferenza del potere statale. In questa prospettiva, il diritto non garantisce **prestazioni positive** da parte dello Stato, come accade invece in altri ordinamenti, ad esempio nei sistemi sociali europei.

## IL CASO DELL'AFFORDABLE CARE ACT (ACA)

Un esempio emblematico della tensione tra libertà individuale e interesse collettivo negli Stati Uniti è rappresentato dalla **riforma sanitaria di Obama**, nota come **Affordable Care Act (ACA)**. La riforma mirava a risolvere il problema dell'accesso limitato alle cure sanitarie in un sistema quasi interamente privato, dove una porzione significativa della popolazione era priva di assicurazione sanitaria.

### Gli obiettivi della riforma:

1. Introdurre un sistema di assicurazione sanitaria obbligatoria, imponendo a ogni cittadino di sottoscrivere una polizza.
2. Ridurre i costi complessivi della sanità, promuovendo la prevenzione per evitare interventi sanitari tardivi e onerosi.
3. Garantire maggiore accesso alle cure per la popolazione.

### Le critiche principali:

1. **Limitazione della libertà individuale:** L'obbligo di sottoscrivere un'assicurazione sanitaria è stato percepito da molti come una violazione del principio di autonomia personale.
2. **Tensione tra individuo e collettività:** I detrattori sostenevano che il sistema sanitario avrebbe dovuto concentrarsi sul benessere del singolo individuo, senza imporre obblighi collettivi.
3. **Impatto sui contratti di lavoro:** La riforma influiva sulle negoziazioni tra datore di lavoro e dipendente, aggiungendo nuovi vincoli contrattuali.

### Il modello sanitario risultante:

Nonostante le critiche, l'ACA non introduceva un sistema sanitario pubblico come quello italiano, ma cercava di migliorare l'accesso alle cure promuovendo un interesse collettivo. L'obbligo assicurativo aveva l'obiettivo di contenere i costi della sanità e garantire un livello minimo di copertura per tutti.

Gli Stati Uniti, essendo un Paese di **common law**, attribuiscono un ruolo centrale alla tradizione nel loro sistema giuridico. La tradizione gioca un ruolo determinante nel ragionamento giuridico delle corti, in particolare della **Corte Suprema**, dove è utilizzata come parametro per stabilire la **fondamentalità di un diritto**.

1. **La tradizione come base normativa:** La tradizione non è solo il risultato di un passato autoritario o significativo, ma diventa normativa per il presente e orientativa per il futuro.
2. **Atto comunicativo e trasmissione:** La tradizione rappresenta un legame tra passato e presente, trasmettendo valori e principi che continuano a influenzare l'interpretazione giuridica.

## CONCETTO DI TRADIZIONE E SENSIBILITÀ GIURIDICA



La tradizione, nel diritto americano, è un elemento fondante e comunicativo. Essa non solo definisce il quadro normativo attuale, ma serve anche come guida per le decisioni giuridiche future. In questo contesto:

1. **Il diritto come tradizione:** Il sistema giuridico stesso è visto come una tradizione, un corpus normativo trasmesso e adattato nel tempo.

2. **Le corti e la tradizione:** Le corti americane, e in particolare la Corte Suprema, si basano spesso sulla tradizione per determinare la legittimità e la fondatezza di un diritto. La tradizione è utilizzata come criterio per interpretare concetti giuridici e sociali, come il matrimonio, la famiglia e la libertà personale.

Per comprendere appieno le sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, è fondamentale introdurre un concetto chiave nell'interpretazione dei diritti: **la tradizione**. La tradizione è il parametro che i giudici americani utilizzano per determinare la **fondamentalità di un diritto**.

Quando viene posta la domanda: "Questo diritto è fondamentale?", la risposta dei giudici si basa sull'analisi della tradizione, verificando se quel diritto rappresenta una pretesa giuridica consolidata nella storia e nella cultura giuridica americana. In altre parole, un diritto è considerato fondamentale se ha radici profonde e consolidate nella tradizione giuridica degli Stati Uniti.

### LA TRADIZIONE COME CONCETTO GIURIDICO

Il concetto di tradizione è centrale non solo nel diritto americano, ma in generale nelle discipline giuridiche, poiché il diritto stesso è una pratica intrinsecamente tradizionale. I giuristi, per loro stessa formazione, hanno familiarità con l'idea che le norme e le istituzioni giuridiche derivino da un passato che informa il presente e guida il futuro.

Secondo **Martin Krygier**, la tradizione si compone di tre elementi essenziali:

1. **Il passato:** La tradizione ha sempre un riferimento temporale a ciò che è accaduto in precedenza.

2. **Il carattere autoritativo:** La tradizione porta con sé una pretesa di autorità, indicando come il passato debba orientare il presente.

3. **La trasmissibilità:** La tradizione implica il trasferimento di contenuti significativi tra generazioni, conservando ciò che è ritenuto importante e degno di essere preservato.

Patrick Glenn, nel suo libro **\*Le tradizioni giuridiche del mondo\***, sottolinea inoltre che la tradizione ha un contenuto informativo. Essa trasmette non solo norme o principi, ma anche simboli, significati e valori che attraversano epoche e culture.

### LA CRITICA AL CONCETTO DI TRADIZIONE

Nonostante la centralità della tradizione nel diritto, essa è oggetto di critiche significative. Gli studiosi Eric Hobsbawm e Giuseppe Mantovani, nel loro libro **L'invenzione delle tradizioni**, sostengono che molte tradizioni siano in realtà costruzioni storiche, inventate o ricostruite a posteriori.

Un esempio illuminante è quello della tradizione natalizia:

- l'albero di Natale, pur essendo oggi un simbolo associato al Natale cristiano, ha origini nordiche e nulla a che vedere con il significato religioso della festività.
- Babbo Natale, una figura che deriva da Santa Claus della tradizione nordica, è stato integrato nella narrazione natalizia occidentale.
- La tradizione del presepe, invece, è legata direttamente al cristianesimo.

Questi elementi, che sembrano appartenere a una tradizione unitaria, sono in realtà il risultato di un processo di sintesi e invenzione culturale, in cui tradizioni diverse sono state amalgamate per creare una narrativa condivisa.

### LA TRADIZIONE GIURIDICA COME COSTRUZIONE



Anche nel diritto, il concetto di tradizione può essere soggetto a processi di invenzione e ricostruzione. La trasmissione di principi giuridici attraverso le generazioni non avviene sempre in modo lineare o autentico; spesso, ciò che viene considerato una "**tradizione giuridica**" è il risultato di una narrazione costruita per legittimare determinate scelte normative o interpretative.

Ad esempio:

- **Negli Stati Uniti**, i giudici possono basare le loro decisioni sulla tradizione per giustificare l'esistenza di un diritto fondamentale, ma questa tradizione potrebbe essere selettiva, rappresentando solo una parte del passato che è stata scelta per sostenere una certa interpretazione.
- **In Europa**, tradizioni giuridiche apparentemente consolidate, come quelle legate al diritto romano, sono spesso reinterpretazioni moderne di un passato giuridico complesso e frammentato.

### **TRADIZIONE E INNOVAZIONE: UN EQUILIBRIO COMPLESSO**

La tradizione giuridica svolge quindi una doppia funzione:

1. **Conservativa:** Mantiene i principi e i valori che la società considera fondamentali, garantendo continuità e stabilità all'ordinamento.
2. **Innovativa:** È aperta a reinterpretazioni e adattamenti, che permettono di rispondere alle esigenze di una società in evoluzione.

Questo equilibrio tra conservazione e innovazione è ciò che rende la tradizione giuridica uno strumento potente ma anche controverso. Essa può essere utilizzata per legittimare tanto il cambiamento quanto la resistenza ad esso, a seconda di come viene interpretata e applicata.

### **IL MATRIMONIO COME ISTITUTO GIURIDICO TRADIZIONALE**

Un esempio classico dell'utilizzo della tradizione nel diritto riguarda **l'istituto giuridico del matrimonio**. La Corte Costituzionale italiana, ad esempio, ha più volte affermato che il matrimonio è una tradizione millenaria, indicando che la famiglia, come nucleo fondato sull'unione coniugale, ha radici profonde nella storia. Secondo questa visione, la famiglia nasce tradizionalmente dall'unione di un uomo e una donna, che procreano e formano un nucleo familiare.

Questa visione tradizionale del matrimonio viene spesso richiamata nei casi in cui si chiede alle corti di riconoscere nuove forme di famiglia, come:

- Due donne o due uomini che adottano un figlio o ricorrono a tecniche di procreazione assistita.
- Una persona single che accede all'inseminazione artificiale (pratica consentita in Spagna, Stati Uniti e Regno Unito).

Le corti, di fronte a tali richieste, devono interpretare termini come **famiglia, matrimonio, madre, padre e figlio**, presenti sia nella Costituzione italiana (art. 29) che in leggi specifiche, come la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Per farlo, spesso ricorrono alla tradizione come parametro interpretativo, chiedendosi cosa questi concetti abbiano storicamente significato nella cultura e nel diritto.

### **IL RUOLO DELLA TRADIZIONE NELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA**

L'utilizzo della tradizione nell'interpretazione giuridica è un elemento cruciale ma controverso. La tradizione viene esplorata per comprendere cosa le persone associno a termini come "famiglia" o "matrimonio" e per verificare se il diritto positivo rifletta queste aspettative culturali. Tuttavia, ciò non implica necessariamente un'applicazione conservatrice. La tradizione, infatti, può essere utilizzata:

1. **In chiave conservatrice:** Per mantenere le strutture e le definizioni esistenti.
2. **In chiave progressista:** Per estendere diritti e riconoscimenti a nuove realtà sociali.



Un esempio significativo di utilizzo progressista della tradizione è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che ha riconosciuto il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In questa decisione, la Corte si interroga sul significato del matrimonio, osservando che esso è storicamente considerato la forma più alta di unione tra due persone. Sebbene la tradizione abbia inizialmente limitato il matrimonio all'unione tra un uomo e una donna, la Corte afferma che:

*"Il matrimonio è un'istituzione fondamentale, la forma più alta di comunione spirituale e affettiva, e per questo deve essere aperta a tutti."*

Attraverso questa argomentazione, basata su una reinterpretazione progressista della tradizione, la Corte estende il diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Questa decisione dimostra che la tradizione, se reinterpretata, può essere utilizzata come strumento per promuovere l'uguaglianza e l'inclusione.

## DUE ELEMENTI DI RIFLESSIONE

La sentenza mette in evidenza due aspetti fondamentali del diritto costituzionale:

1. **Il diritto come pratica argomentativa:** Le decisioni giuridiche si fondano su argomentazioni strutturate, e la tradizione è uno degli strumenti utilizzati per sostenere interpretazioni e conclusioni. Tuttavia, lo stesso argomento può essere utilizzato per giustificare risultati opposti: mantenere lo status quo o promuovere il cambiamento.

2. **La crisi dei diritti umani:** L'utilizzo della tradizione e di argomentazioni universali nei diritti umani è stato oggetto di critiche. Alcuni filosofi sostengono che l'idea di diritti umani possa diventare un'ideologia pericolosa se non supportata da argomentazioni scientificamente fondate. Senza un'accurata costruzione del discorso, qualsiasi pretesa potrebbe essere definita "diritto", portando a una banalizzazione del concetto stesso.

## L'IMPORTANZA DI UNA ARGOMENTAZIONE PRECISA

Un esempio utile per comprendere questa necessità è il dibattito sul diritto di sposarsi. Se si affermasse che **chiunque ha il diritto di sposare chi desidera**, purché il rapporto sia consensuale, potrebbero sorgere implicazioni problematiche:

- **Rapporti tra consanguinei:** Nonostante il consenso, ci sarebbero motivi sociali e sanitari per vietare tali unioni.
- **Rapporti di disparità strutturale:** Anche se consensuali, potrebbero esserci relazioni in cui uno dei partner non è pienamente libero di scegliere.

Questo dimostra che i diritti non possono essere definiti senza una solida base argomentativa, poiché hanno implicazioni sociali complesse. È essenziale costruire argomentazioni giuridiche che siano precise e fondate su principi chiari, evitando una banalizzazione del concetto di diritto.

## OBERGEFELL V. HODGES (2015): LA DECISIONE DELLA CORTE SUPREMA SUL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO

### I FATTI DI CAUSA

La sentenza **\*Obergefell v. Hodges\*** del 2015 riguarda un caso centrale nella storia del diritto americano, in cui la Corte Suprema è chiamata a decidere sulla **validità e il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso**. I fatti alla base del caso evidenziano la natura analogica del ragionamento giuridico nel sistema di common law: ogni decisione giudiziaria si collega a un caso concreto, e le sue implicazioni si estendono a situazioni analoghe.



Nel caso specifico:

1. In alcuni Stati americani, come **Ohio e Tennessee**, i matrimoni tra persone dello stesso sesso non erano riconosciuti, mentre in altri Stati, come New York, erano legali.
2. Coppie dello stesso sesso, sposatesi in Stati dove il matrimonio era consentito, richiedevano il riconoscimento del loro matrimonio nei registri degli Stati in cui tale unione non era legale.
3. Gli ufficiali di stato civile in Ohio e Tennessee rifiutarono il riconoscimento, invocando la legislazione locale contraria al matrimonio tra persone dello stesso sesso.
4. Le coppie presentarono ricorso contro il diniego, portando la questione alla Corte Suprema, che ha giurisdizione generale negli Stati Uniti, comprendendo anche le controversie amministrative.

### IL CONTESTO STORICO E SOCIALE

La decisione avviene in un periodo di forte conflittualità sociale e giuridica negli Stati Uniti:

- **Precedenti giurisprudenziali:** La Corte Suprema aveva già riconosciuto alcuni diritti delle coppie dello stesso sesso in sentenze del 2010 e 2014, suggerendo una progressiva apertura.
- **Divisione tra gli Stati:** Alcuni Stati avevano adottato emendamenti costituzionali locali per definire il matrimonio esclusivamente come unione tra un uomo e una donna, limitando così la possibilità di riconoscere matrimoni tra persone dello stesso sesso. Tra questi, il caso emblematico della **Proposition 8** in California, che aveva suscitato ampio dibattito pubblico.
- **Conflitto sociale:** La questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso polarizzava profondamente l'opinione pubblica, con Stati e cittadini divisi su base ideologica e religiosa.

### IL PARAMETRO COSTITUZIONALE: IL 14° EMENDAMENTO

La questione giuridica viene posta in riferimento al **14° emendamento** della Costituzione degli Stati Uniti, con particolare enfasi su due clausole fondamentali:

1. **Due Process Clause:** Garantisce che nessuno sia privato della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo. È un principio contenuto anche nel 5° emendamento, ma il 14° lo rende applicabile non solo alla Federazione, ma anche agli Stati.
2. **Equal Protection Clause:** Stabilisce che tutti gli individui hanno diritto a una protezione uguale davanti alla legge, obbligando gli Stati a trattare in modo equo tutti i cittadini, senza discriminazioni arbitrari.

Adottato tra il 1865 e il 1868 durante la **Ricostruzione post-guerra civile**, il 14° emendamento nasce per garantire l'uguaglianza e i diritti fondamentali, in particolare alle persone afroamericane liberate dalla schiavitù. Esso contiene disposizioni fondamentali:

1. **Cittadinanza:** Tutte le persone nate negli Stati Uniti sono automaticamente cittadini americani.
2. **Equal Protection:** Garantisce pari trattamento a tutti i cittadini da parte delle leggi statali e federali.
3. **Incorporation:** Attraverso il principio del Due Process, rende applicabili agli Stati le garanzie di libertà fondamentali previste dalla Costituzione federale.

Parti da dove dice voglio farvi vedere il 14esimo emendamento

### LA DECISIONE DELLA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema, in una sentenza storica, decide a favore delle coppie dello stesso sesso, riconoscendo il diritto al matrimonio come parte integrante delle libertà garantite dal 14° emendamento. La decisione si basa su due punti fondamentali:

1. **Matrimonio come diritto fondamentale:** La Corte afferma che il matrimonio è un'istituzione fondamentale, storicamente riconosciuta come una delle forme più alte di unione affettiva e sociale.





Escludere le coppie dello stesso sesso violerebbe il principio di uguale protezione e il diritto a una libertà significativa.

2. **Tradizione reinterpretata:** Pur riconoscendo che la tradizione aveva originariamente limitato il matrimonio a unione tra uomo e donna, la Corte sottolinea che l'evoluzione sociale e giuridica giustifica una nuova interpretazione inclusiva.

La sezione 1 del **14° emendamento** della Costituzione degli Stati Uniti recita:

*> “Tutte le persone nate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello stato in cui risiedono. Nessuno stato adotterà o applicherà leggi che limitino i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né alcuno stato potrà privare alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà senza due process of law, né negare a qualsiasi persona entro la sua giurisdizione la equal protection of law.”*

Il **due process of law** era già presente nel 5° emendamento, che proteggeva i cittadini da abusi da parte del governo federale. Tuttavia, il 14° emendamento estende questa protezione agli Stati, rendendola operativa contro le legislazioni statali.

La traduzione italiana di "due process" come "giusto processo" non coglie completamente il significato. Negli Stati Uniti, il due process è inteso non solo come rispetto di procedure formali, ma anche come **principio di ragionevolezza**: nessuno può essere privato dei propri diritti senza una motivazione adeguata e ragionevole. Questo principio, quindi, incorpora una **dimensione sostanziale**, che si estende alla protezione di diritti fondamentali.

#### IL MATRIMONIO E IL 14° EMENDAMENTO

Negli Stati Uniti, la Costituzione non contiene un articolo specifico dedicato al matrimonio o alla famiglia, come l'**articolo 29** della Costituzione italiana ("società naturale fondata sul matrimonio"). Pertanto, la clausola del **due process** è stata utilizzata per sostenere il riconoscimento di diritti legati al matrimonio.

#### L'argomentazione dei ricorrenti:

I ricorrenti che chiedevano il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso basavano la loro richiesta sul **14° emendamento**, sostenendo che:

1. In quanto cittadini americani, hanno diritto all'**uguaglianza davanti alla legge (equal protection)**.
2. Non possono essere privati del diritto al matrimonio senza adeguate garanzie (due process).

La Corte Suprema, tuttavia, ha dovuto rispondere a una domanda chiave: **il diritto al matrimonio può essere ricavato dal due process o dall'equal protection?**

**L'ESPANSIONE DEL DUE PROCESS:** La clausola del due process non specifica quali diritti rientrino sotto la protezione di "**liberty**". Tuttavia, la giurisprudenza americana ha interpretato questo termine in modo ampio, includendo diritti impliciti che non sono espressamente menzionati nella Costituzione. La Corte Suprema ha utilizzato un approccio **sostanziale**, considerando che:

1. **Liberty** comprende non solo le libertà negative (assenza di interferenza), ma anche diritti positivi come il matrimonio, che rientrano tra le scelte fondamentali della vita individuale.
2. Il significato di liberty evolve nel tempo, consentendo un'espansione delle tutele in risposta ai cambiamenti sociali e culturali.

Nella sentenza **Obergefell v. Hodges (2015)**, la Corte Suprema si è basata sulla tradizione per determinare se il matrimonio tra persone dello stesso sesso potesse essere protetto dal due process. La Corte ha riconosciuto che:



1. Esiste una tradizione radicata negli Stati Uniti che vede la famiglia, fondata sull'unione matrimoniale, come l'**istituzione fondante della società americana**.

2. Questa tradizione, pur essendo inizialmente limitata all'unione tra un uomo e una donna, deve essere reinterpretata alla luce dei principi di uguaglianza e libertà.

La Corte ha affermato che il matrimonio è un diritto fondamentale, tutelato dal due process, poiché rappresenta una delle scelte più importanti nella vita di una persona e contribuisce al benessere sociale e individuale.

### CONCLUSIONI DELLA CORTE

La Corte Suprema ha stabilito che il diritto al matrimonio rientra nel concetto di liberty del due process e deve essere riconosciuto a tutte le persone, indipendentemente dal sesso dei partner. Questa decisione si basa su:

1. **La tradizione:** Che riconosce il matrimonio come istituzione centrale nella società americana.

2. **L'evoluzione della libertà:** Che include l'espansione delle tutele per garantire l'uguaglianza e la dignità delle persone.

La sentenza rappresenta un passo fondamentale nell'espansione dei diritti civili negli Stati Uniti, dimostrando come i principi costituzionali possano essere reinterpretati per affrontare le sfide sociali contemporanee.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso **Obergefell v. Hodges (2015)**, ha stabilito che il diritto al matrimonio deve essere riconosciuto anche alle coppie dello stesso sesso. Questa decisione si basa su due principi fondamentali sanciti dal **14° emendamento**:

1. **Due Process Clause:** Il matrimonio è una libertà fondamentale che rientra nel concetto di "liberty" e, pertanto, è protetta dal due process.

2. **Equal Protection Clause:** Negare il diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso costituisce una violazione del principio di uguaglianza, che impone agli Stati di trattare tutti i cittadini in modo equo.

La Corte ha inoltre affermato che non esiste un interesse pubblico sufficientemente forte da giustificare un trattamento diseguale per le coppie dello stesso sesso. Qualsiasi divieto in tal senso sarebbe una forma di discriminazione.

**il riconoscimento federale del matrimonio:** Prima della sentenza, il panorama giuridico americano era frammentato:

- **Stati progressisti (costa ovest):** Riconoscevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

- **Stati conservatori (centro e sud):** Rifiutavano di riconoscere tali unioni.

Con questa decisione, la Corte ha imposto a tutti gli Stati l'obbligo di riconoscere il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso, trasformandolo in un **diritto federale** protetto dal 14° emendamento.

### LA CRITICA ALLA DECISIONE GIUDIZIARIA

La sentenza ha sollevato critiche significative, molte delle quali ruotano attorno alla legittimità delle corti di intervenire in materia:

1. **Non elezione popolare:** Si sostiene che i giudici della Corte Suprema non siano eletti dal popolo e, quindi, non abbiano il potere di decidere su questioni che riflettono una profonda divisione sociale.

2. **Riconoscimento di diritti non voluti dalla maggioranza:** I detrattori ritengono che la Corte non dovrebbe riconoscere diritti che la maggioranza della popolazione, attraverso i processi politici, non è disposta a concedere.



## IL RUOLO DELLE CORTI SUPREME COME ISTITUZIONI CONTRO-MAGGIORITARIE

La Corte Suprema, tuttavia, svolge un ruolo essenziale come **istituzione contro-maggioritaria**, un concetto elaborato dal costituzionalista americano **Alexander Bickel** nel suo libro **\*The Least Dangerous Branch\***. Bickel descrive la Corte come "il ramo meno pericoloso" del governo, una definizione ironica che sottolinea come la sua posizione originaria fosse percepita come debole rispetto al potere legislativo ed esecutivo.

Secondo Bickel:

**1. Protezione delle minoranze:** Le corti esistono per tutelare i diritti delle minoranze che non ricevono adeguata protezione nei processi politici dominati dalla maggioranza. Senza questo meccanismo, tali diritti rischierebbero di essere ignorati o schiacciati.

**2. La democrazia non è solo regola della maggioranza:** Una democrazia autentica non si basa unicamente sulla volontà della maggioranza, ma anche sulla protezione dei diritti fondamentali. Senza diritti, la regola della maggioranza diventa pura tirannia.

Nel caso in esame, la Corte Suprema ha protetto la minoranza **LGBT**, garantendo loro un diritto fondamentale non riconosciuto in molti Stati.

## IL COLLEGAMENTO TRA COSTITUZIONALISMO TEDESCO E AMERICANO

Questo approccio mostra un parallelismo tra il costituzionalismo americano e quello tedesco. Entrambi i sistemi condividono l'idea che la protezione dei diritti fondamentali sia essenziale per il funzionamento della democrazia. In particolare:

- In Germania, la **dignità umana** (Art. 1 della Legge Fondamentale) funge da principio guida per bilanciare i diritti fondamentali e proteggere le minoranze.

- Negli Stati Uniti, la **Corte Suprema** utilizza il 14° emendamento per garantire che nessuna persona o gruppo sia discriminato, anche quando la maggioranza non supporta tale protezione.

## DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION: UN'ANALISI DELLA CORTE SUPREMA E DEL SUO RAGIONAMENTO

### LA SENTENZA DOBBS V. JACKSON: CONTESTO E DECISIONE

La sentenza **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization** rappresenta un momento cruciale nella giurisprudenza americana recente. In questa decisione, la Corte Suprema ha annullato il precedente stabilito con **Roe v. Wade (1973)**, eliminando il riconoscimento costituzionale del diritto all'aborto e lasciando agli Stati la libertà di regolamentare la materia.

#### La posizione della Corte:

1. La Corte, con una maggioranza conservatrice, ha dichiarato che il diritto all'aborto non è un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione.

2. Ha affermato che, se le donne desiderano vedere riconosciuto tale diritto, devono rivolgersi al **Parlamento** o alle legislature statali. La Corte sottolinea che, avendo le donne il diritto di voto e accesso alle cariche politiche, possono perseguire il cambiamento attraverso i processi democratici.

La sentenza Dobbs evidenzia un cambio di approccio rispetto al caso **Obergefell v. Hodges (2015)**, che aveva riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Il cambiamento riflette non solo una diversa composizione della Corte, ma anche un'interpretazione diametralmente opposta del concetto di **due process**.

#### Obergefell:



- La Corte aveva interpretato il concetto di **liberty** all'interno del due process in senso sostanziale, includendo il diritto al matrimonio come parte della libertà individuale.
- Aveva stabilito che il **14° emendamento** protegge l'uguaglianza delle coppie dello stesso sesso, vietando discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

### **Dobbs:**

- La Corte ha rifiutato di applicare la stessa logica al diritto all'aborto, affermando che esso non è radicato nella **tradizione americana** e, quindi, non può essere considerato un diritto fondamentale.
- Ha enfatizzato che la questione deve essere decisa dalle legislature democratiche, non dalla Corte.

La Corte, consapevole delle analogie con la logica adottata in Obergefell, ha precisato nella sentenza Dobbs che:

1. **I fatti di causa sono diversi:** La Corte sostiene che l'aborto coinvolge questioni differenti rispetto al matrimonio, rendendo inapplicabile un ragionamento per analogia.
2. **Nessun impatto su Obergefell:** La Corte chiarisce che Dobbs non deve essere interpretata come un precedente per mettere in discussione altre decisioni sui diritti fondamentali, come il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Questa precisazione è cruciale nel sistema di **common law**, dove il ragionamento per analogia e il vincolo dei precedenti giocano un ruolo centrale.

### **IL DUE PROCESS SOSTANZIALE: UN'ARMA A DOPPIO TAGLIO**

L'interpretazione del **due process** in senso sostanziale consente di ricavare diritti impliciti dalla Costituzione, ma è un processo che la Corte Suprema utilizza con cautela, poiché può avere implicazioni ampie e difficilmente controllabili. Il **due process sostanziale:**

1. **Espansione dei diritti:** In casi come Obergefell, è stato utilizzato per ampliare le tutele individuali, includendo diritti non espressamente menzionati nella Costituzione.
2. **Restrizioni:** In Dobbs, la Corte ha evitato di espandere ulteriormente i diritti impliciti, scegliendo invece di limitare l'applicazione del due process.

La sentenza Dobbs segna una svolta significativa nel rapporto tra la Corte Suprema e i diritti fondamentali:

1. **Ridimensionamento del ruolo della Corte:** La decisione riflette un approccio più restrittivo, che lascia maggior spazio ai processi democratici per decidere su questioni controverse.
2. **Tensione tra democrazia e diritti:** La Corte afferma che la democrazia non può prescindere dalla volontà della maggioranza, ma il caso Obergefell dimostra che i diritti delle minoranze necessitano di protezione anche contro la maggioranza.

Ecco una rielaborazione con un linguaggio universitario adatto a una dispensa accademica:



## LEZIONE GIACINTO DELLA CANNANEA

### REGIMI GIURIDICI GLOBALI

In questa trattazione affrontiamo il tema del **diritto amministrativo globale**, iniziando con alcune considerazioni sul diritto amministrativo nel suo contesto tradizionale di formazione e sviluppo: lo **Stato**. L'analisi prenderà le mosse dall'ambito statale, evidenziando come la concezione del diritto amministrativo, in origine legata a specifiche realtà dell'epoca, sia stata progressivamente superata dagli sviluppi storici e giuridici.

Le teorie giuridiche svolgono un ruolo cruciale nel fornire strumenti per interpretare la realtà sociale e istituzionale. Tuttavia, queste non possono sostituirsi alla realtà stessa: quando quest'ultima evolve, anche le teorie devono essere riformulate per mantenere la loro capacità esplicativa. Pertanto, inizieremo con una breve riflessione sul diritto amministrativo statale per poi ampliare l'analisi al diritto amministrativo globale.

Il focus di questa lezione si articolerà secondo un approccio metodologico che combina una prospettiva generale con l'esame empirico di due casi concreti. Il metodo scelto riflette la pratica didattica adottata nei miei corsi e si propone di illustrare le dinamiche del diritto amministrativo globale attraverso esempi significativi.

Il primo caso riguarda una decisione emessa da uno degli organismi internazionali più peculiari e rilevanti in ambito globale: **l'Organo di Appello dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)**. Questo episodio, risalente a circa vent'anni fa, vedeva contrapposti il governo degli Stati Uniti e diversi governi di altri Paesi membri dell'OMC. La rilevanza di questa controversia risiede nell'applicazione di uno dei principi cardine del diritto pubblico in senso lato: il **due process of law**. Tale vicenda è frequentemente citata nella letteratura sul diritto amministrativo globale per il suo valore paradigmatico.

Il secondo caso, invece, si colloca più vicino al diritto amministrativo nazionale. Verrà esaminata una **sentenza del Consiglio di Stato italiano**, scelta come strumento didattico per evidenziare le interazioni tra i livelli normativi nazionali e globali.

L'analisi seguirà un doppio binario: da un lato, una riflessione di carattere generale sul diritto amministrativo dello Stato e sulla natura dello Stato stesso; dall'altro, un approccio che potremmo definire "dal particolare al generale" o **empirico**, volto a estrapolare principi generali a partire dallo studio di casi concreti.

Questo percorso si propone di offrire una visione integrata del diritto amministrativo globale, bilanciando teoria e pratica, per meglio comprendere le trasformazioni in atto e le loro implicazioni nel contesto giuridico internazionale e nazionale.

#### 1) OLTRE LO STATO: IL QUADRO GENERALE DI RIFERIMENTO

Cosa possiamo apprendere dalla realtà? È essenziale premettere che, data la complessità, la varietà e la continua evoluzione della realtà giuridica, la nostra analisi si concentrerà su alcuni aspetti specifici. Questo approccio settoriale è reso ancora più significativo dall'interazione interdisciplinare, ad esempio con il diritto costituzionale, che consente di confrontare punti di vista differenti e di cogliere le convergenze o le divergenze tra il livello costituzionale e quello amministrativo.

Nel diritto costituzionale, l'attenzione si concentra sui rapporti tra le istituzioni politiche e quelle giudiziarie, nonché sulla tutela dei diritti fondamentali di cittadini e soggetti giuridici, come stranieri, imprese e gruppi sociali. Al contrario, il diritto amministrativo si occupa principalmente di due ambiti: i rapporti tra le istituzioni amministrative dell'ordinamento, ad esempio tra apparati centrali dello Stato ed enti locali, e i rapporti tra le istituzioni pubbliche e i soggetti privati.



Un esempio di quest'ultimo ambito è rappresentato dalle attività dello Stato volte a garantire i diritti sociali, come l'accesso a prestazioni sanitarie durante la recente pandemia. In tali circostanze, il diritto amministrativo ha gestito sia l'erogazione di prestazioni a tutela della salute sia l'imposizione di limitazioni ai diritti individuali. Questa duplice funzione evidenzia un aspetto peculiare del diritto amministrativo moderno: da un lato, promuove il benessere collettivo; dall'altro, interferisce con l'esercizio dei diritti individuali, anche costituzionalmente garantiti.

Tra gli esempi classici di questa interferenza vi sono i provvedimenti di espropriazione, che comportano l'estinzione del diritto di proprietà, sebbene sia previsto un indennizzo, o le sanzioni amministrative, come le multe pecuniarie o le penalità antitrust. Quest'ultime, spesso di grande rilevanza economica, possono superare cifre considerevoli, come nel caso recente di una sanzione inflitta a TikTok dall'Autorità Garante per la Privacy, superiore a 30 milioni di euro.

Il diritto amministrativo, quindi, si caratterizza per una duplice natura: da un lato, regola l'erogazione di beni e servizi pubblici; dall'altro, disciplina l'interferenza dei poteri pubblici con le attività e i diritti dei privati. Questa ambiguità riflette la sua storica evoluzione all'interno dello Stato moderno.

## IL DIRITTO AMMINISTRATIVO E LO STATO MODERNO

Il diritto amministrativo è un prodotto storico e culturale strettamente legato allo Stato moderno. Parlare di diritto amministrativo in riferimento a entità politiche del passato, come l'Impero Romano o il Sacro Romano Impero, risulta anacronistico. Il diritto amministrativo si sviluppa infatti in un contesto caratterizzato dalla formazione dello Stato moderno, secondo l'analisi di Max Weber, il quale lo descrive come fondato su due pilastri: il monopolio dell'uso legittimo della forza e la creazione di una burocrazia professionale. Questa burocrazia, finanziata tramite la raccolta di entrate pubbliche, consente allo Stato di esercitare la forza sia all'esterno, attraverso le forze armate, sia all'interno, garantendo l'ordine pubblico e la sicurezza.

Tale caratteristica del diritto amministrativo come elemento distintivo dello Stato moderno è stata sottolineata anche dal più importante giuspubblicista italiano del XX secolo, Santi Romano. Egli definì il diritto amministrativo come un ramo del diritto dello Stato, basandosi su due elementi fondamentali: uno fattuale e uno culturale. Dal punto di vista fattuale, nella prima metà del XX secolo, gli apparati statali costituivano le strutture più rilevanti del diritto amministrativo, soprattutto in Paesi come Francia e Inghilterra, dove il primato statale era consolidato.

Tuttavia, già nella seconda metà dell'Ottocento si assiste alla nascita di quelle che furono definite "**Unioni Amministrative**", segnando l'inizio di una trasformazione verso forme di cooperazione e regolamentazione sovranazionale. Questo sviluppo rappresenta un primo passo verso il superamento della visione esclusivamente statale del diritto amministrativo, aprendo la strada a nuove modalità di organizzazione e interazione giuridica che trovano piena espressione nel contesto globale contemporaneo.

### L'ESIGENZA DI STANDARD COMUNI: LE PRIME UNIONI AMMINISTRATIVE

Nel corso dell'Ottocento, per esigenze di carattere funzionale, si iniziò a comprendere l'importanza di stabilire **standard comuni** per la gestione di attività che superavano i confini statali. La crescente navigazione sui grandi fiumi europei, come il Reno e il Danubio, rese evidente la necessità di uniformare le norme per il traffico di merci e passeggeri. Questa consapevolezza portò alla creazione di **commissioni miste**, incaricate di elaborare standard comuni e di interfacciarsi con i diversi apparati statali coinvolti nella gestione di tali attività.

L'innovazione tecnologica dell'epoca contribuì in modo significativo a questa trasformazione. Lo sviluppo di nuove infrastrutture, come le **ferrovie transnazionali** o i **trafori alpini**, spinse gli Stati a collaborare per superare barriere geografiche e politiche. In Italia, ad esempio, il Conte di Cavour riconobbe l'importanza di tali infrastrutture per l'integrazione del Paese con il resto d'Europa. Parallelamente, l'introduzione di strumenti innovativi come i **telegrafi** sollevò questioni di



standardizzazione, mostrando come il progresso tecnologico fosse strettamente legato all'evoluzione del diritto amministrativo.

**lo sviluppo accademico e professionale del diritto amministrativo:** Il diritto amministrativo, particolarmente nella tradizione giuridica francese post-napoleonica, si sviluppò sia a livello accademico sia attraverso scuole professionali che formavano i funzionari statali. In Francia, gli **ingegneri e gli economisti** ebbero un ruolo cruciale nell'amministrazione pubblica ottocentesca, riflettendo la stretta connessione tra diritto, tecnologia e gestione delle infrastrutture. Le grandi scuole francesi, come quelle dedicate ai ponti e alle infrastrutture, divennero centri di formazione per i futuri amministratori.

### L'INFLUENZA DELLA FILOSOFIA DI HEGEL E LE CRITICHE DI SANTI ROMANO

Dal punto di vista teorico, la filosofia del diritto di **Hegel** esercitò una profonda influenza sulla concezione del diritto amministrativo come esclusiva espressione dello Stato. Hegel sosteneva che il diritto di ogni Stato riflettesse il **Volksgeist** (spirito del popolo) e che, di conseguenza, il diritto statale fosse intrinsecamente diverso da quello di qualsiasi altro Stato. Per Hegel, il diritto internazionale era una dimensione separata, limitata ai trattati liberamente stipulati tra gli Stati.

Tuttavia, questa visione trovò anche critiche significative. **Santi Romano**, uno dei principali giuristi italiani del XX secolo, riconobbe i limiti del modello hegeliano, sottolineandone l'eccessiva centralità attribuita allo Stato. Santi Romano fu tra i pochi a identificare i rischi insiti in un'idolatria dello Stato, prefigurando i cambiamenti che avrebbero caratterizzato il diritto amministrativo nella seconda metà del Novecento.

### LA TRASFORMAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO DOPO IL 1945

Dal secondo dopoguerra in poi, il diritto amministrativo ha subito una trasformazione sostanziale, non limitandosi a semplici aggiustamenti ma affrontando una **mutazione complessiva**. Seguendo l'analisi di Santi Romano, si possono identificare tre principali dimensioni di cambiamento: **sociale, organizzativa e normativa**.

1. **Aspetto sociale:** A inizio Novecento, il diritto amministrativo si concentrava prevalentemente su Stati europei consolidati e su poche altre realtà influenzate dall'Europa, come Stati Uniti, Turchia e Giappone. Oggi, invece, la comunità internazionale è caratterizzata da una maggiore diversità politica e culturale, includendo regimi democratici, autoritari e teocratici. Questo contesto più complesso richiede un adattamento del diritto amministrativo per rispondere a una base sociale estremamente variegata.

2. **Aspetto organizzativo:** La dimensione organizzativa del diritto amministrativo si è ampliata, includendo non solo gli apparati statali tradizionali ma anche organismi sovranazionali e transnazionali. Le **Unioni Amministrative** dell'Ottocento rappresentarono un primo passo in questa direzione, anticipando le moderne organizzazioni internazionali.

3. **Aspetto normativo:** L'evoluzione normativa del diritto amministrativo riflette la crescente influenza di trattati e regolamenti sovranazionali. La separazione tra diritto statale e diritto internazionale, così rigidamente postulata da Hegel, è oggi superata da una rete di norme globali che influenzano profondamente l'azione amministrativa a livello locale.

### LE ORGANIZZAZIONI SOVRANAZIONALI E IL LORO RUOLO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

La realtà contemporanea è caratterizzata dalla presenza di numerose organizzazioni internazionali che svolgono un ruolo cruciale nella definizione e nell'attuazione di norme e standard sovranazionali. Tra queste, l'**ONU** e le sue agenzie specializzate, **come l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e la Banca Mondiale**, si distinguono per il loro impegno nell'offrire servizi e promuovere infrastrutture negli Stati. Accanto a queste, operano organizzazioni di natura più tecnica, come l'**Organizzazione**



**per la Proibizione delle Armi Chimiche**, e regimi regionali dedicati, ad esempio, alla gestione delle risorse ittiche nell'Oceano Pacifico o nel Mare del Nord.

Un caso interessante è rappresentato da organismi non istituiti da trattati internazionali, come il **Comitato di Basilea**. Questo organismo, composto dai governatori delle principali banche centrali, si occupa della formulazione di standard per le attività bancarie, ma opera senza un formale riconoscimento giuridico internazionale e senza una struttura amministrativa propria, appoggiandosi agli uffici della **Banca per i Regolamenti Internazionali**. Questo tipo di organizzazione, che svolge funzioni rilevanti senza governare un territorio o essere soggetta a controllo politico diretto, rappresenta una sfida significativa per la governance e la regolazione globale.

## LA STRUTTURA NORMATIVA NEL CONTESTO GLOBALE

L'ordinamento globale presenta una configurazione normativa profondamente diversa rispetto a quella statale. Negli Stati, le norme giuridiche si sviluppano secondo una **gerarchia delle fonti** ben definita, con la Costituzione al vertice, seguita da leggi e regolamenti. Nel contesto globale, invece, la realtà è molto più frammentata. Esistono migliaia di trattati bilaterali (ad esempio, oltre 2.500 trattati sugli investimenti) e numerosi accordi multilaterali, ma manca una cornice costituzionale unitaria che regoli in modo omogeneo l'insieme delle attività, comprese quelle che incidono sui diritti fondamentali o sull'attività economica delle imprese.

In questo scenario, l'**articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia** riveste un ruolo cruciale, individuando le fonti principali del diritto internazionale: trattati, consuetudine e **principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili**. Quest'ultima categoria segna un netto superamento dell'impostazione hegeliana secondo cui i diritti degli Stati sarebbero irriducibilmente diversi tra loro. Inoltre, l'articolo 38 attribuisce rilevanza alle decisioni giudiziarie e alla dottrina degli autori più autorevoli come fonti sussidiarie. Questi sono visti come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche e questo comporta una differenza molto importante rispetto al punto di vista che è stato prevalente nel diritto amministrativo per un lungo periodo di tempo, e cioè quello di tipo positivista: Vale a dire che quello che conta essenzialmente è il diritto dello Stato e che questo diritto è per lo più un diritto di fonte legislativa. Ora, in realtà chi conosce il diritto amministrativo sa che le decisioni giudiziarie sono state fondamentali in Francia, in Italia, in Austria e altrove, ma è importante, fare capire che quell'idea per cui quello che conta è l'editto del legislatore è un'idea non soltanto storicamente limitata, ma è anche un'idea molto pericolosa, perché conduce a non rendersi conto dei limiti ai quali anche il potere legislativo, non solo quello esecutivo, oggi è sottoposto.

## IL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE NELL'ORDINAMENTO GLOBALE

Un altro aspetto che distingue l'ordinamento globale da quello statale è la mancanza di un **sistema unificato per la risoluzione delle controversie**. Nell'Unione Europea, ad esempio, la **Corte di Giustizia dell'UE** fornisce un meccanismo centralizzato per risolvere le dispute tra Stati membri e garantisce l'applicazione uniforme del diritto comunitario. Al di fuori di questa realtà, il panorama è molto più complesso e frammentato.

Esistono tribunali amministrativi che si occupano di controversie tra funzionari e agenti delle organizzazioni internazionali, procedimenti arbitrari rilevanti per le dispute commerciali globali, e organismi specifici come quelli dell'**Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)** per la risoluzione di conflitti commerciali. Vi sono poi **corti internazionali generali**, come la **Corte Internazionale di Giustizia**, corti specializzate, come il **Tribunale per il Diritto del Mare**, e corti dedicate ai diritti umani, come la **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo** e la **Corte Interamericana dei Diritti Umani**. Tuttavia, queste istituzioni non sono equamente distribuite a livello globale: ad esempio, l'Asia, pur essendo un continente di crescente rilevanza economica e demografica, non dispone di una rete di corti regionali o organismi amministrativi composti paragonabili a quelli europei o sudamericani.

**il diritto amministrativo: una dimensione oltre lo stato:** L'evoluzione del diritto amministrativo evidenzia come esso non sia più confinato all'ambito dello Stato né riducibile a un semplice ramo del





diritto pubblico statale. Al contrario, il diritto amministrativo ha acquisito una dimensione globale, incidendo sia all'interno degli Stati sia nei contesti sovranazionali, grazie alla crescente influenza di norme, organizzazioni e meccanismi di risoluzione delle controversie che operano al di fuori dei confini statali tradizionali.

## 2) IL PRINCIPIO DEL DUE PROCESS OF LAW: È POSSIBILE SENZA UN FONDAMENTO COSTITUZIONALE?

### IL CONTESTO DEL DUE PROCESS OF LAW

Un'importante questione giuridica riguarda la possibilità di affermare uno standard generale come il **due process of law** in assenza di un fondamento costituzionale esplicito. Per affrontare questa problematica, possiamo adottare un approccio comparato, analizzando tre ordinamenti occidentali: Stati Uniti, Spagna e Italia.

**Negli Stati Uniti**, fin dall'introduzione del **Bill of Rights**, il **quinto emendamento** sancisce che nessuna persona possa essere privata della vita, della libertà o della proprietà senza un due process of law. Questo principio è stato ulteriormente rafforzato dal quattordicesimo emendamento dopo la Guerra Civile, il quale estende tale garanzia a livello statale. Il contenuto di questi emendamenti riflette la filosofia di John Locke, secondo cui vita, libertà e proprietà rappresentano i beni essenziali che una società fondata sul contratto sociale deve tutelare.

In **Spagna**, la Costituzione del 1978, adottata dopo la fine della dittatura franchista, ha introdotto garanzie procedurali che si avvicinano a quelle statunitensi. L'**articolo 105** stabilisce che l'autorità pubblica non può interferire con i diritti fondamentali senza rispettare un procedimento amministrativo che garantisca il diritto di essere ascoltati e l'accesso ai documenti amministrativi

In **Italia**, invece, la Costituzione del 1948 non prevede una clausola esplicita sul due process of law. Questo limite fu osservato dal costituzionalista Enzo Crisafulli, il quale, commentando una sentenza della Corte Costituzionale del 1963, evidenziò che il principio di audizione nel procedimento amministrativo era riconosciuto dall'ordinamento, ma non trovava una base costituzionale esplicita. La Corte aveva affermato che tale principio era vincolante per le regioni, ma lo Stato avrebbe potuto modificarlo con una legge ordinaria. La mancanza di una norma costituzionale specifica ha sollevato dibattiti sulla possibilità di applicare principi non scritti nel sistema giuridico italiano. . Secondo alcuni è una dimenticanza, secondo altri è un errore, secondo altri ancora è un errore al quale si può rimediare facendo riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni e riferite ai diritti civili e sociali, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma della Costituzione.

### IL CASO DEL BANDO SUI GAMBERETTI E LA PRESERVAZIONE AMBIENTALE

Un'interessante questione giuridica emerse oltre vent'anni fa nell'ambito di una controversia presso l'**Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)**, riguardante un bando statunitense sull'importazione di prodotti a base di gamberetti provenienti da alcuni Paesi asiatici, tra cui India, Pakistan e Malesia. Gli Stati Uniti giustificarono il bando con la necessità di preservare le tartarughe marine, minacciate dall'uso di reti da pesca prive di dispositivi protettivi. La controversia riguardava quindi un problema tipico di diritto amministrativo: a chi possono essere concesse licenze di pesca o di esportazione? Solo a coloro che rispettano determinate condizioni, come l'adozione di pratiche che minimizzano l'impatto ambientale.

La questione si complicava per il fatto che lo scopo principale dell'OMC è la promozione del libero commercio, senza che vi fosse una clausola generale dedicata alla tutela ambientale. L'unica base normativa applicabile era l'**articolo 20 del GATT 1994**, parte degli Accordi di Marrakech. Questo articolo prevede che gli Stati possano introdurre limitazioni al commercio per ragioni specifiche, come la protezione dell'ordine pubblico, della morale o di risorse naturali esauribili. Gli Stati Uniti argomentarono che le tartarughe marine rappresentano risorse naturali a rischio di estinzione e, pertanto, la loro protezione giustificava il bando.



La controversia fu sottoposta agli organi di risoluzione delle dispute dell'OMC. Mentre il panel iniziale non accolse la posizione statunitense, l'**Organo di Appello** ribaltò la decisione, riconoscendo che la limitazione al commercio per scopi ambientali è ammissibile, purché le misure adottate siano **non arbitrarie e non discriminatorie**.

#### *LA DECISIONE DELL'ORGANO DI APPELLO: BASIC FAIRNESS AND DUE PROCESS*

L'analisi della decisione dell'Organo di Appello evidenzia due aspetti centrali. In primo luogo, il procedimento amministrativo adottato dagli Stati Uniti per il rilascio delle autorizzazioni risultava caratterizzato da una marcata **informalità**. Questo approccio amministrativo, secondo l'Organo di Appello, comprometteva i diritti degli Stati esportatori, che non potevano avere alcuna certezza che le procedure fossero applicate in modo **giusto ed equo**. Veniva così negata quella che è definita **basic fairness and due process**, con conseguenti discriminazioni.

In secondo luogo, l'Organo di Appello osservò che tale gestione amministrativa non rispettava i requisiti fondamentali del due process, risultando incompatibile con le obbligazioni assunte dagli Stati membri nei trattati dell'OMC.

**riflessioni sui presupposti giuridici: qual è la base legale?:** La decisione solleva interrogativi sulla base legale applicata dall'Organo di Appello. Non esiste una norma scritta nell'OMC analoga al **quinto emendamento** della Costituzione statunitense. Tuttavia, il principio di basic fairness and due process, pur non avendo una base normativa esplicita, è stato riconosciuto come elemento fondamentale nel contesto internazionale. Questo rappresenta un apparente paradosso: gli Stati Uniti, che per primi hanno sviluppato tale principio nel proprio ordinamento giuridico, perdono la controversia, ma il precedente stabilito potrebbe essere utilizzato contro altri Stati in futuro.

La questione centrale diventa quindi: i principi applicati sono elaborati autonomamente dai giudici come **principi non scritti**, oppure sono considerati **innati (inherent)** in qualunque procedimento pubblico? La risposta a questa domanda ha implicazioni significative sul ruolo degli organi di risoluzione delle controversie e, più in generale, delle corti internazionali.

**il potere delle corti internazionali: limiti e problematiche:** il potere dei giudici e degli arbitri internazionali nell'elaborare principi giuridici essenziali è oggetto di ampio dibattito. Alcuni ritengono che questo potere sia limitato dalla **saggezza** dei giudici stessi, un'interpretazione che riflette una visione ottimistica. Altri sostengono che il potere debba essere vincolato alla capacità di fornire **argomentazioni ragionevoli**, condivisibili da una platea internazionale, in linea con l'approccio di **Habermas**. Tuttavia, esiste anche la preoccupazione che le corti internazionali possano esercitare un potere **di fatto illimitato**, soprattutto in assenza di una cornice costituzionale globale.

#### *CONCLUSIONI: IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA NELL'ORDINAMENTO GLOBALE*

In un contesto privo di una Costituzione globale, i principi fondamentali del diritto internazionale sono spesso elaborati da giudici e arbitri. Mentre negli ordinamenti statali tali principi si sviluppano gradualmente, attraverso la giurisprudenza e successivamente nelle Costituzioni (come la **Grundgesetz** tedesca, che richiama esplicitamente il concetto di **Stato di diritto**), nell'ordinamento globale essi sono prevalentemente il frutto dell'interpretazione giudiziale.

Questa dinamica evidenzia l'importanza della **cultura giuridica** dei giudici e degli arbitri, i cui valori e interpretazioni plasmano principi fondamentali come il due process. Tuttavia, essa solleva anche interrogativi sulla legittimità e sui limiti del potere giudiziario in assenza di un quadro normativo chiaro e universalmente accettato.



## IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO DEL 31 MAGGIO 2023, N. 5377

Nel contesto globalizzato del diritto ambientale, emergono principi fondamentali come il **principio dello sviluppo sostenibile**, il **principio di non regressione** e il **principio di precauzione**. Questi principi non si limitano a valutare la condotta degli Stati sul piano internazionale, ad esempio per verificare il rispetto degli impegni assunti in sede globale, ma trovano applicazione anche a livello interno, influenzando l'azione amministrativa.

### IL CASO: L'IMPIANTO DI COMPOSTAGGIO NELLA PROVINCIA DI BRESCIA

Un esempio significativo dell'applicazione del principio di precauzione è rappresentato da un caso giudiziario verificatosi in Lombardia, nella provincia di Brescia. La vicenda riguardava una società impegnata nella produzione di compost, un'attività socialmente utile e necessaria in un mondo caratterizzato da elevati livelli di produzione di rifiuti. La società, che si occupava del recupero di rifiuti agroalimentari, è stata sottoposta a un'interferenza da parte dell'amministrazione pubblica, motivata dalla necessità di proteggere l'ambiente.

In seguito a ispezioni ambientali, tipiche attività amministrative, la provincia di Brescia ha deciso di **sospendere l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA)** rilasciata all'impianto. La società ha ritenuto questa misura un'interferenza indebita e ha impugnato il provvedimento davanti al **Tribunale Amministrativo Regionale (TAR)**, il giudice di primo grado competente in materia di diritto amministrativo.

Successivamente, la provincia ha proposto appello al **Consiglio di Stato**, chiedendo l'annullamento della decisione del TAR. La questione giuridica principale riguardava l'applicazione del **principio di precauzione**: cosa implica questo principio? Quali sono le sue fonti normative? Quali effetti giuridici produce nell'attività amministrativa?

### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: FONTI E SIGNIFICATO

Il **Consiglio di Stato**, nel suo esame, ha svolto un'analisi dettagliata delle fonti e dei contenuti del principio di precauzione, evidenziando tre ordini di fonti:

- 1. Fonti internazionali: La Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992** rappresenta una delle prime affermazioni del principio di precauzione nel diritto ambientale internazionale. Questa dichiarazione ha stabilito che, in presenza di rischi per l'ambiente o la salute, l'incertezza scientifica non deve essere utilizzata come motivo per rinviare l'adozione di misure protettive.
- 2. Fonti dell'Unione Europea: Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)**, all'articolo 191, afferma che la politica ambientale dell'Unione si basa sui principi di **precauzione** e **azione preventiva**. Sebbene il trattato attribuisca al principio di precauzione un rango costituzionale nell'ordinamento europeo, esso non ne definisce in modo dettagliato i contenuti, lasciando ampio spazio all'interpretazione giurisprudenziale.
- 3. Fonti nazionali:** In Italia, il principio di precauzione è stato recepito dal **Codice dell'Ambiente (D.Lgs. 152/2006)**, che ne prevede l'applicazione in presenza di pericoli potenziali per la salute umana o per l'ambiente. Inoltre, la recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana ha ulteriormente rafforzato la centralità di questo principio, integrandolo nel bilanciamento tra tutela ambientale e libertà economica.

### IL RUOLO DEL GIUDICE NELL'INTERPRETAZIONE DEL PRINCIPIO

Il **Consiglio di Stato** ha sottolineato che il principio di precauzione, pur avendo una base normativa, richiede un'attività interpretativa significativa. Questa attività è spesso affidata ai giudici, che devono definirne i contenuti e stabilirne l'applicazione concreta. Nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza europea, che identifica il principio di precauzione come uno **strumento generale** per tutelare interessi collettivi fondamentali, quali la salute pubblica e l'ambiente.



Il principio di precauzione non implica necessariamente l'adozione di misure drastiche in ogni situazione di rischio, ma richiede che le autorità pubbliche valutino i **rischi potenziali** e adottino provvedimenti adeguati per prevenirli, anche in assenza di certezze scientifiche definitive.

La sentenza del Consiglio di Stato evidenzia l'importanza del principio di precauzione nel diritto amministrativo moderno. Questo principio:

1. Si fonda su un **quadro normativo multilivello**, che integra fonti internazionali, europee e nazionali.
2. Richiede una valutazione **caso per caso**, con un'attività interpretativa affidata ai giudici, soprattutto in assenza di una definizione normativa dettagliata.
3. Si configura come uno **strumento di bilanciamento** tra interessi contrapposti, privilegiando la tutela della salute e dell'ambiente rispetto agli interessi economici.

Nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la sospensione dell'AIA fosse giustificata dalla presenza di **rischi potenziali** adeguatamente documentati, confermando la legittimità dell'intervento amministrativo sulla base del principio di precauzione. Questa decisione sottolinea il ruolo crescente di questo principio nell'orientare l'azione pubblica verso la protezione degli interessi collettivi in un contesto giuridico sempre più integrato.

### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: SIGNIFICATO, APPLICAZIONE E GIURISPRUDENZA

Il principio di precauzione trova radici anche nel diritto nazionale italiano, in particolare nel **Codice dell'Ambiente (D.Lgs. 152/2006)**. Tale norma prevede che il principio di precauzione sia applicato ogniqualvolta si rilevino **pericoli anche solo potenziali** per la salute umana e per l'ambiente. Questo approccio è coerente con l'evoluzione delle fonti costituzionali italiane: prima della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione, il principio trovava riferimento principalmente negli articoli 9 e 117. Le modifiche costituzionali più recenti hanno rafforzato ulteriormente la centralità della tutela ambientale nell'ordinamento giuridico.

Una delle questioni centrali sollevate nel caso è il significato del principio di precauzione: **quando e come deve essere applicato?** Il principio implica un obbligo di agire in presenza di un rischio potenziale? Oppure richiede di attendere ulteriori conferme prima di intervenire?

Queste domande sono state affrontate dal **Consiglio di Stato**, che ha offerto una definizione articolata del principio. In primo luogo, ha chiarito che il principio di precauzione non è una semplice regola applicabile in situazioni predeterminate con una logica di "tutto o niente". Al contrario, si tratta di un **principio generale** del diritto amministrativo, applicabile a una vasta gamma di settori e contesti.

### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Per spiegare il contenuto del principio di precauzione, il Consiglio di Stato si è richiamato alla giurisprudenza delle corti europee. Una pronuncia chiave in materia è quella del **Tribunale di Primo Grado dell'Unione Europea**, che lo ha definito come un principio generale del diritto, paragonabile per rilevanza al principio di legalità o al diritto di essere ascoltati.

Secondo questa giurisprudenza, il principio di precauzione impone alle autorità competenti di adottare **provvedimenti appropriati** per prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, la sicurezza e l'ambiente. Tali provvedimenti devono **prevalere sugli interessi economici**, privilegiando la protezione degli interessi collettivi in situazioni di incertezza scientifica.

**il principio di precauzione come strumento di bilanciamento:** Un elemento distintivo del principio di precauzione è la sua funzione di **bilanciamento** tra interessi contrapposti. Da un lato, vi sono la tutela della salute umana e dell'ambiente; dall'altro, gli interessi economici legati all'iniziativa privata. Diversamente dalle logiche di semplice prevenzione, il principio di precauzione richiede alle autorità pubbliche di adottare misure adeguate anche in presenza di rischi potenziali, senza attendere prove definitive di un danno imminente.



## LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

Nel caso esaminato, il **Consiglio di Stato** ha ribaltato la decisione del TAR Lombardia, ritenendo che la sospensione dell'Autorizzazione Integrata Ambientale fosse giustificata. La provincia di Brescia aveva adottato il provvedimento sulla base di evidenze scientifiche fornite dall'**ARPA** (Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente), che documentavano rischi potenziali legati all'attività dell'impianto di compostaggio.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che tali evidenze scientifiche, seppur riferite a rischi potenziali, erano sufficienti per giustificare l'applicazione del principio di precauzione. In questo senso, il provvedimento di sospensione dell'AIA è stato considerato **legittimo**, in quanto conforme alle esigenze di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

## CONCLUSIONI

Il principio di precauzione emerge come un elemento cardine del diritto amministrativo moderno, caratterizzato da:

- 1) **Universalità:** È un principio generale applicabile a molteplici settori dell'azione amministrativa.
- 2) **Bilanciamento:** Serve a mediare tra interessi collettivi e interessi economici, privilegiando la tutela dell'ambiente e della salute.
- 3) **Flessibilità:** Richiede un'attività interpretativa e valutativa caso per caso, adattandosi alla specificità delle situazioni.

Nel caso specifico, la decisione del Consiglio di Stato dimostra come il principio di precauzione possa orientare l'azione amministrativa anche in presenza di incertezze scientifiche, evidenziando il ruolo delle evidenze documentate e delle valutazioni tecniche nel garantire la legittimità degli interventi pubblici.

## CONCLUSIONE

I due casi illustrati presentano significative differenze. Da un lato, abbiamo una decisione di un **giudice amministrativo nazionale**, il Consiglio di Stato italiano, che si pone al vertice del sistema di giustizia amministrativa. Dall'altro, un **organo internazionale di appello**, l'Organo di Appello dell'OMC, chiamato a risolvere controversie tra Stati.

Le problematiche affrontate nei due contesti sono anch'esse distinte. Nel caso dell'OMC, il focus era sulla giustizia procedurale, interrogandosi se fosse possibile adottare decisioni senza garantire l'audizione delle parti coinvolte e valutando le conseguenze di tale omissione sulla legittimità del provvedimento. Nel caso del Consiglio di Stato, invece, si esaminava l'applicazione **del principio di precauzione**, ovvero quali misure siano necessarie per salvaguardare gli interessi collettivi in presenza di rischi potenziali.

Tuttavia, nonostante queste differenze, è essenziale riconoscere alcuni elementi comuni fondamentali. In particolare, tre aspetti meritano di essere sottolineati:

**1. L'IMPORTANZA DI STANDARD COMUNI IN UN MONDO INTERDIPENDENTE:** In un contesto globale sempre più interconnesso, gli **standard comuni** svolgono un ruolo cruciale per la risoluzione pacifica delle controversie. L'assenza di una cornice costituzionale universale rende questi standard uno strumento indispensabile per garantire la coerenza e l'uniformità nelle decisioni, sia a livello nazionale che internazionale.

**2. IL RUOLO CENTRALE DELLE CORTI E DEGLI ORGANI ARBITRALI:** Gli standard comuni vengono spesso elaborati da **corti internazionali, organi arbitrali** e altri meccanismi di risoluzione delle controversie. Sebbene in alcuni casi essi abbiano un fondamento normativo esplicito, frequentemente i loro contenuti e i loro effetti sono forgiati e adattati autonomamente da questi organi. Questa dinamica evidenzia la capacità delle corti di plasmare il diritto, andando oltre i confini del positivismo giuridico tradizionale.



**3. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E L'INFLUENZA DEGLI STANDARD SOVRANAZIONALI:** Nel diritto amministrativo moderno, a differenza del XIX secolo, è centrale la necessità di **bilanciare interessi contrapposti**, riflesso della crescente diversità e complessità delle società contemporanee. Questa attività di bilanciamento, tuttavia, si fonda sempre più spesso su **standard provenienti da fonti sovranazionali**, come dimostrato dai casi analizzati.

Nel caso del **principio di precauzione**, il Consiglio di Stato ha fatto riferimento a standard elaborati a livello internazionale ed europeo, integrandoli nel proprio ragionamento giuridico. Analogamente, nel caso dell'OMC, è stato applicato contro gli Stati Uniti un principio di due process of law di matrice statunitense, ma assente sia nelle costituzioni di molti altri Stati sia negli atti costitutivi dell'OMC stessa.

**RIFLESSIONI FINALI:** Questi esempi evidenziano non solo le differenze tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, ma anche i punti di convergenza. Sebbene il diritto costituzionale si concentri prevalentemente sui rapporti tra i poteri dello Stato e i diritti fondamentali, il diritto amministrativo moderno si muove sempre più verso un diritto per principi, caratterizzato da una forte influenza degli standard internazionali.

Concludendo, il confronto tra i due casi analizzati offre un'interessante prospettiva sul ruolo crescente dei principi giuridici sovranazionali nel plasmare tanto il diritto amministrativo quanto il diritto costituzionale, contribuendo allo sviluppo di un diritto globale fondato sull'interazione e sul bilanciamento tra interessi locali e globali.

#### **RISPOSTE ALLE DOMANDE: ANALISI DEI PRINCIPI GIURIDICI E DEI TEMI COLLEGATI**

**1. L'ORDINE PUBBLICO:** Il concetto di **ordine pubblico** costituisce una prerogativa fondamentale degli Stati, specialmente nei contesti normativi internazionali come quelli dell'**Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)**. Un esempio significativo è il caso del gioco d'azzardo online, in cui gli Stati Uniti hanno adottato misure per limitare i servizi online con l'obiettivo di tutelare l'ordine pubblico. L'Organo di Appello ha riconosciuto che l'ordine pubblico rientra tra i motivi legittimi per introdurre limitazioni ai servizi, pur richiedendo che tali restrizioni siano proporzionate e non discriminatorie.

La tutela dell'ordine pubblico richiede però un'**analisi comparata** per definire i confini e il contenuto del concetto. Poiché ogni Stato può attribuire significati diversi al termine "ordine pubblico", è necessario interpretarlo alla luce delle circostanze specifiche e delle norme internazionali applicabili, quando non esistano definizioni uniformi fornite dai trattati o dai fondatori delle istituzioni coinvolte.

**2. DIRITTO GLOBALE, DIRITTO TRANSNAZIONALE E ANALISI COMPARATA:** La distinzione tra **diritto globale** e **diritto transnazionale** è sottile, ma rilevante. Il diritto globale si riferisce a regimi regolatori che affrontano problemi condivisi a livello planetario, come la qualità del cibo, la protezione ambientale o la sicurezza sanitaria. Esso richiede la creazione di standard comuni, necessari per risolvere problemi che trascendono i confini nazionali.

Il **diritto transnazionale**, invece, opera su un livello intermedio, regolando i rapporti tra Stati, organizzazioni internazionali e attori privati attraverso strumenti come trattati bilaterali o multilaterali e clausole generali (ad esempio, il Fair and Equitable Treatment). L'analisi comparata è fondamentale in entrambi i contesti per identificare soluzioni condivise e adattare principi generali alle realtà normative locali.

Ad esempio, nelle controversie relative agli investimenti esteri, l'analisi comparata aiuta a riempire di contenuto clausole generiche attraverso il confronto tra ordinamenti, garantendo una maggiore coerenza nell'applicazione degli standard.

**3. L'AUTOREGOLAMENTAZIONE DEI PRIVATI E IL RUOLO DELLA REGOLAZIONE PUBBLICA:** L'idea che gli attori del mercato possano **autoregolarsi spontaneamente** con esiti favorevoli per la collettività è stata definita da **Santi Romano** come un mito. L'esperienza dimostra che un intervento



regolatorio pubblico è non solo necessario ma spesso urgente, specialmente in settori sensibili come quello delle grandi piattaforme digitali o dei social network.

Le **policy delle aziende private** non possono essere considerate fonti di diritto nel senso tradizionale, ma possono influenzare la creazione di standard comuni. Tuttavia, quando tali policy entrano in conflitto con principi fondamentali come la trasparenza e la responsabilità, è essenziale un intervento pubblico per bilanciare gli interessi in gioco. In questo contesto, il diritto globale e transnazionale possono fornire strumenti per integrare e armonizzare queste pratiche con i principi giuridici fondamentali.

**4. COSTRUZIONE DI PRINCIPI COMUNI IN UN MONDO ETEROGENEO:** Viviamo in un mondo caratterizzato da **eterogeneità culturale**, ma anche da **interdipendenza** economica e sociale. La costruzione di principi comuni richiede il riconoscimento di interessi condivisi e la creazione di **standard e controlli comuni**, come dimostrato, ad esempio, dalla Convenzione di Aarhus in materia ambientale, accettata non solo dai Paesi dell'Unione Europea, ma anche da Stati dell'Asia centrale.

La sfida principale consiste nel bilanciare le diversità culturali e normative con l'esigenza di tutelare valori fondamentali. Le tradizioni giuridiche locali possono aiutare a definire principi comuni, ma è necessaria una **prospettiva multilaterale**, che coinvolga le corti, le istituzioni pubbliche e gli attori privati. Il diritto comparato offre un prezioso strumento per individuare convergenze e differenze, facilitando l'armonizzazione normativa.

**5. IL RUOLO DELLE TRADIZIONI GIURIDICHE E DEL DIRITTO PER PRINCIPI:** Il diritto amministrativo moderno si orienta sempre più verso un **diritto per principi**, che trascende il diritto legislativo formale per abbracciare valori condivisi. Tuttavia, il riconoscimento e l'applicazione di principi comuni richiedono uno sforzo interpretativo e una riflessione sulle tradizioni giuridiche.

Le tradizioni giuridiche non solo arricchiscono il dibattito sui principi, ma offrono anche una base per identificarne la legittimità e l'universalità. Ad esempio, principi come il **diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi** non sono ancora consolidati in tutte le tradizioni giuridiche, ma stanno emergendo in ordinamenti come quello francese, grazie a decisioni del Conseil Constitutionnel e della Corte Amministrativa di Appello di Bordeaux.

**SINTESI:** Il panorama globale e interdipendente richiede un costante dialogo tra sistemi giuridici diversi, con l'obiettivo di creare un corpus normativo che tuteli valori universali. Sebbene la costruzione di principi comuni sia complessa e soggetta a critiche, è essenziale per affrontare le sfide globali e promuovere la coesione normativa in un mondo sempre più interconnesso.



## I DIRITTI NELLA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE E INTERNAZIONALE

### Il diritto globale esiste?

**Non c'è una verità**, nel senso che è una questione di prospettive. Le due prospettive (quella del professor Ferrari e quella del professor...) sono i due grandi temi che accompagnano il dibattito sul diritto oggi. Nella nostra università ci sono professori che la vedono diversamente, che hanno una visione più globalista.

**Qual è il problema?** (Non ci sarà mai una domanda all'esame di questo tipo, ma, se ci dovesse essere una domanda che richiede una comprensione di tale argomento, sarebbero importanti queste coordinate). Il problema è che la dottrina giuspubblicista, dalla fine del '700, si confronta con questa figura dello Stato. **Perché?** Perché lo Stato è un fatto, ma è uno di quei fatti legati al diritto.

### Ma lo Stato è un concetto giuridico?

È difficile dire quale sia il concetto giuridico di Stato, perché non ne abbiamo solo uno. **La dottrina tedesca dell'800** comincia a dire che lo Stato è come una persona: è una persona giuridica, il che vuol dire che è capace di volontà e di azione, come le persone. Questa concezione dello Stato ha una serie di implicazioni, talvolta negative, perché può far intendere che lo Stato non sia altro che la somma di tutte le persone e che la sua persona sia più importante di tutte le altre. Per questa ragione, nel '900, si cerca di superare questa idea di Stato come persona giuridica.

Uno dei filosofi più importanti, **Kelsen** (filosofo positivista e normativista), che ha ipotizzato la **Grundnorm** e la giustizia costituzionale (la norma che fonda l'ordinamento e provvede alla giustificazione e alla validità di tutte le altre norme), afferma che lo Stato è un concetto astratto e, giuridicamente, non vuol dire niente, perché l'unità politica non è data dall'ente Stato, ma dall'unità dell'ente giuridico. L'ordinamento giuridico, come sistema di norme coerente, è l'unità politica e, dunque, lo Stato non ci serve come concetto, perché coincide con l'ordinamento giuridico.

Inoltre, Kelsen è anche il **teologo del monismo e dell'apertura massima al diritto internazionale**, perché, nel momento in cui il fondamento di validità è la Grundnorm, quest'ultima può giustificare qualunque costruzione giuridica, anche oltre lo Stato.

Questo è il fondamentale **lascito kelseniano**. Se noi partiamo da questo concetto di stato e abbandoniamo l'idea che lo stato sia una persona giuridica e dell'unità politica, lo stato è soltanto il modo contingente in cui si presenta oggi l'organizzazione del potere. Oggi noi conosciamo gli stati, ma c'era un tempo in cui non esistevano gli stati: esistevano le città, ma non lo stato. C'era un tempo in cui esistevano gli imperi e un altro in cui esistevano i feudi. Quindi, **l'organizzazione politica può cambiare forma**.

C'è chi pensa che questa forma sia una **forma contingente**, ovvero potrebbe essercene un'altra, e che ci stiamo incamminando verso **il superamento della forma stato**; e chi pensa che il modo migliore per tutelare i processi politici e i diritti sia pensarli **come diritti per lo stato e nello stato**, perché noi al momento esercitiamo libertà politica solo nello stato e limitatamente a livello europeo (non votiamo parlamenti globali).

Quest'ultima è la prospettiva di chi resiste a queste tendenze globali, perché il problema è che, quando si parla di **principi globali**, non sappiamo chi li decide, visto che non esistono legislativi globali. Questi principi vengono decisi **dalle corti**.

Quindi, da un lato abbiamo la critica che il **diritto globale non è democratico** (perché i principi non sono scelti dal legislativo), ma oltre a questa c'è anche il problema dell'esistenza di meccanismi e spinte che sono centrifughe rispetto alla comunità internazionale. Per cui, nella prospettiva del





professor Ferrari, **il diritto globale è fatto da “scatole” che contengono ordinamenti giuridici** (a volte in una dimensione di globalità e a volte no). **Uno dei diritti che si presta ad essere globale è quello dello sport**, che ha dinamiche molto interessanti. Perché esistono federazioni mondiali responsabili per applicare standard e per applicare sanzioni agli atleti che non rispettano.

Vi è un dibattito molto acceso nel diritto dello sport che è quello sul trattamento giuridico degli sportivi transessuali. Il problema è che lo sport è stato sempre pensato come sport per uomini e sport per donne; quindi, in una disciplina si ha la sezione maschile e una femminile. Ma nella situazione di **transessualità** il problema non è solo di diritti ma anche delle conseguenze competitive che si possono avere.

Un caso che funge da esempio è quello di **Imane Khelif**. Lei non è una transessuale, ma è biologicamente (e si sente psicologicamente) donna; tuttavia, è stata oggetto di polemica poiché produce più **testosterone** rispetto a una donna “normale”. Per questo motivo le sue concorrenti contestano la sua partecipazione, poiché credono che alteri le competizioni. **C’è una posizione da parte dei tribunali dello sport**, e la questione viene risolta dalle **corti svizzere nazionali e dalla Corte dei diritti dell’uomo**. Questa persona era stata sottoposta a un trattamento ormonale per abbassare i suoi livelli di testosterone, però questo implica imporre a una persona un trattamento medico, e questa è una violazione “stratosferica” dei diritti di libertà. Quindi vi era una violazione dei diritti umani molto significativa.

Accanto a tale questione vi era anche un problema giurisdizionale, poiché vi era un livello di standard internazionale seguito dalle federazioni sportive e poi, però, vi sono i tribunali nazionali che affermano tale violazione. Quindi, c’è un diritto globale, come il diritto dello sport, ma vi è comunque una resistenza degli ordinamenti locali. **Il prof. Ferrari** vuole affermare che esistono standard internazionali, ma alla fine il diritto continua ad essere dominato dagli stati (applicato in uno stato con alcune regole che di fatto è lo stato a voler imporre). Le visioni dei due professori sono molto diverse, ma ciò non vuol dire che ce ne sia una giusta e una sbagliata, ma che ci sono diversi modi per interpretare il problema. È difficile dare risposte definitive poiché molte cose cambiano e vengono interpretate in maniera diversa.

### Nota bene

Quando si è parlato del caso Khelif, non è stato detto che questi casi hanno fatto evidenziare che per molto tempo noi abbiamo pensato che i livelli di testosterone comportino più forza fisica. Tuttavia, si è evidenziato con tale fatto che non ci sono prove scientifiche a dimostrazione di ciò, o se presenti, sono molto contestate. Molti medici stanno studiando un tipo diverso di correlazione, ovvero che tale forza non dipende dal testosterone ma dalla **conformazione del cuore**, da come il cuore pompa il sangue. Dal punto di vista scientifico può esserci una correlazione tra la forma del cuore e il sesso maschile, ma questo non implica che tutti gli uomini siano predisposti ad essere più forti dal punto di vista fisico. Per anni potremmo aver pensato che tale forza dipenda dal testosterone poiché questa concezione dipende da una visione macista. Eppure, per anni abbiamo reintrodotto questa concezione senza renderci conto che non è dimostrata. **Le corti discutono proprio di questo**. Questo problema implica una questione molto importante, poiché in giro per il mondo ci sono molte donne che hanno livelli di testosterone alti, e questo è innaturale. Questa condizione avviene soprattutto in molte aree del mondo, e quindi adesso si sta ragionando su questo tipo di correlazione. Se così fosse, avrebbe senso distinguere sport femminili e maschili? Non è più corretto distinguere le categorie in base ad alcune caratteristiche?

Questo pensiero viene soprattutto dal sud del mondo, poiché molti atleti dicono che le categorie non devono basarsi sugli standard occidentali ma possono essere anche diverse, ovvero distinguere su altre classi (differenza tra le performance sportive dovuta a ragioni diverse). Questo ragionamento si trova nelle **sentenze delle corti**, che non hanno una risposta definitiva, ma affermano che bisogna tenere in considerazione tutti i diritti in gioco. **Il diritto dello sport è un diritto globale poiché prende in riferimento le opinioni degli atleti del sud** (che affermano di essere diversi per natura) e può



cambiare gli standard di tale diritto. Il diritto globale ha le potenzialità di cambiare le correnti di pensiero, ma ha anche contraddizioni, come il fatto che non esiste un radicamento nella comunità politica paragonabile a quello che ha il diritto statale.

Molte volte abbiamo sentito, in un dibattito politico, il concetto di poteri “globali” che mangiano i diritti, perché questi poteri globali sono trainati da forti lobby economiche. Questo è un argomento che si usa sia a destra e sia a sinistra per affermare che bisogna tornare ad una centralità dello stato. c'è un po' di merito in queste analisi, ma per capire quanto merito c'è bisognerebbe pulirlo dalla retorica e dal populismo di cui spesso sono intrise. Per concludere, entrambe le posizioni sono difendibili, basta che si ricordi sempre che il problema di fondo è cosa fare con questa categoria dello stato. Ovvero, una volta che superiamo il diritto statale bisogna capire chi interpreta il diritto globale.

### Che ruolo hanno le tradizioni nel diritto globale?

C'è un grande movimento oggi, nel diritto inteso nel senso ampio, verso il riconoscimento di **tradizioni diverse da quella europeo-continentale** e, in particolare, diverse da quella occidentale. Dove la tradizione europea e occidentale ha anche alcune diramazioni, come l'Australia. Questo è un problema che possiamo affrontare soltanto da giuristi consapevoli; infatti, 20 anni fa non si insegnava il diritto comparato come materia obbligatoria, ma era una materia opzionale. Il diritto comparato diventa una materia obbligatoria 15 anni fa, perché si capisce che bisogna formare giuristi che abbiano questa capacità.

Se prendiamo in considerazione le conferenze di diritto comparato, vediamo che ci sono professori che studiano il diritto africano, asiatico e le tradizioni neo-conosciute o non considerate, ma troviamo anche studiosi che fanno studi su diritto e geografia, ovvero come la geografia incide sul modo in cui percepiamo i diritti (una multidisciplinarietà che serve per contestare e mettere in discussione alcune delle categorie fondamentali su cui noi ci siamo formati). Quindi, la comparazione si ottiene attraverso la comparazione e tenendo conto della diversità. Per conoscere la diversità.

Però, **dobbiamo studiare le tradizioni e come si fa ciò?** Si fa con una formazione giurista, ovvero si formano giuristi consapevoli dell'esistenza di luoghi e tradizioni diverse da quelle conosciute. Quindi, si parte dalla consapevolezza del momento proprio in cui si studia. L'individualismo non è la chiave per studiare i diritti, poiché i diritti sono collettivi.

**Dall'America del Sud** viene la tendenza delle corti a riconoscere il **diritto della natura**, a dire che i fiumi hanno i diritti e noi dobbiamo agire essendo consapevoli che quando inquiniamo il fiume non stiamo violando solo il nostro diritto, ma anche il diritto del fiume a non essere inquinato. Chiaramente il problema è capire chi esercita quel diritto, ma se vogliamo capire ciò, vi è un corso al quinto anno per tale questione.

Sempre dal Sud del mondo arriva tantissima legislazione e tantissima giurisprudenza sui diritti degli animali, e questo sta entrando nel dibattito. Bisogna tenere conto quindi dell'area geografica. C'è un grande movimento che mette in discussione la nostra tradizione occidentale (che rimane dominante), ma dobbiamo imparare a vivere con altre tradizioni.

### *DIMENSIONE INTERNAZIONALE DELLA TUTELA DEI DIRITTI*

Prima di parlare di diritto globale bisogna parlare di diritto internazionale e sovranazionale.

#### Diritto internazionale

Tutti i professori vi diranno che il diritto internazionale è un diritto che regola i rapporti tra stati, tuttavia, dopo la seconda guerra, in alcuni casi, gli esseri umani sono diventati soggetti del diritto internazionale. Ovvero soggetti con i quali gli stati devono interagire. Ciò vuol dire che se Tizio o Tizia hanno visto la violazione di alcuni dei loro diritti da parte di uno stato, possono agire in giudizio contro lo stato stesso. Il diritto internazionale contro lo stato. Il caso recentissimo è il mandato di arresto spiccato contro il presidente del consiglio israeliano **Benjamin Netanyahu**.



In quel caso c'è un **accordo penale internazionale** (corte internazionale) che afferma il fatto per cui il soggetto in questione sta violando i diritti di un popolo, **vietato dalla carta di Roma** (che istituisce tale corte) e quindi sarà processato. Il diritto internazionale ha quindi una parte che noi **chiamiamo “diritto internazionale dei diritti umani”** perché è quello che si chiama in diritto **“self-contained regime”**. La traduzione sarebbe “auto contenuto”, ovvero un regime giuridico che ha una sua coerenza interna e che deve essere applicato in modo coerente, ma che può andare in contrasto con altri principi giuridici e potrebbe non prevalere in alcuni casi.

L'ingresso dei **diritti umani nello scenario internazionale** è dovuto alle atrocità della seconda guerra. Sappiamo che è una guerra che ha causato milioni di morti e dopo la seconda guerra c'è stata una spinta culturale forte verso la creazione di atti internazionali e verso la creazione di enti sovranazionali, i cui rapporti sono più politicamente integrati rispetto ai rapporti tra gli enti del diritto internazionale e gli stati. Un ente sovranazionale è l'UE. Ovvero, il livello di integrazione, cioè rispettare gli obblighi derivanti da quella partecipazione, è più stringente rispetto a quello esistente **nelle Nazioni Unite**.

Il più grande lascito della seconda guerra è sicuramente quello della dignità umana, la protezione di tale diritto (visto già nella legge fondamentale tedesca) che è a fondamento della nostra costituzione ma anche di quella francese nata dopo la guerra. Queste stesse persone che creavano le costituzioni erano anche impegnate a creare un diritto internazionale che fosse rispettoso dei diritti umani. E questo è avvenuto lungo tre direttrici fondamentali:

**1. La creazione del diritto internazionale comunitario**, diverso dal diritto internazionale dei diritti umani. **Riguarda la tutela delle persone nei conflitti armati** e nelle situazioni di violenza politica generalizzata. Ci sono obblighi internazionali che vanno rispettati anche nei conflitti, esempio: protezione massima dei civili nei combattimenti.

**2. La responsabilità penale internazionale è la responsabilità soggettiva**, di persone, per aver violato alcuni diritti e i crimini perseguiti sono quelli verso i diritti umani, tra i quali il genocidio. Ricordiamo che tale responsabilità è personale, quindi le persone che hanno dato gli ordini. Ciò vuol dire che non bisogna dare la colpa ai cittadini e allo stato, ma ai capi di stato e a coloro che hanno dato ordini.

**3. La sfera sovranazionale in protezione dei diritti umani**, e cioè l'emergere dal 1948 in avanti di tantissime convenzioni internazionali che tutelano i diritti umani. La più importante delle quali è la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948.

Queste sono le tre direttrici di sviluppo di un diritto internazionale dei diritti umani (che ha anche diverse collocazioni). Ora non è così semplice, non possiamo essere soddisfatti della soluzione che abbiamo dato al problema della tutela dei diritti umani, perché come dicevamo prima è un **“self-contained regime”**. Per capire meglio questo concetto, che altrimenti risulta astratto, vorrei raccontarvi un caso: c'è una vicenda giuridica interessantissima che è quella che riguarda Germania vs Italia.

### **IL CASO GERMANIA VS ITALIA**

È una saga giuridica che inizia presso i tribunali ordinari italiani e, in particolare, le corti di Firenze e Roma. Succede che alcune persone italiane, che erano state detenute in campi di concentramento nazisti, **adiscono ai tribunali ordinari per chiedere il risarcimento del danno alla Germania** (responsabile delle atrocità dei campi di concentramento). I tribunali italiani affermano che sono stati violati i diritti umani e quindi hanno diritto a un risarcimento per le violazioni dei diritti. Tutto parte da una sola causa e poi diventano molte di più, quindi molti risarcimenti. **La Germania agisce negando i risarcimenti**, poiché afferma che la Germania post- guerra non è quella nazista (quindi le responsabilità non ricadono su tale stato) e, in secondo luogo, afferma la sua protezione per immunità civile, ovvero non può come stato essere citata in giudizio per il risarcimento del danno perché esiste un principio **“State Immunity from Civil Lawsuit”** che non può essere superato neppure in caso di violazione dei diritti umani.



Le corti italiane affermano che esiste tale principio, ma non si applica quando abbiamo una violazione di massa dei diritti umani, quindi, il diritto internazionale dei diritti umani determina un arretramento del principio dell'immunità civile degli stati per tutelare le norme sui diritti umani. La questione arriva alla **Corte Internazionale di Giustizia**, ovvero la corte generalista che risolve le controversie tra gli stati (generalista cioè che ha giurisdizione generale). La corte **dà ragione alla Germania** e afferma che l'esistenza del principio di immunità civile degli stati non può retrocedere per la tutela dei diritti umani, perché è un principio procedurale, ovvero prima che la corte vada ad esaminare il merito della questione, afferma di essere bloccata da tale questione e quindi non può perseguire questo stato (per il principio di immunità).

I casi procedurali vengono trattati prima e poi la questione di merito. La corte non afferma che i diritti umani non contano nulla, ma semplicemente afferma che non può decidere questo caso, poiché questo stato gode del diritto di immunità. **La Corte costituzionale interviene** affermando che non si può applicare tale sentenza (la corte dichiara incostituzionale una parte dello statuto ONU che obbliga l'Italia a dare corso alle sentenze della corte internazionale di giustizia), **dichiara incostituzionale la legge che ratifica lo statuto ONU** nella parte in cui obbliga lo stato a dare seguito **alle sentenze della corte**; l'unico caso in cui la Corte costituzionale italiana applica i controlimiti (per violazione dell'art. 24 della costituzione). Inoltre, essendo che l'art. 24 è un articolo storico, allora questa identità è così forte che il diritto internazionale non può chiederci di rinunciare a tale principio; quindi, la Germania deve pagare (la sentenza Fellini fa parte di questo caso ma è della corte di cassazione).

La posizione della Corte costituzionale (il giudice che ha scritto tale sentenza era un internazionalista) è quindi legata a tale principio e alle tradizioni che possono bloccare le corti internazionali. Vediamo come il diritto internazionale dei diritti umani è un "self-contained regime", poiché ha una sua valenza interna, però si trova ad essere applicato insieme ad altre componenti del diritto nazionale e potrebbe non prevalere (come questo caso).

Tornando al discorso di Global Law, questo caso è un'ipotesi in cui il diritto statale è stato più forte. Il diritto statale ci ha consentito di tutelare i diritti più di quello internazionale, ma non è sempre giusto così ed è per questo che è giusto che le geometrie siano variabili. Alla fine, i due stati trovano un accordo politico per il risarcimento, quindi non si conclude con la Germania che paga i risarcimenti, ma con un accordo, **iniziando un trattato del 1963** tra i due paesi per risolvere la saga dei risarcimenti. Quando la Germania afferma che non è più erede della Germania nazista, questo è vero e non si possono attribuire responsabilità ai cittadini tedeschi per azioni non commesse. È come dire che Netanyahu ha delle **responsabilità** e sarebbe scientificamente e giuridicamente scorretto attribuire tutte le responsabilità allo stato e a tutti i cittadini dello stato.

Anche quando si parla di responsabilità penale in Russia si parla di responsabilità di Putin, dei ministri, ecc. Sarebbe un **atteggiamento discriminatorio estenderla al popolo**. Però l'insegnamento del diritto internazionale, dopo la seconda guerra, è che noi dobbiamo prendere sul serio le persone, gli individui, che hanno dei diritti. Questa è la teoria dell'universalismo che la seconda guerra vuole insegnarci. Diciamo forma di universalismo perché lo vedremo tra poco e nella prossima lezione proveremo ad andare contro tale teoria (è un buon principio?). Non parleremo delle Nazioni Unite, parliamo del **Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea**. Questi sono tutti enti sovranazionali e internazionali che hanno delle carte dei diritti (sono diversi tra loro). Oggi il tutelare i diritti vuol dire avere una visione oltre lo stato, poiché esistono queste ulteriori protezioni.

## **UN PERCORSO PARALLELO TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E COSTITUZIONALE**

La **stagione dell'internazionalizzazione dei diritti e la progressiva costituzionalizzazione del diritto internazionale** rappresentano due processi paralleli che si influenzano reciprocamente.



Nell'ambito dell'Unione Europea, questi percorsi procedono di pari passo, consolidando norme internazionali che trovano una posizione sempre più rilevante nei sistemi costituzionali nazionali.

Un esempio emblematico è il caso **Germania contro Italia**, che mette in evidenza la tensione tra il **riconoscimento dei diritti umani e il principio dell'immunità civile degli Stati**. Questo caso rappresenta un momento cruciale nell'affermazione dello **ius cogens**, ovvero norme internazionali di carattere imperativo che godono di una posizione superiore rispetto al diritto internazionale generale.

Quando si parla di **costituzionalizzazione del diritto internazionale**, si fa riferimento alla creazione di norme internazionali dotate di una **gerarchia superiore**, simile a quella che caratterizza i sistemi giuridici nazionali. Tuttavia, il diritto internazionale non possiede una struttura gerarchica altrettanto definita, il che rende la costruzione di norme di **ius cogens** un risultato eccezionale.

Lo **ius cogens** rappresenta norme imperative che prevalgono su tutte le altre norme internazionali, imponendo obblighi inderogabili per gli Stati. Non tutte le norme di diritto internazionale rientrano in questa categoria: solo poche hanno acquisito tale status, come il **divieto di tortura, il divieto di discriminazione, il divieto di schiavitù e il divieto di genocidio**. Queste norme non solo sono vincolanti, ma devono essere applicate in ogni circostanza, indipendentemente dalla volontà degli Stati.

Nel caso **Germania contro Italia**, il diritto internazionale tenta di bilanciare due principi fondamentali: da un lato, l'**immunità civile degli Stati**, e dall'altro, la tutela dei diritti umani come norme di **ius cogens**. Questo rappresenta un esempio del tentativo di costituzionalizzazione del diritto internazionale, in cui i diritti umani assumono un ruolo centrale come strumenti per limitare principi tradizionali del diritto internazionale.

Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani trova la sua origine nel periodo successivo alla **Seconda Guerra Mondiale**. Le atrocità del conflitto hanno spinto la comunità internazionale verso la creazione di strumenti normativi volti a prevenire il ripetersi di simili eventi. Tra i risultati più significativi di questo periodo troviamo:

#### *LE TRE DIRETTRICI DELL'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEI DIRITTI UMANI*

L'internazionalizzazione dei diritti umani si sviluppa lungo **tre direttrici principali**, che rappresentano altrettante dimensioni della protezione internazionale dei diritti:

1. **Diritto internazionale umanitario:** Si riferisce alle norme che regolano i conflitti armati, come le Convenzioni di Ginevra, mirate a proteggere i civili e i prigionieri di guerra.
2. **Responsabilità penale internazionale:** Questa direttrice riguarda l'introduzione di meccanismi per perseguire crimini internazionali come genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità, culminando nella creazione della **Corte Penale Internazionale (CPI)**.
3. **Sfere internazionali e sovranazionali di protezione dei diritti umani:** Include organismi e strumenti come la **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)** e i trattati delle Nazioni Unite, che forniscono meccanismi di monitoraggio e protezione dei diritti fondamentali.

L'affermazione dello **ius cogens** e la costituzionalizzazione del diritto internazionale segnano un passaggio importante verso una **gerarchizzazione delle norme internazionali**. Sebbene il diritto internazionale non abbia una Costituzione formale, l'elevazione di alcune norme a rango superiore dimostra un'evoluzione verso una maggiore coerenza e uniformità. Questo processo implica che norme fondamentali, come quelle relative al divieto di tortura o al diritto alla vita, acquisiscano una **forza superiore** rispetto ad altre norme, rafforzando il sistema di protezione internazionale dei diritti umani.

#### **LE ORIGINI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO**

Il **diritto internazionale umanitario** trova la sua prima formalizzazione nelle **Convenzioni di Ginevra del 1949** e nei protocolli aggiuntivi, che sanciscono regole volte a proteggere le persone coinvolte nei



conflitti armati, siano esse civili o combattenti. Questo corpo normativo è stato concepito per garantire un minimo di umanità anche nei contesti di guerra, mirando alla tutela dei soggetti più vulnerabili.

La Seconda Guerra Mondiale rappresenta il punto di svolta per l'applicazione del diritto internazionale umanitario, con il **Processo di Norimberga** che ha introdotto il concetto di crimini contro l'umanità. Tale processo ha affermato l'idea rivoluzionaria, per l'epoca, che esistono violazioni dei diritti umani così gravi da richiedere una risposta da parte della comunità internazionale. Il procuratore generale di Norimberga ha descritto questa reazione come una "voce dell'umanità" che si leva contro le violazioni più palesi della dignità umana.

### *IL PROCESSO DI NORIMBERGA E LA CREAZIONE DI TRIBUNALI INTERNAZIONALI*

Il **Processo di Norimberga** ha posto le basi per la creazione di tribunali internazionali dedicati a perseguire crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Tra questi:

- **Il Tribunale per il Ruanda** (istituito per giudicare i responsabili del genocidio del 1994).
- **Il Tribunale per l'ex Jugoslavia**, che ha condannato leader come Slobodan Milošević per crimini di guerra e genocidio.

Questi tribunali hanno consolidato l'idea di una responsabilità internazionale per le gravi violazioni dei diritti umani. Tuttavia, hanno sollevato questioni critiche, tra cui l'accusa che si tratti di una forma di giustizia dei vincitori, con processi percepiti come espressioni del potere delle forze alleate o della comunità internazionale dominante.

### *LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE: OPPORTUNITÀ E LIMITI*

Il processo di creazione di tribunali internazionali culmina con l'istituzione della **Corte Penale Internazionale (CPI)** alla fine degli anni '90. La CPI rappresenta un'innovazione significativa nel diritto internazionale, con il mandato di perseguire crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.

Tuttavia, la CPI affronta **notevoli difficoltà operative**, principalmente a causa del mancato riconoscimento da parte di alcuni Stati influenti, tra cui **Stati Uniti, Russia e Cina**. Questo mancato riconoscimento indebolisce l'effettività della Corte, sollevando interrogativi sulla sua capacità di esercitare giurisdizione in modo universale.

Un esempio emblematico è stato il dibattito sulla possibilità di perseguire **Vladimir Putin** per crimini commessi nel conflitto ucraino. Sebbene né l'Ucraina né la Russia abbiano ratificato lo Statuto di Roma, la CPI può intervenire in determinate circostanze, ma l'effettività della sua azione dipende comunque dalla cooperazione degli Stati.

**contraddizioni e limiti del sistema:** La CPI possiede un **alto valore simbolico**, ma la sua operatività è spesso compromessa dalla **sovranità statale**. Gli Stati mantengono un forte controllo sull'applicazione delle norme internazionali, e la mancanza di un meccanismo di enforcement efficace limita la capacità della Corte di perseguire i responsabili di crimini internazionali.

Nonostante questi limiti, il processo di istituzione della CPI e di altri tribunali internazionali ha contribuito a strutturare l'idea di una **responsabilità statale** per le violazioni dei diritti umani, introducendo il principio secondo cui il trattamento dei cittadini e delle minoranze all'interno di uno Stato è una questione di interesse per la comunità internazionale.

### **ANTEFATTO DEI DIRITTI INTERNAZIONALI**

*LA SOCIETÀ DELLE NAZIONI: UN'OPPORTUNITÀ MANCATA:* Il primo tentativo di creare un'organizzazione internazionale volta a promuovere la cooperazione tra Stati e la protezione dei diritti umani fu la **Società delle Nazioni**, fondata nel **1920**. Tuttavia, questo progetto fallì per motivi strutturali e politici:



- La Società delle Nazioni si basava su un'idea gerarchica secondo cui alcune nazioni erano considerate più "civili" di altre.
- L'obiettivo principale era offrire una minima protezione ai cittadini delle colonie, senza affrontare le radici delle disuguaglianze globali.
- Il mancato coinvolgimento degli **Stati Uniti** e l'inefficacia nel prevenire conflitti significativi, come la Seconda Guerra Mondiale, ne segnarono il fallimento.

Parallelamente, negli stessi anni si registrarono sviluppi significativi sul piano normativo:

- La creazione dell'**Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) nel 1919**, che rappresentò un passo avanti nella tutela dei diritti dei lavoratori.
- Il **Trattato di Versailles** incluse disposizioni per la protezione delle minoranze, sebbene con risultati limitati.

**L'ONU: UNA NUOVA VISIONE PER L'ORDINE INTERNAZIONALE:** Con la fine della Seconda Guerra Mondiale, l'idea di una cooperazione internazionale venne rilanciata con la creazione delle **Nazioni Unite nel 1945**. La sede scelta, New York, simboleggiava il coinvolgimento diretto degli **Stati Uniti**, mancato nella Società delle Nazioni. L'ONU si fonda sulla **Carta delle Nazioni Unite**, spesso descritta come una sorta di "Costituzione mondiale" che introduce obblighi generali di tutela dei diritti umani.

Tuttavia, l'ONU presenta fin dalla sua istituzione **criticità strutturali**, come il ruolo dei membri permanenti del **Consiglio di Sicurezza**, che possono bloccare iniziative rilevanti. Ad esempio, la Russia ha esercitato sistematicamente il veto su molte questioni legate all'Ucraina. La Guerra Fredda (1948-1989) aggravò ulteriormente queste tensioni, con Stati Uniti e Unione Sovietica in un continuo confronto ideologico che limitò l'efficacia dell'ONU.

### **LA DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL'UOMO (1948)**

Adottata il **10 dicembre 1948** dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo** rappresenta uno degli standard più significativi nella tutela internazionale dei diritti umani. Questo documento comprende diritti politici, economici, sociali e culturali, e ha una portata più ampia rispetto alle costituzioni storiche di Stati come Francia e Stati Uniti.

#### **Caratteristiche principali della Dichiarazione Universale:**

1. **Portata universale:** Include una vasta gamma di diritti, dalla libertà personale ai diritti sociali.
2. **Standard valoriale:** Pur non essendo giuridicamente vincolante, ha influenzato profondamente lo sviluppo del diritto internazionale e costituzionale.
3. **Limiti giuridici:** La Dichiarazione è una risoluzione dell'Assemblea Generale, priva di efficacia vincolante diretta. Tuttavia, essa funge da **standard universale** e da punto di riferimento per interpretazioni giuridiche.

#### **L'IMPATTO DELLA DICHIARAZIONE UNIVERSALE SUGLI ORDINAMENTI NAZIONALI**

Nonostante la sua natura non vincolante, la Dichiarazione Universale ha assunto nel tempo una crescente rilevanza giuridica, diventando un parametro per l'interpretazione dei diritti fondamentali in vari ordinamenti nazionali. Un esempio significativo è l'**articolo 10, paragrafo 2** della Costituzione spagnola del **1978**, che stabilisce:

*> "Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione s'interpreteranno in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai trattati e accordi internazionali nelle stesse materie ratificati dalla Spagna."*

Questo riconoscimento si riscontra anche nella **Costituzione portoghese**, mentre in Italia gli **articoli 10 e 117** della Costituzione consentono l'integrazione dei principi della Dichiarazione come possibili parametri di costituzionalità.



**da un documento non vincolante a un parametro giuridico:** Il percorso della Dichiarazione Universale evidenzia come un documento nato come risoluzione non vincolante abbia acquisito nel tempo una **forza normativa indiretta**, fungendo da riferimento per le interpretazioni giuridiche e l'elaborazione di standard comuni. Questo processo dimostra il potenziale evolutivo degli strumenti di diritto internazionale e la loro capacità di influenzare sia gli ordinamenti nazionali sia lo sviluppo di un diritto internazionale dei diritti umani.

### *IL PREAMBOLO: VALORI UNIVERSALI E RICHIAMI CULTURALI*

Il preambolo della **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo**, adottata il 10 dicembre 1948, rappresenta un richiamo ai principi fondamentali della dignità umana e ai valori che costituiscono la base per la libertà, la giustizia e la pace nel mondo.

Tra i principali punti del preambolo si evidenziano:

- **Il riconoscimento della dignità umana** come fondamento della libertà e della giustizia, che riecheggia la filosofia illuministica e la tradizione giuridica occidentale.
- **Il richiamo alla Magna Carta** e alle successive evoluzioni storiche (Locke, le Bill of Rights e la Rivoluzione francese), enfatizzando il diritto alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione.
- **Il riferimento alle Quattro Libertà di Roosevelt:** libertà di parola, di credo, dal bisogno e dal timore, che sottolineano l'aspirazione universale a un mondo in cui i diritti siano rispettati.

Il preambolo sottolinea l'importanza della cooperazione tra Stati per la promozione di un progresso sociale che migliori la qualità della vita e garantisca maggiore libertà. Sebbene la Dichiarazione non sia giuridicamente vincolante, essa funge da standard universale e da ispirazione per molte costituzioni nazionali e trattati internazionali.

### *GLI ARTICOLI: UNA SINTESI DI PRINCIPI FONDAMENTALI*

**Articolo 1: Uguaglianza e fratellanza:** *“Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.”*

Questo articolo, che riecheggia Rousseau e la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino francese del 1789, stabilisce l'uguaglianza universale come principio cardine.

**Articolo 3: Diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza:** *“Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza.”*

La sostituzione della "proprietà" con la "sicurezza" riflette un'evoluzione culturale e storica, legata al riconoscimento della **libertà dal timore** come diritto fondamentale, specialmente in relazione alle minacce del terrorismo.

#### **Articoli 4 e 5: Divieti di schiavitù e tortura**

- Articolo 4: “Divieto di schiavitù.”
- Articolo 5: “Divieto di tortura.”

Questi divieti categorici rappresentano esempi di norme di **ius cogens**, obblighi inderogabili del diritto internazionale.

**Articolo 6: Riconoscimento della personalità giuridica.** *“Ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica.”*

Questo articolo si oppone alle deportazioni e ad altre pratiche che negano la dignità umana, riaffermando il principio di uguaglianza davanti alla legge.

**Articolo 14: Diritto all'asilo.** *“Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni.”*





L'articolo 14 sancisce il diritto universale all'asilo, riflettendo le drammatiche esperienze di persecuzione del XX secolo.

### **Articolo 15: Diritto alla cittadinanza**

1. *“Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza.”*
2. *“Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza.”*

Questo articolo risponde al problema dell'**apolidia**, emerso in modo drammatico durante e dopo la Seconda Guerra Mondiale.

**Articolo 16: Diritto al matrimonio e alla famiglia:** *“Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione.”*

L'articolo è volutamente generico per adattarsi alle diverse tradizioni culturali e normative, evitando di specificare l'età per il matrimonio. Tuttavia, la **Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo** ha successivamente affrontato il problema dei matrimoni infantili.

### *DIRITTI SOCIALI: LAVORO, SICUREZZA SOCIALE, RIPOSO*

La Dichiarazione Universale si distingue per l'inclusione di **diritti sociali**, come il diritto alla sicurezza sociale, al lavoro e al riposo. Tali diritti riflettono una visione avanzata, superando in ampiezza molte costituzioni nazionali, incluse quelle storiche di Francia e Stati Uniti.

**IMPATTO E LEGACY DELLA DICHIARAZIONE UNIVERSALE:** Sebbene la Dichiarazione non abbia forza giuridica vincolante, essa rappresenta uno **standard universale** riconosciuto, ispirando numerosi strumenti giuridici internazionali e nazionali. Un esempio è l'articolo 10, paragrafo 2, della Costituzione spagnola del 1978, che richiama esplicitamente la Dichiarazione Universale come parametro interpretativo per i diritti fondamentali.

Questo dimostra come la Dichiarazione, pur nata come strumento non vincolante, abbia acquisito una forza normativa indiretta, influenzando le interpretazioni giuridiche e la protezione dei diritti a livello globale.

### **ARTICOLO 24: IL DIRITTO AL RIPOSO E ALLO SVAGO**

L'**articolo 24** della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo recita: *> “Ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite.”*

L'articolo 24, come altri nella Dichiarazione, è formulato in modo **ampio e generico**. Questa scelta non è casuale, ma riflette la necessità di trovare un compromesso accettabile per un numero elevato di Stati con tradizioni giuridiche, economiche e culturali molto diverse.

Ad esempio:

- **Negli Stati Uniti**, la libertà contrattuale è un principio cardine e limita l'intervento normativo nel determinare rigidamente le ore di lavoro.
- **In altri Stati**, esistono normative nazionali che fissano orari massimi di lavoro e prevedono ferie retribuite come diritto fondamentale.

Questa diversità rende impossibile una definizione precisa e uniforme dei diritti a livello internazionale, motivo per cui la Dichiarazione lascia spazio a interpretazioni e adattamenti a livello statale. È una caratteristica strutturale del diritto internazionale, che opera spesso attraverso standard minimi e formulazioni aperte, a differenza delle normative nazionali più specifiche.

### *LA DICHIARAZIONE UNIVERSALE E IL SUO RUOLO ATTUALE*



La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo ha una **congenza attuale** ed è utilizzata come **parametro di costituzionalità** in alcuni ordinamenti, come quelli di Spagna e Portogallo. In altri Paesi, come l'Italia, pur non avendo un riconoscimento costituzionale diretto, essa è frequentemente citata dalle corti e integrata con altri strumenti di diritto internazionale.

Questo utilizzo si colloca in un contesto più ampio, in cui la Dichiarazione è considerata parte di una **teoria dei diritti umani universali**, che si arricchisce di una serie di strumenti giuridici successivi adottati dall'ONU, tra cui:

1. **Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966).**
2. **Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966).**
3. **Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (1979).**
4. **Convenzione sui diritti del fanciullo (1989).**
5. **Convenzione sui rifugiati (1951).**
6. **Convenzione sulle persone apolidi (1954).**

### *LA PARTICOLARIZZAZIONE DEI DIRITTI*

La Dichiarazione Universale stabilisce principi di **universalità**, ma il processo successivo ha visto la **particolarizzazione dei diritti**, con l'adozione di strumenti specifici per categorie particolari di persone o situazioni. Questi includono:

- Diritti delle donne: eliminazione della discriminazione e tutela della parità di genere.
- Diritti dei minori: protezione contro lo sfruttamento e il maltrattamento.
- Diritti dei lavoratori: garanzia di condizioni lavorative dignitose.
- Diritti delle minoranze: salvaguardia delle identità culturali e linguistiche.
- Diritti degli anziani: tutela contro discriminazioni legate all'età.

Questa particolarizzazione risponde all'esigenza di adattare i principi universali a specifiche realtà sociali, economiche e culturali.

### **IL LIMITE DELL'EFFETTIVITÀ**

Nonostante la ricchezza di dichiarazioni e trattati, il problema principale rimane l'**effettività della tutela dei diritti umani**. Come osservava Norberto Bobbio, ciò che manca oggi non sono nuove dichiarazioni o strumenti normativi, ma **mezzi concreti per garantire il rispetto e l'applicazione dei diritti già sanciti**.

In questo contesto:

- **La mancanza di enforcement:** Molte dichiarazioni e convenzioni, pur avendo valore simbolico e normativo, non prevedono meccanismi di attuazione vincolanti.
- **Disparità tra Stati:** La capacità di garantire i diritti varia notevolmente a seconda delle risorse e delle priorità politiche di ciascun Paese.

## **LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: UN MODELLO REGIONALE AVANZATO**

La **Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali** è uno degli strumenti regionali più avanzati per la tutela dei diritti umani. Adottata nel **1950** sotto l'egida del **Consiglio d'Europa, fondato nel 1949**, la Convenzione rappresenta una pietra miliare nella protezione dei diritti fondamentali a livello regionale. La Convenzione si differenzia dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo per il suo approccio essenziale e diretto, limitandosi a includere principalmente **diritti civili e politici**, considerati come standard minimi indispensabili per tutti gli Stati membri. Tra questi troviamo:



- Libertà di espressione.
- Divieto di tortura.
- Diritto alla vita.
- Giusto processo.
- Divieto di arresti arbitrari.

In totale, il testo originale conteneva **12 diritti fondamentali**, corredati dall'**articolo 1**, che sancisce la **responsabilità degli Stati** di proteggere tali diritti.

### CARATTERISTICHE DELLA CONVENZIONE

La Convenzione si distingue per alcune caratteristiche peculiari:

#### 1. Focus sui diritti civili e politici:

- La Convenzione è volutamente "essenziale" e si limita a diritti basilari che riflettono una **morality thin**, ovvero una moralità minima condivisa dagli Stati firmatari. Non si occupa, se non marginalmente, di diritti sociali ed economici.

#### 2. Il ruolo dell'articolo 15:

- L'articolo 15 introduce una clausola di deroga che consente agli Stati di sospendere temporaneamente alcuni diritti in situazioni di emergenza, garantendo comunque il rispetto dei principi fondamentali, come il divieto di tortura.

#### 3. Unica eccezione: il diritto all'istruzione:

- L'unico diritto sociale riconosciuto nella Convenzione è il **diritto all'istruzione** (Protocollo 1), considerato essenziale per garantire il funzionamento del principio democratico. Questo diritto è collegato alla capacità degli individui di formare opinioni politiche consapevoli e partecipare attivamente alla vita democratica.

### CONVENZIONI CORRELATE: LA CARTA SOCIALE EUROPEA

Accanto alla Convenzione, il **Consiglio d'Europa** ha adottato altri strumenti, tra cui la **Carta Sociale Europea**, che tutela i diritti sociali come il diritto al lavoro, alla sicurezza sociale, alla salute e al riposo. Tuttavia, la Carta Sociale:

- **Non ha ancora la stessa forza giuridica** della Convenzione.
- Non è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, a differenza della Convenzione che ha valore **supremale** negli ordinamenti nazionali che vi aderiscono.

**standard minimi e responsabilità degli stati:** La Convenzione stabilisce uno **standard minimo** di diritti che tutti gli Stati membri devono garantire. Pur lasciando agli Stati la possibilità di offrire una tutela superiore, essa sancisce un livello sotto il quale non possono scendere, pena la violazione del diritto internazionale.

Questa funzione di "basic standard" mira a creare un livello uniforme di protezione per i diritti fondamentali in Europa, garantendo che anche le nazioni con tradizioni giuridiche diverse possano concordare su alcuni principi essenziali, come:

- Il divieto di tortura.
- La proibizione della schiavitù.
- Il diritto alla vita.
- L'uguaglianza davanti alla legge.

### DIFFERENZE TRA LA CONVENZIONE E L'UNIONE EUROPEA

La **portata geografica** della Convenzione non coincide con i confini dell'Unione Europea. Il Consiglio d'Europa, sotto il quale la Convenzione è stata adottata, comprende un numero maggiore di Stati



membri. Tuttavia, nel **2022**, la Russia ha abbandonato il Consiglio d'Europa a seguito dell'invasione dell'Ucraina, restringendo l'ambito di applicazione della Convenzione.

## LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: CARATTERISTICHE, RUOLO DELLA CORTE EDU E IMPATTO SUGLI ORDINAMENTI NAZIONALI

La **Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)** si distingue per la sua struttura e finalità rispetto ad altri strumenti internazionali, come quelli adottati dalle Nazioni Unite. Sebbene la Dichiarazione Universale e i relativi strumenti dell'ONU abbiano una portata globale, essi non prevedono una corte specifica per l'enforcement dei diritti, ma solo organismi come il Consiglio per i Diritti Umani, la cui legittimazione e operatività sono spesso altalenanti.

Al contrario, la CEDU si inserisce nel contesto regionale europeo con uno strumento giudiziario altamente specializzato: la **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU o CEDU)**, che ha sede a Strasburgo. La scelta di Strasburgo non è casuale, considerando il suo significato simbolico nel riconciliare le due grandi potenze europee, Francia e Germania, dopo i conflitti che hanno segnato la storia del continente.

### IL RUOLO DELLA CORTE EDU: CENTRALITÀ E GIURISPRUDENZA

Fin dalla sua istituzione, la **Corte EDU** si è affermata come uno strumento centrale per la tutela dei diritti umani in Europa. Questo ruolo si è consolidato nel tempo grazie a due fattori principali:

#### 1. L'obbligo degli Stati membri:

- Gli Stati che ratificano la Convenzione si impegnano a rispettarne i contenuti e ad accogliere le interpretazioni fornite dalla Corte EDU. Questo crea una **continuità diretta** tra la Convenzione e la giurisprudenza della Corte, rendendo quest'ultima un attore fondamentale nella definizione e nell'applicazione pratica dei diritti sanciti.

#### 2. L'influenza sulla giurisprudenza nazionale:

- A partire dagli anni 2000, i giudici ordinari nazionali hanno iniziato a integrare sempre più frequentemente sia la Convenzione che la giurisprudenza della Corte EDU nelle loro decisioni. Questo fenomeno ha avuto un impatto significativo sull'evoluzione del diritto interno, rendendo la Convenzione un parametro di riferimento anche nei tribunali nazionali.

### L'IMPATTO SUGLI ORDINAMENTI NAZIONALI: IL CASO ITALIANO

In Italia, l'impatto della Convenzione e della Corte EDU è stato particolarmente rilevante, specialmente a seguito della **riforma dell'articolo 111 della Costituzione**. Questa modifica ha recepito molti dei principi contenuti nella Convenzione, trasformando profondamente il sistema processuale italiano:

- **Da inquisitorio ad accusatorio:**
- La riforma ha spostato l'enfasi sulla formazione della prova durante il dibattimento, superando il modello inquisitorio in cui il pubblico ministero aveva un ruolo predominante. La prova di colpevolezza, ora, si forma e si discute in aula, garantendo un maggiore equilibrio tra accusa e difesa.

Questo cambiamento ha avvicinato il sistema italiano ai principi del **giusto processo** sanciti dalla Convenzione e ribaditi dalla Corte EDU.

### UN MODELLO GIURIDICO REGOLATO DALLE CORTI

La centralità della Corte EDU evidenzia una caratteristica distintiva del sistema giuridico basato sulla Convenzione: **l'enfasi sul ruolo delle corti rispetto ai processi politici**. Questo è dovuto, in parte,



alla natura del **Consiglio d'Europa**, che non dispone di istituzioni politiche forti né di un parlamento eletto direttamente. Di conseguenza:

**- L'adozione di norme vincolanti è limitata:**

- Al di là della Convenzione stessa, mancano strumenti normativi forti che possano integrare o rafforzare il quadro giuridico.
- **I giudici assumono un ruolo preponderante:**
- La Corte EDU diventa il principale meccanismo di enforcement dei diritti, con sentenze che influenzano direttamente gli ordinamenti nazionali. In Italia, la Corte Costituzionale ha sottolineato che gli strumenti della CEDU si integrano nella Costituzione, rafforzandone l'applicazione pratica.

In Italia, così come in altri ordinamenti europei, **la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea** si intrecciano e si integrano, influenzando profondamente il diritto interno. Questo avviene non solo attraverso l'applicazione delle norme, ma anche mediante l'interpretazione fornita dalle corti, in particolare la Corte EDU, che opera come custode e interprete della Convenzione. Questa influenza determina un impatto significativo sia sul diritto **internazionale sia su quello domestico**, conformando le legislazioni nazionali ai principi universali sanciti nei trattati internazionali e regionali.

### **LE CONVENZIONI REGIONALI NEL MONDO**

Oltre alla CEDU, esistono altre convenzioni regionali che tutelano i diritti umani in specifiche aree geografiche:

1. **La Convenzione Interamericana dei Diritti Umani (1969):** Istituita nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) e corredata dalla **Corte Interamericana dei Diritti Umani**, con sede in Costa Rica, si occupa della protezione dei diritti umani in America Latina. Questa corte ha avuto un impatto rilevante sulla giurisprudenza dei tribunali nazionali del Centro e Sud America.
2. **La Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli (1981):** Include un focus non solo sui diritti individuali ma anche su quelli collettivi, come il diritto allo sviluppo.
3. **La Dichiarazione Islamica dei Diritti Umani e la Carta Araba dei Diritti Umani:** Questi strumenti riflettono prospettive culturali e religiose specifiche, ponendo tuttavia sfide in termini di convergenza con gli standard internazionali.
4. **Assenza di una Carta Asiatica dei Diritti Umani:** Nonostante l'Associazione delle Nazioni del Sud-est Asiatico (ASEAN) sia una realtà consolidata, manca ancora una convenzione regionale condivisa sui diritti umani, riflettendo divergenze culturali e politiche tra i Paesi asiatici.

### **L'ECCEZIONALITÀ DEL SISTEMA EUROPEO**

Rispetto ad altre regioni, il **sistema europeo** di tutela dei diritti umani si distingue per il livello di sviluppo e applicazione della Convenzione. La CEDU si integra profondamente nel diritto interno degli Stati membri grazie al suo carattere vincolante e alla presenza di una corte specializzata (Corte EDU). Questo non implica che gli europei abbiano un maggiore senso di giustizia, ma evidenzia condizioni **politico-culturali** che favoriscono un'applicazione più rigorosa dei diritti.

### **IL RUOLO DELLA CORTE EDU E LE SFIDE POLITICHE**

La **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**, con sede a Strasburgo, esercita una giurisdizione ampia, che può includere persino la revisione di norme costituzionali nazionali.

#### **Esempio: Il caso russo**

- La Russia, prima di lasciare il Consiglio d'Europa nel 2022 a causa dell'invasione dell'Ucraina, fu oggetto di una decisione della Corte EDU riguardante l'articolo 27 della sua Costituzione.



Tale articolo prevedeva che le persone condannate e incarcerate fossero private del diritto di voto, senza specificare il reato o il periodo di sospensione.

- La Corte EDU giudicò questa norma **in violazione dell'articolo 3 del Protocollo 1** della Convenzione, che tutela il diritto di voto, poiché mancava una proporzionalità e una limitazione temporale. La decisione sollecitava la Russia a riformulare la norma per conformarla agli standard della Convenzione.

Questo tipo di intervento evidenzia il **ruolo incisivo della Corte EDU**, che può entrare in conflitto con le sovranità nazionali. Simili tensioni si sono verificate anche con il **Regno Unito**, che periodicamente minaccia di uscire dal Consiglio d'Europa, soprattutto dopo le sue condanne da parte della Corte.

Le Convenzioni regionali e la CEDU dimostrano come il diritto globale e quello regionale possano influenzarsi reciprocamente. Tuttavia, il **diritto globale** rimane ancora frammentato, con corti internazionali che si scontrano con i limiti della sovranità statale. Le corti regionali, come la Corte EDU o la Corte Interamericana, svolgono un ruolo cruciale nel superare queste difficoltà, ma la loro efficacia dipende dalle condizioni politiche e culturali dei Paesi aderenti.

### **LA QUESTIONE DELLE SANZIONI E IL RUOLO DELLA CORTE EDU**

Le sanzioni concepite in un **contesto autocratico** possono rappresentare un grave problema per la tutela dei diritti umani. Quando un regime utilizza pretesti giuridici per incarcerare oppositori e silenziare il dissenso, l'impatto sulla democrazia e sulla libertà diventa significativo.

La **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU)**, nel caso specifico, ha stabilito che una norma di questo tipo, che priva del diritto di voto le persone incarcerate senza specificare il reato o la durata della sospensione, **non è conforme ai principi della Convenzione**. La Corte sottolinea che tale disposizione manca di **proporzionalità**, un principio essenziale nella tutela dei diritti fondamentali.

**la reazione della corte costituzionale russa:** In risposta alla sentenza della Corte EDU, la **Corte Costituzionale russa** ha ribadito che l'adesione alla Convenzione avviene in un regime di **reciprocità**. Questo implica che:

- **La Russia rispetta la Convenzione**, ma solo nella misura in cui essa rispetta la sua identità costituzionale.
- Poiché la norma contestata è parte della Costituzione russa, la Corte Costituzionale ha dichiarato di non poterla modificare o "ammortizzare".

Di conseguenza, la Russia ha deciso di non dare seguito alla sentenza della Corte EDU, evidenziando così le tensioni tra il diritto internazionale e le identità costituzionali nazionali.

### **LE TENSIONI TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E IDENTITÀ COSTITUZIONALE**

Questo episodio dimostra due aspetti fondamentali del rapporto tra il diritto internazionale e i diritti costituzionali nazionali:

#### **1. L'impatto del diritto internazionale sulle costituzioni nazionali:**

- La Corte EDU può arrivare a condannare un Paese non solo per le leggi ordinarie, ma anche per disposizioni contenute nella sua Costituzione. Questo mostra la forza del diritto internazionale, ma anche le difficoltà di applicarlo uniformemente.

#### **2. Il ruolo dell'identità costituzionale:**

- La difesa dell'identità costituzionale è un argomento spesso utilizzato dagli Stati per limitare l'applicazione delle sentenze internazionali. Tuttavia, l'uso di questo argomento varia a seconda del contesto:



- **In Italia**, ad esempio, l'identità costituzionale è stata invocata per garantire il risarcimento delle vittime di violazioni dei diritti umani, anche contro il principio dell'immunità civile degli Stati.
- **In Russia**, lo stesso argomento è stato usato per giustificare la limitazione di diritti fondamentali, come il diritto di voto.

## I LIMITI DELL'APPROCCIO E IL DIBATTITO SUI DIRITTI GLOBALI

L'argomento dell'identità costituzionale evidenzia i limiti e le difficoltà di un approccio universale ai diritti umani:

- Da un lato, il diritto internazionale cerca di imporre standard uniformi e vincolanti.
- Dall'altro, gli Stati rivendicano la propria sovranità e identità costituzionale, spesso in conflitto con tali standard.

Questo solleva interrogativi cruciali:

- **Esiste una "dittatura dei diritti"?**
- Il diritto internazionale può essere percepito come una forma di imposizione sui sistemi giuridici nazionali.
- **Il globalismo è sempre positivo?**
- L'efficacia del globalismo dipende da come vengono costruiti e argomentati i principi e gli standard condivisi.

## LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: ORIGINI ED EVOLUZIONE

La **Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea**, nota come **Carta di Nizza**, rappresenta un passaggio fondamentale nella costruzione di un'Europa non solo economica ma anche politica e giuridica. Adottata nel 2000, ha acquisito piena efficacia giuridica solo con il **Trattato di Lisbona** nel 2009. Questo ritardo riflette la complessità dell'evoluzione dell'Unione Europea, che non è nata come un'unione politica focalizzata sui diritti fondamentali, ma come un progetto prevalentemente economico.

### Perché l'Unione Europea non si è occupata subito dei diritti fondamentali?

L'Unione Europea affonda le sue radici in iniziative economiche, come la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e la Comunità Europea per l'Energia Atomica (Euratom). Questi progetti miravano a creare un mercato comune e a prevenire conflitti, in particolare tra Francia e Germania. La tutela dei diritti fondamentali, invece, era stata demandata ad un'altra organizzazione internazionale, il **Consiglio d'Europa**, con la sua **Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)**.

Tuttavia, man mano che l'Unione Europea ampliava le sue competenze, diventava sempre più evidente la necessità di integrare i diritti fondamentali all'interno delle sue strutture giuridiche. Si poneva una domanda cruciale: **come può un'unione così forte tra Stati non preoccuparsi dei diritti fondamentali?**

**Le prime risposte: i principi generali:** Negli anni '60, la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE)** riconosce per la prima volta che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario. **La sentenza Stauder (1969)** afferma che i diritti fondamentali, pur non essendo scritti, sono implicite nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Questa affermazione fu una svolta, ma lasciava comunque irrisolto un problema: **i diritti non erano codificati.**

**La lunga strada verso la Carta di Nizza:** La codificazione dei diritti fondamentali fu un processo graduale, durato oltre 50 anni. In questo periodo si sono verificati due fenomeni importanti:

#### 1. L'emersione del discorso sui diritti nelle istituzioni europee:

- Nel 1993, i Criteri di Copenaghen stabilirono che il rispetto dei diritti fondamentali fosse una condizione per l'adesione all'Unione Europea.



- Progressivamente, la necessità di una Carta dei diritti si fece sempre più pressante.

## 2. Il ruolo della giurisprudenza:

- La Corte di Giustizia continuò a integrare i diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, dialogando con la giurisprudenza della Corte EDU.

Questo processo culminò nel 2000 con l'adozione della **Carta di Nizza**, che codificava una serie di diritti fondamentali, suddivisi in sei grandi capitoli: **dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia**.

### *COSA RENDE SPECIALE LA CARTA DI NIZZA?*

La Carta di Nizza è unica perché include non solo i diritti civili e politici, ma anche i **diritti economici e sociali**, come il diritto al lavoro e alla salute. A differenza della CEDU, la Carta abbraccia un approccio più ampio, riflettendo le aspirazioni sociali dell'Unione.

Dal 2009, con il Trattato di Lisbona, la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati europei, diventando vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri nell'applicazione del diritto dell'Unione. Questo ha garantito ai diritti fondamentali una posizione centrale nell'architettura giuridica europea.

**Il dialogo tra le corti e il futuro dei diritti nell'Unione:** La Carta di Nizza non solo rafforza il quadro giuridico dell'Unione Europea, ma ha anche consolidato il dialogo tra la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**. Questo dialogo ha contribuito a creare una maggiore coerenza nella tutela dei diritti in Europa.

Tuttavia, il percorso non è privo di sfide. La costruzione di un'Unione basata sui diritti richiede un continuo bilanciamento tra le diverse tradizioni giuridiche e culturali degli Stati membri. La Carta di Nizza rappresenta un passo fondamentale in questa direzione, ma il lavoro per un'Europa realmente inclusiva e giusta non può dirsi concluso.

### **LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E LE RELAZIONI CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La progressiva integrazione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione Europea trova una formalizzazione importante nell'articolo 6 del **Trattato di Lisbona**. Questo articolo sancisce che i diritti, le libertà e i principi enunciati nella **Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea** abbiano lo stesso valore giuridico dei trattati.

Inoltre, l'articolo specifica che:

**- I diritti fondamentali della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)**, così come quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto **principi generali**.

Questa disposizione segna un passaggio importante, formalizzando l'ingresso della giurisprudenza della CEDU nel diritto dell'Unione. Tuttavia, introduce anche alcune questioni complesse, soprattutto in relazione all'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione.

### *L'ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA CEDU: UNO STALLO GIURIDICO*

L'articolo 6 prevede che l'Unione Europea aderisca formalmente alla CEDU. Tuttavia, questa adesione non è ancora avvenuta. Sebbene il Trattato la disponga, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha espresso un'opinione contraria, giudicando non convincenti i termini dell'accordo. Questo ha lasciato l'adesione in una fase di stallo.





Attualmente, i diritti della CEDU entrano nel diritto dell'Unione come principi generali, ma l'Unione Europea non è ancora parte della Convenzione. Tutti gli Stati membri dell'Unione, invece, sono anche membri del Consiglio d'Europa e, di conseguenza, vincolati alla CEDU.

**Un Dilemma Giurisdizionale:** Un aspetto critico riguarda la giurisdizione sugli atti dell'Unione Europea. La questione fondamentale è: **può la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) sindacare gli atti dell'Unione Europea?**

La risposta attuale è negativa: la giurisdizione sugli atti dell'Unione rimane interna all'Unione stessa, affidata alla CGUE. Questo è uno dei motivi principali per cui l'adesione dell'Unione alla CEDU non è ancora avvenuta: esistono problemi applicativi e di sovrapposizione tra le competenze delle due Corti.

Una situazione diversa si verifica quando un atto di uno Stato membro, che integra o applica il diritto europeo, entra in contrasto con la CEDU. In questo caso, la CEDU può giudicare l'atto dello Stato, ma le conseguenze di tale giudizio possono influenzare indirettamente l'Unione Europea.

**La Soluzione Provvisoria: La Presunzione di Equivalenza:** Per affrontare queste complessità, è stata adottata una soluzione temporanea nota come **Presunzione di Equivalenza**. Questa presunzione stabilisce che il diritto dell'Unione Europea garantisca un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello della CEDU. Tuttavia, questa presunzione non è assoluta, ma relativa, il che significa che può essere contestata e ribaltata in specifici casi.

#### *UN SISTEMA SOVRANAZIONALE COMPLESSO*

L'attuale sistema giuridico europeo è estremamente articolato, con sovrapposizioni tra diversi livelli normativi:

1. **Costituzioni nazionali**, come quella italiana, che integrano i principi della CEDU.
2. **La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea**, vincolante per gli Stati membri.
3. **Il diritto dell'Unione Europea**, che include i principi generali derivanti dalla CEDU.
4. **La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo**, che funge da riferimento valoriale globale.

In Italia, per esempio, gli atti dello Stato possono essere giudicati alla luce di tutti questi strumenti normativi. Tuttavia, alcune aree rimangono di competenza esclusiva dell'Unione Europea, dove la giurisdizione spetta alla CGUE, mentre altre ricadono sotto la giurisdizione della CEDU o delle Nazioni Unite.

#### **Le Implicazioni per il Diritto Globale**

Questo sistema riflette la crescente complessità del diritto sovranazionale e transnazionale. Non siamo più di fronte a un diritto esclusivamente statale, ma a un intreccio di norme e giurisdizioni che operano a livelli diversi.

Ad esempio:

- L'Unione Europea non è parte integrante delle Nazioni Unite, ma gli Stati membri lo sono, e l'Unione deve rispettare i principi stabiliti dall'ONU.
- Allo stesso tempo, l'Unione Europea riconosce il valore della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e si impegna a promuoverne i principi.

Questa sovrapposizione crea sfide interpretative e applicative, ma dimostra anche come il diritto stia evolvendo verso una dimensione sempre più globale.



## ULTIMA LEZIONE

Unione Europea Dobbiamo studiare l'Unione Europea in una struttura di comparazione, con un'esperienza che sia più prossima a quella dell'adozione della **Carta di Nizza**, nell'UE, che è l'adozione del Bill of Rights negli Stati Uniti. Negli Stati Uniti l'adozione del Bill è stata oggetto di forti discussioni; all'inizio si parlò di opportunità politica del Bill of Rights, tanto che nella Costituzione del 1787 non abbiamo un Bill ma un solo diritto, **l'Habeas Corpus**. Questo Bill dovrà attendere qualche anno per iniziare ad essere adottato: nel **1791** vengono infatti adottati i primi 10 emendamenti.

Che cosa succede nel contesto europeo? Succede che i **trattati fondativi** sono del 1950, l'Unione Europea e il **diritto costituzionale**, che si lega a quello europeo, sono soggetti a un lungo processo di trasformazione e varie fasi, tra cui: **il Trattato di Maastricht nel 1992** e una seconda fase dal **2007 al 2009** con il Trattato di Lisbona. Inoltre, ci sono vari trattati che oggi chiamiamo **trattati fondamentali**, che sono il TUE (Trattato sull'Unione Europea) e il TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). Questi due trattati si chiamano **testi consolidati** perché contengono le modifiche avvenute negli anni

Anche nel contesto europeo si resiste all'idea di adottare una carta dei diritti dell'UE, simile al Bill of Rights, perché si teme fortemente che l'adozione di una carta non faccia altro che **espandere le competenze** dell'Unione. Un modo non diverso da quello che era successo con il Bill americano, dove la preoccupazione fondamentale era l'espandere i poteri del **governo federale**. Per capire questo punto di comparazione guardiamo **l'articolo 51** della **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**, che afferma:

*“Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.”*

L'articolo 51 comma 1 afferma a chi viene applicata la Carta, ovvero agli organi dell'Unione, **agli Stati membri**... È possibile comparare tale articolo con il **14° emendamento della Costituzione americana**, dove viene aggiunto che anche gli Stati devono rispettare il “due process” e la “equal protection”. Nel contesto americano abbiamo prima il **V emendamento** e solo un secolo dopo, quasi, abbiamo il **XIV emendamento**. Nel contesto della **Carta Europea**, anche per il fatto che sono passati un po' di anni, abbiamo una maggiore consapevolezza di chi scrive e l'eleganza con cui si scrive è diversa nell'articolo 51 e non la troviamo nell'emendamento americano. La Costituzione americana è più difficile da leggere e ha un modo di essere strutturata molto diverso da quello che si usa oggi. Vediamo che **l'articolo 51** afferma che tale Carta si applica limitatamente agli Stati che stanno applicando il diritto dell'Unione. Ora, naturalmente, la **Corte di Giustizia** ha avuto il ruolo di interpretare cosa si stesse intendendo con “esclusivamente nel rapporto con il diritto dell'Unione”. Significa soltanto quando si attua il diritto senza alcun momento di interpolazione delle istituzioni nazionali (se ricordate a costituzionale), ovvero si applicano soltanto quando gli Stati stanno attuando una direttiva o si applica anche quando il contatto con l'Unione è più leggero? L'interpretazione della Corte di Giustizia è molto vaga, ma è importante capire che vi è una preoccupazione da parte delle istituzioni nell'intervenire sul rapporto tra gli Stati, perché se vi fosse troppa interferenza dovremmo modificare i trattati ed è per questo che il **comma due** specifica le competenze. Significa che gli Stati avranno più di quello che hanno oggi.

Immaginiamo se dobbiamo applicare tutti i diritti della Carta ai trattati: gli Stati non avrebbero più margine di competenza e ciò crea problemi, poiché, ad esempio, nel caso del **matrimonio tra persone dello stesso sesso**, ci sono Stati che vogliono concedere alcuni diritti mentre altri no.



Ci sono alcuni Stati che disciplinano materie in modo diverso e su tutto questo noi non abbiamo una sola competenza e l'Unione non può imporre all'Italia di riconoscere questi diritti perché non ha una competenza specifica. Se noi consentissimo alla Carta di essere interpretata in maniera espansiva dei diritti nazionali, ovviamente questo tira le competenze e significherebbe che l'Unione potrebbe imporre ad alcuni Stati il riconoscimento di determinate competenze. L'art. 51 ha la finalità di ridurre il campo di applicazione e l'effetto vincolante della Carta. Il che però non vuol dire che non abbia un forte ruolo perché potrebbe averlo **nell'interpretazione**.

Per capire questo punto vi faccio un esempio con un diritto che non è riferito alla Carta. L'esempio è legato alle **libertà fondamentali**. Sappiamo che le libertà fondamentali sono quattro: **libertà di circolazione dei beni, dei servizi, dei capitali e delle persone**. Questo caso è il seguente: C'è una persona che è sposata con un'altra persona. Questa persona **non è una cittadina europea**, l'altra sì. Succede che questo cittadino vuole andare in Belgio, trasferirsi, e loro vivono negli UK. Lui lavora in Belgio e la moglie non è cittadina europea. Le **autorità UK** gli dicono che non può viaggiare in Belgio perché al cittadino non europeo non riconoscono il **permesso di soggiorno permanente, quindi** non puoi circolare. Su questo punto l'Unione Europea non può intervenire, non ha le competenze. Quindi la persona non europea afferma che il marito può andare in Belgio ma lei non può andare. Può questa persona invocare un diritto e dire "tu mi devi far circolare"? Non può perché non è cittadina europea; quindi, il fatto di essere sposata non è sufficiente.

**NB:** L'acquisto della cittadinanza per matrimonio non è assicurata negli UK e non è semplice prendere la cittadinanza europea. In passato, l'acquisto della cittadinanza automatica da parte del marito, per le donne, implicava anche il fatto che la decisione fondamentale sulla residenza della famiglia fosse data solo al marito. Per queste ragioni il passaggio della cittadinanza al coniuge non è più automatico.

Il marito dice che non va in Belgio se la moglie non viene con lui (per una questione di **romanticismo**). Questa persona dice che il Regno Unito sta violando una sua **libertà**, perché vuole iniziare un business ma non può perché lo impedisce. Quindi è la violazione di un criterio di libertà, e la Corte dà ragione: **l'UK** deve dare la possibilità di trasferirti anche se tu hai sposato una persona che non è cittadina europea. Impedire la circolazione di una persona non europea, in casi analoghi, può costituire violazione **dei trattati** (questo è stato ricavato dalla **sentenza Carpenter**). La preoccupazione degli Stati è visibile, poiché tu puoi dare un diritto all'UE, ma quel diritto può limitare i poteri in modo incontrollabile.

Ma c'è di più: sapete che in molti paesi dell'Unione non esiste il **matrimonio tra persone dello stesso sesso**, così come non esiste, in alcuni paesi, **l'unione civile**. Potete immaginare il caso in cui queste persone sono due uomini o due donne e questa persona non è cittadina europea

(ipotesi **Marocco**) e l'altra sì (Belgio). Queste persone sono una coppia e la persona belga vuole che questa persona venga dal Marocco per formare una famiglia. Poniamo che vogliono andare a vivere in **Ungheria**, paese che non è aperto su tale argomento e non riconosce questo matrimonio. Poniamo adesso che il cittadino europeo voglia far fede al **diritto al ricongiungimento familiare**, riconosciuto anche **dalla Carta**, e si chiede che quella persona venga perché è legato a quella persona. Questo diritto deve essere concesso, quindi, non solo alle **coppie eterosessuali** ma anche **omosessuali**. Questa è stata una decisione giudiziaria in applicazione nazionale della Carta. Però questo atteggiamento dell'Unione nei confronti di uno Stato che non riconosce quel legame, conservatore, può sembrare "cattivo", ovvero **l'imposizione di diritti** che non dovresti conoscere. Questo atteggiamento ha progressivamente portato al riconoscimento delle **unioni civili**, almeno nel caso italiano. Questo perché vi è stata anche una sentenza della **Corte dei diritti dell'uomo**, sul *caso Oliari*, che è stato



decisivo per l'adozione della legge sulle unioni civili. Riconoscere un diritto a livello sovranazionale può essere una **limitazione** delle libertà degli Stati.

Queste istituzioni sono spesso percepite da alcuni Stati come **interferenze** della libertà politica degli Stati nazionali. Il riconoscimento di questi diritti ha sempre preso conseguenze sui diritti degli Stati.

#### **L'art. 52:**

1. *“Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.*
2. *I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.*
3. *Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.”*

**L'art. 52 comma 1** ricorda l'**art. 19 della Costituzione tedesca**, e possiamo vedere come alcuni argomenti entrano in tale Carta da altri ordinamenti e l'influenza della Germania e delle tradizioni costituzionali nazionali.

L'art. 52 **comma 3 parte finale** concede il **minimo standard**, ovvero almeno uno standard basso, ma nulla ci vieta di utilizzarne uno elevato. E questa è la clausola che consente alla Convenzione Europea di entrare nel diritto dell'Unione attraverso l'interpretazione che ne fa la Corte di Strasburgo.

**Art. 53:** *“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.”*

Vediamo come c'è una sorta di **integrazione reciproca** tra tutte queste Carte dei diritti: da un lato la Carta **CEDU**, dall'altra **il diritto internazionale** e quindi la Carta universale del **1948**, ed infine le costituzioni degli Stati membri. Questo concetto che si è realizzato **nell'art. 53** è un concetto che nella **Costituzione italiana** era già stato espresso alla fine degli anni '90. Questa Carta è un testo cognitivo di diritti esistenti e **giurisprudenza** delle corti. Questo **art. 53** ha la funzione di dire che questi diritti sono stati integrati da quelli nazionali.

Questa carta è stata creata per essere **innovativa** e questo elemento innovativo è la sua particolare struttura. Infatti, se voi vedete, anche soltanto **l'art. 51**, si può comprendere che questa carta è un insieme di diritti rilegati, ovvero ci sono più diritti rispetto a quelli che trovate nella **Convenzione dei Diritti dell'Uomo**, ma anche nelle dichiarazioni precedenti, quella universale e **nelle dichiarazioni nazionali**. È una carta molto più duttile e articolata.

Guardiamo gli **articoli 25 e 26** ad esempio:

- **Art. 25:** *L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale.*
- **Art. 26:** *L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.*



Vediamo che c'è un processo di **particolarizzazione dei diritti**. Siamo partiti dai diritti universali (vita, proprietà e sicurezza) e adesso vediamo una **codificazione** dei diritti molto particolare, perché sono diritti di alcune teorie. Questo è successo in ambito internazionale, ad esempio con la **Convenzione del Fanciullo di New York**, che è stata molto citata dalla giurisprudenza italiana attuale in materia di trattamento del minore (quando si parla di adozione e di collocamento delle famiglie), e questo processo lo vediamo a livello europeo con diritti che fanno riferimento a diverse teorie.

Ma l'aspetto più memorativo di questa carta è una particolare scelta di **drafting**, e cioè la carta è divisa in certi **capi** e ogni capo ha un titolo con un certo valore tutelato dall'unione. I capi sono:

1. **La dignità**, e qui abbiamo alcuni diritti che riguardano la dignità come la tutela al **lavoro forzato**.

2. **Le libertà**, e questo è il capo dove sono elencate le libertà classiche come **libertà e sicurezza**, lo sposarsi e costituire famiglia... **L'articolo 9** è scritto però in maniera particolare e recita: "*Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.*"

Si può notare la volontà di rimettere determinati diritti allo **stato** e si può notare la **cautela** con cui il capitolo è stato scritto. Altri diritti sono anche la **religione, asilo e protezione per estradizione** (art. 18 e 19). Questi sono diritti che ovviamente agiscono anche a tutela nazionale. Se noi vediamo **l'art. 18**, quest'ultimo recita: "*Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal Protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito denominati "i trattati")*"

Vediamo che quindi nella carta sono citate anche altre convenzioni. Questi diritti sono radicati nella **storia** dell'unione e la convenzione ha spesso protocolli; infatti, viene solo citato **il Protocollo del 1961**. Ma viene citato solo questo protocollo perché la convenzione del **1951** viene adottata per consentire **l'asilo politico** alle persone che scappavano dal **regime sovietico**; quindi, nasce con un obiettivo specifico e non era una convenzione che poteva essere attivata alla Siria (rapporti tra occidente e oriente). Quello che succede nel 1967 è che l'ambito di applicazione territoriale viene esteso, ed è per questo che il richiamo non può essere soltanto alla convenzione ma anche al protocollo. Quindi, i fenomeni assumono una caratteristica connotata differente. Questo è importante perché **studiare il diritto in una prospettiva storica** ci dà informazioni che possono valere in un certo contesto e che sono prodotti di pensieri politici.

3. **Uguaglianze**, con riferimento soprattutto a donne anziani e disabili. Sono diritti contestualizzati come diritti di uguaglianza, una **specificazione** di uguaglianze.

4. **Solidarietà**, con tutti i diritti sociali e civili, come il diritto al lavoro, alla sicurezza, alla salute, ecc.
5. **Cittadinanza**, con i **diritti politici**, anche a livello di Unione Europea, tra cui le elezioni.
6. **Giustizia**, e sono i diritti connessi alla giustizia, giusto processo e alle **pene ingiuste**.

Questa carta ha un'**organizzazione espositiva** e una **organizzazione sistematica** che non ha nessun documento. Al contempo non ci sono diritti nuovi, ma **diritti ricognitivi** che già sono conosciuti a livello europeo. Ha avuto un ruolo di organizzazione. Molto più importante è il superamento dell'idea che esistono categorie di diritti **superiori e inferiori**, e tutti questi diritti sono percepiti come diritti **equi-ordinati**, tutti contribuiscono allo **sviluppo della persona umana**. Questo è il superamento di un concetto di cui soffre la carta perché, se vi ricordate, le convenzioni sono testi che hanno solo diritti basici (solo diritti fondamentali) e non una struttura così articolata, mentre la carta riflette l'idea **dell'equità dei diritti**, un'idea che neanche a livello di Nazioni Unite è del tutto accettata.



Se ricordate, abbiamo detto che **la convenzione del 1948** è soltanto l'inizio di un processo di quantificazione dei diritti perché nel **1966** vengono adottati due "**patti**": uno per i **diritti civili e politici** e uno per i **diritti economici, sociali e culturali**. Entrambi datati 1966 e non inclusi in un unico patto perché anche qui si rifletteva la **guerra fredda** e la divisione in blocchi. Il primo patto è voluto dal **blocco occidentale**, mentre quello sui diritti economici dal **blocco sovietico**. La divisione dei due patti sottendeva anche la divisibilità dei diritti che potevano essere riconosciuti dal legislatore ma potevano non essere riconosciuti. Questa è la legislazione americana, perché la categoria dei **diritti sociali ed economici** può essere riconosciuta oppure no.

**La Carta di Nizza** vuole superare tale visione e vuole affermare che questi elementi (i capi) sono principi che consentono alle persone di esprimere sé stesse. La Carta di Nizza è l'esempio di una progressione nella tutela dei diritti, ma ha un problema che è quello del suo effettivo utilizzo. Gli stati continuano a impiegare tale carta solo quando riguardano il **diritto europeo**. Se una persona vuole sposare una persona dello stesso sesso non può addire alla Carta di Nizza. La risposta sarebbe: "*qui non c'entra l'unione perché è una questione domestica*"

### TEMA DEMOCRATICO: LA TUTELA DEI DIRITTI E IL RUOLO DELLE CORTI

Se io, che appartengo ad uno Stato, ho votato per un partito vincitore che non vuole tutelare alcuni **diritti promessi** e che io richiedo, cosa posso fare? Può un ente diverso imporre una garanzia di diritti? Posso obbligare un partito a garantire i **diritti** che io richiedo? Questo argomento è molto delicato perché, se si rispondesse di sì, questa risposta ha un suo peso giusto (discorso maggioritario), però ha anche un carattere contrario, ovvero la **Corte di giustizia non** può imporre ad uno Stato **uno standard** che abbia una forte tradizione su alcuni argomenti.

Il problema di allargare alle corti è molto delicato, e la soluzione ha a che fare con ciò che **la filosofia** ci dice spesso, ovvero "**le buone ragioni** che vengono addotte per sostenere le soluzioni", il diritto è fatto di buone ragioni. Il modo migliore per risolvere tale questione è sicuramente utilizzare buone argomentazioni.

### Il Sistema Multilivello di Tutela Giuridica

Questo sistema è **multilivello** e quindi ha un sistema di tutela molto particolare, con **diversi livelli di tutela giuridica** che possono essere applicati. Inoltre, esistono diversi documenti che possono essere applicati ed è un sistema che può tenersi insieme soltanto attraverso il **dialogo** e la capacità di **argomentare** in sede giuridica.

Al contempo si possono proporre temi concorrenti, ovvero le varie corti possono trovarsi in un sistema di **concorrenza** (Massimo Luciani lo chiama costituzionalismo bitempo) e questa concorrenza garantisce una maggior tutela. Ci sono dei casi in cui il dialogo lascia lo spazio alla concorrenza e si formano dei conflitti istituzionali. Sicuramente è vero che esistono dei casi in cui non abbiamo **concorrenza**, in questo caso però è fondamentale il ruolo dei **giudici nazionali**.

### Il Ruolo dei Giudici Nazionali

I giudici nazionali hanno un ruolo fondamentale nell'applicazione del diritto di tutti i giorni, ma quali sono i loro rapporti con le corti? Vi sono:

- **I rapporti con la Corte EDU** sono stretti, nel senso che la **Corte di Strasburgo** ha sempre avuto un ruolo di guida nei confronti di tali giudici. Ruolo che ha dovuto esercitare richiamando il fatto che la corte ha giurisdizione **su ogni atto** sottoposto. E qualsiasi atto può essere oggetto di discussione, anche una discussione a livello costituzionale. Questo ha avuto grande impatto. **La Convenzione** oggi è molto più di una legge di ratifica, infatti è un **parametro interposto** (art. 117 costituzione). Nel Regno Unito, paese ancora del **Consiglio di Europa**, **la Convenzione** è stata incorporata in un atto, chiamato **Human Rights Act del 1998**, e questa incorporazione ha reso la Convenzione il parametro **costituzionale** essenziale. La **Convenzione** è di fatto parametro costituzionale anche in Olanda dove è diventato il **Bill dello Stato**. Il ricevimento



della Convenzione è avvenuto in alcuni casi con la ratifica di trattati internazionali e in altri (Spagna e Francia) è stata recepita come strumento costituzionale, quindi un ruolo come **Bill of Rights**. Tra tutti i filoni giurisprudenziali quello che ha inciso sugli Stati è la giurisprudenza in ambito **penale**. Ma la Convenzione ha avuto un'influenza anche nei processi di democratizzazione, soprattutto negli Stati nati dopo la caduta del muro. Questa capacità, che si chiama criterio trascendentale della **Convenzione**, di essere percepita come garanzia della democraticità del paese, ha sicuramente aumentato il prestigio della **Corte di Strasburgo** (che comunque è una corte internazionale anche se spesso viene percepita come una **istituzione**, e nel caso della Convenzione come un testo, di natura **istituzionale**).

- **I rapporti tra l'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)** sono estremamente complessi. Sebbene **l'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea preveda l'adesione dell'UE alla Convenzione**, tale adesione è stata annunciata ma non ancora formalizzata, principalmente a causa di un parere contrario espresso dalla **Corte di Giustizia dell'Unione Europea**.

Attualmente, possiamo affermare che **la CEDU trova** comunque applicazione nell'ambito del **diritto dell'Unione Europea**. In particolare, la modifica all'articolo 6 **del Trattato sull'UE** ha introdotto la cosiddetta **comunitarizzazione** dei principi della Convenzione. Ciò avviene attraverso il riconoscimento dei **principi generali** derivanti **dalla CEDU**, che vengono poi recepiti e interpretati dalla Corte di Giustizia. In questo contesto, **la Convenzione** entra a far parte del quadro giuridico dell'Unione, pur mantenendo una dinamica complessa e non completamente definita. Quindi, c'è l'ingresso sostanziale di formare questo diritto, ma l'adesione **dell'Unione alla CEDU** non si è ancora realizzata. È però nell'art. 6, quindi si realizzerà. Molti ritengono che non si realizzi per forme di **monopolio** che le corti vogliono tenere, la Corte di Giustizia pensa che non sia giusto cedere l'interpretazione dei **diritti fondamentali all'Unione**. Per certi versi ha senso, poiché nel Consiglio Europeo non ci sono **Stati dell'Unione Europea**.

### Differenze tra le Corti

C'è una differenza tra le due corti, perché mentre la **Corte di Strasburgo** è specializzata sulla giurisprudenza **sui diritti** ed è anche una corte con giurisdizione "**sussidiaria**", ovvero per accedere a tale corte è necessario aver esperito tutti i **rimedi**, cioè solo se si sono esauriti i rimedi nazionali (si va prima in primo grado fino alla **Cassazione**), **la Corte di Giustizia** è una corte a rotazione generalista, si occupa di ogni materia che sia di competenza **dell'Unione**. In questo senso, **la Corte di Giustizia ha una competenza più ampia della Corte di Strasburgo, ma in ambito dei diritti è più ristretta**.

Le competenze sono più limitate nella **Corte di Giustizia**, visto che quella di **Strasburgo** è più specializzata. Questo non ha impedito alla Corte di Giustizia di dare un ruolo significativo alla **tutela dei diritti**, pensate al diritto di avere contenuti che ci riguardano su internet, è un'invenzione della **Corte di Giustizia** che poi viene inserito nel diritto dell'Unione, ma nasce come **sentenza**. Quindi ha un ruolo fondamentale, però non troviamo grandi sentenze della **Corte di Giustizia sui diritti umani**. Queste differenze si notano anche nell'approccio, poiché le sentenze della Corte di Giustizia sono ispirate rispetto a sentenze di altre corti, visto che non aveva un **Bill** su cui appoggiarsi. Questo non vuol dire **che la giurisprudenza** non sia stata significativa, ma l'approccio è stato diverso.



 **ASTRA**  
BOCCONI