

SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA
NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

a cura di

Edoardo C. Raffiotta, Antonio Pérez Miras,
Germán M. Teruel Lozano, Fausto Vecchio

Editoriale Scientifica

Tutti i diritti sono riservati



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

eucons

Il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per l'uso che può essere fatto delle informazioni ivi contenute.

© Editoriale Scientifica srl 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-055-5

INDICE

<i>Nota dei curatori</i>	VII
1. Riflessioni su sovranità e rappresentanza, <i>Agatino Cariola</i>	1
2. Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica, <i>Antonio Ruggeri</i>	15
3. Note sparse su costituzionalismo, sovranità, globalizzazione, <i>Antonio D'Aloia</i>	27
4. La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione, <i>Alessandro Morelli</i>	35
5. Globalización y relaciones jurídico-privadas, <i>Íñigo A. Navarro Mendizábal</i>	53
6. Prospettive della rappresentanza, <i>Carla Bassu</i>	71
7. Riflessioni in tema di rappresentanza di genere nelle Istituzioni, <i>Marilisa D'Amico</i>	91
8. Crisi dei partiti, trasformazione della politica e istanze di riforma istituzionale, <i>Felice Giuffrè</i>	123
9. Sul problematico rapporto fra Giudice (e Giustizia) costituzionale e Parlamento “sovrano”: alcune questioni aperte, <i>Roberto Di Maria</i>	145
10. L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche, <i>Giovanni Moschella</i>	153
11. Le nuove relazioni tra democrazia, populismo e tecnocrazia: spunti introduttivi, <i>Cecilia Corsi</i>	167
12. La rappresentanza politica nell'era digitale, <i>Guido Corso</i>	175
13. Internet e democrazia, <i>Tommaso E. Frosini</i>	187
14. Constitución, democracia y globalización: la legitimidad de la Constitución frente a la crisis económica y las redes sociales, <i>Francisco Balaguer Callejón</i>	203
15. A proposito di sovranità e principi supremi: note brevi sulla laicità dello Stato, <i>Adriana Ciancio</i>	215
16. De la soberanía, la autonomía y la descentralización, <i>Antonio Pérez Miras</i>	225
17. Constitución, soberanía y derecho de autodeterminación, <i>Javier Tajadura Tejada</i>	241
18. Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi, <i>Andrea Morrone</i>	261
19. Seguridad y terrorismo como factor de integración constitucional en Europa, <i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i>	283
20. La Banca Centrale Europea: istituzione tecnica a “vocazione politica”, <i>Edoardo C. Raffiotta</i>	305
21. Equilibrio di bilancio ed evoluzione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, <i>Giuseppe Chiara</i>	325

22. La formación del gobierno en España y en Italia: una revisión comparada, <i>Germán M. Teruel Lozano</i>	339
23. “Ruolo normativo” del Governo e marginalizzazione del Parlamento: a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale italiana, <i>Franca Meola</i>	375
24. Democrazia pluralista e potestà normativa delle autorità indipendenti, <i>Fi- lippo Donati</i>	385
25. Sovranità dello Stato e diritto di resistenza in Immanuel Kant, <i>Fabrizio Sciacca</i>	393
26. The Role of Courts in the ‘Administration’ of Foreign Relations, <i>Angelo Jr Golia</i>	407
27. Il lato oscuro della forza: corporativismo giudiziario, stato costituzionale e costituzionalismo, <i>Fausto Vecchio</i>	423

NOTA DEI CURATORI

Il presente volume completa la raccolta dei contributi al Terzo Seminario Italo-spagnolo di Diritto costituzionale tenutosi nel Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi di Catania nel dicembre 2016. Questa opera, infatti, si aggiunge e integra i due volumi del 2018 *Sovranità e rappresentanza* editi sempre da Editoriale Scientifica (a cura di A. Pérez Miras, E.C. Raffiotta, G.M. Teruel Lozano, F. Vecchio) nei quali sono stati raccolti gli scritti dei più giovani relatori selezionati per il Seminario catanese.

Da allora, è passato del tempo e nel frattempo abbiamo anche tenuto altre due edizioni del Seminario (Murcia 2018 e Milano 2020) e inoltre prodotto i cinque volumi *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española* (a cura di A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta, M.P. Iadicicco, 2020), in coedizione tra il BOE e il prestigioso *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* di Spagna.

Nonostante il tempo trascorso – anche se ulteriormente rallentati dall'emergenza pandemica del 2020 – non potevamo non pubblicare gli eccellenti contributi al Seminario siciliano del 2016. Contributi di autorevoli Maestri e Colleghi italiani e spagnoli.

Il Seminario Italo-spagnolo ha una storia ormai consolidata. Una storia iniziata con il primo incontro scientifico rivolto ai giovani studiosi di Diritto costituzionale tenutosi nel 2012 presso il Reale Collegio di Spagna in Bologna, in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna. Assieme al Seminario di Madrid del 2014, Murcia del 2018 e Milano del 2020, il convegno Catanese del 2016 rappresenta un tassello fondamentale del percorso di crescita e affermazione del nostro progetto.

Oggi il gruppo di ricercatori che anima e alimenta con infaticabile entusiasmo il Seminario può vantare ulteriori importanti riconoscimenti come i due Progetti Erasmus+ Programme, Jean Monnet Activities, Projects and Networks: *Eucons The Constitutional Bases of Europe: "towards the Citizens of Europe"* e *The constitutional bases of Europe: building a "common European constitutional culture"*. Progetti che hanno sostenuto le nostre attività e consentito di consolidare una, ormai, Istituzione riconosciuta e affermata nel panorama Accademico europeo. Un progetto iniziato tra Università italiane e spagnole, ma che continua a crescere di anno in anno, rappresentando oggi luogo di incontro privilegiato per studiosi di tutta Europa.

Il contributo che il Seminario Italo-spagnolo intende dare non è solo accademico/scientifico, ma altresì culturale: finalizzato, appunto, a creare una "common European constitutional culture".

Questo volume. I pregiati scritti che lo compongono, dedicati, da diversi punti di vista, al cruciale tema della “Sovranità e della rappresentanza” rappresentano un apporto fondamentale a questo progetto. Un apporto che, anche se in ritardo, non poteva non essere raccolto e condiviso con la Comunità accademica europea.

Il nostro viaggio iniziato a Bologna – quasi dieci anni fa – è ancora ricco di luoghi, idee e persone da incontrare e con i quali contribuire ad alimentare l’idea più Alta di Università.

I Curatori

RIFLESSIONI SU SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA

Agatino Cariola*
Università di Catania

1. Pressoché obbligato dai tempi della contingenza politica, ho riflettuto sul tema del nostro incontro durante la campagna referendaria per la riforma di taluni parti della Costituzione, che ha impegnato studiosi e politici per l'intero 2016, e – di necessità – ogni considerazione non poteva prescindere dalla meditazione sul ruolo e sul metodo del diritto costituzionale e dello studioso che vi si dedica: alla fine, il punto è se il cultore di costituzionale deve essere solo un descrittore dell'esistente, ovvero un interprete di valori anche contro il potere¹, anzi – sempre di necessità – contro il potere e/o i poteri, compresi quelli sociali, culturali ed economici. La riflessione di Luciani sul costituzionalismo irenico e polemico avvertiva che bisogna catturare nuovamente il potere e le sue forme di esercizio, rifuggire persino dalle celebrazioni dei trionfi delle giurisdizioni come garanzie dei diritti fondamentali². Il che è particolarmente vero nel nostro sistema, giacché in Italia non sembra aver mai attecchito la lezione di Dworkin del giudice come tutore dei diritti, piuttosto che come applicatore della legge.

* Testo rivisto dell'intervento alla tavola rotonda su “La crisi della sovranità e della rappresentanza nell'era della globalizzazione: che fine ha fatto la sovranità popolare?”, al III Convegno internazionale del Seminario Italospagnolo su “Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione”, Catania, 7 dicembre 2016. Il carattere dell'intervento giustifica le limitate citazioni dottrinali.

¹ «The great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions», *Federalist*, n. 51.

² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1668.

L'incontro di questo Convegno ci riporta, allora, alle premesse del diritto costituzionale: alla riflessione sul potere, al suo fondamento ed alle sue forme di esercizio, alla sua manifestazione ed alla sua regolazione, prima ed oltre il campo del *justiciable*, cui spesso la dottrina costituzionalistica assegna un compito di decisione pressoché esclusivo. In fondo, l'espressione della Costituzione italiana secondo cui «la sovranità ... [si] esercita nelle forme e nei limiti» mi pare un'endiadi che vuol indicare la necessità di dare un "vestito" al potere che altrimenti sarebbe indefinito e, per questo, assoluto. La forma manifesta il potere (da ciò tutta l'avversione per i poteri occulti, si pensi all'art. 18) ed allora per l'appunto lo limita, perché lo individua, lo moltiplica nelle diverse forme/manifestazioni, lo rende plurale giacché dall'unico potere si passa ai poteri e finisce allora per disporre l'esercizio a mezzo del procedimento in cui sono coinvolti vari/tanti poteri.

2. Sulla sovranità parto dalle riflessioni di due Maestri del diritto costituzionale italiano del '900, e cioè Vezio Crisafulli e Costantino Mortati.

Il primo scrive sulla sovranità nel 1954³; ha appena pubblicato *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, in cui ha proposto l'interpretazione e l'applicazione della Costituzione *magis ut valeat*; è all'interno di un'appartenenza partitica che fa della Costituzione uno strumento di lotta politica avverso il sistema di potere configuratosi dal 1948⁴ e deve di necessità privilegiare gli istituti di garanzia e l'esercizio delle libertà⁵. Risulta naturale, allora, che Crisafulli non neghi la sovranità – per così dire alla Kelsen, riducendo ogni problema alla costruzione impersonale dell'ordinamento giuridico ed all'impero delle norme⁶ – al contrario la concretizzi e la personifichi: «nel nostro sistema costituzionale, infatti, la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico: né l'esercizio di tale suprema potestà si esaurisce sempre e soltanto in manifestazioni unitarie di volontà, spesso viceversa articolandosi in una serie di atti parziali e particolari, che in diversi modi concorrono – quali presupposti, momenti preparatori e momenti costitutivi – alla formazione, all'esplicazione ed all'attuazione della potestà medesima,

³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana. (Note preliminari)*, in *Rass. giuliana dir. e giurispr.*, 1954, poi in *Studi in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1955, ed infine in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 89 ss.

⁴ Su questa fase della riflessione di Crisafulli cfr. S. BARTOLE, *Militanza politica e scienza giuridica nei contributi di Vezio Crisafulli alla stampa comunista (1944 – 1955)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵ Si deve allo stesso V. CRISAFULLI il *Manuale dei diritti del cittadino*, Roma, 1950.

⁶ L'ovvio riferimento a H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, trad. it. Milano, 1989.

unitariamente considerata (sovranità popolare)»⁷. «Anche attraverso il riconoscimento ai cittadini di talune libertà fondamentali, l'ordinamento statale perviene inoltre ad organizzare politicamente il popolo, e quindi, nei sistemi basati sulla sovranità popolare, a costituire ulteriori modi di esplicazione di questa»⁸. La sovranità trasformata nei diritti civili, in quelli politici e persino in quelli economici, sino a potersi tradurre nell'equazione sovranità uguale libertà, diventa una sovranità diffusa. Ma una sovranità diffusa è la negazione del potere sovrano di bodiniana memoria, è quanto di più lontano possa esserci dal potere del Leviatano hobbesiano (in tutte le sue possibili letture)⁹.

Costantino Mortati ritornò sulla sovranità nel 1975, allorché esaminò la portata dell'art. 1 Cost. nel Commentario Branca¹⁰. E si pose allora il problema di dare alla maggioranza lo strumento per governare. Ricomparve allora la sovranità come potere (certo limitato, circoscritto, responsabile, ma pur sempre potere). Il problema era quello di rendere effettivo – e chi se non l'autore della *Costituzione materiale* poteva essere sensibile al tema – il principio di sovranità popolare: da ciò il manifesto favore «verso forme di consultazione popolare meglio idonee [del rigoroso proporzionalismo] a consentire scelte in sede elettorale di indirizzi politici maggioritari, destinate a vincolare gli organi elettivi per tutto un ciclo di vita del Parlamento»¹¹. Mortati individuava con vigore gli argomenti e le soluzioni a favore di una democrazia decidente: alla necessità di dare contenuto alla sovranità, che non può ridursi al potere di selezionare i «designati alle cariche elettive, così come avveniva nelle forme che non si richiamavano alla sovranità popolare»¹²; si accompagnava quella di assicurare «l'assolvimento dei compiti imposti allo Stato sociale, richiedenti una più rapida ed intensa efficacia decisionale, e che non possono prescindere da una programmazione, cioè dalla predisposizione dell'impiego delle risorse secondo una rigida scelta di priorità., che vincolo lo stesso legislatore nella successione della propria attività»¹³. E si arrivava ad individuare gli strumenti operativi sul piano istituzionale come della cultura politica: la sottoposizione al corpo elettorale di indirizzi politici determinati

⁷ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 122.

⁸ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare*, cit., 127.

⁹ Non va trascurato, infatti, che il potere del Leviatano è su base contrattuale, *id est* utilitarista, e che ciò può segnare anche la dimensione e la misura del medesimo potere, cioè a dire pone le premesse per la sua limitazione. Il che non è senza motivo, giacché tale potere non deriva più da un'entità religiosa esterna all'uomo, ma dallo scambio con l'istanza di sicurezza ed, allora, da tale baratto mutua l'intera sua costituzione, compresi il fondamento e l'esercizio.

¹⁰ C. MORTATI, *Principi fondamentali*, sub art. 1, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 35 ss.

¹¹ C. MORTATI, *op. cit.*, 39.

¹² C. MORTATI, *op. cit.*, 36.

¹³ C. MORTATI, *op. cit.*, 38.

da svolgere per l'intera legislatura, la continua valutazione circa la conformità dei comportamenti dei partiti al programma proposto, la responsabilità dei partiti medesimi, il ricorso al verdetto popolare in occasione di alterazioni della situazione politica e dello schieramento partitico.

3. Queste due "classiche" riflessioni mi sembrano emblematiche del fatto che il costituzionalismo si divide di continuo tra sovranità/libertà e sovranità/potere. Quest'alternativa è tuttora presente e probabilmente riguarda ogni generazione, ma per il costituzionalista essa si collega al problema se ci si possa rassegnare all'esistente. Per lo studioso che non può tralasciare la considerazione del fatto, rimane però il dilemma se l'*auctoritas rei constitutae*¹⁴ possa essere l'orizzonte culturale e dottrinale che finisce per escludere ogni altro. La lezione di Mortati è significativa al riguardo: ancora ne *Le forme di governo* del 1973 non si rassegnava all'idea che De Gaulle avesse potuto modificare la costituzione del suo paese in modo quantomeno irrituale¹⁵.

Ed in che rapporto stanno procedura e valori? Può il rispetto formale della procedura essere «il ponte dallo Stato vecchio al nuovo, dalla vecchia base alla nuova base»¹⁶? «La legalità è [solo] un modo di funzionare dell'apparato statale dei funzionari e delle autorità, e per questo ha politicamente e giuridicamente importanza»¹⁷? La teoria organicista in Schmitt è esemplare: «L'unità politica dello stato presente è l'unione di tre articolazioni: Stato, movimento popolo ... la nuova costruzione statale è contrassegnata dal fatto che l'unità politica del popolo e quindi tutto l'ordinamento della sua vita pubblica si presentano ordinati in tre serie distinte. Le tre serie non stanno parallele l'una accanto all'altra, ma una di esse, cioè il movimento, che sorregge lo Stato e il popolo, penetra e conduce le due altre. Tre cordoni o binari ordinativi corrono l'uno accanto all'altro, ordinati ciascuno in se stesso, s'incontrano in certi punti decisivi, specialmente all'apice, hanno reciproci contatti e collegamenti trasversali di genere determinato che però non possono togliere la distinzione, e formano nel loro complesso, unificato dalla serie ordinativa che sorregge il tutto, la struttura dell'unità politica»¹⁸. Si comprende che in questa prospettiva anche l'intervento del popolo ha solo la natura (ed il sapore) dell'acclamazione¹⁹. La democrazia diventa identitaria.

¹⁴ Riprendo da C. SCHMITT, *Stato, movimento popolo*, 1933, poi in trad. it. *Un giurista davanti a se stesso*, Vicenza, 2005, 256.

¹⁵ C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, 244 ss., e poi 271 s., dove la critica alle contraddizioni della Costituzione del 1958 si intensificava e faceva definire incostituzionale la procedura di revisione adottata nel 1960 e nel 1962.

¹⁶ C. SCHMITT, *Stato movimento, popolo*, cit., 259.

¹⁷ *Ivi*, 259.

¹⁸ *Ivi*, 264-265.

¹⁹ C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag Zur Auslegung der Weima-*

Ora, la democrazia identitaria ha un'intrinseca carica di violenza: appunto perché fondata sulla coscienza identitaria²⁰, ha di continuo bisogno di alimentarsi (non di programmi da attuare, ma) di nemici²¹, e non considera il popolo nel suo pluralismo, ma deve di necessità farne un'unità organica.

La dimensione identitaria è forse la più politica di tutte le forme, ed al tempo stesso la meno politica, perché la più escludente: non integra, ma divide²².

Da cattolico, poi, ritengo la democrazia identitaria una forma di idolatria: di culto reso a Dei altri e diversi dal Dio unico. Un fatto molto simile alla tentazione di Satana nei vangeli di Matteo²³ e Luca²⁴.

Mi rendo conto – proprio a partire da talune vicende del recente dibattito referendario – che si pone il problema se il costituzionalismo debba per forza essere quello della crisi o della normalità. Molta parte del costituzionalismo risulta legata ai momenti di trasformazione e di crisi dell'assetto preesistente. La decisione politica fondamentale alla Schmitt è l'equivalente del miracolo o dell'atto di forza che avviene una volta. La stessa dottrina politica cattolica sul bene comune è conformata sui momenti di crisi, allorquando la

rer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie, Berlin und Leipzig, 1927, 34: «Denn, die eigentlichste Tätigkeit, Fäkigkeit und Funktion des Volkes, der Kern jeder volkhafte Äußerung, das demokratische Urphänomen, das, was auch Rousseau als eigentliche Demokratie vorgeschwebt hat, is die Akklamation, der zustimmende oder ablehnende Zuruf der versammelte Menge. Das Volk akklamiert einem Führer, das Heer (hier mit dem Volk identisch) dem Feldherrn oder Imperator, der "Umstand" der Volksgenossen oder die Landsgemeinde einem Vorschlag (wobei die Frage offen bleibt, ob eigentlich dem Führer oder dem Vorschlag in der Sache akklamiert wird); es ruft Hoch oder Nieder, jubelt oder murr, schlägt mit der Waffen an der Schild, erhebt auf den Schild, sagt zu einem Beschluß mit irgendeinem Worte "Amen" oder verweigert diese Akklamation durch Schweigen ... Die Akklamation ist ein ewiges Phänomen jeder politischen Gemeinschaft. Kein Staat ohne Volk, kein Volk ohne Akklamationen». Traduzione italiana in *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001, 62 per il passo citato.

²⁰ Cfr. A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006.

²¹ Anche a questo proposito è d'obbligo il richiamo di C. Schmitt, ma anche di G. ORWELL e del suo fortunato *1984*, per la necessità delle dittature di creare nemici e di riscrivere la storia.

²² Su tali temi G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2008, e ID., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, part. 26 ss.

²³ Mt 4, 8-10: «Di nuovo il diavolo lo condusse con sé sopra un monte altissimo e gli mostrò tutti i regni del mondo con la loro gloria e gli disse: "Tutte queste cose io ti darò, se, prostrandoti, mi adorerai". Ma Gesù gli rispose: "Vattene, satana! Sta scritto: Adora il Signore Dio tuo e a lui solo rendi culto"».

²⁴ Lc 4, 5-7: «Il diavolo lo condusse in alto e, mostrandogli in un istante tutti i regni della terra, gli disse: "Ti darò tutta questa potenza e la gloria di questi regni, perché è stata messa nelle mie mani e io la do a chi voglio. Se ti prostri dinanzi a me tutto sarà tuo". Gesù gli rispose: "Sta scritto: Solo al Signore Dio tuo ti prostrerai, lui solo adorerai"».

politica scema e si tratta di adottare una sola decisione, appunto quella ispirata dal bene comune²⁵. Entrambe le teorizzazioni finiscono per confermare la tesi di Rousseau, per cui chi ha perso ovvero chi non si riconosce nel cd bene comune, per ciò stesso sbaglia. Entrambe esprimono una forte carica di delegittimazione nei confronti di chi non si riconosce nella decisione adottata dalla maggioranza.

4. Possiamo ancora avere spazi e/o strumenti per non rassegnarci alla democrazia identitaria?

La lezione di Dahl è quella della poliarchia: giacché non possono ignorarsi o cancellarsi le elites dirigenti, almeno le si moltiplichino. Non so se questa teoria è riferibile e valida – e forse anche a tal proposito sarebbe da utilizzare il passato e dire che era valida – soprattutto per un sistema di grandi dimensioni geografiche, economiche, sociali. Ad esempio, sotto il profilo istituzionale essa si lega all'impianto federale che della separazione dei poteri, cioè a dire, del pluralismo politico, è "naturale" risvolto²⁶. La circolazione delle elites è un altro *must* della teoria democratica. Ma dobbiamo pur ammettere che oggi tutto questo è insufficiente, giacché se pure si riuscisse a rendere le elites quanto più possibile rappresentative dei vari soggetti sociali, non per questo se ne affermerebbe la responsabilità. Il punto è che rappresentanza e responsabilità/potere non vanno di pari passo. Dipendiamo sempre più dalle decisioni economiche, eppure le elites economiche – che siano i vertici delle banche centrali o della stessa BCE o le varie *troike* – non sono mica responsabili²⁷.

La responsabilità delle *elites* rimane il problema del diritto costituzionale, di un diritto che voglia essere espressione di valori e di regole per l'intera società e non solo per taluni livelli istituzionali.

Ad esso si aggiunge quello di integrare nello Stato costituzionale *descamiciados, no global* e tutti gli altri movimenti che animano la contestazione ai fenomeni di globalizzazione.

In ambito europeo il problema rimane quello di dare "anima" alla costruzione dell'ordinamento europeo, che, specie per il fatto di qualificare le decisioni adottate come di carattere squisitamente "tecnico" (si pensi a tutte quelle di ordine finanziario ed economico) attualmente deriva potere/legittimazione soprattutto dai governi centrali.

²⁵ Più ampie riflessioni sul bene comune in A. CARIOLA, *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2007, 201, 225 ss.

²⁶ Secondo l'insegnamento di G. BOGNETTI, *Federalismo*, 1991, poi Torino, 2001, 19 ss. per la notazione che l'impianto federale statunitense era funzionale alla logica di una società civile separata dalle istituzioni politiche e di una sfera individuale giuridicamente indipendente dalle stesse.

²⁷ Per questi temi già A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, part. 299 ss.

Anzi, sul punto mi chiedo se il diritto europeo non sia oggi in una fase di equilibrio piuttosto statico dato dagli art. 4 e 5 TUE e dal Protocollo sulla sussidiarietà. Tali norme-principio segnano uno *status quo* pressoché bloccato, tranne che in materia finanziaria dove troika e decisioni BCE segnano i destini di Stati, imprese e cittadini. Ora un sistema bloccato stenta ad esprimere ciò che alla Habermas si è definito il patriottismo costituzionale, o che Häberle riferisce al fondamento culturale di un ordinamento che, appunto, si definisce costituzionale anche per il fatto di essere una «conquista culturale ... il risultato e l'opera di processi culturali»²⁸.

5. Ritornando ai temi della democrazia identitaria, ad evitare e prevenire le forme di abuso nei cui confronti si è più avvertiti, alcuni tentativi – forse minimali, da giuristi e consapevoli della debolezza del diritto di fronte al potere – possono proporsi.

E poiché nel nostro Paese il confronto sulla legge elettorale ha ripreso particolare lena esprimo talune posizioni sull'attuale sistema, anche in considerazione delle questioni che sono state sollevate davanti la Corte a proposito del cd *Italicum*, e sulle quali quel giudice dovrà presto pronunciarsi²⁹.

Trovo corretto che, per l'art. 14-bis, dpr n. 361/1957, introdotto dalla l. n. 270/2005, e confermato dalla l. n. 52/2015, «contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica», giacché ciò permette di individuare e di impegnare la responsabilità di un soggetto politico.

Ma ciò è il massimo cui ci si può spingere: l'art. 14, dpr n. 361/1957³⁰,

²⁸ P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, 8.

²⁹ Le ordinanze di rimessione dell'*Italicum* in www.giurcost.it.

³⁰ «I partiti o i gruppi politici organizzati, che intendono presentare [candidature nei collegi uninominali o] liste di candidati nei collegi plurinominali, debbono depositare presso il Ministero dell'interno il proprio statuto di cui all'articolo 3 del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e il contrassegno col quale dichiarano di voler distinguere [le candidature nei collegi uninominali o] le liste medesime nei singoli collegi plurinominali. All'atto del deposito del contrassegno deve essere indicata la denominazione del partito o del gruppo politico organizzato. I partiti che notoriamente fanno uso di un determinato simbolo sono tenuti a presentare le loro liste con un contrassegno che riproduca tale simbolo. Non è ammessa la presentazione di contrassegni identici o confondibili con quelli presentati in precedenza ovvero con quelli riproducenti simboli elementi e diciture, o solo alcuni di essi, usati tradizionalmente da altri partiti. Ai fini di cui al terzo comma costituiscono elementi di confondibilità, congiuntamente od isolatamente considerati, oltre alla rappresentazione grafica e cromatica generale, i simboli riprodotti, i singoli dati grafici, le espressioni letterali, nonché le parole o le effigi costituenti elementi di qualificazione degli orientamenti o finalità politiche connesse al partito o alla forza politica di riferi-

dovrebbe contenere il divieto di riportare sul simbolo elettorale i nomi di persona, esponenti politici viventi o defunti, giacché il patrimonio culturale – se si vuole il credo politico – di un partito non può ridursi a quello di un singolo individuo. Più a fondo devono evitarsi i partiti personali e tentare di affermare la responsabilità di quella particolare formazione sociale che è il partito, di modo che non basti il cambio di un leader per eludere la responsabilità del soggetto collettivo, *id est* dell'intero suo gruppo dirigente.

La medesima notazione è da farsi per l'art. 3³¹, d.l. n. 149/2013, conv. in l. n. 13/2014, sul simbolo del partito che ne costituisce elemento essenziale di riconoscimento.

Non trovo irragionevole che il premio di maggioranza di 340 seggi spetti «alla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi al turno di ballottaggio»³²: una cospicua giurisprudenza amministrativa sul turno di ballottaggio nelle elezioni locali ha posto l'accento sulla diversità delle fattispecie tra primo e secondo turno e sul fatto che in quello di ballottaggio l'esigenza di governabilità prevalga sul principio di rappresentanza. La stessa Corte costituzionale ne ha fatto applicazione nella sentenza 275/2015: malgrado la Corte abbia evitato di estendere la sentenza n. 1/2014 alle discipline per gli organi elettivi locali³³ a mezzo della tecnica del distinguo, la conclusione rima-

mento anche se in diversa composizione o rappresentazione grafica. Non è ammessa, altresì, la presentazione di contrassegni effettuata con il solo scopo di precluderne surrettiziamente l'uso ad altri soggetti politici interessati a farvi ricorso. Non è ammessa inoltre la presentazione da parte di altri partiti o gruppi politici di contrassegni riprodotto simboli o elementi caratterizzanti simboli che per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento possono trarre in errore l'elettore. Non è neppure ammessa la presentazione di contrassegni riprodotto immagini o soggetti religiosi».

³¹ «I partiti politici che intendono avvalersi dei benefici previsti dal presente decreto sono tenuti a dotarsi di uno statuto, redatto nella forma dell'atto pubblico. Nello statuto è descritto il simbolo che con la denominazione costituisce elemento essenziale di riconoscimento del partito politico. Il simbolo può anche essere allegato in forma grafica. Il simbolo del partito e la denominazione, anche nella forma abbreviata, devono essere chiaramente distinguibili da quelli di qualsiasi altro partito politico esistente».

³² Art. 83, comma 5, dpr n. 361/1957, come modificato dalla l. n. 52/2015.

³³ «Il TRGA ritiene che la normativa regionale in esame sia sovrapponibile a quella statale che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 1 del 2014 di questa Corte, al punto da richiamare a sostegno dei propri dubbi di legittimità ampi passaggi di quella decisione. Ma il presupposto da cui muove il giudice a quo non può essere condiviso, stante la netta diversità delle due discipline. La normativa statale oggetto della richiamata sentenza n. 1 del 2014 riguarda l'elezione delle assemblee legislative nazionali, espressive al livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare. La legge regionale impugnata riguarda gli organi politico-amministrativi dei Comuni, e cioè il sindaco e il consiglio comunale, titolari di una limitata potestà di normazione secondaria e dotati ciascuno di una propria legittimazione elettorale diretta. La legge statale, inoltre, disciplina un'elezione a turno unico, mentre quella regionale prevede il doppio turno, secondo il modello della disciplina elettorale del TUEL. La legge statale, infine, fa riferimento, per l'attribuzione del premio di

ne che «le votazioni al primo e al secondo turno non sono comparabili ai fini dell'attribuzione del premio», *ratio* che ben si attaglia anche all'*Italicum*.

Non ritengo nemmeno irragionevole che in ogni circoscrizione risulti eletto il capolista del partito cui spettano seggi³⁴: è importante per il partito assicurare la presenza in parlamento di protagonisti della vita politica o esperti (giuristi, economisti), magari privi di popolarità e di consensi elettorali sui singoli territori. Del resto, ogni partito dovrebbe sapere che si scommette sulle persone candidate nelle circoscrizioni, specie se si giunge al divieto di candidature multiple.

Infatti, è da correggere l'art. 19, dpr n. 361/1957, come modificato ancora dalla l. n. 52/2015, secondo cui «un candidato può essere incluso in liste con il medesimo contrassegno, in una o più circoscrizioni, solo se capolista e fino ad un massimo di dieci collegi plurinominali». Non vi è ragione di attribuire ad un candidato un effetto di trascinamento nei confronti dell'intera lista e spezzare – *rectius* eludere – il rapporto tra eletto e territorio. Ciò risulta in violazione degli artt. 56 e 57 Cost., i quali prevedono la ripartizione dei seggi in circoscrizioni: il che sembra comportare che, almeno in prima battuta giacché altro può dirsi per il recupero dei resti, le candidature in tali circoscrizioni non sono fungibili e/o trasferibili da un territorio all'altro secondo tecniche di slittamento³⁵.

È ovvio che ritengo la norma appena citata e quelle sui simboli di partito personali – nonché le loro mimesi nelle varie legislazioni elettorali, dal parlamento europeo a quelle locali – incostituzionali perché contrarie al metodo democratico dell'art. 49: un principio che va riempiendosi di contenuto giustiziabile³⁶.

Il vizio più grave della disciplina elettorale oggi vigente è il criterio di assegnazione dei seggi assolutamente diverso tra Camera e Senato. Non vale replicare che i sistemi elettorali delle due Camere sono stati diversi già nel 1948, nel 1993 e, soprattutto, nel 1953, perché la circostanza che in passato ciò sia stato fatto non ne giustifica la riproposizione. L'art. 57 Cost. con il suo riferimento alla «base regionale» per l'elezione del Senato non può giustificare un sistema che rende impossibile il funzionamento dell'art. 94 che richiede, invece, la formazione di un esecutivo di fiducia di entrambe le Camere. La circostanza che nel testo originario l'art. 60 prevedesse una durata

maggioranza, ad una sorta di collegio unico nazionale, che ha dimensioni non comparabili a quelle dei Comuni regolati dalla legge regionale».

³⁴ Artt. 18, comma 3, e 84, comma 1, dpr n. 361/1957, come modificati dalla l. n. 52/2015.

³⁵ Di tale principio ha fatto applicazione, per l'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento Europeo, Consiglio Stato, V, n. 2886/2011; Id., V, n. 3609/2015.

³⁶ Come dimostra l'analisi di A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in corso di pubblicazione, e come testimonia la cronaca.

diversa dei due rami del Parlamento significa solo che il Costituente esagerò nella funzione di garantire il regime politico da repentini cambiamenti, costringendo il legislatore costituzionale successivo a riportare razionalità nella struttura istituzionale. Comunque, la sentenza n. 1/2014 ha ritenuto che fosse sproporzionata ed irragionevole una scelta legislativa che differenziava in modo forte i due sistemi elettorali come la l. n. 270/2005³⁷, “frutto maligno” di una normazione al tempo piuttosto contingente cui non era estranea l’intenzione di impedire la governabilità del sistema politico. Da questo punto di vista il senso di continuità che segna la giurisprudenza costituzionale dovrebbe portare a ritenere illegittima anche la disciplina risultante dagli artt. 83, dpr n. 361/1957, e 17, d.lgs. n. 533/1993. Epperò, la compatibilità costituzionale di sistemi elettorali tanto diversi non è stata oggi prospettata con nettezza: se si volesse decidere al riguardo per la Corte occorrerebbe reinterprete le ordinanze di rimessione alla luce della sentenza n. 1/2014, quasi che esse presuppongano quella decisione e tutti gli argomenti lì contenuti; ovvero sollevare quale giudice *a quo* la relativa questione, in qualche modo pregiudiziale alla decisione sulle diverse soglie di accesso alla distribuzione dei seggi³⁸.

³⁷ Accogliendo il punto sollevato dall’ordinanza di rimessione, la sentenza n. 1/2014 ha censurato il sistema elettorale per il Senato per la previsione di premi di maggioranza regionali, anche per la sua inidoneità «al raggiungimento dell’obiettivo perseguito, in modo più netto rispetto alla disciplina prevista per l’elezione della Camera dei deputati. Essa, infatti, stabilendo che l’attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l’effetto che la maggioranza in seno all’assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell’insieme sostanzialmente omogenea. Ciò rischia di compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana, nella quale il Governo deve avere la fiducia delle due Camere (art. 94, primo comma, Cost.), sia l’esercizio della funzione legislativa, che l’art. 70 Cost. attribuisce collettivamente alla Camera ed al Senato. In definitiva, rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un’adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo. E benché tali profili costituiscano, in larga misura, l’oggetto di scelte politiche riservate al legislatore ordinario, questa Corte ha tuttavia il dovere di verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente, come nella specie, i principi di proporzionalità e ragionevolezza e, pertanto, sia lesiva degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.».

³⁸ Invero, l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina, in *www.giurcost.it*, ha sollevato la questione di legittimità dell’«art. 2, co. 35, legge n. 52/2015 (secondo cui le disposizioni di cui al presente articolo si applicano per le elezioni della Camera dei deputati a decorrere dal 1° luglio 2016) ... in contrasto con gli artt. 1, 3, 48, co. 1, 49, 51, co. 1, 56, co. 1 Cost., nella misura in cui, in caso di nuove elezioni a legislazione elettorale del Senato invariata (pur essendo in itinere la riforma costituzionale di questo ramo del Parlamento), si produrrebbe una situazione di palese ingovernabilità, per la coesistenza di due diverse maggioranze. La dedotta incostituzionalità discenderebbe dalla mancata previsione del differimento dell’entrata in vi-

5. In generale, un buon sistema elettorale deve non solo consentire la governabilità, ma anche l'alternanza al governo: preparare l'avvicendamento al potere di differenti classi dirigenti è condizione della democrazia stessa, quasi una sua caratteristica che ne "misura" il grado. Ciò, ad esempio, ha effetti sul cd statuto dell'opposizione, del quale da anni si discute e che dovrebbe portare a valorizzare o comunque a dare strumenti di controllo (non tanto a pioggia, ma soprattutto) alle forze politiche «che si candidano a governare» per riprendere la formulazione dell'art. 14-bis, dpr n. 361/1957.

Il rispetto da prestare agli elettori ed al momento elettorale dovrebbe condurre a scoraggiare i mutamenti degli schieramenti politici tra un'elezione ed un'altra³⁹, endemico vizio del sistema politico italiano dal trasformismo ottocentesco ad oggi. Può intravedersi una continuità sostanziale dal piano culturale a quello istituzionale tra il trasformismo alla Depretis dell'Ottocento, la "direzione" giolittiana nella cooptazione della classe politica del primo Novecento, il partito unico fascista, il partito-Stato democristiano, le più recenti esperienze di governi del Presidente. L'esperienza italiana sembra non essersi smossa da quel dato: in particolare, la prima Repubblica ha visto un partito interclassista in cui erano presenti industriali e lavoratori, progressisti e conservatori, solo per esemplificare, e ciò ha contribuito ad esaltare l'anomalia del sistema, sino a rendere accettabile e finanche naturale l'idea che possa starsi tutti assieme al governo del Paese, magari ciascuno attaccato ad un pezzo/feudo diverso, esercitando poteri di interdizione e/o di veto, ma comunque avendo diritto a partecipare alla distribuzione delle risorse pubbliche. La realtà di un partito interclassista è qualcosa di profondamente diverso dalle esperienze di *große Koalition* o dei governi di unità nazionale, per definizione temporanei e legati a contingenze da superare al più presto perché ritorni la dialettica partitica costruita attorno al modello alternanza/responsabilità. Infatti, in caso di difficoltà a formare il governo, la soluzione è la *große Koalition*, non il trasformismo in violazione del patto con gli elettori. Per questo sarebbe auspicabile che, in continuità con le disposizioni sulla presentazione delle liste e delle candidature nella fase elet-

gore della legge n. 52/2015 al momento in cui verrà attuata la riforma costituzionale indicata. Anche tale questione (che pur involge scelte di carattere politico rientranti nella responsabilità del legislatore che sfuggono al sindacato di costituzionalità, non apparendo irragionevoli due sistemi elettorali parzialmente diversi per rami del Parlamento che hanno differenti composizioni e caratteristiche, pur nell'attuale sistema di bicameralismo perfetto), non è manifestamente infondata, essendo anche rilevante per la decisione del presente giudizio, tenuto conto delle osservazioni svolte con riguardo al dodicesimo motivo» (irragionevolezza delle soglie di accesso al Senato rispetto alla Camera, che è il motivo per cui è stato indubbiato l'art. 17, d.lgs. n. 533/1993).

³⁹ Il riferimento, appunto, a C. MORTATI, *Principi fondamentali*, cit., 36.

torale⁴⁰, i regolamenti parlamentari non consentano la formazione di gruppi parlamentari diversi dalle proiezioni dei partiti che si sono presentati alle urne, ed in ogni caso non concedano alcun finanziamento ai gruppi formatisi dopo o in difformità dai risultati elettorali⁴¹. In tal modo i finanziamenti o i rimborsi ai gruppi parlamentari sarebbero possibili solo per quelle proiezioni dei partiti presentatisi alle elezioni, il momento al quale fissare lo svolgimento di molta parte della legislatura. Ad accogliere siffatta proposta non risulterebbe inciso il principio del libero mandato, giacché non è negato che il singolo parlamentare possa decidere di votare diversamente dal suo gruppo oppure di cambiarlo: la sua libertà, però, non ne può fare una fonte di risorse economiche a scapito del potere di decisione degli elettori che hanno votato lista e candidati –e si sono fidati del contratto loro proposto⁴²–.

Un'ultima considerazione debbo fare a proposito del funzionamento di un sistema democratico. Contrasta, infatti, con il principio di separazione dei poteri, che è pure presupposto del costituzionalismo, l'utilizzazione di magistrati delle giurisdizioni ordinaria ed amministrative per i ruoli di Segretario generale della Presidenza del consiglio, per i capi dei dipartimenti presso i Ministeri, per i vari uffici o per le diverse autorità di nomina politica⁴³. Si dirà che ciò non ha che fare direttamente con sovranità e rappresentanza e forse è vero, malgrado il sistema delle nomine e l'attribuzione di funzioni, per definizione, riguarda l'esercizio del potere e la fonte della relativa legittimazione. In ogni caso ha a che fare con i presupposti medesimi del costituzionalismo: la separazione tra i poteri, l'indipendenza della magistratura, il giusto processo. Alla fine l'occupazione degli alti vertici amministrativi ad opera dei

⁴⁰ Appunto l'art. 14-bis dpr n. 361/1957; il d.l. n. 149/2013 sugli statuti dei partiti. A tal riguardo va segnalata la circostanza che l'art. 3 richiede di indicare le modalità di selezione delle candidature; e Id addirittura l'art. 9 sanziona il mancato raggiungimento della parità di accesso di uomini e donne alle cariche elettive.

⁴¹ Ciò comporta la modifica degli artt. 16 Regolamento Senato e 14-15 Regolamento Camera.

⁴² Sul divieto di mandato imperativo la riflessione è in gran parte ancora quella di N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991. Per alcuni versi, però, il problema del mandato imperativo è quello di individuare chi è nato prima: se il rappresentante o il rappresentato. A mio modo di vedere, il divieto di mandato è un corollario dell'affermazione come governante di una classe politica, legittimata perché sostenuta dal consenso (reale, presunto, ricercato, prodotto, ecc.), ma che esclude ogni sua assimilazione al modello della rappresentanza privatistica e per questo esalta la sua libertà/potere.

⁴³ Tali possibilità sono variamente consentite dall'ordinamento, ad esempio artt. 18 e 28 l. n. 400/1988; art. 9, d.lgs. n. 303/1999; artt. 18 e 19, d.lgs. n. 300/1999. Per l'art. 18, d.lgs. n. 300/1999: «agli uffici di diretta collaborazione con il ministro ed ai dipartimenti, sono preposti ... i magistrati delle giurisdizioni ordinarie e amministrative ... Agli uffici dirigenziali generali istituiti all'interno dei dipartimenti, sono preposti ... i magistrati della giurisdizione ordinaria».

magistrati esprime una profonda anomalia del sistema istituzionale italiano. Se un magistrato viene nominato dirigente amministrativo, vuol dire che prevalgono dinamiche politiche alle quali egli dovrebbe rimanere estraneo, che egli frequenta salotti e/o sedi di partito e non le aule di giustizia; oppure ciò è il sintomo che l'impronta politica, addirittura la richiesta fedeltà ad un leader, contagia la magistratura: il soggetto che dovrebbe essere l'antidoto, il contropotere per eccellenza. Ancora una volta, il problema è la pervasività di quel potere che tende a rompere le «forme» ed a farsi indefinito, e contro cui ogni democrazia appresta rimedio. Se la democrazia porta a compimento la tutela dei diritti, se il giudice dovrebbe essere l'Ercole accanto al debole che richiede tutela per i suoi diritti (ancora secondo la lezione di Dworkin citata all'inizio), non dovrebbe esservi spazio per un giudice che frequenti il potere della politica. Viene in rilievo (il tema tutto di diritto costituzionale de) la commistione delle élites, che al contrario dovrebbero mantenersi distinte – atteso che la separazione dei poteri procede e si sviluppa sul piano sociale ed economico⁴⁴ –.

So di non essere originale a questo proposito: ma anch'io spero che un giudice ci sia pure a Roma e non solo a Berlino.

⁴⁴ Cfr. sul punto A. DOWNS, *Teoria economica della democrazia*, 1957, trad. it. Bologna, 1988, 42 s., che, pur muovendo dalla prospettiva dell'interesse del governo alla massimizzazione del sostegno politico di cui gode e del partito di governo alla sua rielezione, precisa i limiti costituzionali di tale potere nel pluralismo politico e nel mantenimento delle libertà, non ultima la proprietà privata che «dipende da un sistema giuridico indipendente dalla politica, [sicché] tale sistema giuridico deve far parte della Costituzione del nostro modello».

PRIME NOTE PER UNO STUDIO SU CRISI DELLA SOVRANITÀ E CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA

Antonio Ruggeri*
Università di Messina

SOMMARIO: 1. Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande. – 2. Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi). – 3. L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la "Costituzione dei poteri" quanto la "Costituzione dei diritti" (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali). – 4. La rappresentatività dei giudici e degli stessi... *rappresentati*, e il problematico superamento della sua crisi.

1. *Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande.*

Che la sovranità, per un verso, e la rappresentanza, per un altro verso, siano in crisi è affermazione talmente diffusa e radicata nella cultura (giuridica e non) del nostro tempo da non essere più discussa, se non a riguardo di ciò che potrebbe farsi al fine di porvi un qualche rimedio. La cosa in sé, insomma, non è controversa; si ragiona solo attorno agli scenari che potrebbero prefigurarsi al termine del processo in corso di deterioramento degli istituti in parola.

Ci si deve tuttavia chiedere se e quale fondamento abbiano le premesse del ragionamento comunemente fatto. Ciò che rimanda alla questione preliminare di ordine definitorio riguardante i concetti in discorso.

Comincio dalla sovranità, con l'avvertenza che, salvo contraria ed esplicita indicazione, quando ne parlo mi riferisco tacitamente allo Stato.

Ora, prima ed al fine di stabilire se essa sia in crisi occorre chiedersi come debba essere intesa. Semplificando al massimo i termini della questione, come si sa *ab antiquo* fatta oggetto di plurime e discordanti vedute, possiamo

* Testo rielaborato e corredato di minimi richiami di lett. di un intervento alla Tavola rotonda su "La crisi della sovranità e della rappresentanza nell'era della globalizzazione: che fine ha fatto la sovranità popolare?", al III Convegno internazionale del Seminario Italo-spagnolo su "Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione", Catania, 7 dicembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

qui fare riferimento alle due accezioni, soggettiva ed oggettiva, che se ne sono date: quella che, a partire dalla lezione di Bodin¹, la vede come potere o, meglio, “somma delle potestà pubbliche dello Stato”² e l’altra che, di contro, la desoggettivizza appuntandola nei valori fondamentali dell’ordinamento costituzionale³, specialmente nella coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – costituita da libertà ed eguaglianza in cui si specchia e in forma eminente esprime la dignità della persona umana⁴.

Due visioni – come si vede – irriducibilmente alternative e che, però, non solo non si escludono ma, anzi, si implicano a vicenda, dal momento che i valori hanno bisogno dei poteri al fine di potersi affermare e far valere nell’esperienza, così come questi attingono da quelli la luce e l’orientamento per il loro quotidiano operare.

Il vero è che ogni ragionamento sulla sovranità in fin dei conti rimanda ad una teoria della Costituzione, così come questa a quella; e la Costituzione, nella sua composita struttura è tanto potere quanto e prima ancora valore, insieme dei valori fondanti l’ordinamento, avuto particolare riguardo, negli ordinamenti di tradizioni liberaldemocratiche, al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali⁵.

Nel presente contesto, segnato da una integrazione sovranazionale che,

¹ ... a riguardo della quale, di recente, A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2/2011, 181 ss.

² ... per riprendere qui la formula di sintesi che è in M.S. GIANNINI, *Sovranità b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLIII (1990), 225.

³ ... secondo la nota prospettazione teorica di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora anche in *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “*Sovranità dei valori*” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense, in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss.; pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.

⁴ Ancora G. SILVESTRI si è intrattenuto con fini argomenti sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i valori di libertà ed eguaglianza nel suo *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; allo stesso S., poi, si deve la felice raffigurazione della dignità quale “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti al fine della loro mutua ponderazione (v., dunque, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, con le ulteriori precisazioni che sono in *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.).

⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in www.federalismi.it, 11/2016, 1 giugno 2016, dov’è la formula di sintesi della sovranità quale “Costituzione nel suo farsi potere al servizio dei diritti fondamentali” (25).

sia pure in modo sofferto e discontinuo, va portandosi sempre più avanti⁶, nonché dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, assistiamo peraltro ad una frammentazione e moltiplicazione crescente della sovranità quale potere⁷ che spesso viene a prendere forma lungo canali sotterranei e poco appariscenti, refrattari ad ogni catalogazione alla luce degli schemi ereditati dalla tradizione⁸. Allo stesso tempo, però, in cui dallo Stato si dipartono quote crescenti di sovranità per appuntarsi fuori di esso (per ciò che qui specificamente interessa, in capo all'Unione europea)⁹, crescono altresì le opportunità di tutela offerte ai diritti fondamentali dal proliferare delle Carte che ne danno il riconoscimento, specie grazie all'opera poderosa di garanzia posta in essere dalle Corti non nazionali (tra le quali, particolarmente, quelle aventi sede a Strasburgo e Lussemburgo).

Possiamo dire che, *mentre la sovranità dello Stato come potere si contrae, la sovranità come valore invece si espande*. Perlomeno, così parrebbe essere *secondo modello*; l'esperienza, poi, in parte avvalorata questo schema, presentandosi nondimeno come assai varia, oscillante, gravata da non poche né lievi contraddizioni¹⁰.

La tesi della sovranità dei valori non può né vuole, ad ogni buon conto, occultare insufficienze e carenze nella realizzazione dei valori stessi, non cancella cioè la distanza che separa il modello nella sua genuina e cristallina purezza da un'esperienza segnata da non poche né lievi deviazioni dallo stesso. E basti solo appunto pensare ai non pochi casi di cui si ha largo riscontro di mortificazioni dei valori di libertà, eguaglianza, dignità.

⁶ Si è, peraltro, fatto notare da un'accreditata dottrina che "*l'Europa vive di crisi*" (questo il titolo di uno scritto di S. CASSESE di recente apparso in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 779 ss.; lo stesso fasc. ospita quindi altri contributi sul tema). Della "crisi esistenziale" dell'Unione si tratta altresì nel *Discorso sullo stato dell'Unione 2016: verso un'Europa migliore*, pronunziato dal Presidente della Commissione Juncker a metà settembre scorso.

⁷ In argomento, la disincantata analisi critica di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 160 ss., e, più di recente, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

⁸ Si pensi solo, al riguardo, al ruolo giocato dalle agenzie di *rating* ed ai flussi di potere che dalle stesse promanano, spiegandosi in plurime direzioni e dando vita ad imprevedibili effetti.

⁹ Sui vincoli che ne conseguono a carico della sovranità dello Stato, tra gli altri, v., di recente, AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, a cura di A. Iacoviello, Giuffrè, Milano 2016.

¹⁰ A giudizio di A. MORELLI, *Storia di un'araba fenice. La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, relaz. al nostro Convegno, in *paper*, la crisi della globalizzazione potrebbe portare al risveglio della sovranità nella sua tradizionale accezione, sia pure in forme diverse rispetto al passato, che tornerebbe dunque ad occupare "un posto centrale nelle elaborazioni teoriche delle forme e delle dinamiche istituzionali".

Ciò posto, non è tuttavia possibile chiudere gli occhi davanti alla espansione degli spazi di libertà e di eguaglianza avutisi col tempo, anche e soprattutto per effetto dell'appartenenza all'Unione e, prima ancora, della ricezione in ambito interno della CEDU e di altre Carte. Il “dialogo” –come pure con una certa improprietà si è soliti chiamarlo– che ormai quotidianamente si intrattiene tra le Corti europee e i giudici nazionali (costituzionali e comuni) è la più eloquente testimonianza di questo stato di cose che è ormai sotto gli occhi di tutti¹¹.

2. *Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi).*

È da chiedersi quali riflessi si abbiano per effetto della frammentazione della sovranità (e, specificamente, della sua condivisione tra Unione europea e Stati-membri) a carico della rappresentanza.

Quest'ultima intrattiene un rapporto complesso con la democrazia¹².

Per un verso, è forma della stessa; ha cioè accompagnato e sorretto il processo di graduale democratizzazione delle comunità politicamente organizzate (e, segnatamente, degli Stati), dandone una delle più qualificanti espressioni¹³. Per un altro verso, la democrazia ha dato rinnovato senso alla rappresentanza, concorrendo alla sua rigenerazione e riarticolazione su basi profondamente diverse da quelle di un lontano passato. Per quest'aspetto, possiamo dire che la democrazia si pone a fondamento e giustificazione della rappresentanza, al tempo stesso in cui da questa si alimenta e per il suo tramite incessantemente rinnova.

Tutto questo è, però, più vero al piano della ricostruzione teorica operata ragionando sui disegni istituzionali che a quello delle pratiche realizzazioni.

¹¹ Su ciò, nella ormai incontenibile lett., di recente, AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹² Vari punti di vista sono stati al riguardo manifestati in occasione del Convegno AIC di Trento dell'11-12 novembre 2016 su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*. V., inoltre, utilmente, con specifica attenzione al ruolo al riguardo giocato dalle autonomie, la corposa ricerca su *Rappresentanza politica e autonomie*, curata da C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato, Giuffrè, Milano 2016.

¹³ Per un quadro di sintesi, v. D. NOCILLA - L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 543 ss., spec. 551 ss., e A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, spec. il cap. I.

Di un “indefettibile carattere rappresentativo della democrazia dei moderni” discorre, ora, A. MORELLI, *La trasformazioni del principio democratico*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 95.

Laddove, infatti, ci si interroghi in merito a quanta e quale democrazia e a quanta e quale rappresentanza effettivamente si abbia in un ordinamento dato e a certe condizioni obiettive di contesto, ci si avvede dello scarto profondo esistente tra modello ed esperienza.

Viene qui in rilievo la dissociazione vistosa, tangibile, che si dà tra rappresentanza e rappresentatività, in merito alla quale si è avuta una fioritura di analisi di vario segno, nondimeno convergenti appunto nella rilevazione del fatto in sé, pur se divergenti in ordine sia alle cause che ai rimedi¹⁴.

La crisi è, dunque, della rappresentatività, non della rappresentanza; e spiega il crescente distacco dalla politica, di cui è indice particolarmente eloquente l'elevato astensionismo dalle elezioni e dalle stesse consultazioni referendarie, la massima espressione di democrazia diretta¹⁵: è in crisi cioè, la *qualità* del rapporto, non già l'*esistenza* del rapporto in sé, malgrado le deformazioni dovute al meccanismo elettorale, segnatamente laddove si faccia luogo a correttivi in senso marcatamente maggioritario¹⁶. Ciò che, ad ogni buon conto, non toglie il carattere unitario della rappresentanza, la sua attitudine a dar voce ed a rendere comunque presente la "Nazione" tutta intera¹⁷.

¹⁴ Mi si consenta qui di fare solo un nome, quello del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che si è ripetutamente intrattenuto sul punto con fini argomenti, riguardandolo da varie angolazioni in ragione delle peculiari esigenze dello studio di volta in volta condotto (tra gli altri suoi scritti, v. *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., e *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967, spec. 154, entrambi ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, rispettivamente, 239 ss. e 255 ss.).

¹⁵ Di una "sconvolgente emigrazione delle masse dalla politica" discorre G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 53, ma trattasi – come si sa – di un rilievo, nella sostanza, largamente diffuso. Persino laddove la posta in palio era (ed è) altissima, come in occasione di alcune consultazioni referendarie, la partecipazione dei votanti è stata notevolmente esigua. Ha fatto eccezione, da ultimo, la vicenda relativa alla riforma "Renzi-Boschi", per quanto qui la spiegazione possa rinvenirsi nell'inusuale martellamento d'informazione mediatica che ha preceduto la consultazione popolare e nella drammatizzazione dell'esito della stessa da parte di alcuni operatori politici.

¹⁶ Si è altrove proposto di distinguere tra una *rappresentanza in senso formale*, che si ha per il mero fatto delle elezioni quale che sia il meccanismo di traduzione dei voti in seggi normativamente previsto, ed una *rappresentanza in senso sostanziale*, che si ha laddove il meccanismo stesso si dimostri adeguato a rendere nel modo più fedele possibile la "geografia politica" del corpo sociale (così, in un mio *Intervento al forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, a cura mia e di A. Rauti, Giappichelli, Torino 2015, 51; si è quindi rifatto, con personali svolgimenti, a questa indicazione A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura dello stesso M., Giuffrè, Milano 2015, 5).

Nulla, ad ogni buon conto, esclude che la rappresentatività nei fatti si presenti slegata dall'una ovvero dall'altra specie di rappresentanza, ovverosia più dall'una che dall'altra.

¹⁷ Ovviamente, qui il riferimento è alle sole assemblee elettive nazionali, senza dunque alcun cenno agli enti territoriali substatali in cui pure la rappresentanza stessa ha modo di

Man mano, però, che si rende sempre più evidente la “condivisione” della sovranità tra plurimi centri istituzionali dislocati anche presso ordinamenti diversi, siffatto carattere cambia profondamente, nella sua stessa struttura, e cambia, di conseguenza, anche il modo di essere “rappresentativi” dei rappresentanti.

In un sistema non più semplice bensì composto, tendenzialmente portato a conformarsi quale “sistema di sistemi”¹⁸, i rappresentanti non sono chiamati a rappresentare unicamente il corpo elettorale o – come suol dirsi, con formula che evoca l’idea di uno Stato chiuso in modo autoreferenziale in se stesso – la “Nazione” ma anche a farsi carico di domande di regolazione normativa e di governo in genere provenienti *ab extra*.

Se ne ha palmare riprova proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economica senza precedenti, oltre che gravata dalla minaccia sempre più agguerrita del terrorismo internazionale. Non è a caso, d’altronde, che proprio nel momento in cui la crisi si è fatta più acuta non pochi Governi (tra i quali, come si sa, il nostro) si sono trovati costretti a farsi da canto: non già – si badi – in quanto non più sorretti dalla fiducia delle assemblee elettive bensì perché privi della ulteriore (e non meno rilevante) fiducia di cui dovevano godere, quella dei mercati e dei *partners* europei¹⁹.

In un quadro istituzionale composito, connotato da una sostanziale *fiducia politica plurale*, possono aversi casi frequenti di conflitti, alle volte laceranti, interni alla rappresentatività, dal momento che i rappresentati interni, “nazionali”, si aspettano una certa politica da parte dei rappresentanti e i rappresentati esterni (segnatamente, europei) un’altra²⁰.

Vi è di più. In un contesto caratterizzato da migrazioni di massa produttive di un profondo rivolgimento del tessuto sociale, viene profondamente alterato il nesso esistente tra la rappresentanza e il fatto elettorale che vi sta alla base. Di conseguenza, la rappresentatività non ha più nel fatto stesso la radice da cui esclusivamente si tiene ed alimenta: i suoi punti di riferimento sono ora divenuti plurimi e varî sono del pari i criteri di qualificazione e di

esprimersi, senza però poter dar voce all’intera “Nazione” (in tema, v., ora, nuovamente, AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit.).

¹⁸ Della qual cosa si ha una particolarmente espressiva testimonianza al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali, come si è tentato di mostrare in altri luoghi e si vedrà, sotto un peculiare aspetto, anche a breve.

¹⁹ Ho ripercorso questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati”* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in www.federalismi.it, 23/2011, 30 novembre 2011.

²⁰ Di qui, poi, il bisogno di rivedere alcune consolidate categorie della tradizione, quale quella di “forma di Stato”, nella sua accezione corrente che la riferisce al rapporto tra governanti e governati, una volta che si constati l’appartenenza degli uni e degli altri anche ad ordinamenti diversi.

misurazione della rappresentatività stessa. Sui rappresentanti, infatti, non grava più solo l'onere di farsi carico delle aspettative nutrite dal corpo elettorale nella sua unità e, perciò, di dar voce alla "Nazione" essa pure unitariamente (e... *nazionalisticamente*) intesa ma v'è pure quello di prestare ascolto alle domande dei non votanti, degli immigrati (regolari e non), degli stranieri stabilmente residenti: di quanti, insomma, condividono esperienze di vita sociale sul medesimo territorio²¹.

Un compito immane, improbo, sol che si pensi alle lacerazioni profonde esistenti nel tessuto sociale, nelle quali è la prima e più rilevante causa dei conflitti tra le diverse specie di rappresentatività. Proprio la "Nazione" viene allora a trovarsi al centro dei conflitti stessi: alcuni intendendola alla vecchia maniera e perciò volendola chiusa in modo autoreferenziale in se stessa, indisponibile a rendersi permeabile da culture provenienti *ab extra* ed in grado di fecondarla e rigenerarla; altri, di contro, volendola aperta all'accoglienza dell'altro, all'integrazione.

Chi e cosa, dunque, rappresentare? E, ancora, è possibile un "bilanciamento" tra apertura e chiusura della Nazione e, perciò, della rappresentanza?

3. L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la "Costituzione dei poteri" quanto la "Costituzione dei diritti" (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali).

Al fine di tentare di dare una prima, seppur approssimativa, risposta ai quesiti appena posti, occorre – a me pare – rinvenire un punto fermo, un parametro cui fare costante riferimento; e questo non può che essere nella Costituzione e nei suoi valori (e, perciò, nei principi che vi danno la prima e più genuina traduzione positiva).

La rappresentatività resta fedele a se stessa, alla sua autentica missione, solo laddove le pratiche ad essa conseguenti si orientino alla realizzazione dell'etica pubblica repubblicana che nei valori suddetti si specchia ed esprime.

²¹ Proprio su siffatto connotato, peraltro, fa leva un'argomentata ed insistita sollecitazione volta a rivedere la nozione stessa di cittadinanza e, comunque, a riconoscere i diritti politici anche ai non cittadini stabilmente residenti sul territorio dello Stato [in argomento, spunti ricostruttivi di particolare interesse in alcuni dei contributi ospitati da *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, part. in quello di E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli "stranieri" (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, 415 ss. e, se si vuole, nel mio *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 38 ss.].

I principi, di cui agli artt. 10 e 11 della nostra Carta, che danno l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale e sovranazionale, visti nel loro fare "sistema" coi principi di cui agli artt. 2 e 3, che danno voce agli ideali di libertà ed eguaglianza (e, per ciò stesso, di dignità), non lasciano incertezza a riguardo del fatto che *si è rappresentativi nel massimo grado possibile solo se si è inclusivi, non già preclusivi*.

Questa tesi è dimostrata per entrambe le accezioni sopra riportate di sovranità, è cioè confermata avuto riguardo tanto alla *Costituzione dei poteri* quanto alla *Costituzione dei diritti*, per riprendere ancora una volta una nota, seppur discussa, bipartizione²².

Per il primo verso, si riconsideri, solo per un momento, la condivisione nella sovranità che si ha tra Stati ed Unione, una condivisione che ha, sì, nel riparto di competenze stabilito nei Trattati il suo punto costante di riferimento ma che, nondimeno, è attraversata da un moto interno incessante, il riparto stesso soggiacendo ad oscillazioni continue, varie da materia a materia e, per una stessa materia, nel tempo.

La sovranità eurounitaria ha comunque da fare i conti col principio di cui all'art. 4.2 TUE che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali²³, esponendosi in caso contrario gli atti

²² In argomento, sempre utili le precisazioni di M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss.

²³ Ciò che, poi, pone la micidiale questione di ordine teorico-pratico relativa ai criteri ed alle modalità con cui l'Unione (e, per essa, specificamente la Corte di giustizia) può far luogo al riconoscimento dei principi in parola, specie ove si consideri che non si danno meccanismi cui si possa allo scopo fare utilmente ricorso, quali invece si hanno in senso ascendente (in specie, come si sa, il rinvio pregiudiziale). Ma, su tutto ciò non è ora possibile indugiare e deve si far rimando ad altri luoghi di riflessione scientifica (in merito alle non poche questioni sollevate dalla lettera del disposto in esame, tra gli altri, v. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; S. BARONCELLI, *I rapporti con l'Unione europea*, in AA.VV., *Le proposte di riforma della Costituzione*, a cura di A. Cardone, ESI, Napoli 2014, 173 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss., e, pure *ivi*, J. LUTHER, *Alla ricerca di un concetto giuridico europeo di autonomia*, III, 1745 ss., e S. MANGIAMELI, *L'Unione europea e l'identità degli Stati membri*, 1811 ss.; A. SIMONATO, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, Cleup, Padova 2016, 156 ss. Infine, se

in cui la sovranità stessa si concreta al rischio che siano loro opposti in ambito interno²⁴ i “controlimiti”²⁵.

Se, però, l’Unione è tenuta a non mancare di rispetto all’identità costituzionale degli Stati-membri, anche questi devono, dal loro canto, mostrarsi osservanti dell’identità dell’Unione e concorrere alla sua integra trasmissione nel tempo, altrimenti il principio del primato del diritto sovranazionale resterebbe cosa priva di senso.

Il vero è che entrambi gli ordinamenti in rapporto hanno in sé la vocazione sia all’apertura che alla chiusura: l’identità costituzionale di ciascuno di essi è, perciò, soggetta a spinte e contropunte di vario segno ed intensità riportabili all’una come all’altra componente. Di qui, il bisogno di far luogo a continui, quotidiani, bilanciamenti interni alla identità sia eurounitaria che nazionale. Di questo bisogno si ha palmare riprova ove si consideri che una norma dell’Unione potrebbe, a un tempo, mostrarsi irrispettosa di uno o più principi fondamentali di diritto interno e però servente altri principi ancora. In congiunture siffatte, i “controlimiti” possono essere opposti, come pure però non opposti, a seconda di dove penda l’ago della bilancia, a seconda cioè che si reputi essere maggiore il costo ovvero il beneficio per la Costituzione come “sistema”. È perciò che i bilanciamenti interordinamentali si risolvono, a conti fatti, in bilanciamenti intraordinamentali, *secondo valore*²⁶.

Il bilanciamento è, dunque, sempre interno alla identità costituzionale, sia essa dell’Unione come pure dello Stato: con riguardo alla prima, tra il principio dell’art. 4.2 e il principio del primato; quanto al secondo, tra que-

si vuole, il mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene, nonché in www.forumcostituzionale.it, 21 luglio 2016).

²⁴ Il disposto dell’art. 4.2, nondimeno, non preclude che, prima ancora ovvero congiuntamente alla via giudiziaria interna, della questione sia investita la Corte di giustizia, appunto per violazione indiretta del disposto suddetto. Quali possano poi essere gli scenari prefigurabili in caso di divergenti pronunzie dei giudici (tanto più laddove protagonisti del conflitto siano la Corte dell’Unione e la Corte costituzionale) è, nuovamente, cosa di cui non ci si può qui fare carico.

²⁵ La discussione su questi ultimi, specie dopo la pronunzia della Corte dell’Unione su *Taricco* (e in attesa del verdetto della Consulta), è tornata ad animarsi. Per tutti, v. AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016 e, più di recente, i contributi al Convegno su *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, svoltosi a Roma il 4 ottobre 2016, i cui Atti possono vedersi in www.rivistaaic.it, 4/2016, 11 novembre 2016.

²⁶ Quest’esito trovasi argomentato in alcuni miei scritti, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 1 marzo 2011.

sto e quello dei suoi principi di base, da cui – come si è veduto – dipende l’apertura ovvero la chiusura nei riguardi del diritto di origine esterna²⁷.

Ora, i rappresentanti sono sollecitati a far luogo a questi bilanciamenti, assumendo a principio ordinatore appunto quello della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti²⁸ e tenendo sempre fisso lo sguardo sul principio della fedeltà alla Repubblica che, nella sua più genuina espressione²⁹, è adesione ai valori, a *tutti* i valori costituzionali, tra i quali c’è anche quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale in funzione della realizzazione, a un tempo, della propria e dell’altrui identità. E così, i rappresentanti nazionali possono compiutamente mostrarsi fedeli alla Repubblica solo nel momento in cui operano al servizio sia dell’identità dell’ordinamento di appartenenza che della stessa identità dell’Unione, alla cui formazione ed all’incessante rinnovo l’ordinamento stesso è chiamato a concorrere, in ciascuna delle sue componenti.

²⁷ Che, poi, possano darsi delle storture nell’esperienza non si discute. Queste, però, nulla tolgono, a mia opinione, alla bontà del modello per come qui pure, nei suoi lineamenti di fondo, ricostruito. Nessuna “copertura”, perciò, a taluni eccessi della Corte di Lussemburgo che, specie con *Melloni* e, ora, appunto con *Taricco*, ha dato prova di considerare comunque preminente, indisponibile, il principio del primato nei riguardi di quello di cui all’art. 4.2 (che il primato si ponga quale espressione emblematica della costituzione materiale dell’Unione è efficacemente rilevato da V. PICCONE, *La primauté nell’Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d’Europa*, cit., 1 ss., spec. 7).

²⁸ Sul rilievo da assegnare a tale principio la dottrina ha, specie di recente, molto insistito [tra gli altri, G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CON-DINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D’ANDREA, *A mo’ di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss. Infine, volendo, anche il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, II/2016, 30 giugno 2016, 273 ss.].

²⁹ Indicazioni in merito alla varietà delle forme espressive del principio di fedeltà, corredate da acuti rilievi di ordine teorico-ricostruttivo, possono vedersi in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

D'altro canto, porsi al servizio dell'identità dell'Unione è, per la tesi qui nuovamente patrocinata, allo stesso tempo porsi al servizio dell'identità della Repubblica, ogni qual volta si renda palese che gli atti dell'Unione portino all'innalzamento del livello di salvaguardia dei diritti, visti nel loro fare "sistema" coi restanti beni o interessi costituzionalmente protetti. È la stessa Costituzione, insomma, a volere decisamente questo esito, nei suoi principi di libertà ed eguaglianza (e nei principi restanti) che, in una congiuntura siffatta, risultino, in tesi, ancora meglio appagati dagli atti sovranazionali di come possano esserlo da quelli di diritto interno.

Questa conclusione è, ovviamente, avvalorata anche ponendosi dal punto di vista dell'Unione; e quest'ultima, coi suoi rappresentanti, ha da spendersi, a un tempo, a beneficio della propria e dell'altrui identità³⁰. Nulla, perciò, l'Unione avrebbe da rimproverarsi nel momento in cui dovesse far luogo ad un bilanciamento tra i principi fondamentali che dell'Unione stessa fanno l'identità tale da assicurare la preminenza a quello di cui all'art. 4.2 rispetto al principio del primato³¹.

4. *La rappresentatività dei giudici e degli stessi... rappresentati, e il problematico superamento della sua crisi.*

Dopo le cose appena dette, non occorre un lungo discorso a riguardo della *Costituzione dei diritti*, cui peraltro si è già fatto richiamo.

La sovranità dei valori riceve, infatti, una delle sue più espressive e qualificanti testimonianze nel momento in cui la rappresentatività si traduce in adesione effettiva, la massima consentita alle condizioni oggettivamente date, ai valori nel loro fare "sistema" (o, meglio, "sistema di sistemi", in via di progres-

³⁰ E, a darne conferma, soccorrono le "tradizioni costituzionali comuni", un'autentica cinghia di trasmissione di valori fondamentali dall'uno all'altro ordinamento [sul ruolo da esse giocato, anche dopo il varo della Carta dei diritti dell'Unione, v., sopra tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

³¹ Come si è però veduto, la tendenza fin qui affermatasi nell'esperienza diverge sensibilmente da questa indicazione.

siva affermazione) e nei conseguenti comportamenti, al piano dell'apparato così come – si vedrà meglio a momenti – della comunità governata.

E, poiché sul terreno su cui maturano le vicende relative ai diritti un ruolo di prima grandezza, per universale riconoscimento, è giocato dai giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni), quali principali artefici delle operazioni di bilanciamento assiologico secondo i casi, se ne ha che proprio in relazione ad essi si pongono oggi alcune tra le più gravi e spinose questioni in tema di rappresentatività. Sono i giudici, infatti, che devono rendere “presenti”, a un tempo, l'identità dello Stato e l'identità dell'Europa in costruzione, operare per la congiunta salvaguardia di entrambe, avuto pur sempre riguardo alla massima tutela effettivamente raggiungibile facendo simultaneamente uso di tutte le Carte dei diritti disponibili.

La formula che vuole la giustizia amministrata “in nome del popolo”, riconvertita in senso oggettivo (o, meglio, assiologico-oggettivo), si traduce ed interamente risolve in quella di una giustizia rappresentativa dei valori e, per ciò stesso, *giusta* e che tale può essere unicamente in quanto riesca nella ottimale composizione dei valori in campo, in ragione delle peculiari e complessive esigenze del caso.

Questo (e solo questo) è il giudice “rappresentativo” di una “Nazione” che, assiologicamente intesa, si apre, al pari della Carta che vi sta alla base, naturalmente all'altro, ogni qual volta da ciò dipenda la ottimale salvaguardia dei beni costituzionalmente protetti, nel loro fare “sistema”.

Riconsiderata la rappresentanza in prospettiva assiologicamente ispirata, si pone da ultimo la questione della *rappresentatività degli stessi... rappresentati*, quale adesione fattiva, concreta, di singoli e gruppi, fino a pervenire all'intero corpo sociale, all'etica pubblica repubblicana e, dunque, quale capacità di rendervi credibile testimonianza coi fatti.

Che si dia una crisi, ancora prima che della rappresentanza (o dei rappresentanti), dei rappresentati, come ha fatto notare una sensibile dottrina³², è cosa su cui pochi – credo – possono nutrire dubbi. Pregi e difetti sparsi nel tessuto sociale, d'altronde, si riproducono in scala a livello di apparato: i rappresentanti non sono né peggiori né migliori dei rappresentati, sono come loro, come noi.

Solo che, così stando le cose, il superamento della crisi della rappresentanza, una volta che se ne rinvercano le radici negli stessi rappresentati e la si ambienti – come qui si è tentato in estrema sintesi di fare – al piano dei valori, dell'etica pubblica repubblicana, somiglia allo sforzo poderoso fatto dal Barone di Münchhausen per uscire dal pantano tirandosi per i baffi.

³² Ovvio il riferimento a M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss.

NOTE SPARSE SU COSTITUZIONALISMO, SOVRANITÀ, GLOBALIZZAZIONE

Antonio D'Aloia*
Università di Parma

1. Qual è il senso di una tavola rotonda su un tema così ampio, praticamente 'sconfinato'?

Sovranità, rappresentanza, sono categorie basilari del costituzionalismo. La globalizzazione può essere la lente attraverso cui osservare le sue trasformazioni, come teoria e come esperienza che (diceva Rosenfeld) "si sviluppa vivendo".

Lo stesso fenomeno della globalizzazione in realtà, è un 'fenomeno di fenomeni', vale a dire è un concetto multitematico, che può riflettersi in percorsi differenti (economico, scientifico, della comunicazione)¹, ciascuno dei quali produce impatti riconformativi propri (e al tempo stesso intrecciati) sul discorso costituzionale.

Quello che appare certo è che siamo di fronte ad una profonda ridefinizione dello spazio di azione del diritto, a cominciare dalla sua risorsa più potente e fragile al tempo stesso, cioè i diritti, nella loro molteplice figurazione (diritti umani, fondamentali, sociali, ...), e i principi costituzionali.

In questo mio breve speech introduttivo, procederò in modo rapsodico, per quadri; il che è probabilmente inevitabile.

2. Sui temi richiamati è stato scritto praticamente tutto. Un primo elemento che mi viene da evidenziare è un cambio di prospettiva: dalla globalizzazione come (necessariamente) 'male' alla globalizzazione come 'fatto'² (un processo ormai compiuto), complesso, pieno di cose non valutabili univocamente, non sempre e per forza negative.

È indubbiamente un contesto nuovo per le categorie principali del costitu-

* Il presente contributo rappresenta la trascrizione, con alcune aggiunte bibliografiche, di un intervento svolto nell'ambito del III° Seminario Italo-spagnolo sul tema "Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione" (Catania, 5-7 dicembre 2016). Il testo riflette l'impronta discorsiva della comunicazione.

¹ Vedi ora l'ottimo contributo di A. Morelli, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2018/1, 99.

² Cfr. A. Spadaro, *Dai diritti individuali ai doveri globali. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, 87 ss.

zionalismo³, almeno nell'intensità dei risvolti. L'esito non è "la fine della storia" ma una sorta di sequel, una diversa narrazione dove però i protagonisti della prima parte (soprattutto gli Stati, con le loro Costituzioni) non scompaiono affatto, ma si confrontano con nuovi scenari, nuove forze.

Peraltro, non bisogna pensare che sia solo la globalizzazione il motore della trasformazione.

Le metamorfosi della rappresentanza, ad esempio, ben approfondite da Sandro Staiano in un recente (importante) contributo teorico⁴, si correlano anche ad altri fattori causali (il ruolo protagonista dei giudici, le trasformazioni della forma-partito), e rispecchiano gli esiti di processi interni alle singole esperienze politiche e giuridiche.

In alcuni casi, pericolosamente, i riflessi si combinano. La celebre lettera della BCE al Governo italiano dell'agosto 2011, laddove ci veniva chiesto, un po' sbrigativamente, non solo cosa fare, ma anche come farlo (e nei mesi successivi, che sono quelli del Governo Monti, la razionalizzazione in effetti c'è stata, ed è culminata con la riforma dell'art. 81 Cost.), è indicativa di quali mutazioni si siano prodotte, durante la fase più delicata della crisi economico-finanziaria, sul terreno della rappresentanza e dell'esercizio della sovranità da parte delle istituzioni democratiche.

Da un altro punto di vista, non può essere negato che su alcuni aspetti è stata la stessa Costituzione ad aver sparigliato le carte. L'apertura all'ordinamento internazionale, il consenso alle limitazioni di sovranità ('in condizioni di parità con altri Stati...'), hanno costituito altrettanto premesse ad una sorta di estroflessione dell'ordinamento costituzionale verso contesti (sociali, economici, culturali) che esso non era però in grado di riportare sotto il suo diretto ed esclusivo controllo. Gli stessi diritti, divenuti il contenuto centrale e prioritario delle Costituzioni, hanno conquistato l'edificio della sovranità, rendendo la nozione pensabile solo in rapporto e con riferimento ai principi supremi sulla dignità umana e sulla tutela dei diritti⁵.

3. Il rapporto tra eguaglianza, sovranità, diritti è uno specchio assolutamente decisivo di questo passaggio, non completamente decifrabile negli approdi e nelle stesse dinamiche, di assestamento del costituzionalismo.

L'ambizione delle costituzioni novecentesche è stata la 'cattura' dell'economico, l'Ergreifung. Questo era il presupposto della funzione sociale,

³ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 13, parla di un "tempo dell'incertezza e del dubbio, dei passaggi e del viaggio, delle frontiere e degli attraversamenti dei confini, non invece degli approdi e degli orizzonti definiti".

⁴ S. Staiano, *Rappresentanza*, in Rivista AIC, 3/2017.

⁵ In termini, v. le riflessioni di G. Silvestri, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, 57 ss., 62-63.

redistributiva, della capacità di ricercare modelli concreti ed effettivi di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale. Oggi invece, da tempo ormai, tra gli Stati e i mercati si apre un varco rispetto ai quali i primi perdono il controllo⁶, e la ricerca dell'equilibrio tra economia libera e di mercato, stabilità finanziaria, equità nella distribuzione del reddito e delle risorse, va incontro a qualche pesante distorsione.

In questo modo, lo scrive N. Irti⁷, “(si) determina un'intima scissione tra l'individuo quale membro della civitas politico-giuridica e l'individuo quale membro dello spazio economico. Il diritto perde capacità regolativa; esso non può dare misura a ciò che sia oltre le proprie frontiere”.

La rottura in più punti della dimensione territoriale della sovranità incide soprattutto su quegli istituti costituzionali⁸ costruiti sul raccordo tra ambiti di produzione-mercato e circuiti di cittadinanza-solidarietà. Dov'è il confine spaziale che lo Stato può gestire se un'impresa può produrre da una parte, assemblare in un altro luogo, vendere dappertutto? Cosa significa per la sovranità degli Stati che quasi 8.000 miliardi di dollari sono conservati nei paradisi fiscali, e di fatto sfuggono ad ogni possibilità di controllo, tassazione, derivazione di risorse per le politiche pubbliche?⁹

Come ha dichiarato D. Strauss Kahn quando era il Direttore del FMI, con la globalizzazione l'equilibrio tra produzione e redistribuzione, regolamentato dallo Stato, si è rotto; “i capitali sono diventati mobili, la produzione si è trasferita (o può trasferirsi) oltre i confini nazionali, sottraendosi alla redistribuzione pubblica. ... Il circolo virtuoso si sarebbe mutato in circolo vizioso ...”¹⁰.

Se si afferma, e mi sembra che ormai non sia un'assunzione contestabile, il paradigma della fallibilità di uno Stato (questo è sicuramente uno dei frutti della crisi economico-finanziaria degli anni duemila, che si è rivelata come il volto drammatico della globalizzazione), è evidente che stiamo assistendo ad

⁶ A. Schianchi, M. Franchi, *Democrazia senza*, Parma, 2016, 125. Vedi anche A. Morelli, *La riscoperta della sovranità*, cit., 99.

⁷ In N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 12.

⁸ Sempre G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 34, ci ricorda che “la tradizione del costituzionalismo ... ha sempre considerato decisivo il legame tra costituzione e territorio, ancora più essenziale del rapporto tra Costituzione e Stato”.

⁹ Come scrive A. Reposo, *Sovranità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, gennaio 2015, 8, “l'intera economia è caratterizzata dalla a-confinatezza e ‘deterritorializzata, alla libera ricerca dei luoghi nei quali risulta più conveniente posizionarsi: col risultato che gli Stati risultano influenzati da decisioni prese al di fuori dei loro confini dai grandi gruppi multinazionali, soprattutto per il fatto che le relazioni economiche mondiali risultano sempre più fondate sullo scambio di risorse finanziarie e di strumenti immateriali, piuttosto che sul mero possesso di strumenti fisici, con la nascita conseguente di un mercato finanziario mondiale che funziona in tempo reale, creando un capitalismo neoliberista, apolide, e senza la disciplina di una autorità superiore”.

¹⁰ Aggiunge W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, 215, “non è possibile una democrazia sociale senza la sovranità dello Stato”.

uno slittamento della sovranità verso altri soggetti¹¹: le agenzie di rating¹², i creditori degli Stati, i mercati finanziari¹³.

Al tempo stesso, se per realizzare le mie politiche ho bisogno di ricorrere al debito, non posso non tener conto di quello che i miei creditori pensano delle scelte che intendo adottare.

Politiche sbagliate possono diminuire la credibilità di un Governo e del suo Stato, e certamente incidono in senso negativo sulla valutazione di chi deve comprare il nostro debito, ben al di là della questione (pur importante) della dimensione quantitativa di esso. Questo non è un fatto anomalo o sospetto, sebbene le oscillazioni dello spread (e quindi del 'valore' del nostro debito) seguano a volte percorsi inspiegabili.

E' una relazione di fiducia, anche di condizionamento: ma ad essa non si sfugge opponendo una visione mitologica e difensiva della sovranità (che diventa sovranismo), l'idea antistorica che possiamo fare da soli, ma esercitando una sovranità responsabile, consapevole dei suoi legami e dei suoi vincoli, ma anche degli spazi che ancora possono essere utilmente battuti. Gli Stati non sono più soli, ammesso che lo siano mai stati, nelle loro manifestazioni di potere, ma possono comunque condizionare, orientare, concorrere a costruire le scelte che vengono prese a livelli più alti e integrati (come è per noi il contesto dell'Eurozona), in altre parole continuano a decidere¹⁴.

4. La sovranità non ha una sola misura. E' un fenomeno dinamico, fatto di intrecci, rapporti di forza, momenti storici, capacità, e in questa mutevolezza dei contesti e delle relazioni, la sovranità può assumere volti e contenuti diversi.

Inoltre, va detto che i limiti della sovranità non sono esclusivamente lacci imposti dall'esterno, come una certa (e pericolosa) retorica antieuropea vorrebbe lasciar credere, sembra oggi con un certo successo di pubblico. Ridurre il debito pubblico deve essere un grande obiettivo nazionale. La stabilità e l'equilibrio finanziario sono il presupposto di una rinnovata sovranità politica oltre che un modo ragionevole e costituzionalmente doveroso di tener conto degli interessi delle generazioni future.

¹¹ Di 'nuovi sovrani' parla G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 47 ss.

¹² Cfr. C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it*, 1 giugno 2012.

¹³ Vedi in questo senso, la lucida e graffiante analisi di G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari, 2015, 37-38, che richiama ironicamente in prospettiva la celebre scenetta della vendita della Fontana di Trevi in Totòtruffa.

¹⁴ G. De Vergottini, *La persistente sovranità*, in *giurcost.org*, 3 marzo 2014, 4 ss. Come scrive M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, 32 ss., "la sovranità statale esiste ancora".

La sovranità costituzionale allora è una sovranità interrelata, ‘condivisa’¹⁵, collaborativa, che cerca la reciprocità (con gli altri Paesi) dei limiti e della costruzione di risposte globali a problemi che non sono più contenibili nelle ristrette mura degli ordinamenti statali. E’ una sovranità “intercostituzionale”¹⁶, dove le stesse Costituzioni statali sono pezzi di un mosaico più grande, che vede la presenza di ‘cataloghi’ o altri materiali ugualmente costituzionali (ma) di livello sovranazionale e internazionale, con i quali il rapporto è di interazione reciproca.

Questo vale per l’economia, come pure per tutta una serie di questioni che stanno cambiando e ancor più cambieranno profondamente la stessa esperienza umana; climate change, intelligenza artificiale¹⁷, migrazioni. In questa evoluzione che vede il costituzionalismo scosso e sfidato dai processi di globalizzazione, la tecnica ha svolto e svolge un ruolo di potente acceleratore dei processi di modificazione. Come scrive Th. Levitt nel suo “*The Globalization of Markets*”¹⁸, l’elemento inedito di questa globalizzazione (perché la storia ne ha conosciuto altre) è la combinazione di vari fattori e ambiti di rottura dei confini tradizionali del diritto: non solo l’economia (finanza e commercio), ma appunto la scienza e la tecnologia, la comunicazione, tutti destinati a modificare profondamente identità, autorappresentazione, forme della convivenza umana, con modalità e ritmi assolutamente inconsueti.

Se ci si sofferma sulle tecnologie comunicative, sul mondo di Internet (ormai un vero e proprio ‘ordinamento’ nel senso romaniano), le opportunità sono enormi e moltiplicano i percorsi e al tempo stesso i problemi di una libertà come quella di manifestazione del pensiero, e le modalità stesse di partecipazione al discorso pubblico. Movimenti politici identificano nella Rete lo spazio principale (se non esclusivo) di elaborazione della propria piattaforma politica, e qui emerge la connessione con l’altro grande tema di questo seminario, quello della rappresentanza, e delle evoluzioni della democrazia.

A sua volta, lo sviluppo delle tecnologie della vita e della salute spiazza i normali circuiti della rappresentanza. Di fronte alle nuove possibilità (di nascere, morire, essere se stessi nella piena identità psichico-fisica) la richiesta di diritti (perché emerge uno spazio per fare scelte laddove prima esistevano solo accadimenti ‘naturali’) si muove troppo rapidamente per i tempi del legislatore. Non a caso il biodiritto nasce e si sviluppa nei tribunali, davanti alla dram-

¹⁵ A. Patroni Griffi, *L’Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna on line*, 2015.

¹⁶ A. Ruggeri, *Integrazione europea e valore della Costituzione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII, Torino, 2014, 232.

¹⁷ Sia consentito rinviare ad A. D’Aloia (ed.), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2019 (in corso di stampa).

¹⁸ In *Harvard Business Review*, 1983.

maticità esistenziale dei casi concreti, e il legislatore è costretto, spesso vanamente, ad inseguire.

5. Spazio e tempo si ricollocano su piani diversi¹⁹. Il primo perde finitezza, si allarga oltre ogni possibilità di controllo e di regolazione²⁰. Il tempo si accorcia in un presente continuo, mentre paradossalmente emergono problemi che obbligano a pensare al futuro in un'ottica di doveri di chi oggi vive e decide, e forse di diritti di quelli che verranno²¹. E' ancora Irti a ricordare che "il diritto, vissuto per lunghi secoli entro i confini degli Stati, si trova stupito e smarrito di fronte ad una tecno-economia che ha nella 's-confinatezza' il suo tratto più evidente".

La globalizzazione non cancella la sovranità degli Stati, e la potenza politico-giuridica che in essa si racchiude; la ridisegna però, la sfida a ritrovarsi e a ricostituirsi in forme nuove, più aderenti alla complessità del mondo moderno.

All'incrocio tra costituzionalismo e globalizzazione si producono anche nuove parole, che diventano chiavi di lettura della modernità. Pensiamo al tema della sostenibilità, parola sconosciuta al costituzionalismo post-seconda guerra mondiale, e tuttavia oggi emblematica di un nuovo modo di porsi della scienza costituzionale e delle esperienze costituzionali di fronte alle sfide ambientali, della sopravvivenza dei contesti fisici e naturali dell'umanità, del mantenimento attraverso il tempo di quelle condizioni che si ritengono coesenziali alla dignità sociale delle persone.

6. Il costituzionalismo deve riproporre la sua attitudine a favorire la ricerca dei limiti del potere, anche nelle nuove manifestazioni e nei nuovi soggetti in cui questo si realizza. Il rating dei bilanci statali è ormai un potente fattore di orientamento delle politiche nazionali (magari per evitare declassamenti o rating negativi), produce effetti enormi sulle finanze degli Stati e sui margini di intervento degli stessi a tutela del benessere collettivo. E' necessario costruire insieme agli

¹⁹ Scrive G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Rivista AIC, 3/2017: "La rivoluzione tecnologica di Internet ... ha dato forma ad un mondo sovransensibile, un territorio artificiale sovrapposto al territorio naturale, fisico; un 'non luogo' nel quale si svolgono tuttavia sfere crescenti della vita economica, sociale e politica, oltre che affettivo-relazionale. Ne risultano modificate le nozioni di spazio e di tempo. Ogni utente di Internet è in condizione di essere ciberneticamente presente in tempo reale in qualunque luogo della Terra e ciò agisce sulle nostre coordinate antropologiche, i processi di socializzazione, le modalità della vita comunitaria. [...] E' in atto un dislocamento dello stare insieme...".

²⁰ Per G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 29, "L'irrompere della globalizzazione ha determinato una doppia discontinuità, sia sul piano della politica sia su quello delle costituzioni. Sul piano della politica ha determinato l'apertura definitiva ed illimitata degli spazi politici, su quello delle costituzioni ha seppellito definitivamente la presunzione che i testi costituzionali potessero essere concepiti come ... hortus conclusus nell'ambito di un territorio delimitato".

²¹ Sul tema, sia consentito rinviare a A. D'Aloia, *Generazioni future (dir. Cost.)*, in Enc. Dir., Annali, vol. IX, Milano, 2016.

altri Stati forme di regolazione, risposte e capacità di controllo e di reazione adeguate, non velleitarie o inutili come le inchieste della Procura di Trani o le iniziative della Procura della Corte dei Conti nei confronti delle agenzie.

Come dice Giuliano Amato, se non si può rimettere il dentifricio nel tubetto, si può (e si deve) allargare quest'ultimo.

7. Dentro questo movimento complessivo, il processo di integrazione europea è stato un tentativo e un esperimento di straordinaria portata, probabilmente uno dei fatti politici più importanti del XX secolo.

Oggi, questo grande progetto (di coesistenza fra integrazione economica e coesione politica e sociale) è in crisi; la sensazione è davvero quella di un bivio della storia, tra necessità di un rilancio forte delle sue ragioni politiche, e un progressivo ripiegamento su una governance burocratica e finanziaria che rischia di consumare definitivamente quella credibilità che ancora l'idea di Europa può avere in questa difficile fase. Dobbiamo evitare che la crisi di "questa Europa" diventi la crisi tout court del progetto europeo.

Non è facile. Deficit sociale e deficit democratico appaiono come facce di uno stesso problema. Se vuole avere un futuro l'Europa deve (ri)conquistare lo spazio della solidarietà e delle condizioni materiali di vita delle persone, attraverso quella che Habermas definisce una riflessione pubblica su quali sacrifici debbono essere imposti, per quali scopi, a quali soggetti. Non c'è molto tempo: la pressione delle risposte semplificatrici e della caricatura della sovranità è ormai continua e assordante²².

Ma soprattutto l'Europa deve tornare ad essere un obiettivo condiviso, una grande utopia concreta, quella (per usare le parole e i concetti di D. Rodrik²³) di un tentativo di costruzione sperimentale e graduale di una "economia mondiale assennata", una sorta di terza via tra un ipermondialismo ultraliberista e un antiglobalismo protezionistico, intriso di venature nazionaliste e di destra: come scrive Fitoussi²⁴, "il mio sogno è che si smetta di imporre l'Europa ai cittadini, per aiutarli invece a sceglierla".

8. Torniamo al costituzionalismo di fronte alla globalizzazione per un'ultima notazione.

²² Come scrive G. Amato, *Dall'idea di Europa alla costruzione europea*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2019, 14, l'europesismo dei fondatori e della generazione della seconda metà del XX secolo non c'è più; serve (e forse 'sta prendendo corpo', soprattutto tra i giovani) un nuovo europesismo: "Diamogli il tempo di assumere le redini. E' ben possibile che ritrovi il percorso tracciato dai suoi progenitori. La piccola speranza è tutta qui. Ma non è poi tanto piccola, se la sapremo coltivare".

²³ D. Rodrik, *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, Torino, 2018.

²⁴ J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, Torino, 172.

Nel suo “Guasto è il mondo”, Tony Judt scrive che “il passato non è mai buono o cattivo come ce lo immaginiamo, è semplicemente diverso [...] il passato è un Paese straniero, e non possiamo tornarci. Ma c'è qualcosa di peggio che idealizzare il passato, ed è dimenticarlo ...”.

La scommessa che il costituzionalismo ha di fronte è quella di non dimenticare i motivi per cui è nato, vale a dire la ricerca incessante (spesso faticosa e incerta nei risultati) dei limiti a tutto ciò che si manifesta come potere; e di farlo tenendo conto che il campo di gioco è cambiato, e dentro questo nuovo contesto²⁵ va mantenuta e ridefinita la capacità di suscitare speranze, idee, scenari, correzioni ai processi storici in atto, con il suo bagaglio più autentico e irriducibile: la cultura dei diritti e delle persone, l'unica capace di conferire a questo processo valori e fini che non lo riducano ad un significato esclusivamente economico e che non disperdano quelle conquiste che, pur tra tanti infortuni e contrattempi della storia, il costituzionalismo ha portato con sé.

²⁵ Come dice G. Azzariti, *Il costituzionalismo*, cit., 15, bisogna capire “se il costituzionalismo moderno ha ancora un ruolo da svolgere, entro la dimensione dello Stato, e anche oltre di esso”.

LA RISCOPERTA DELLA SOVRANITÀ NELLA CRISI DELLA GLOBALIZZAZIONE

Alessandro Morelli*
Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro

SOMMARIO: 1. Una questione di punti di vista. – 2. Fenomenologia di una crisi. – 3. Costituzionalismo “popolarista” vs. neocostituzionalismo? – 4. Sovranità e visibilità del potere: l’attualità di una «metafora assoluta» nel contesto globalizzato.

1. *Una questione di punti di vista*

Scopo del presente contributo è quello di ricostruire i legami e le interazioni tra il paradigma della sovranità, nelle sue attuali declinazioni positive, e il processo di globalizzazione, tentando di cogliere alcune recenti tendenze, riscontrabili negli ordinamenti europei, al recupero di un ruolo forte degli Stati nella dinamica del processo d’integrazione sovranazionale.

Non è facile definire gli elementi oggetto dell’indagine: da una parte, la sovranità, categoria fondamentale del pensiero politico e giuridico occidentale, della quale, com’è stato scritto di recente, esiste una «Babele di definizioni»¹, essendo stata essa legata, nel tempo, da concezioni teoriche e da testi

* Testo rielaborato della Relazione al III Convegno internazionale del Seminario Italo-spagnolo su “Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell’era della globalizzazione” Catania 5-7 dicembre 2016.

¹ A. MORRONE, *Sovranità*, testo della relazione svolta al XXXI Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l’Università degli studi di Trento (11-12 novembre 2016), sul tema *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, in *Riv. AIC*, 3/2017, 2.

La letteratura sul principio di sovranità è pressoché sconfinata e non è certo qui possibile proporre una bibliografia esaustiva sul tema. Per quanto riguarda il rapporto tra sovranità e globalizzazione si veda, in particolare, G. DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, testo della relazione svolta al XXVII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l’Università degli studi di Salerno (22-24 novembre 2012), in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli 2014, 85 ss.; ma dello stesso A. cfr. già *La persistente sovranità*, in *Consulta OnLine*, marzo 2014 (anche in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, tomo II, Giappichelli, Torino 2014, 1373 ss.). Si rinvia, poi, agli altri contributi al suddetto Convegno e, in particolare, alle ricostruzioni di carattere generale di G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 3 ss. e, *ivi*, P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, 43 ss.; S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, 103 ss.; C. PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, 131 ss.; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-*

nazione. *Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, 143 ss.; nonché agli altri interventi, *ivi* pubblicati.

Più in generale, si rinvia agli scritti di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; nonché i contributi pubblicati in C. AMATO-G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, XVII Colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto comparato, Brescia, 12-14 maggio 2005, Giappichelli, Torino 2006

Di notevole interesse anche lo studio di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. Cfr., inoltre, la ricostruzione di J.L. COHEN, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Sulla storia del concetto di sovranità si rinvia, per tutti, agli scritti di A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Donzelli, Roma 2002, e di D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004; sul contenuto del principio di sovranità negli attuali contesti ordinamentali cfr., almeno, oltre al già richiamato studio di Morrone, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, spec. 4 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. (anche in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss.) e, *ivi*, E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, rispettz. 75 ss. e 124 ss.; e ancora, da diverse prospettive, si vedano T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano 1997; ID., *Potere costituente e sovranità popolare*, in *Rass. parl.*, 1/2016, 7 ss.; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997; A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; ID., *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero alla circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, Intervento alla tavola rotonda su *Verso una dimensione costituzionale dei diritti in Europa?*, Catania, 20 maggio 2016, in *www.federalismi.it*, 11/2016, 1 giugno 2016, 1 ss.; ID., *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in *Consulta OnLine*, III/2016, 10 dicembre 2016, 444 ss.; L. VENTURA, *La sovranità. Teorie filosofico-politiche, La sovranità. Teorie giuridiche e Nota a margine*, in L. VENTURA-P. NICOSIA-A. MORELLI-R. CARIDÀ, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Giappichelli, Torino 2010, rispettz. 15 ss., 35 ss. e 183 ss.; ID., *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014; A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, Intervento al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l'Università degli studi di Trento (11-12 novembre 2016), sul tema *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, consultabile in *Riv. AIC*, 3/2017, 1 ss.; di quest'ultimo A., tuttavia, si vedano già *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, 85 ss., e *Indirizzo politico e sovranità. Dal problema dell'"effettività" della democrazia* (la lezione di Martines) a quello dei "limiti" alla democrazia (la lezione della storia), in M. AINIS-A. RUGGERI-G. SILVESTRI-L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giornate di studio, Messina 4-5 ottobre 1996, Giuffrè, Milano 1998, 287 ss.; in una prospettiva critica e con particolare riguardo alla dimensione

costituzionali, ai più vari soggetti reali o astratti (il Monarca, il Parlamento, la Nazione, il Popolo, lo Stato, ecc.) oppure, intesa come un attributo della Costituzione o dei valori ispiratori dell'ordinamento giuridico o persino negata, rimossa, espulsa dall'arsenale teorico-concettuale della dottrina dello Stato e del diritto pubblico²; dall'altra parte, la globalizzazione, uno dei «macroprocessi del mondo moderno»³, prodotto da una serie di fattori e consistente in un insieme di elementi fattuali, colti dinamicamente nel loro divenire.

La constatazione che la globalizzazione sia un «fatto»⁴ non può indurre a concludere che essa possa essere descritta in modo neutrale, mentre, al contrario, ogni ricostruzione della sovranità scontrerebbe il peso delle opzioni di valore dell'osservatore di turno. Anche il modo in cui è rappresentato il processo di globalizzazione dipende, infatti, dal punto di vista prescelto, non risultando, esso, il frutto di una ricostruzione del tutto neutrale, così come,

dell'Unione europea v. A. CANTARO, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, con una prefazione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2003; ID., *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, Giuffrè, Milano 2016, 121 ss.

In ambito filosofico, per una decisa difesa del principio di sovranità cfr. ora B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

Si rinvia, inoltre, ai contributi di E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità*; G. DI COSIMO, *Popolo, Stato, sovranità*; R. MARTINEZ DALMAU, *Soberanía popular, poder constituyente, poder constituido*; G. SOBRINO, *Sovranità popolare, amministrazione e giurisdizione* e, se si vuole, al mio *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, tutti in corso di pubblicazione in *Dir. cost.*, 1/2018.

² Nel senso di negare al principio di sovranità diritto di cittadinanza nell'ordinamento costituzionale cfr. O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, De Donato, Bari 1982; A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 1 ss.; di «sovranità della Costituzione» discorre G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 8 ss., pur avvertendo che tale formula può denotare una «novità piena di significato, purché non si pensi che il risultato sia dello stesso tipo di un tempo, cioè la creazione di un nuovo centro di emanazione di forza concreta, causa efficiente della unità politica statale» (10). Ha sostenuto, invece, che lo Stato costituzionale avrebbe fatto proprio un peculiare principio di «sovranità dei valori» G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 3 ss.; ID., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009. Di un «antisovrano transnazionale» (dotato di attributi opposti a quelli del classico sovrano nazionale) parla, poi, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., spec. 161 ss.

³ J. OSTERHAMMEL-N. PETERSSON, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen*, C.H. Beck, München 2003, trad. it. *Storia della globalizzazione* (2003), il Mulino, Bologna 2005, 9.

⁴ Cfr., in tal senso, A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, 87 ss.; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, cit., 146.

d'altro canto, può fornirsi una *descrizione* (in verità, anch'essa sempre condizionata dal punto di vista adottato) dei fenomeni riconducibili alla dimensione della sovranità come, ad esempio, la titolarità effettiva e le concrete modalità di esercizio delle funzioni pubbliche tradizionalmente considerate "sovrane".

Trattandosi, innanzitutto, di un processo, non vi è concordia tra gli studiosi nell'individuazione dell'evento o degli eventi che hanno dato avvio alla globalizzazione. Alcuni sostengono che occorra guardare all'epoca successiva al 1989, ponendo in risalto l'accelerazione degli scambi economici e l'avanzamento tecnologico che hanno fatto seguito alla caduta del muro di Berlino e alla fine dell'Unione sovietica; altri estendono il periodo rilevante fino a ricomprendere le innovazioni che hanno caratterizzato gli ultimi due secoli; altri ancora sostengono che la catena di cause che avrebbero determinato gli attuali scenari debba farsi risalire al Cinquecento e all'avvio della stessa modernità; altri, infine, rifiutano periodizzazioni specifiche, sostenendo che la globalizzazione sia il frutto di processi millenari⁵. A prescindere dalle delimitazioni temporali, il complesso di fenomeni al quale si fa riferimento non è affatto estraneo alla sfera del diritto. Il suo essere "fatto" rispetto all'analisi della scienza giuridica può essere inteso non già nel senso che esso si realizzi in modo indipendente dall'influenza delle istituzioni giuridiche, delle norme degli ordinamenti statali e delle istituzioni sovranazionali e internazionali, ma che l'analisi condotta con gli strumenti del giurista deve acquisire la globalizzazione come un "contesto" dato, avvalendosi anche, e soprattutto, dei contributi provenienti da discipline non giuridiche. D'altro canto, non sembra potersi escludere (né è bene sottovalutare) che le stesse istituzioni giuridiche possono incidere, in misura e modalità diverse, sul processo in questione.

La globalizzazione è identificata con «l'espansione e l'intensificazione delle relazioni e della coscienza sociali nel tempo e nello spazio del mondo intero»⁶; fenomeni questi agevolati, per un verso, dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecniche di comunicazione e, per altro verso, dall'affermazione di strutture giuridiche nazionali e sovranazionali aperte e permeabili agli scambi, soprattutto, ma non solo, di carattere commerciale e finanziario. In tale processo possono vedersi aspetti rischiosi per gli attuali assetti istituzionali o, al contrario, opportunità di sviluppo per le società contemporanee. Inoltre, le dinamiche della globalizzazione non appaiono affatto univoche, offrendo esse anche strumenti atti a valorizzare e a promuovere quella differenziazione

⁵ Cfr. M.B. STEGER, *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2013, trad. it. *La globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2016, 25 ss.

⁶ *Ivi*, 23.

identitaria a livello locale, nota con l'espressione «glocalizzazione»⁷. Si definisce, così, un contesto caratterizzato da un alto grado di complessità, nel quale la collocazione della stessa categoria della sovranità appare problematica.

Che tra sovranità e globalizzazione sussista un rapporto di tensione è comunque comprensibile: l'intera storia della sovranità si può ricostruire come un lento processo di assolutizzazione di un potere giuridico, in grado d'imporsi come esclusivo su un determinato territorio. Un processo al quale, nella dimensione esterna, si affianca quello di progressiva affermazione dell'indipendenza e dell'originarietà dell'ordinamento statale⁸. La globalizzazione ha messo in discussione la spazialità del diritto e, con essa, ogni pretesa di esclusività delle istituzioni statali sul territorio di riferimento⁹. In tale prospettiva, si è così diffusa la convinzione che tale processo abbia comportato una «*collocazione del politico* al di fuori del quadro categoriale dello Stato-nazione»¹⁰. Un quadro entro il quale, però, si sono storicamente conformate anche le istituzioni del costituzionalismo moderno, che proprio l'avvento della globalizzazione, con i suoi nuovi «poteri» politici ed economici, operanti nella dimensione globale, ha messo seriamente in crisi. Se, quindi, le «forme giuridiche della globalizzazione» tendono a una «*de-nazionalizzazione* – intesa come emancipazione dalla sovranità popolare – funzionale alla loro *privatizzazione*, nei modi di produzione e di esecuzione»¹¹, la stessa sopravvivenza del costituzionalismo contemporaneo dipende dalla capacità delle costituzioni nazionali di assicurare ancora la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri¹², oppure, in una diversa prospettiva, dalla possibilità di preservare

⁷ Sul concetto di «glocalizzazione» cfr. R. ROBERTSON, *Globalization. Social Theory and Global Culture*, Sage, London 1992, trad. it. *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Asterios, Trieste 1999; Z. BAUMAN, *On Glocalization: Or Globalization for Some, Localization for Some Others*, in P. BEILHARZ (a cura di), *The Bauman Reader*, Blackwell Publisher, Oxford 1998, trad. it. *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando, Roma 2005; M.R. FERRARESE, *La "glocalizzazione" del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, in C. AMATO-G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law*, cit., 33 ss.

⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 3 ss.

⁹ Cfr., in tema, S. ORTINO, *Il nuovo nomos della terra: profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, il Mulino, Bologna 1999; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006.

¹⁰ U. BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, trad. it. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 2009, 13.

¹¹ Così L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli 2007, XVII, la quale aggiunge che «sintomi per eccellenza di questi fenomeni sono sia il ruolo riservato alle imprese transnazionali sia la loro capacità di produrre diritto ed esigere una significativa tutela dei propri interessi».

¹² Cfr., in tal senso, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013, 21 ss.

tali condizioni nella dimensione sovranazionale, in linea con i paradigmi di una «sovranità condivisa» e di una «Costituzione condivisa»¹³.

Di contro, l'affermazione di reti planetarie di relazioni e scambi anche tra sistemi di giustizia costituzionale e Corti nazionali e sovranazionali ha alimentato i modelli ispirati dalla teoria del «costituzionalismo multilivello»¹⁴ e le varie espressioni del costituzionalismo «globale» o «cosmopolita»¹⁵. Per cui, paradossalmente, la globalizzazione ha ispirato, nel contempo, speranze e timori per la protezione dei diritti costituzionali e per le sorti delle democrazie contemporanee¹⁶.

Per decenni si è diffusamente avvertito un declino (ritenuto) inarrestabile del paradigma della sovranità statale, mentre la globalizzazione è stata descritta, a sua volta, come un processo irreversibile, dinanzi al quale si sareb-

¹³ È questa la proposta ricostruttiva di A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, IV ed., Giappichelli, Torino 2014, 2 ss.; ID., *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il "valore" della Costituzione*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma 2014, 473 ss.

¹⁴ Cfr. in tema, soprattutto, I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, n. 5, 2002, 511 ss.; I. PERNICE-F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari 2003, 43 ss.; P. BILANCIA-E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004; A. D'ATENA-P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano 2004; G. DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2012. In senso critico, P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Riv. AIC*, 1/2012, 1 ss.; A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, cit., 121 ss.

¹⁵ Sul costituzionalismo globale cfr., tra i tanti, di recente A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge University press, Cambridge 2014, e G. HALMAI, *Perspectives on Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law*, Eleven International Publishing, The Hague 2014. Sul costituzionalismo cosmopolita cfr. A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2014 e, nella dottrina italiana, Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali, alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, Giappichelli, Torino 2006, 21 ss.; ID., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano 2007.

¹⁶ Cfr., sul punto, G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, cit., 3 ss.; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss., e G. DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 96 ss.

bero dovute rivedere tutte le categorie classiche del diritto (pubblico e privato).

Diversi recenti episodi suggeriscono, tuttavia, di tornare a riflettere sul tema, per tentare di definire un quadro più realistico dello stato di salute degli ordinamenti statali (e dei loro elementi costitutivi, a cominciare proprio dal principio di sovranità), in considerazione dei segnali di un possibile rallentamento nel processo di espansione delle relazioni umane su scala globale. Gli eventi ai quali si farà ora riferimento potrebbero essere soltanto i sintomi di una crisi passeggera, oppure gli epifenomeni di una svolta epocale, che potrebbe rimettere in discussione modelli e metodi di studio del diritto pubblico. In tale nuova dimensione, la sovranità, come un'araba fenice, potrebbe risorgere ancora una volta dalle proprie ceneri, esigendo che le venga restituito un posto centrale anche nelle elaborazioni teoriche delle forme e delle dinamiche inter-istituzionali, ordinamentali e sovranazionali.

2. *Fenomenologia di una crisi.*

Prima di provare a definire una fenomenologia di questa crisi del processo di globalizzazione e di esaminare le espressioni di quella che sembra presentarsi come una speculare, diffusa riscoperta del paradigma della sovranità, occorre ricostruire il quadro entro il quale collocare l'analisi, precisando, in premessa, che il discorso sulla crisi della sovranità condotto negli ultimi decenni è riferibile alla sola area geopolitica euroatlantica (e, peraltro, come subito si dirà, nemmeno a tutta) e alle sue diramazioni in altri continenti. Si è rilevato, infatti, che, da un lato, in ampie aree del globo –quelle nelle quali non è arrivata o non è stata recepita la tradizione del costituzionalismo democratico occidentale– non ha nemmeno senso discorrere di una crisi dello Stato e della sua sovranità; dall'altro lato, che tale crisi non sembra riguardare il *modello* dello Stato (il quale anzi continuerebbe a vivere un processo di «universalizzazione») ma alcune specifiche e concrete realizzazioni dello stesso¹⁷. Ogni comunità nazionale (o presunta tale) che miri ad affermare la propria indipendenza, infatti, non aspira ad altro che all'acquisizione della forma di uno Stato sovrano con una propria Costituzione: si pensi, tra i tanti, al caso del Kosovo¹⁸, alle rivendicazioni dei palestinesi o a quelle della Cata-

¹⁷ Cfr., in tal senso, G. DE VERGOTTINI, *La persistente sovranità*, cit., 2 ss. (si richiama qui la versione pubblicata su *Consulta OnLine*); ID., *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 85 ss.

¹⁸ Sulle vicende relative all'indipendentismo kosovaro cfr. ora E. CUKANI, *Quel che resta dello Stato. Il differenziale, territoriale e non, delle autonomie nei Balcani occidentali*, in corso di pubblicazione per i tipi della ESI, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

logna¹⁹; ma anche alla vicenda della *Brexit* (e alle pretese del Regno Unito di riaffermare la propria sovranità nazionale e statale) e alle più ardite proposte “indipendentiste” della Regione Veneto, che ha ripetutamente messo in campo l’immagine di una fantomatica «Repubblica indipendente e sovrana»²⁰. Ad ogni modo, nella stessa dimensione geopolitica entro la quale è nato e si è sviluppato il paradigma della sovranità, si riscontrano, come si dirà a breve, segnali importanti di un consistente recupero del ruolo di quest’ultimo. Un ruolo che, peraltro, anche nella stessa area occidentale, non sempre, o comunque non nella medesima misura, può dirsi essere entrato in declino negli ultimi decenni: può affermarsi, ad esempio, che la sovranità degli Stati Uniti d’America abbia subito lo stesso ridimensionamento di quella dei Paesi interessati dal processo europeo d’integrazione sovranazionale? E guardando anche al variegato quadro offerto dalla stessa Unione europea, può ragionevolmente sostenersi che la sovranità dei diversi Stati-membri di quest’ultima pesi allo stesso modo? Quesiti ai quali si potrebbe rispondere affermativamente solo sulla base di una concezione puramente formale (o meglio: formalistica) della stessa sovranità statale²¹.

¹⁹ Sui profili costituzionalistici della questione palestinese cfr., per tutti, P. COSTANZO, *Dalla Costituzione allo Stato? Riflessioni su alcuni recenti sviluppi istituzionali della questione palestinese*, in *Consulta OnLine*, 2014, 1 ss. (e, con il titolo, *Dalla Costituzione allo Stato? Riflessioni su alcuni recenti sviluppi istituzionali della questione palestinese*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, tomo II, CEDAM, Padova 2015, 1015 ss.). Sulla questione catalana la letteratura è molto vasta: si vedano, tra i contributi più recenti, G. POGGESCHI, *Le elezioni catalane del 27 settembre 2015: one step beyond (verso l’indipendenza)?*, e J. DE MIGUEL BÀRCENA, *El desafío constitucional catalán*, entrambi in *Dir. reg.* I/2016, rispettivamente 59 ss. e 70 ss.; R.L. BLANCO VALDES, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional*, e S. GAMBINO, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola*, entrambi in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 3/2017, rispettivamente 441 ss. e 449 ss.; S. CECCANTI, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita*, *ivi*, 4/2017, 825 ss.; G. FERRAIUOLO, *Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana*, in *www.federalismi.it*, 17/2017, 2 ss., del quale si veda *amplius* *Costituzione federalismo secessione. Un itinerario*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

²⁰ Per un quadro di sintesi sia consentito rinviare ora al mio *Editoriale. Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?*, in *Le Regioni*, 3/2017, 321 ss.

²¹ Scrive, ad esempio, J.L. COHEN, *Globalization and Sovereignty*, cit., 4: «Sovereignty in the classic, absolutist (predatory) sense remains alive and well, but only for very powerful states – including those controlling global governance institutions (the P5: the permanent members of the UNSC) – while new technologies and practices of control are created through the innovative use of unaccountable and legally unconstrained power accumulating in those institutions – something the functionalist discourse of gradations of sovereignty and neo-trusteeship plays into. The direction of the new world order is, in other words, toward hierarchy not sovereign equality, and the appropriate concepts are not cosmopolitan constitutionalism but “grossraum,” regional hegemony, neo-imperialism, or empire». Come afferma, pertanto, G. DE VERGOTTINI (*La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 100 s.), «la sovranità

Gli elementi che, invece, segnerebbero il possibile declino del processo di globalizzazione si rinvergono, innanzitutto, nella dimensione economica e hanno ovviamente una proiezione planetaria. La crisi iniziata nella seconda metà degli anni 2000 potrebbe aver condotto il sistema del libero mercato a un punto di “non ritorno”, determinando il deterioramento delle condizioni necessarie al suo funzionamento. Potrebbe trattarsi, in altri termini, di una crisi strutturale, forse rallentabile, ma non reversibile. L’ideologia neoliberista, affermatasi alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, aveva spinto verso il superamento delle politiche keynesiane nell’ambito del mercato, ispirando il progressivo abbandono del modello dell’economia mista. Il crollo del muro di Berlino e il fallimento dell’Unione sovietica alimentarono tale tendenza, poi rafforzata agli inizi degli anni Novanta, quando si ebbe un’accelerazione ulteriore nel processo di eliminazione delle barriere doganali e nella creazione di aree di libero scambio. Tale modello, che ha costituito il motore del processo di globalizzazione, ha favorito la libera competizione tra sistemi economici caratterizzati da un differente grado di sviluppo, promuovendo un gioco al ribasso per i livelli salariali, con il conseguente svantaggio per i lavoratori dei Paesi economicamente più solidi, e la crescita delle disuguaglianze sociali²². La crisi determinata nel 2007-2008 dallo scoppio della “bolla finanziaria” dei mutui *subprime* (in realtà originata da fattori ben più risalenti, consistenti nelle carenze strutturali del sistema economico-produttivo capitalistico) ha dato avvio a una fase di grande depressione, che ha coinvolto molti Paesi, gettando ombre sugli ulteriori sviluppi di una globalizzazione della quale ormai sembrano percepirsi più i costi che i benefici.

Quelli economico-finanziari non sono, tuttavia, i soli motivi della crisi in atto: ad essi si aggiungono altri fenomeni che, pur esigendo soluzioni condivise, diffondono paure capaci di condurre ad atteggiamenti di “chiusura” da parte dei popoli e degli Stati, come, ad esempio, il terrorismo internazionale o le pressioni migratorie.

statale non è affatto scomparsa anche se fortemente oggetto di limitazioni e condizionamenti sia derivanti dai vincoli formali impressi dai trattati sottoscritti liberamente dagli stati, sia scaturenti da circostanze di fatto e dall’azione di entità interne ed esterne non sempre caratterizzate dal rispetto del diritto. È vero quindi che la sovranità non è una caratteristica del potere sicuramente fissa e tipizzabile. Essa si rivela qualitativamente differenziabile da stato a stato. Basta riflettere sul diverso ruolo degli stati in seno all’Unione: formalmente tutti eguali ma sappiamo senza ombra di dubbio che la sovranità tedesca conta più di quella di altri stati membri. Quindi potremmo dire ci sono sovranità pesanti e sovranità leggere o evanescenti».

²² Cr., per tutti, J.E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, Allen Lane Penguin, London 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino 2002; ID., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, W.W. Norton & Company, New York 2012, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino 2013.

La crisi della globalizzazione si riflette nella dimensione politico-istituzionale delle odierne democrazie europee, le quali hanno tentato finora di fronteggiare gli svantaggi e di sfruttare i vantaggi della rete di connessioni su scala planetaria prodotta dallo sviluppo del commercio, dell'economia e della tecnica, attraverso le forme dell'integrazione tra Stati e della costituzionalizzazione del diritto internazionale e di quello sovranazionale. Diversi sono, in tale prospettiva, i fenomeni degni di nota: dalla reazione di rigetto dei principi e degli istituti del costituzionalismo democratico in alcuni Paesi dell'Europa dell'Est²³ al processo di uscita del Regno Unito dall'Unione europea e, più in generale, alle notevoli difficoltà di applicazione del costituzionalismo multilivello allo stesso contesto europeo, in riferimento alle quali si è discusso perfino di un declino del relativo paradigma²⁴.

3. *Costituzionalismo "popolarista" vs. neocostituzionalismo?*

In tale prospettiva, il populismo, già definito in ambito filosofico come un tratto caratterizzante la post-modernità²⁵, rischia di assurgere a connotato

²³ Cfr. in tema, tra gli altri, F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, CEDAM, Padova 2013; ID., *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in A. PEREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (dirs.), *Constitución e integración europea: Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, 2017, 303 ss.; M. MIZEJEWSK, *La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 con le sue conseguenze politiche*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2017, 1 ss.

²⁴ Di «declino del paradigma multilivello» discorre espressamente A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, cit., 121. M. BENVENUTI (*Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, 23) sostiene che la riflessione costituzionalistica, nell'«investire in maniera così intensa sul processo di sovranazionalizzazione, segnato per almeno un decennio [...] dal *tópos* della "Costituzione europea", abbia dato talora prova di *wishful thinking*». Sui difetti strutturali dell'Unione europea cfr. ora L. MELICA, *L'Unione incompiuta*, Jovene, Napoli 2015.

²⁵ Cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari 2012, 6 (ma *passim*): «Il mondo vero certo è diventato una favola, anzi [...] è diventato un reality, ma l'esito è stato il populismo mediatico, un sistema nel quale (purché se ne abbia il potere) si può pretendere di far credere qualsiasi cosa. Nei telegiornali e nei talk show si è assistito al regno del "Non ci sono fatti, solo interpretazioni", che – con quello che purtroppo è un fatto, non una interpretazione – ha mostrato il suo significato autentico: "La ragione del più forte è sempre la migliore"». Il «populismo mediatico» al quale si fa qui riferimento è fenomeno distinto ma strettamente correlato a quello del populismo politico, caratterizzando il contesto culturale nel quale quest'ultimo trova il proprio *humus*. Sul punto sia consentito rinviare al mio *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *www.federalismi.it*, 1/2017, 2 ss.

ricorrente in ogni forma di espressione politica contemporanea (e, del resto, oltre che di un populismo, per così dire, di opposizione, si parla anche di un «populismo di governo»²⁶). Quello che potrebbe definirsi l'*atteggiamento populista* sembra, infatti, esprimere efficacemente il diffuso sentimento critico nei confronti degli eccessi e dei fallimenti del processo di globalizzazione o, meglio, verso le risposte istituzionali finora date a tale processo (e alle sue degenerazioni).

In Europa, nella congerie di definizioni adottate dagli studiosi del fenomeno, la formula del populismo (politico) è stata impiegata più che altro in un'accezione negativa, per denotare ogni movimento o atteggiamento politico caratterizzati dai seguenti aspetti: una concezione olistica e un'esaltazione acritica del popolo, inteso come un'entità unitaria, indistinta, pura e superiore; l'antipluralismo, consistente nel rifiuto della possibilità di ammettere una rappresentanza plurale del popolo stesso (del quale il populista si ritiene l'unico legittimo rappresentante); una visione moralistica della politica e un atteggiamento antielitario, implicante l'adozione di una posizione radicalmente critica nei confronti delle formazioni sociali intermedie (partiti politici, sindacati ecc.)²⁷.

Una simile definizione, tuttavia, non trova un esatto riscontro nel contesto nordamericano. Se si volge lo sguardo oltreoceano, si può notare, infatti, che il termine «*populism*» non ha, negli Stati Uniti, la connotazione negativa che gli viene solitamente attribuita nel dibattito pubblico del Vecchio continente. In ambito politico, l'espressione è adottata soprattutto per indicare (e promuovere) una politica d'ispirazione egualitaria, in contrapposizione po-

²⁶ Cfr. M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017, spec. 23 ss.; J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2016, trad. it. *Cos'è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano 2017, 59 ss. (e, *ivi*, N. URBINATI, *Un termine abusato, un fenomeno controverso*, VII ss.). Cfr. anche, in tema, L. ZANATTA, *Il populismo*, Carocci, Roma 2013; L. INCISA DI CAMERANA, *Populismo*, e D. GRASSI, *Il neopopulismo*, entrambi in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *dizionario di Politica*, nuova ed. agg., UTET, Torino 2016, rispettivamente 732 ss. e 737; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017.

Su populismo e costituzionalismo cfr. almeno G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, e A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, entrambi in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli 2009, rispettivamente 1991 ss. e 2007 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. dir.*, 3-4/2010, 29 ss., e, *ivi*, L. CEDRONI, *Democrazia e populismo*, 38 ss., e L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, pp. 107 ss.; V. COCOZZA, *Popolo, popolazione, populismo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino 2016, 636 ss.

²⁷ Cfr. J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, cit., 5 ss.

lemica con l'orientamento centrista, incline alla tecnocrazia ed espressivo di un'eccessiva accondiscendenza nei confronti dei poteri economici, che, secondo gli oppositori, caratterizzerebbe, in particolare, l'azione del *Democratic Party*²⁸. La diversa prospettiva offerta dal contesto statunitense consente di mettere meglio a fuoco anche alcune tendenze in atto nel dibattito pubblico e negli studi giuridici europei (e particolarmente in quelli italiani), che sembrano riecheggiare, pur in un contesto culturale diverso, alcuni motivi dello stesso dibattito americano. Nell'ambito del quale, com'è stato notato in un recente, approfondito studio sul tema²⁹, già da diversi decenni alcuni autori hanno cominciato a prendere le distanze dalla visione "elitista" del costituzionalismo dominante, che, in tesi, confiderebbe in modo eccessivo sulle élite istituzionali (soprattutto, giudici e Corti), invocando, al contrario, «una lettura della carta costituzionale più aperta alle ragioni del *common man*»³⁰. Alcuni di tali autori propugnano apertamente un costituzionalismo *populist*; Richard D. Parker ha persino proposto un «manifesto populista», nel quale ha contestato tre idee centrali del costituzionalismo contemporaneo: quella secondo cui i vincoli costituzionali avrebbero lo scopo di contenere gli eccessi della *popular political energy*, anziché coltivare, promuovere e liberare quest'ultima; l'idea, alla prima correlata, secondo la quale la Costituzione avrebbe la qualità essenziale di un'*higher law*; la convinzione che il diritto costituzionale avrebbe quale sua principale funzione quella di stare *above the battle* per proteggere gli individui e le minoranze contro la maggioranza dominante³¹. Tale Autore, muovendo dall'adozione di un atteggiamento positivo nei confronti della forza politica popolare, che potrebbe influenzare e persino controllare l'azione di governo, giunge a sostenere che il diritto costituzionale dovrebbe essere votato a promuovere e non a limitare il principio maggioritario³². Quella di Parker è solo una delle voci (tra le più estremiste) di una corrente che, mutuando la formula adottata da Corso³³, può essere definita "costituzionalismo popolarista", al cui interno sono state collocate

²⁸ Cfr. J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, cit., 14 s.

²⁹ Cfr. L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino 2016.

³⁰ L. CORSO, *I due volti del diritto*, cit., 9.

³¹ R.D. PARKER, "Here the People Rule". *A Constitutional Manifesto*, in *Valparaiso University Law Review*, n. 3, 1993, 531; dello stesso A. cfr. anche *The Effective Enjoyment of Rights*, in *German Law Journal*, n. 1, 2011, 451 ss.

³² In tal senso, R.D. PARKER, "Here the People Rule", cit., 532, definisce la democrazia «a regime in which offices are open to ordinary citizens and in which ordinary people are allowed, and even expected, to act collectively to influence, and even control, the government. After all, democracy-its aspirations, its operation, its dangers-is what, most fundamentally, our Constitution is about».

³³ L. CORSO, *I due volti del diritto*, cit., spec. 8 ss. e 133 ss., alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

elaborazioni che, pur con accenti diversi, contestano che i vincoli costituzionali debbano farsi valere prevalentemente per via giudiziaria. In questa prospettiva, Mark Tushnet propone, ad esempio, di «portare la Costituzione lontano dai tribunali», confidando nell'attuazione che ad essa può dare il Congresso e promuovendo la condivisione di una teoria dell'interpretazione costituzionale che sia indipendente dalle decisioni della Corte Suprema (e che anzi offra parametri utili alla valutazione di queste ultime)³⁴; Akhil Reed Amar, prendendo le mosse da una ricostruzione storica delle origini della Costituzione che rivaluta l'influenza che nell'elaborazione del testo ebbero gli anti-federalisti, sostiene che il ruolo della giurisdizione nell'interpretazione della legge fondamentale vada ridimensionato, anche perché quest'ultima non riconosce alla Corte Suprema una posizione prevalente nell'architettura costituzionale³⁵; Larry D. Kramer, valorizzando le esperienze del colonialismo prerivoluzionario, sostiene che il costituzionalismo americano delle origini affidava a strumenti di interpretazione e di protesta popolare, e non alle Corti, il compito di far valere la *supremacy clause*³⁶.

Nell'ambito di tale articolata corrente di pensiero, si promuove un atteggiamento interpretativo denominato «costituzionalismo protestante»³⁷, che muove dal presupposto che nessuna istituzione (e specialmente non la Corte Suprema) abbia il monopolio dell'interpretazione costituzionale: così come le persone leggono la Bibbia da sole e decidono di credere cosa essa significhi – scrive Jack N. Balkin –, allo stesso modo i cittadini potrebbero decidere autonomamente cosa significhi la Costituzione e sostenerla nella vita pubblica. Affinché il *constitutional project* abbia successo, non è sufficiente, infatti, che le persone lo supportino, ma queste ultime devono anche essere in grado di criticare il modo in cui finora tale progetto sia stato attuato. In pratica, la gente comune dovrebbe sempre poter dissentire e protestare contro le interpretazioni della Costituzione date dai tribunali, rivendicando come propria la stessa legge fondamentale. Solo a queste condizioni il popolo potrebbe conservare la propria *fede costituzionale*³⁸.

³⁴ M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999.

³⁵ Cfr. A.R. AMAR, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, 457 ss.; ID., *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York 2006; ID., *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by*, Basic Books, New York 2012.

³⁶ Cfr. L.D. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press 2004.

³⁷ Cfr. S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton 1988, 9 ss.; J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2011, 1 ss.

³⁸ J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption*, cit., 10. Come nota L. CORSO, *I due volti del diritto*, cit., 119, tale atteggiamento presenta somiglianze con l'originalismo di Antonin Scalia,

Il richiamo, pur sintetico, delle principali tesi del “costituzionalismo popolarista” nordamericano aiuta a comprendere, per un verso, come i motivi propri del populismo non siano affatto confinati entro la sfera del politico, ma siano presenti anche in alcune influenti elaborazioni teoriche sul costituzionalismo, e, per altro verso, come essi non siano necessariamente il prodotto di una visione distorta delle dinamiche socio-politiche, ma propongano soluzioni concrete, anche se non del tutto convincenti, come subito si dirà, alle carenze di una concezione elitaria della stessa dinamica interistituzionale. Benché le suddette tesi risentano fortemente del contesto culturale nel quale sono state elaborate, esse mostrano significative analogie con quelle che, nel dibattito costituzionalistico europeo (e in quello italiano, in particolare), si presentano come le posizioni più critiche nei confronti del c.d. «neocostituzionalismo», atteggiamento culturale ampiamente diffuso nella dottrina italiana.

Gli assunti principali delle diverse posizioni solitamente ricondotte al «neocostituzionalismo» sono, in sintesi, il riferimento alla dimensione morale ai fini della determinazione del diritto (essendo l'ordinamento dello Stato costituzionale fondato su principi la cui interpretazione presuppone il richiamo ai valori di cui essi sono espressione); l'importanza decisiva, sempre ai fini della determinazione del diritto, riconosciuta alle procedure argomentative dell'interprete; la rilevanza attribuita all'interpretazione giurisdizionale e al ruolo delle Corti costituzionali e supreme nel far valere i vincoli costituzionali³⁹. L'incertezza determinata dalle notevoli potenzialità dell'«interpretazione per valori» e il ruolo preponderante riconosciuto agli organi giurisdizionali, a discapito di quelli rappresentativi, sono stati i profili delle concezioni neocostituzionalistiche maggiormente criticati, soprattutto da quegli autori che si sono rifatti a teorie neopositivistiche del diritto⁴⁰.

del quale si veda almeno *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849 ss. e *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1997.

³⁹ Cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari 2005, 64 s. In tema si rinvia, soprattutto, allo studio di S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001; nonché ID., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”*, in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, 51 ss.; ID., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult.*, 2/2008, 405 ss.; e ancora ai contributi di M. PERINI, *Sul “neocostituzionalismo” di Susanna Pozzolo*, e di A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, entrambi in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, rispettivamente 15 ss. e 37 ss.; e di T. MAZZARESE, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine*, in *Ragion pratica*, 2/2003, 557 ss. In tema v. ora N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 919 ss.

⁴⁰ Sull'attualità del positivismo giuridico si veda, in particolare, il dibattito tra A. BALDASSARRE e R. GUASTINI: del primo, in particolare, i saggi *Miseria del positivismo giuridico*, in *Stu-*

L'atteggiamento populista, tuttavia, muove da premesse diverse, presuppone, come si è visto, un'antropologia ottimistica e si lega strettamente ad una "visione protestante" dell'interpretazione giuridica.

I motivi popolaristi populistici sopra tratteggiati potrebbero definire gli sviluppi di un costituzionalismo che intendesse farsi carico delle esigenze indotte dal fallimento (reale o presunto) del sistema istituzionale finora allestito per far fronte alle complesse esigenze di regolazione della società globalizzata. I rischi di una simile ipotesi di sviluppo, tuttavia, a parere di chi scrive non devono essere sottovalutati.

4. Sovranità e visibilità del potere: l'attualità di una «metafora assoluta» nel contesto globalizzato.

La questione centrale che, dunque, si pone è se, dinanzi al declino dei paradigmi del costituzionalismo multilivello, l'unica risposta possibile alle degenerazioni di una globalizzazione incontrollata sia quella che può essere data dai principi di un nuovo costituzionalismo populista, che, riscontrata l'insufficienza del sistema delle garanzie costituzionali, si affidi alle riscoperte virtù del popolo e agli strumenti di esercizio diretto (o partecipativo) della sua sovranità.

Una prima osservazione critica che può essere avanzata nei confronti di tale prospettiva è che l'affidamento alle capacità taumaturgiche degli organi giurisdizionali non appare avere minore consistenza dell'"appello al cielo" nel quale finisce con il tradursi il richiamo alle virtù del popolo sovrano. Del resto, non è un caso se gli autori che hanno predicato una declinazione populista della teoria costituzionalistica abbiano poi espresso l'esigenza di alimentare una "religione civile" nella quale dovrebbe trovare espressione quella "fede costituzionale" idonea ad assicurare l'effettivo rispetto dei diritti degli individui e delle minoranze riconosciuti e garantiti dalla Costituzione.

Il rischio maggiore insito in tali ricostruzioni, soprattutto se trapiantate in contesti culturali privi degli "anticorpi" di cui sembra disporre il tessuto sociale americano, è quello d'incoraggiare il recupero dell'idea di una sovranità assoluta e illimitata, un paradigma che non ha più diritto di cittadinanza nella dimensione della democrazia costituzionale. Il popolo, infatti, com'è stato detto, pur collocandosi al centro della rete di snodi che regolano la trasmis-

di in onore di Gianni Ferrara, I, Giappichelli, Torino 2005, 201 ss., e *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3251 ss.; del secondo lo scritto dal titolo *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1373 ss. In argomento, cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 3/2006, 685 ss.

sione del potere, non acquista mai «il monopolio di quest'ultimo»⁴¹. Tale entità può esprimersi, infatti, sempre e soltanto nelle «forme» e nei «limiti» della Costituzione, per usare la formula impiegata dal secondo comma dell'art. 1 della nostra Carta.

L'insofferenza populistica verso ogni forma di mediazione tra popolo e *leader*, e, dunque, nei confronti delle formazioni sociali che storicamente hanno svolto un ruolo essenziale nella dinamica di funzionamento della democrazia rappresentativa, implica il recupero di concezioni "identitarie" della rappresentanza politica, necessarie a garantire il "collante" di un sistema che, altrimenti, non riuscirebbe a reggersi, senza idonee strutture intermedie tra comunità statale e apparato governante⁴². Si tratta, com'è evidente, di una concezione lontana dagli scopi tradizionali del costituzionalismo moderno e, in particolare, da quello della limitazione del potere politico⁴³. Una limitazione che, nella prospettiva populista, appare più inutile che impossibile, posto che il potere democratico è di per sé inteso come *buono* e, dunque, non bisognoso di limitazioni (che si tradurrebbero oltretutto in auto-limitazioni).

Le declinazioni populiste del principio di sovranità esercitano probabilmente un notevole fascino agli occhi di una porzione non irrilevante dell'opinione pubblica, suscitando in essa l'illusione di essere in grado di fronteggiare una globalizzazione ormai non più percepita come fonte di opportunità, ma di costi socialmente insostenibili.

La riscoperta del principio di autorità nella dimensione nazionale è un fenomeno che sta riguardando tutte le realtà europee. Si pensi soltanto al dibattito apertosi nel Regno Unito successivamente al referendum del 23 giugno 2016 sulla *Brexit* e alla sentenza della *High Court* sul caso *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* del 3 novembre 2016, emessa sullo sfondo delle diverse declinazioni del principio di sovranità (nazionale, parlamentare, popolare) e confermata successivamente dalla pronuncia della *Supreme Court* del 24 gennaio 2017. Proprio la questione del principio di sovranità rilevante ai fini dell'attivazione della procedura *ex art. 50* del Trattato sull'Unione costituiva, com'è stato detto, il «nucleo argomentativo» del dibattito relativo alle implicazioni della *Brexit*. Il problema era, com'è noto, quale fosse il «corpo politico» legittimato a dare avvio alla predetta procedura⁴⁴.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità*, cit., 1991 ss.

⁴² Cfr., sul tema, G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari 2005. In tema sia consentito rinviare ora al mio *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, cit.

⁴³ Cfr., per tutti, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 136, il quale individua, oltre all'obiettivo proprio del costituzionalismo di contenere il potere, quello di utilizzare lo stesso per il miglioramento della società.

⁴⁴ A. TORRE, *In difesa del Parlamento. La High Court of Justice britannica entra in campo*

La diffusa riscoperta della sovranità, forma politica e giuridica che torna periodicamente a veicolare insopprimibili istanze di rinnovamento sociale, è l'espressione più evidente della crisi della globalizzazione come paradigma positivo. Una sovranità che, plasmandosi secondo la logica di un nuovo "costituzionalismo populista", potrebbe ispirare importanti trasformazioni costituzionali.

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre chiedersi se il costituzionalismo populista sia solo una degenerazione teorica del costituzionalismo moderno, reazione di rigetto alle esasperazioni dei processi di costituzionalizzazione del diritto sovranazionale e del diritto internazionale. C'è forse qualche istanza degna di considerazione alla base delle concezioni che oggi tendono a rivalutare il principio di sovranità popolare e spingono verso il ridimensionamento delle istituzioni di garanzia?

Sembra doversi concludere che, se le soluzioni prospettate dai populistici non risultano convincenti, appaiono, invece, concreti i problemi dagli stessi posti in evidenza. Le gravi difficoltà delle istituzioni rappresentative, determinate oltre che dal fattore esogeno del processo di globalizzazione, da una serie di fattori endogeni (come l'endemica instabilità del sistema partitico, il transfughismo parlamentare, il dilagare della corruzione) rischiano di segnare un declino irreversibile del modello democratico costituzionale⁴⁵. D'altro canto, chi scrive ha pure condiviso, in altra sede, le diffuse critiche ad un sistema istituzionale che affida ormai, in troppe occasioni, agli organi giurisdizionali il riconoscimento *ex novo* dei diritti, oltre che la loro protezione nei casi concreti⁴⁶. Un assetto che amplia notevolmente, rispetto al passato, le opportunità di garanzia dei diritti di libertà, ma senza riuscire a farlo in condizioni di eguaglianza e di pari trattamento, posto che, in assenza di una disciplina generale che assicuri a tutti il godimento delle situazioni giuridiche di volta in volta in gioco, soltanto chi è nelle condizioni (anche, e soprattutto, economiche) di poter attivare i necessari rimedi giurisdizionali può sperare di ottenere giustizia.

Sul piano speculativo, la progressiva "rimozione" o neutralizzazione, più o meno manifesta, della sovranità dal campo d'indagine della scienza costituzionalistica, oltre a privare quest'ultima di strumenti d'analisi necessari alla comprensione di fenomeni tutt'altro che virtuali, non giova alle esigenze epi-

sul Brexit, in *www.eticaeconomia.it*, 14 novembre 2016. Cfr. anche F. ROSA, [Forum DPCE Online - Brexit] *Westminster First*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 27 gennaio 2017; S. GIANNELLO, Il caso "Miller" davanti alla *UK Supreme Court*: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della *Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 1 ss.

⁴⁵ In tema si rinvia ai contributi pubblicati in A. MORELLI, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano 2015.

⁴⁶ Sia consentito a rinviare al mio *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1452 ss.

stemiche di una disciplina orientata primariamente allo studio dei limiti giuridici imposti (e imponibili) al potere politico⁴⁷.

La sovranità svolge, infatti, nel diritto costituzionale un ruolo ancora oggi insostituibile: *quello di dare forma, di rendere riconoscibile e, dunque, giuridicamente limitabile il potere*. Se è pensabile un sovrano senza Costituzione (nel peculiare significato attribuito a tale termine dal costituzionalismo moderno), appare invece inconcepibile una Costituzione senza sovrano. E l'illusione di attribuire a quest'ultima la potestà sovrana ha come unico effetto quello di occultare i soggetti della sovranità, dietro l'*auctoritas* di un testo che non può che vivere attraverso le letture e le applicazioni dei suoi interpreti.

La sovranità conserva, nel patrimonio concettuale del costituzionalismo, la funzione propria di quelle che Hans Blumenberg chiamava «metafore assolute»⁴⁸, «traslati» che non riescono ad essere ridotti in termini logici, ma che forniscono una rappresentazione complessiva della realtà (in questo caso, di quella ordinamentale), orientando l'agire dell'individuo.

La sovranità, dunque, *racconta* una realtà giuridica che non può essere trascurata. Il problema è, piuttosto, quello di capire se il potere politico *reale* sia ancora contenuto nella *forma* della sovranità popolare o se quest'ultima non costituisca oggi una sorta di guscio vuoto, in relazione al quale agiscono limiti istituzionali sempre più simili ad ingranaggi obsoleti che girano a vuoto. Si tratta, com'è evidente, di una questione che non mette in discussione il ruolo degli organi di garanzia ma che, semmai, in una prospettiva di politica del diritto, suscita interrogativi sulle esigenze di aggiornamento dell'assetto istituzionale.

⁴⁷ Per una diversa ricostruzione, come si è detto, si rinvia a A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 1 ss.

⁴⁸ H. BLUMENBERG, *Paradigmen zu einer Metaphorologie, Archiv für Begriffsgeschichte*, VI, Bonn, H. Bouvier und Co., 1960, trad. it. *Paradigmi per una metaforologia*, Bologna, Raffello Cortina Editore, 2009, 4 ss.

GLOBALIZACIÓN Y RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS

Íñigo A. Navarro Mendizábal
ICADE – Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La Globalización. – 3. Familia y sucesiones. – 4. Los derechos reales. – 5. Contratos. – 5.1. El contrato estandarizado, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas. – 5.2. La defensa de la competencia y las prácticas desleales con los consumidores. – 5.3. Garantías y responsabilidad. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

Fui invitado a participar en el tercer Seminario Ítaloespañol titulado «Constitución y globalización» y, como soy profesor de Derecho civil, el enfoque que realicé fue algo distinto del que hacían mis admirados compañeros constitucionalistas y politólogos, pero creo que complementaba bien muchos de sus discursos.

En primer lugar, he de advertir que la constitución de la que yo voy hablar no es la Constitución desde un punto de vista jurídico, sino de otras cosas más pegadas al terreno. Hay quien ha dicho que la auténtica constitución¹ de una sociedad está, en parte, en su Código civil. Es donde se regula cómo se casan los ciudadanos, cómo se compran la casa en la que viven, cómo heredan, cómo hacen testamento... No me atrevo yo a decir cosas tales, pero indudablemente en los códigos civiles se encuentran reguladas una serie de relaciones jurídicas que conforman el ADN de una sociedad. No son la constitución, pero sí son la forma en que se constituye una sociedad, cómo se teje.

Pues bien, estas relaciones jurídico privadas que he mencionado, están siendo gravemente afectados por la globalización. Todo está cambiando muy rápido. O, si se prefiere, estamos en constante cambio.

Mi aportación será señalar cómo está afectando la globalización a las relaciones jurídico privadas, lo que complementa la parte medular que es la Globalización y la Constitución, la de verdad.

¹ Jean Carbonnier, uno de los juristas más importantes de Francia en el siglo XX, escribió un provocador artículo dedicado al Code en el que afirmaba que era la «verdadera constitución» de Francia. Véase Remy Cabrillac, *Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?*, *Revue Juridique Thémis* 39. Tomo 3. Québec. pp. 245 y siguientes.

2. La Globalización

Las acepciones 3ª y 4ª del término globalización en el DRAE son: «3. f. Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres.

»4. f. Econ. Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos».

Coexisten dos cuestiones independientes: una referida a lo económico y otra que afecta a modos, valores, tendencias... La ONU lo explica diciendo que «La globalización es un fenómeno inevitable en la historia humana que ha acercado el mundo a través del intercambio de bienes y productos, información, conocimientos y cultura.

»En las últimas décadas, esta integración mundial ha cobrado velocidad de forma espectacular debido a los avances sin precedentes en la tecnología, las comunicaciones, la ciencia, el transporte y la industria.

»Si bien la globalización es a la vez un catalizador y una consecuencia del progreso humano, es también un proceso caótico que requiere ajustes y plantea desafíos y problemas importantes»².

Se han superado ya conceptos como el de aldea global que lanzara Marshall McLuhan³, aunque el término sigue siendo tremendamente descriptivo, pues parece que vivimos en una auténtica aldea cuyo tamaño es global.

La economía se ha globalizado y esta globalización se profundiza cada vez más y más aceleradamente, con unos saltos tecnológicos que no dejan de sorprendernos. Hoy en día, un artesano que pretende vivir aisladamente en un pueblo del Cabo de Gata vendiendo sus artesanías, lo sepa o no, le guste o no, tiene una competencia global con productos que se pueden adquirir fácilmente con unos pocos click. Y de la misma manera la cultura se va globalizando cada vez más y puede convertirse en *tendencia* en Madrid un producto que lo está siendo en Estados Unidos como por ejemplo el *spinner*.

Viviendo en un mundo globalizado, y globalizándose aún más, dicen los expertos y los gurús de mucha índole que vivimos en un mundo VICA (o VUCA por su acrónimo en inglés) porque está caracterizado por:

- la volatilidad. De acuerdo con el DRAE volátil es «Mudable, inconstante» (3ª acepción) y en lo que se refiere a los mercados financieros es «inestable u oscilante» (4ª acepción). Esa mutabilidad e inconstancia hace referencia a otro término muy de nuestro tiempo: el cambio. Parece que todo está en constante cambio y que son cambios profundos y rápidos. La tecnología

² <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>

³ Mc Luhan, Marshall, *La galaxia de Gutenberg*, Origen Planeta, México, 1985.

es muy cambiante y nadie sabe a ciencia cierta qué ocurrirá dentro de un año o dentro de dos. Los cambios son tan profundos que basta con mirar lo que hace el móvil actualmente y recordar lo novísima que es toda la tecnología que lo acompaña. El móvil ya es el reloj, cámara de fotos, ordenador en el que recibir el correo electrónico, el quiosco en el que se leen las noticias, la puerta de acceso a las redes sociales, el lugar que nos informa del tiempo que hará al día siguiente, el GPS, la cartera para guardar las entradas del cine o las tarjetas de embarque... Y quién sabe lo que haremos con él dentro de unos años o si todo se habrá transformado en otro aparato más pequeño y más potente.

Pero lo mismo ocurre con los bancos, los partidos políticos, las modas, los comercios de las calles: parece que todo cambia. Hay muchas frases y sentencias que se ponen de moda queriendo expresar este ambiente y quizás una de las buenas es la que dice: no estamos en una época de cambio, sino en un cambio de época.

- la incertidumbre. La certidumbre o certeza es, según el DRAE: «1. Conocimiento seguro y claro de algo. 2. Firme adhesión de la mente a algo conocido, sin temor de errar». La incertidumbre tiene que ver con la imprevisibilidad, pues cuando algo es imprevisible desaparece ese conocimiento seguro y claro de lo que vaya a ocurrir. Si se me permite, es un concepto que está muy unido al de caso fortuito en el Código civil (art. 1105), que de acuerdo con las mejores interpretaciones supone que se produzca un suceso imprevisible e inevitable. La imprevisibilidad, como siempre ocurre en el Código civil, supone que el sujeto que está intentando alegar el caso fortuito debe desplegar una diligencia en la previsión que debe ser conforme a la naturaleza de la obligación y de acuerdo con las circunstancias de persona tiempo y lugar.

- la complejidad. Complejo, de acuerdo con el DRAE, puede ser tanto «Que se compone de elementos diversos», como complicado, esto es «Enmarañado, de difícil comprensión». Creo que la complejidad de la realidad actual tiene que ver con las múltiples interconexiones existentes. Véase lo que ocurre con los *memes* de internet⁴ que se vuelven virales: comienzan en un sitio y muy rápidamente se van desplazando hasta ser vistos por miles y miles de personas. Un producto con un defecto en un lugar del mundo puede afectar a la reputación global de una compañía o un abuso policial en una calle puede provocar una reacción internacional.

Las redes sociales suponen la conexión de muchísimas personas y esta interconexión global comporta complejidad. Esa complejidad es «plana», horizontal, en el sentido de que no está organizada jerárquicamente, por lo que es muy difícil controlar lo que ocurre. Por eso no resulta nada claro el averi-

⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Meme_de_Internet.

guar el porqué de las cosas, no se saben las relaciones causa – efecto: ¿por qué un determinado video se convierte en viral y es visto por millones de personas y no otro? No sé si es predecible, si existe una relación causa – efecto que muestre que un video se va a convertir en viral.

- la ambigüedad. En cuanto a qué es ambiguo, dice el DRAE, «Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión». En realidad, hoy es muy difícil «leer» lo que está pasando. Podemos ver lo que ocurre, pero no podemos interpretarlo, comprenderlo o existen diversas interpretaciones para el mismo hecho. La ambigüedad siempre ha existido, porque la riqueza de las interpretaciones forma parte del propio género humano, pero hoy en día ocurre que demasiadas cosas son tremendamente ambiguas con muchísimas posibles interpretaciones. Es decir: hay más cuestiones afectadas por la ambigüedad y la ambigüedad es más vasta. En estas condiciones, las posibilidades de error de interpretación aumentan considerablemente.

La globalización interactúa también con la llamada posmodernidad, como reacción a la modernidad que empezó a fraguarse en el siglo XX y ha encontrado una mayor expresión en el XXI. La posmodernidad reacciona a ideas como la de progreso y a las utopías modernas, algunas de las cuales habían devastado el mundo en la II Guerra mundial y tienen un cierto sabor de desencanto y de vuelta a lo individual y a la fragmentación⁵.

Es en esta posmodernidad y en este mundo VUCA, ocurren cosas como el triunfo de la llamada posverdad, lo que casi parece una consecuencia lógica de los parámetros planteados. Se ha llegado a plantear que la «verdad» ha muerto, igual que Nietzsche advirtió de la muerte de Dios. Esto habría ocurrido al sustituir la verdad, por las verdades de cada individuo, pues con un relativismo valorativo postmoderno no habría una verdad sino muchas verdades, que además se teñirían con las emociones y creencias personales de cada una de los individuos, pues en la actualidad las emociones también generan verdad. Así, una concepción de verdad objetiva y empírica habría muerto.

En nuestro ámbito, el Derecho se ha convertido cada vez más en algo volátil, incierto, complejo y ambiguo⁶. La seguridad jurídica que demandamos muchas veces se ve atacada precisamente por estas características. La volatilidad hace que se reformen y contra reformen las normas, incluso las que crean sistemas, muy rápidamente. Por poner un ejemplo, el Código penal de

⁵ Veáanse las certeras descripciones realizadas a finales del s. XX por MINDA en *Postmodern Legal Movement* (Ed. New York University Press, 1995), en concreto el capítulo *Postmodern Jurisprudence* pp. 124 y ss.

⁶ MINDA, *Jurisprudence in Transition* en *Postmodern Legal Movement*, pp. 189 y ss.

1995 ha sufrido más de 30 reformas, muchas de ellas de gran calado o el sistema educativo español ha sido sometido a cambios de orientación muy dispares que han durado como mucho 2 años.

Muy conectado con lo anterior, hay planteamientos filosóficos como el que hizo el filósofo polaco Zygmunt Bauman acuñando el término de la modernidad líquida⁷. Parece que las realidades, las instituciones y las identidades sólidas van desapareciendo y hay que estar constantemente adaptándose a un entorno cambiante, por lo que la identidad será maleable o voluble y nos vemos obligados a vivir en un cierto nomadismo. Si se me permite: quien esté anclado a algo parece que se ahogará y, en cambio, lo que hay que aprender es a hacer surf sobre las corrientes cambiantes que aparecen.

Sin duda, todo lo anterior está afectando de manera profunda a todo el Derecho y a las relaciones jurídico privadas. Así, podríamos hablar de un Derecho líquido en el que las viejas y tradicionales instituciones van desapareciendo y dando lugar a estructuras flexibles que cambian constantemente (pensemos en los cambios estructurales que está experimentando la familia). Igualmente podríamos descubrir un Derecho posmoderno, que ha renunciado a las grandes utopías y con un cierto desencanto y una gran fragmentación pretende únicamente regular instituciones aisladas, abdicando de la sistematicidad global que la codificación representó. Asimismo, se podría predicar la volatilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad del propio Derecho actual...

A continuación, voy a reflejar algunos casos en los que las relaciones jurídico privadas se están viendo afectadas por la globalización. Lo siguiente no es exhaustivo en ningún sentido, ni están todos los supuestos, ni cada uno está estudiado en profundidad. Entonces, ¿para qué sirven estas páginas?, ¿cuál es su sentido en esta obra? Como advertí al principio, sin duda la globalización está afectando a la Constitución, pero también lo está haciendo a muchas relaciones que caen dentro del ámbito del Derecho civil y creo que es enriquecedor para quienes estudien lo primero, el saber lo segundo, porque el sistema jurídico no está tan fragmentado como para que se pueda abstraerse una parte de la otra.

3. *Familia y sucesiones*

Siempre se ha pensado que el código civil está muy apegado al terreno concreto, sobre todo al que le vio nacer y por eso se le tacha, en ocasiones, de rural, antiguo, de tener un realismo colorista del pasado, de ser muy conservador... es verdad que instituciones como el matrimonio son realmente antiguas, pero también lo es que todo está cambiando.

⁷ *Vida líquida*. Barcelona. Paidós Ibérica. 2006. ISBN 978-84-493-1936-5.

El concepto de matrimonio en sí y la visión que del mismo se tiene ha cambiado bastante en los últimos años. Entre los cambios notables que se han producido son por ejemplo la cifra de divorcios anuales que, desde el año 2000, vienen superando los 100.000⁸, lo que ha cambiado, consecuentemente, la forma de entender el derecho de familia que cada vez se dedica más a la prevención de problemas que se puedan derivar de la futura ruptura, lo que influye tanto en el derecho patrimonial, como en previsiones que se hacen para lo que pueda ocurrir si se rompe el matrimonio. Los conocidos coloquialmente como *prenups* (*prenuptial agreement*) son contratos muy habituales en el mundo angloamericano y cada vez más en el nuestro, en el que se detallan provisiones fundamentalmente patrimoniales para el caso de ruptura. Del matrimonio como institución inalterable pasamos al matrimonio contrato-institución y finalmente al matrimonio contrato y, en estos tiempos que corren, parece que vamos a llegar en algunos casos a un matrimonio líquido, que no tendrá más que una vigencia temporal para una persona que encadenará matrimonios sucesivos.

La idea de contrato de fácil resolución se ha impuesto en el matrimonio, quizás basándose en que se trata de un contrato intuitu personae, basado en la confianza recíproca y que la confianza se puede perder sin necesidad de que se señale una causa.

Hay más cuestiones que son globales, como por ejemplo el debate sobre si incluir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del sistema jurídico. El matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido, dentro de la UE, en Holanda, Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia y Alemania y también en Noruega e Islandia. Y lo llamativo de la globalización es que, si antes podía considerarse que los modelos de familia estaban muy atados a la cultura nacional, actualmente el debate sobre la admisión de este tipo de matrimonios es global. El hecho de que haya sido admitido en España y los argumentos que se usaron para defenderlo se reproducen en otros países y a la vez, las vicisitudes del debate en otros países son seguidas en España con el máximo interés. Como resultado de la globalización, muchos debates de Derecho de familia son globales.

Por un lado, se produce una cierta estandarización del derecho de familia que cada vez se parece más en todo el mundo, pero por otro persisten diversidades culturales regionales en la propia concepción de la familia. No me refiero a cuestiones religiosas (aunque quizás tenga algo que ver), sino a aspectos más económicos. En los países del sur de Europa, igual que en Amé-

⁸ Véanse las Estadística de nulidades, separaciones y divorcios que viene haciendo desde 1998 el INE (<http://www.ine.es>).

rica Latina, la familia como red asistencial⁹ es muy importante, como se ha mostrado en muchos países en la reciente crisis económica. Los periódicos se llenaron de reportajes de personas concretas en los que se podía leer que toda una familia subsistía gracias a la pensión de uno de los abuelos por ejemplo. Esta red asistencial es diferente a lo que sucede en el norte de Europa o en Estados Unidos y tiene su importancia en el ámbito económico, pero también en el ámbito jurídico. La fragmentación y la individualización típica de la sociedad postmoderna, no alcanza la misma intensidad en el norte de Europa que en el sur y eso, en parte se debe a la concepción de la familia que se tiene.

En el derecho de sucesiones, estos tiempos de globalización son más propicios para normas liberalizadoras¹⁰. Los regímenes de legítimas forzosas parecen que tienen que ver con la familia como unidad de producción y con una riqueza troncal, que una generación recibe de la anterior y debe transmitir a la posterior. Sin embargo, cuando la riqueza la crean los individuos aisladamente y cuando la familia ha dejado de ser una unidad de producción, ¿por qué debe coartarse su libertad de testar?

4. *Los derechos reales*

En el derecho patrimonial, la globalización está afectando de manera clara a todos sus ámbitos, lo que no es de extrañar, pues, una globalización económica como la que estamos viviendo, supone una alteración de las reglas que gobiernan el entramado jurídico a través del cual se desarrolla esa economía. Veamos algunos ejemplos.

Hace muchos años que se viene hablando de la defensa del medio ambiente a través de los derechos reales¹¹, lo que en realidad supone la defensa de «mi propio medio ambiente» a través de la defensa de «mi propiedad». Es lo que se podría denominar el «greening» de los derechos. El concepto de «greening» pasa por convertir en más ecológico un espacio, una industria, un estilo de vida... y es una de las múltiples tendencias que han aparecido en las últimas décadas. Así, el derecho de propiedad ha vivido su propio «reverde-

⁹ Actualmente han emergido conceptos como el de la sociedad de los cuidados en los que la familia tiene un importante significado. Véase por ejemplo la Lección inaugural del curso 2016-2017 en la Universidad Pontificia Comillas de Fernando VIDAL, https://www.comillas.edu/images/Documentos/Leccion_Inaugural_2016-2017_DEFINITIVA.pdf.

¹⁰ Véase por ejemplo La subsistencia de la legítima. Un caso de pereza legislativa, Victorio MAGARIÑOS BLANCO (<https://hayderecho.com/2017/02/08/la-subsistencia-de-la-legitima-un-caso-de-pereza-legislativa/>).

¹¹ Cfr. NAVARRO MENDIZABAL, *Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil*, Dykinson 1997.

cimiento» al incorporar en su propio ser las tendencias ambientales. El razonamiento es sencillo: la propiedad es el derecho de usar y disfrutar de una cosa, lo que incluye de manera muy importante la facultad de goce. Para que pueda existir una efectiva facultad de goce de una finca es imprescindible que esa finca tenga un medio ambiente adecuado, o, al revés si se prefiere, una de las formas de impedir la facultad de goce de una finca es contaminar su medio ambiente. Si esto es así, el ataque al medio ambiente de una finca supondrá atacar la facultad de goce del derecho real de propiedad y, con las mismas, el derecho real de propiedad. De esta forma las acciones de defensa de la propiedad servirán para defender el medio ambiente de la finca: defender el medio ambiente es defender la propiedad y viceversa. Con este sencillo razonamiento se comprende qué significa el «greening» del derecho de propiedad, que se convierte en una eficaz herramienta en la defensa del medio ambiente, sin cambiar un ápice su construcción doctrinal o legal, sino simplemente acogiéndolo dentro de su facultad de goce de un medio ambiente adecuado. Como puede observarse, las ideas de ecología o de defensa del medio ambiente son más producto de la globalización que de los conceptos que aparecen en los Códigos civiles, pero sirven para resiliuar los viejos conceptos. Por ello podríamos decir que la ecología, por ejemplo, hace reverdecer la propiedad (en los dos sentidos de greening y de rejuvenecer la figura).

Lo curioso de lo anterior es que la globalización está afectando en muchos campos, no mediante la introducción de nuevas ideas o nuevos conceptos, sino reformulando los ya existentes.

Otras figuras clásicas de los derechos reales también se están viendo afectadas por la globalización, como la hipoteca. Es verdad que, en diversos países, con diferentes economías, hay dispares regulaciones de la hipoteca, pero también lo es que esta figura (o lo que sea parecido) ha estado en el corazón de la crisis financiera y de las crisis inmobiliarias que han afectado a cada país en función de su estructura económica. Siendo tan diferentes en todo, en Estados Unidos uno de los inicios del cataclismo fue la crisis de las hipotecas *subprime* y en España es común culpar también a la «alegría crediticia» y la burbuja inmobiliaria como causante en parte de la crisis. Resulta curioso que cualquier jurista español podría explicar las diferencias que hay entre la hipoteca española y la *mortgage* estadounidense, mientras que cualquier economista creerían que son lo mismo, porque prácticamente sirven para los mismos fines económicos.

En fin, la hipoteca como protagonista de la crisis y la hipoteca española alterada por las sentencias europeas. Vivimos unos tiempos en los que el TJUE dicta la más importante y disruptiva jurisprudencia sobre las hipote-

cas¹². La jurisprudencia europea ha cambiado hasta el Reglamento hipotecario¹³ y todo ello dentro de una crisis de carácter planetario que ha afectado muy gravemente a España: ¿no es un ejemplo claro de la globalización golpeando las relaciones jurídico privadas?

Otro ámbito en el que el proceso de globalización, mezclado con las tecnologías actuales, está siendo especialmente devastador es el de la propiedad intelectual. El art. 2 LPI dice que «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Sin embargo, hoy el mantenimiento de esa plena disposición y del derecho exclusivo resulta casi imposible.

El Consejo Económico y Social de la ONU emitió una declaración el 26 de noviembre de 2001 titulada «*Human rights and intellectual property*»¹⁴ en la que se concluye: «*The Committee considers of fundamental importance the integration of international human rights norms into the enactment and interpretation of intellectual property law. Consequently, States parties should guarantee the social dimensions of intellectual property, in accordance with international human rights obligations to which they have committed themselves. An explicit commitment to do so and the establishment of a mechanism for a human rights review of intellectual property systems are important steps towards that goal*». Si hasta la ONU se ve obligada a señalar que es necesario coherenstar la IP con los derechos humanos, es fácil adivinar cuál es la posición de los movimientos libertarios, partidos pirata, movimientos por el software libre, por la cultura libre...

El embate que está sufriendo la propiedad intelectual es enorme. Basta aproximarse a datos como los que revela «*Magnitude of counterfeiting and piracy of tangible products: an update*» de la OECD¹⁵, para darse cuenta de lo que está pasando, por no hablar de la escasa conciencia social que hay sobre lo que se debe proteger mediante la IP.

¹² Véanse por ejemplo sobre cláusulas abusivas SSTJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc – WL TJCE\2017\171); de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus – WL TJCE 2017\31); de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo - WL - TJCE\2016\309); de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz – WL TJCE\2013\89)...

¹³ Véase por ejemplo la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.) (WL TJCE 2012\143)

¹⁴ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/statements/E.C.12.2001.15HRIIntel-property.pdf>

¹⁵ <http://www.oecd.org/industry/ind/44088872.pdf>

5. Contratos

El concepto actual de contrato no es universal, en el sentido de que no ha existido siempre y en todo lugar, sino que su origen concreto podemos encontrarlo en el Code francés de 1804 y en él podemos ver reflejada la trilogía revolucionaria de libertad, igualdad y fraternidad. Baste recordar el art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». En este artículo parece que tenemos a dos contratantes que pueden negociar para lo que es prerequisite que tengan una cierta igualdad o un cierto equilibrio de poder, pues si uno es mucho más poderoso que el otro, más que negociación hay imposición. Y lo mismo ocurre en cuanto a la libertad que las partes tienen al entrar en la negociación y que continúa con la libertad de contenido expresado en una trilogía, expansiva desde el punto de vista lingüístico, que expresa con tremenda elegancia que se puede pactar de todo: «pactos, cláusulas y condiciones». En buena lógica, si dos partes libres e iguales o, al menos, equilibradas, alcanzan un acuerdo tras pactar lo que más les conviene, llegan a un cierto abrazo fraternal que es el contrato. Así, el contrato se convierte en la «fraternidad jurídica» concreta de las partes.

Los cimientos históricos (las *foundations* que podría decir un manual estadounidense) del concepto de contrato actual, en mi opinión, son tres fundamentalmente: ético, económico e ideológico.

El cimiento ético podemos encontrarlo en la decisiva influencia del Derecho canónico que fue tan importante para que naciera el concepto de contrato. Dicha influencia apuntó en la dirección de liberalización y espiritualización, de una manera peculiar, pero efectiva. La cuestión es sencilla: 1) los juramentos hay que cumplirlos, lo que es una obligación moral de veracidad y 2) si se establece una obligación con un juramento, aquella habrá que cumplirla porque la obligatoriedad deriva del juramento. Es una sencilla manera de sacudirse todo el formalismo y ritualismo que existía en los contratos en la Edad Media.

Véase que desde los albores del concepto de contrato existe una obligación moral de cumplirlos. La inmensa mayoría de los contratos se cumplen de manera espontánea, sin que haya que exigir el cumplimiento, con la misma naturalidad que se paga el café que se acaba de tomar, pues todos sentimos que los contratos hay que cumplirlos. Hay un componente ético evidente en los contratos, que es el que impulsa a su cumplimiento. También es verdad que este componente ético de los contratos se está diluyendo en algunos ámbitos. En el ámbito del Derecho del consumo, el consumidor no se siente obligado con quien contrata, más que a un escrupuloso cumplimiento de lo que debe y exige lo pactado e incluso las expectativas que le han generado, más allá de lo concretamente contratado.

El pilar económico podemos descubrirlo a la vez que el propio nacimiento del Derecho mercantil. En los conflictos jurídicos que se producían entre comerciantes, en los que en muchas ocasiones había varias legislaciones aplicables, se solía mantener el principio *solus consensus obligat*. Realmente esto era una clara exigencia del tráfico. Sin pecar de materialismo a ultranza o de marxismo, es evidente que la realidad económica influye en el Derecho (no diré que lo determina, pero la existencia de una influencia es innegable). Ocurre que la integración económica que lentamente se iba produciendo iba exigiendo una cierta unidad de legislaciones. Y para la unidad de legislaciones entre comerciantes se preferiría renunciar en todo lo posible a las formalidades, que en muchas ocasiones son rigideces locales. Si un artesano de Barcelona quería vender sus productos en Bilbao, Badajoz, Madrid y Sevilla, querría que todos los contratos estuvieran sometidos a la misma normativa y desde luego le resultaría un embrollo si en cada una de las plazas tuviera que colmar formalidades distintas. Por eso no es de extrañar que este tráfico entre comerciantes militara en *pro* de una unidad del concepto de contrato vertebrada en torno a la libertad formal y al *solus consensus obligat*¹⁶

El contrato es la herramienta fundamental de la sociedad de mercado. Todo lo que entra en el tráfico económico, lo hace con un contrato. No hay sociedad de mercado sin contrato, pero más todavía, los cambios que se producen en el propio mercado, se realizan también con contratos que van variando. Una sociedad económicamente globalizada exige contratos globalizados, si no, ¿cómo podría prestar sus servicios Facebook o Google, por ejemplo?

Por último hay que mencionar la base ideológica que está detrás y que tiene que ver con la idea de que la generadora de las obligaciones es la propia voluntad que se manifiesta en el contrato. La voluntad como generadora de obligaciones es una idea con la que están de acuerdo todos los pensadores revolucionarios y también DOMAT Y POTHIER. El art. 1134 del Code prescribe: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*» (muy parecido al art. 1091 CC). El contrato es realmente una de las ideas clave del pensamiento revolucionario. Como concepto que encarna la idea de libertad se puede aplicar a casi todas las esferas de la vida.

¹⁶ Nótese que una realidad económica integrada exige una cierta unidad jurídica, lo que es algo parecido a lo que está ocurriendo con la normativa de la UE por ejemplo en protección de consumidores. El mismo ejemplo propuesto, pero con un fabricante de Vitoria que quiere vender sus productos en las ciudades de Berlín, París, Roma Lisboa y Madrid haría pensar que este fabricante quiere tener las mismas normas en todos los sitios en los que va a vender su mercancía. Dicho de otro modo, lo que le resultaría insoportable es tener que realizar producciones diferentes según el sitio en que va a vender y que eso derivara de los requisitos exigidos por la normativa, por lo que cuanto más pueda unificar todo el proceso, incluyendo el contrato, mejor que mejor.

Desde el punto de vista jurídico-económico el contrato rompe obstáculos y rigideces del antiguo régimen y beneficia el movimiento de bienes, servicios y propiedades, lo que favorece a la clase ascendente, la burguesía, y engrasa la maquinaria necesaria para comenzar a crear un desarrollo industrial. La idea de contrato resulta tan seductora en este período que todo parece poder explicarse como un contrato. Definitivamente pasa a considerarse un contrato por ejemplo el matrimonio, de tal forma que existen derechos y obligaciones mutuos y la posible resolución del mismo en caso de incumplimiento a través del divorcio. Hasta la integración del hombre en la sociedad se hace a través de un contrato social por el que todos los individuos que vivimos en sociedad estamos obligados por el solo hecho de vivir en sociedad. El contrato, para un liberal de los de entonces, con unas ideas tan libertarias que pueden parecer anarquistas, es una expresión más de la Libertad. Es la forma de superar la aparente contradicción que se puede producir entre considerar al hombre libre y que deba asumir obligaciones. Para uno de esos liberales el hombre es esencialmente libre y su libertad es plena: es 100% libre. Con el contrato, este hombre libre, en uso de su libertad y de su voluntad: se obliga a sí mismo, se obliga porque él quiere. De esta forma la obligación pasa a ser una nueva prueba de su libertad, pues se obligó en uso su libertad.

Este concepto liberal del contrato fue asumido por el Code y posteriormente se copió o influyó en otros CC como el nuestro, de forma tan vigorosa como las propias ideas revolucionarias se propagaron por Europa y se fueron institucionalizando en los países.

5.1. El contrato estandarizado, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas

Sin embargo, este contrato negociado entre partes iguales y libres no es el más normal actualmente. Los contratos que se están celebrando por miles cada instante son de consumidores comprando en este mundo económicamente globalizado. No siempre existe libertad para contratar, pues no se es libre, por ejemplo, para vivir con o sin agua, electricidad... La trilogía revolucionaria no existe como sustrato del contrato, pues no hay libertad, ni igualdad y tampoco fraternidad.

En este ambiente ha surgido con mucha fuerza el Derecho de consumidores. Hay que tener en cuenta que toda la globalización económica se produce en una sociedad de mercado que favorece un consumo masivo que se hace a través de una contratación masiva.

Una de las primeras consecuencias de la globalización económica fue la estandarización de los contratos. Esto proceso es algo que se fue gestando en el s. XIX y eclosionó en el XX. Ya en 1917 escribía Isaac NATHAN «The

Standardizing of Contracts» en *The Yale Law Journal*¹⁷ en el que se hacía eco de una serie de reflexiones como que la historia del progreso podía concentrarse en una evolución del status (algo más propio de sociedades feudales) al contrato como vehículo de intercambio. Así, se pasó de amo y sirviente a empleador y empleado, porque en un caso eran status y en otro una relación contractual. Sin embargo con la pérdida de la libertad contractual y su estandarización, se estaba superando la idea de libertad y progreso que el contrato suponía.

El contrato de adhesión es aquél en el cual el oferente propone condiciones a una gran masa de público en general de manera desindividualizada y el aceptante simplemente se adhiere o no al mismo. El contacto de adhesión se separa del concepto de contrato que parece latir tras el art. 1255 CC, cuando dice que los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones, pues no es un contrato negociado e individualizado, sino masivo¹⁸. Prácticamente todo lo que llevamos encima en cualquier día normal ha sido adquirido a través de un contrato de adhesión: desde la ropa interior, hasta los zapatos, pasando por los bolígrafos, gafas o el ordenador portátil. Los contratos de adhesión, más que una extraña categoría contractual, son, cuantitativamente, los contratos más habituales y diarios.

Los contratos de adhesión son la forma a través de la cual se realiza el consumo en masa típico de la sociedad en la que vivimos y es consecuencia de la centralización de los poderes de decisión en la producción y en la distribución y no en el campo de la demanda: supongamos que una persona se presenta en diversos grandes almacenes queriendo comprar una camiseta que sea naranja por delante y verde por detrás, con el logo de los Rolling Stones en la manga derecha y el nombre Herbert von Karajan en la izquierda, pues se considera una persona de gustos muy amplios. Probablemente en cada una de las tiendas que visite le enseñarán lo que hay y puede que incluso le digan que el naranja ya no está de moda. Este consumidor tendrá que elegir entre lo que hay, adherirse o no al contrato de compraventa que le ofrezcan en algunas de esas tiendas.

Esto afecta incluso a los contratos que realizamos. Pensemos en las empresas que suelen agruparse bajo el acrónimo GAFA: Google, Amazon, Facebook y Apple. Cuando usamos Google, la empresa sabe lo que estamos buscando y archiva esos datos y trafica con ellos, porque nosotros le hemos dado permiso. Cosas parecidas pasan en Facebook, porque como ya vamos sabiendo que si algo es gratis, es que tú eres el producto. Y podríamos seguir viendo supuestos de globalización que afectan a los contratos, pues ¿dónde

¹⁷ Publicado en FISHER, HORWITZ y REED (Editores), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp 82 y ss.

¹⁸ Véase la *STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088)*.

se redactan la política de privacidad que usa Google o la de Facebook o los contratos de Amazon? Los contratos que usan son tan globales como las propias empresas.

Las ventajas de este tipo de contratos son indudables, pues sería imposible el tráfico económico actual sin ellos. Favorecen la simplicidad, la rapidez y el tráfico económico general. Hoy por hoy, no es imaginable que cada consumidor pudiera negociar un contrato individualizado y adquirir un producto hecho a medida cada vez que quisiera comprar un producto de consumo: sería impensable que el Consejo de administración de Iberdrola tuviera que sentarse a negociar con cada cliente.

El consumo de productos en masa se realiza a través de la contratación masiva, pues cada producto se adquiere por un contrato. Siendo esto así, no parece que haya vuelta de hoja y no se puede anatemizar en conjunto la contratación masiva y los contratos de adhesión. Salvo que se pretenda vivir en una comuna anarco primitivista aislada del mundo en que vivimos, nadie puede sustraerse a los contratos de adhesión. En sí mismos, esencial y ontológicamente, no son malos ni abusivos, aunque pueden dar lugar a abusos. Que una de las partes sea la única que influye en el contenido del contrato y que la otra sólo pueda adherirse, puede generar situaciones en las cuales la primera abuse de su poder ante la posición de inferioridad que tiene el consumidor¹⁹. Por ello se ha generado una reacción jurídica para, cautelarmente, evitar la incorporación de cláusulas abusivas y/o desconocidas por el adherente. Esta respuesta jurídica se ha hecho a través de la regulación de las condiciones generales de contratación en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993. En España la regulación se encuentra en la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones generales de la Contratación y en el TRLGDCyU que ha incorporado la normativa sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que estaba en la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁰.

Quizás, lo más llamativo es el concepto de cláusula abusiva que aparece en el art. 80 LGDCyU al fijar los requisitos que deben tener las cláusulas no negociadas individualmente:

«a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y

¹⁹ Véase por ejemplo la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088).

²⁰ En otros países se ha incorporado una referencia a las condiciones generales de contratación en el propio CC como los arts. 1341 dedicado a las condiciones generales de contratación y 1342 sobre contratos concluidos a través de modelos o formularios del Codice Italiano.

usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Como se puede ver, el grandísimo avance de esta ley es la letra c) al exigir buena fe y, sobre todo, justo equilibrio. Ya no se trata de que el consumidor pueda conocer la cláusula y aceptarla, sino de que ésta no genere un desequilibrio entre las partes contratantes. Habiendo un desequilibrio en la formación del contrato, pues una de las partes predispone al contenido, la ley busca que ese desequilibrio original no se traduzca en un desequilibrio material en el contenido contractual.

5.2. La defensa de la competencia y las prácticas desleales con los consumidores

La protección del mercado se ha convertido en una de las banderas principales dentro del mundo de los contratos. No sólo no se discute el mercado, sino que las ideas progresistas en esta materia son las que buscan una defensa de un mercado más claro, más transparente y más comprensible para el consumidor, sobrentendiéndose que si se logra lo anterior, será un mercado más justo.

Los antiguos vicios del consentimiento regulados en los Códigos civiles son superados por las prácticas comerciales desleales con los consumidores. En el fondo son conceptos muy parecidos en lo cualitativo, aunque diferentes en la intensidad. En el Código civil, el dolo, el error, la violencia y la intimidación nos presentan lo contrario a un consentimiento libre, por lo que podríamos inducir que una voluntad contractual libre es aquella que está bien informada (la verdad os hará libres), porque tiene un conocimiento verdadero de la realidad (no hay error), ni está sometido a ninguna maquinación que le quiera engañar y además no está sometido a amenazas, coacciones ni violencias. Pues bien, las prácticas desleales son: acción engañosa; omisión engañosa; práctica agresiva²¹... Inciden en los mismos puntos, pero con muy diferente intensidad. Así, se está creando unos consumidores cuyos umbrales de protección son muy altos e igualmente sus expectativas lo son y hay que cuidarles para que no se vean frustrados en lo que esperaban. ¿No es esto un reflejo de lo que está pasando en muchos otros ámbitos? Por ejemplo, personas que se sienten muy gravemente ofendidas por acciones que en otros tiempos serían casi irrelevantes o ciudadanos con unas expectativas tan altas que transitan de leer un libro del tipo *Las 5 claves del éxito* a otro como *Cómo superar la frustración*.

²¹ Véanse los arts. 4 y ss de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

5.3. Garantías y responsabilidad

En el ámbito de las garantías y de la responsabilidad que están dentro de lo que ocurre cuando se incumple un contrato la globalización se extiende por todos los contratos. Empresas como Amazon u otras que son plataformas que ponen en relación a oferentes de productos y servicios con potenciales consumidores, desde Airbnb, hasta Backmarket operan de manera global. Desde Madrid puedo comprar un iPhone de segunda mano que ha sido «reacondicionado» en cualquier otro país y por supuesto que hay garantías y responsabilidades si el producto no cumple las especificaciones o es defectuoso y causa daños.

La UE se esfuerza denodadamente en regular la protección de consumidores, porque si se fragmentara la legislación, el mercado no podría ser único. Pero más allá, la globalización va exigiendo una regulación globalizada y poco pueden hacer los casi impotentes legisladores nacionales. Facebook dicta sus normas, Google sabe lo que hemos buscado...

En esta materia existen dos tipos de regulaciones que tiene diferente intensidad en su protección. Por un lado están las garantías que buscan que el producto que recibe el consumidor sea conforme con lo que contrató y, si no lo es, podrá pedir la sustitución o reparación y la rebaja del precio o resolución del contrato²².

En la parte más dura del incumplimiento encontramos la normativa sobre productos defectuosos que causan daño y la responsabilidad civil. La expansión desaforada del derecho de daños comenzó en la segunda mitad del s. XX y todos conocemos casos de lo más estrambóticos

El caso, que en Europa puede parecer ridículo, que se puede utilizar para glosar el exceso es el de *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, conocido como el caso del café de MacDonal'd's. El 27 de febrero de 1992 Stella Liebeck, de 79 años, compró un café que le valió 49 céntimos en la ventanilla de autoservicio de un McDonald's en Alburquerque (Nuevo México). El café se le cayó encima y tuvo quemaduras de tercer grado en las piernas por las que demandó a McDonald's. Se aplicó la compensación de culpas (*comparative negligence*), pues el jurado entendió que McDonald's era responsable en un 80%, mientras que Stella del restante 20%, por lo que se redujo la indemnización por daños compensatorios a 160.000 dólares y se concedieron daños punitivos de 2,7 millones de dólares (los beneficios por la venta de café de 1 ó 2 días), aunque esta cantidad se redujo por el Juez a 480.000 (3 veces los compensatorios). El fallo fue recurrido y se cerró por un acuerdo extrajudicial no conocido en todos sus extremos²³.

²² Véanse los arts. 114 y ss de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

²³ En el Reino Unido se intentó un caso similar: *Bogle v. McDonald's Restaurants Ltd.*, en

Un caso como éste ha dado lugar a todo tipo de críticas, desde las que sirven para divertirnos a los juristas como los célebres *Stella Awards* que se conceden a los casos más escandalosos, vergonzosos o ridículos, hasta críticas demoleadoras contra el sistema realizadas por juristas estadounidenses.

Los pleitos se replican de país en país e incluso los demandantes y sus abogados buscan víctimas allí donde las haya para mejorar sus pretensiones. Esto ha ocurrido hace poco, por ejemplo, con la cómoda Malm de Ikea que en España no ha sido retirada del mercado, pero desde la página web te hacen la advertencia de «No te olvides de sujetarlo a la pared».

El Derecho de daños también se ha globalizado.

6. Conclusiones

El Derecho se ha globalizado. Todo el Derecho y también el Derecho privado. Hoy en día, incluso se puede hablar de una evolución global del Derecho, como si las diversas Historias del Derecho fueran confluyendo hacia un río común.

Ante la realidad de la globalización económica, la respuesta del Derecho (o su falta de respuesta) también es global, por lo que podemos hablar por ejemplo de un auténtico Global Business Law, más allá del fragmentario derecho nacional. Y digo fragmentado, porque con derechos nacionales sólo se podrá dar respuesta a los problemas globales de manera fragmentada. Y creo que de las peores cosas que pueden pasar es que ante una realidad económica integrada, muchas veces liderada por empresas que son auténticos colosos económicos, solo se pueda dar una respuesta fragmentada nacional. Dicha fragmentación puede poner en peligro incluso un efectivo rule of law en las grandes operaciones económicas globales. Y si el rule of law se quiebra, los que más ganarán en cada momento serán los más poderosos.

El Derecho privado está siendo afectados por la globalización y por los tiempos VUCA que corren. Así, tenemos:

- Volatilidad:

* la legislación en general y también la de Derecho privado es tremendamente volátil.

* los contratos pasan a ser volátiles, lo que alcanza a todo lo que se había

el que se resolvió que McDonald's debía servir el café y el té caliente para satisfacer a sus clientes, por lo que lejos de ser una negligencia hacerlo era su obligación. Y es que, si compramos un café y está frío, probablemente habría un incumplimiento contractual (si se quiere hasta una falta de conformidad con el contrato) de tal forma que se podría pedir la sustitución de ese café por otro caliente. Por eso me resulta chocante que en algunos vasos de café de cadenas comerciales se diga: «el líquido *puede* estar caliente» (*could* en inglés), pues realmente el líquido *debe* estar caliente (*should*).

«contractualizado». Se cambia de compañía de teléfono, de cafetería, de empresa prestadora de servicios audiovisuales, de trabajo y hasta de matrimonio con mucha más rapidez que antes.

- Incertidumbre:

* la incertidumbre lleva a la necesidad de garantizarlo todo o de ofrecer / necesitar de garantías para todo.

- Complejidad: la complejidad del sistema jurídico agrava constantemente los problemas que existen y todavía más si se tiene en cuenta la deficiente técnica legislativa que se emplea. El sistema jurídico en sí mismo es la obra de ingeniería abstracta más compleja existente, con una grandísima interrelación entre todas las piezas: cuando se toca un artículo de una determinada ley, es más que posible que eso tenga consecuencias en muchas otras partes del sistema. Pues bien, se está reformando y parcheando constantemente sin que se puedan realizar planteamientos sistemáticos, lo que agrava la complejidad y asistematicidad del sistema.

- Ambigüedad: la ley siempre parece tener algo de ambiguo para los expertos de las ciencias experimentales. Los científicos de estas ciencias nos miran a los juristas con sorpresa, porque a veces creen que todo es «mucho más sencillo» y que «los abogados lo lían todo». La ley, aun clara, permite cierta interpretación, Pero hoy en día la ambigüedad va más allá y la fragmentación, la posmodernidad y sus consecuencias llegan hasta atacar la seguridad jurídica.

PROSPETTIVE DELLA RAPPRESENTANZA

Carla Bassu*
Università di Sassari

SOMMARIO: 1.- Democrazia rappresentativa: crisi o transizione. – 2. Crisi dei partiti e transfughismo parlamentare. – 3. Rappresentanza territoriale: le sfide di un sistema multilivello. – 4. La questione della rappresentanza di genere. – 5. Nuovi modelli di rappresentanza.

1. *Democrazia rappresentativa: crisi o transizione?*

Di rappresentanza si sente parlare, di questi tempi, soprattutto in termini di crisi e *deficit*¹. Non c'è dibattito pubblico in cui non risuoni il *refrain* sulla carenza di rappresentatività della classe politica. Molti lamentano, soprattutto, la scarsa attenzione dell'*establishment* agli interessi dei cittadini, che – in misura sempre maggiore – manifestano sfiducia e scontento verso i percorsi tradizionali di partecipazione politica. Il ritornello sulla casta privilegiata, incapace di testimoniare e portare avanti le istanze degli elettori è tanto diffuso da aver conquistato un posto di diritto nel *corpus* dei luoghi comuni.

* Relazione tenuta al III Convegno internazionale del Seminario Italospagnolo dedicato a *Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione* e svoltosi presso l'Università di Catania il 5,6,7 dicembre 2016.

¹ V., da ultimo, T.E. Frosini, *Potere costituente e sovranità popolare*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2016, pp. 5 ss.; R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi, *La rappresentanza in questione*, ESI, Napoli 2016; L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2016, pp. 11 ss.; J. L. Cascajo Castro, A. Martí de la Vega (a cura di), *Participación, representación y democracia: XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016; P.G. Monateri, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2014; A. Morelli (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?* Giuffrè, Milano 2015; S. Tormey, *The end of representative politics*, Malden, Cambridge 2015; P. Costa, *Gemina persona: un'ipotesi giuspubblicistica intorno alla crisi del soggetto politico*, Giuffrè, Milano 2015; N. Mattucci, G. Vagnarelli (a cura di), *Crisi della politica, mediazione, rappresentanza*, Aracne, Roma 2015; M. Della Morte, *Rappresentanza v. partecipazione: l'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano 2012; G. Incorvati, F. Marcelli, *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Aracne, Roma 2010; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in F. Biondi, N. Zanon (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 109 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, CEDAM, Padova 2000.

Come si è arrivati a questo livello di sfiducia e distacco dai nostri rappresentanti? Cosa ha messo in crisi il modello di democrazia rappresentativa?

Per tentare di dare una risposta a queste domande occorre ricordare, pur succintamente, l'origine l'evoluzione del concetto di rappresentanza politica.

Come è noto, l'idea di rappresentanza politica era estranea al pensiero degli antichi che non la concepivano dal momento che, come rilevato da Constant², la partecipazione politica si manifestava esclusivamente attraverso il coinvolgimento diretto nelle assemblee pubbliche, al contrario di quanto accade in epoca moderna, in cui la partecipazione alla vita pubblica è filtrata dall'elezione di un organo politico cui spetta il compito di gestire gli affari generali di un ordinamento. È la differenza tra democrazia degli antichi e dei moderni, cui corrisponde la diversa funzione del voto come strumento di decisione (si vota per decidere, direttamente su una questione) o per eleggere (si vota per delegare qualcuno a decidere al posto nostro, scegliendo un rappresentante cui affidare il compito di assumere decisioni)³.

Il concetto di rappresentanza politica si afferma dunque in corrispondenza con la nascita delle istituzioni parlamentari e si fonda sulla distinzione tra governanti e governati, traducendosi in una necessità imprescindibile in un contesto in cui la dimensione fisica degli Stati e la complessità del sistema socio istituzionale non consentono materialmente che i cittadini possano decidere direttamente in ordine a tutte le questioni in agenda⁴.

Rappresentare politicamente significa dunque agire in nome, al posto e per conto di qualcuno in cariche dotate di potere politico decisionale⁵.

La prima manifestazione della rappresentanza politica si afferma con le assemblee politiche medievali che si caratterizzavano per la natura corporativa e rispondevano a un modello prettamente privatistico: i membri delle assemblee parlamentari agivano infatti in qualità di meri mandatari dei soggetti che erano chiamati a rappresentare. Al contrario, la rappresentanza politica moderna si esprime nel concetto della rappresentanza nazionale, in ragione del quale il deputato rappresenta l'interesse nazionale e non solamente i pro-

² V. B. Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, trad. it. a cura di G. Paoletti, Einaudi, Torino 2005.

³ Così, T.E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, terza ed., Giappichelli, Torino 2008, p. 231

⁴ Sul concetto di rappresentanza politica, recentemente A. Cossiri, *La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017; V. I. Gutiérrez Gutiérrez, *Decidir por mayoría*, Pons, Madrid 2016; I. Pellicciari, *Tra decidere e rappresentare. La rappresentanza politica dal XIX secolo alla legge Acerbo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2004.

⁵ v. G. Pasquino, *Rappresentanza e democrazia*, Laterza, Roma 1988.

pri elettori, cui si associa il divieto del mandato imperativo, che prevede che gli elettori non possano dare indicazioni giuridicamente vincolanti agli eletti, né che possano revocarli⁶.

Rappresentanza nazionale e divieto del mandato imperativo sono due dei pilastri su cui si fonda la struttura del costituzionalismo contemporaneo⁷ e a dimostrazione di ciò si richiamano i testi delle Costituzioni delle principali democrazie moderne che contengono tali principi⁸. Laddove il costituzionalismo liberal-democratico ha trovato affermazione il Parlamento è divenuto il luogo in cui la dialettica tra maggioranza e opposizione è finalizzata alla espressione dell'interesse generale. Tale configurazione mal si concilia con la figura di deputati vincolati al mandato di rappresentanza affidato dagli elettori.

Differente, come è noto, la considerazione della rappresentanza politica nell'ambito delle forme socialiste in cui si affermano istituti quali il mandato imperativo e la revocabilità degli eletti⁹. Di recente, le teorie del mandato imperativo sono ritornate in auge, nel nostro paese, per voce di alcune forze politiche (in particolare il Movimento 5 Stelle) che più volte hanno auspicato il ridimensionamento dei rappresentanti politici, al fine di evitare il manifestarsi del fenomeno, sempre più diffuso, del transfughismo parlamentare¹⁰.

Il cambiamento di prospettiva rispetto alla rappresentanza politica è sta-

⁶ V. R. Scarciglia, *Il divieto di mandato imperativo: contributo a uno studio di diritto comparato*, CEDAM, Padova 2004; P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Studi sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam Padova 1985, p. 679 ss.

⁷ Cfr. In questo senso R. Orrù che nota come «nell'orizzonte teorico-dommatico liberale i principi della sovranità nazionale, dell'unità della rappresentanza politica e del divieto di mandato imperativo si saldano in maniera pressoché diretta», v. R. Orrù, *Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2017, pp. 1098 ss.

⁸ V. art. 7, sez. III, cap. I, tit. III, Cost. Francia 1791; art. 41 Statuto albertino; artt. 34 e 35 Cost. Francia 1848; parr. 93 e 96 Cost. Francoforte 1849; art. 29 Cost. Germania 1871; art. 21 Cost. Germania 1919; art. 67 Cost.; art. 38 Legge fondamentale Germania 1949; art. 27 Cost. Francia 1958; art. 152 Cost. Portogallo 1976; artt. 66 e 67 Cost. Spagna 1978; art. 161 Cost. Svizzera 1999. Fanno eccezione la Costituzione USA del 1787 e la Costituzione francese del 1783, che all'art. 29, stabiliva che ogni deputato appartiene alla nazione intera.

⁹ V. art. 142 Cost. U.R.S.S. 1936; artt. 1, 5 e 87 Cost. Polonia 1952; artt. 56 e 57 Cost. D.D.R. 1974; artt. 102 e 107 Cost. U.R.S.S. 1977; sull'istituto della revoca degli eletti si v. D. G. Bianchi, *Élite in crisi: la revoca degli eletti in democrazia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012

¹⁰ Sulle politiche del Movimento 5 Stelle in merito ai requisiti disciplinari degli eletti si v. E. Caterina, *Le espulsioni del Movimento 5 Stelle davanti al giudice civile*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2016, pp. 793 ss.

to peraltro profondamente influenzato dall'evoluzione storica, politica e istituzionale che negli ultimi trent'anni ha visto una forte accelerazione dei percorsi di integrazione internazionale e sovranazionale. A ciò è corrisposta, in ambito interno, la progressiva difficoltà, da parte degli organi politici, di raccogliere le istanze popolari e di rappresentarle nei luoghi di decisione pubblica. Questo ha contribuito a ridurre in misura considerevole la capacità di mediazione dei partiti politici e del Parlamento nazionale¹¹. Da tempo ormai il Parlamento non è più il centro propulsore delle decisioni pubbliche: la moltiplicazione delle sedi decisionali, in ambito subnazionale (enti locali, Regioni) e sovranazionale (istituzioni Ue) ha spostato il fulcro della capacità di innovare il sistema e, soprattutto con riferimento al livello europeo, si è accentuata la sensazione di distacco tra governati e governanti¹². Si registra una percezione di impotenza rispetto a istituzioni e processi decisori giudicati antidemocratici e non rappresentativi, cui si affianca talora la retorica dei "poteri forti" che sempre più spesso vengono accusati di manovrare le fila dell'ordinamento nazionale, in spregio del principio di rappresentanza.

Insomma si assiste a una grande richiesta di rappresentazione associata a un allontanamento dai luoghi tradizionali e un sostanziale rifiuto dei percorsi classici della rappresentanza.

2. Crisi dei partiti e transfughismo parlamentare.

Negli ordinamenti democratici contemporanei l'essenza della rappresentanza politica si esprime nella relazione di corrispondenza tra elettori ed eletti, governati e governanti e questo rapporto, nelle società pluraliste, dipende dal grado di capacità e dalla qualità della attività di mediazione compiuta dai partiti¹³.

¹¹ V. F. Giuffrè, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2016.

¹² V. P. Marsocci (a cura di), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Editoriale Scientifica Napoli, 2016; P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 235 ss.

¹³ V. S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica*, Firenze University Press, Firenze 2004, p. 11; sul ruolo fondamentale svolto dai partiti nella determinazione degli equilibri della forma di stato italiana si v., di recente, A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir., Annali.*, VIII, Milano 2015, pp. 295 ss.; si v. anche V. Lippolis, *Partiti maggioranza opposizione*, Jovene, Napoli 2008; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano 1982; V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), ora in Id., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni*

Ormai da tempo assistiamo a una crisi delle tradizionali sedi di intermediazione politica. In Europa, nello spazio a lungo occupato dalle grandi culture politiche del secondo dopoguerra oggi c'è un vuoto. I partiti socialdemocratici risultano indeboliti dal ruolo ormai marginale della classe operaia e dei sindacati; d'altra parte le formazioni politiche di matrice cristiana paiono offuscate dalla secolarizzazione diffusa.

Peraltro, i partiti tradizionali sono oggi da molti considerati con diffidenza e percepiti come aggregazione di utilità clientelari più che come strumenti di legittima espressione degli interessi di chi vi si riconosce ideologicamente.

In Italia, fino alla frattura dei primi anni Novanta, scatenata dai fatti giudiziari di Tangentopoli e favorita da un evento internazionale di portata epocale quale la caduta del muro di Berlino e –sul piano interno– dalla vicenda referendaria che ha portato alla modifica del sistema elettorale, i partiti hanno regnato incontrastati come gestori del potere decisionale secondo il ben noto modulo definito da Maranini come “partitocrazia”¹⁴, per indicare la pervasività del potere di soggetti tendenti a sostituirsi alle istituzioni rappresentative nella definizione e direzione della vita politica e amministrativa. In questa fase, il legame di natura ideologica e il rispetto piuttosto rigoroso della disciplina di partito scoraggiavano la migrazione politica che, nei rari casi in cui veniva praticata, comportava uno stigma sociale e corrispondeva di fatto a un suicidio politico¹⁵. Ciò non significa che la vita interna ai partiti fosse necessariamente armonica e conciliante, ma il dissenso veniva espresso prevalentemente attraverso il voto segreto e i cambi di casacca di singoli parlamentari erano rari¹⁶. Accadeva più spesso che fazioni interne, a fronte di inconciliabili divergenze, lasciassero il partito di riferimento per fondarne un altro¹⁷ e questo, d'altronde, è un fenomeno persistente, come dimostrano le

e disillusioni costituzionali, Giuffré, Milano 1985; C. Esposito, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova 1954, pp. 220 ss.; V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), ora in Id., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e disillusioni costituzionali*, Giuffré, Milano 1985; G. Rizzoni, *art. 49 Cost.*, in R. Bifulco, A. Cellotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, p. 983; I. Nicotra, *Democrazia “convenzionale” e partiti antisistema*, Giappichelli, Torino 2007.

¹⁴ V. G. Maranini, *Partitocrazia e Costituzione*, in *Rivista internazionale di filosofia politica e sociale*, A. 9, fasc. 1, 1965, pp. 3-18; per un'analisi storica sui partiti italiani v. P. Pombeni, *Storia dei partiti italiani: dal 1848 a oggi*, Il Mulino, Bologna 2016

¹⁵ Così S. Curreri, *op. cit.*, p. 8

¹⁶ Tra questi si ricorda il caso del Deputato Armando Plebe che lasciò il gruppo comunista per unirsi al Movimento sociale italiano salvo poi abbandonarlo nel 1972 per aderire al gruppo scissionista di Democrazia nazionale, v. P. Di Muccio, *Scritti sul Parlamento*, Bulzoni, Roma, 1978, p. 19.

¹⁷ Rileva, in questo senso, il caso del movimento di deputati che nelle prime due legislatu-

cronache politiche degli ultimi anni e, di recente, la vicenda della secessione di alcuni esponenti del Partito Democratico, confluiti in un nuovo movimento.

In Italia, il crollo dei partiti tradizionali ha dato vita a un sistema più flessibile, meno ancorato alle ideologie e più a contingenze e convenienze politiche di contesto¹⁸. All'inizio degli anni Novanta gli episodi di transfughismo parlamentare cominciano a moltiplicarsi fino a raggiungere picchi preoccupanti nel corso delle ultime legislature.

Paradossalmente, il transfughismo che oggi viene aspramente criticato da esponenti di movimenti detrattori degli schemi dei partiti tradizionali, nasce – almeno dichiaratamente – come forma di ribellione proprio nei confronti della rigidità di quegli schemi.

È evidente che questo tipo di comportamenti generi confusione nell'elettorato e faccia perdere credibilità a una classe politica sull'orlo della delegittimazione.

Per contrastare il fenomeno c'è chi ha pensato di rispolverare il principio del mandato imperativo, cancellando con una spugna secoli di storia costituzionale e instaurare tra elettore ed eletto una relazione di tipo privatistico sull'impronta del rapporto mandante/mandatario. È il caso del leader del Movimento 5 Stelle, Beppe Grillo, il quale in un post di poco successivo alle elezioni del febbraio 2013, contestò ai transfughi parlamentari il crimine di «circonvenzione di elettore», assimilandolo esplicitamente alla circonvenzione di incapace di cui sarebbero responsabili nel Parlamento italiano i «volta-gabbana, opportunisti, corruttibili, cambiacasacca»¹⁹.

re della Repubblica italiana riguardò, nell'ambito del centro-destra, i parlamentari monarchici, liberali e missini e ai fatti della IV e V legislatura, quando avvenne la scissione del Partito Socialista Italiano di unità proletaria che venne poi riunificato per sciogliersi definitivamente nelle due componenti di socialisti e socialdemocratici. Ancora, si cita la decisione dei parlamentari di Democrazia nazionale di abbandonare nella VII legislatura il Movimento sociale italiano e, nella IX legislatura, il ritorno dei parlamentari del Partito d'unità proletaria nel Partito comunista. Cfr S. Curreri, *op. cit.*, p. 9

¹⁸ Cfr. S. Staiano, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 7, ottobre 2015, p. 7 ss. Sul rapporto tra modello di democrazia rappresentativa e forma di governo si v. P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2011.

¹⁹ Secondo Grillo il divieto di mandato imperativo comporta una lesione del contratto tra elettore ed eletto, legittimando il mutamento di idee o posizioni politiche senza l'avallo di chi, al momento del voto, ha conferito la rappresentanza in sede istituzionale. Si dipinge dunque a tinte fosche la possibilità riconosciuta ai parlamentari di votare una legge contraria al programma elettorale o – ancora peggio – di passare dalle fila della destra alla sinistra o viceversa, concludendo che «dopo il voto, il cittadino può essere gabbato a termini di Costituzione» v. B. Grillo, *Circonvenzione di elettore*, 3 marzo 2013, in <http://www.beppegrillo.it/2013/03/circonvenzione.html#commenti>.

Chi scrive non concorda con questa visione, ritenendo il divieto di mandato imperativo un principio ancora centrale nella dinamica di buon funzionamento di un ordinamento democratico: assoggettare al vincolo di mandato i nostri rappresentanti significherebbe assimilarli a figure di delegati di epoca pre-liberale, privati di ogni forma di autonomia discrezionale e legati imprescindibilmente alla volontà del sovrano-mandante. Al contrario il Parlamento è – per definizione – il luogo del confronto, della discussione finalizzata all'individuazione di soluzioni garantiste proprio perché frutto di un'opera di scambio di vedute e mediazioni. Il divieto che in Italia è disciplinato dall'art. 67 Cost. configura una clausola di salvaguardia che consente ai parlamentari di rappresentare gli interessi generali della Nazione (e non quelli particolari dei singoli elettori), preservandoli dalla ipotesi di essere revocati o rimossi dal partito di appartenenza. È vero che è stato sostenuto che rappresentanza nazionale e divieto di mandato imperativo non sono necessariamente interdipendenti²⁰, ma si conviene con la giurisprudenza costituzionale che considera il divieto di mandato imperativo come una logica conseguenza del principio della rappresentanza nazionale²¹.

Il libero mandato è uno scudo di cui le principali democrazie costituzionali si sono dotate per scongiurare le insidie del voto clientelare e disinnescare il potenziale ricattatorio delle formazioni di riferimento²². Effetto collate-

²⁰ V. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 73 e ss.

²¹ V. Corte Costituzionale, sentenza 14/1964; cfr. L. Ciaurro che, citando la Consulta, sent. 14/1964 afferma che «il divieto di mandato imperativo importa che il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito, ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito», v. L. Ciaurro, *art. 67*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, vol. II. Torino, UTET, 2006, p. 1291 ss.

²² Sul principio del divieto di mandato imperativo nella prospettiva comparata si v. D. G. Bianchi, *op. cit.*; R. Scarciglia, *op. cit.*; P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, *op. cit.*; R. Orrù, *Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato*, *op. cit.*, si v. anche M. Patrono, *Ragionando intorno al divieto di voto imperativo. Un appunto*, in DPCE Online, giugno 2017; S. Curreri, *Rappresentanza politica e divieto di mandato imperativo nel progetto di riforma costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere: atti del convegno di Caserta, 6-7 maggio 2005*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 299-312; L. Ciaurro, *art. 67, op. cit.*; N. Zanon, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in N. Zanon, F. Biondi, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 131-142; A. Mannino, *La mobilità parlamentare tra principio democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato*, in L. Carlassarre (a cura di) *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, CEDAM, Padova, 2001,

rale – quello del ricatto - che si è manifestato nelle realtà che prevedono l'istituto del *recall*, ovvero la revoca dei rappresentanti eletti in caso di allontanamento dalla linea di partito. Il *recall* rappresenta la sanzione tipica a fronte della violazione del vincolo di mandato ed è previsto in alcuni ordinamenti latinoamericani e in qualche Stato della federazione statunitense, oltre a essere stato parte integrante del modello marxista di democrazia diretta proprio dell'Unione sovietica. Oggi, misure volte a contrastare l'abbandono del partito di riferimento da parte degli eletti sono previste in Brasile, India e Sudafrica²³. Il vincolo di mandato è invece ancora previsto da pochissimi sistemi costituzionali. In particolare, l'art. 160 della Costituzione portoghese del 1976 prevede la decadenza del parlamentare che si dimetta dal gruppo parlamentare del proprio partito per iscriversi a quello di un altro²⁴. In India, nel Bangladesh e a Panama il seggio viene perso dall'eletto che, oltre a lasciare le fila del partito di appartenenza, voti in maniera difforme rispetto alle indicazioni del gruppo parlamentare di cui faceva originariamente parte.

Constatato che nell'attuale panorama comparato il mandato imperativo è una realtà residuale, ciò che preme sottolineare, in un contesto in cui si lamenta il distacco tra politica e cittadini, è che il libero mandato non significa affatto irresponsabilità verso la volontà dell'elettore-mandante. Il cittadino detiene infatti l'arma della sanzione politica, che potrà abbattersi in capo al politico-traditore del mandato ricevuto nel segreto dell'urna, nel caso in cui – a seguito della valutazione dell'operato svolto nella legislatura – chi l'ha votato si ritenga insoddisfatto. Ciò dimostra come il divieto di mandato impera-

pp. 61 ss.; M. M. Fracanzani, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello stato*, CEDAM, Padova, 2000; G. Rivosecchi, *Ineleggibilità, incompatibilità e divieto di mandato imperativo*, in V. Atripaldi, R. Bifulco, *La commissione parlamentare per le riforme costituzionali della 13 legislatura: cronaca dei lavori e analisi dei risultati*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 378-389.

²³ V. R. Orrù, *Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws*, op. cit., pp. 1097 ss.; in particolare sui casi di Brasile, India e Sud Africa si v. nel volume a cura di R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi, *La rappresentanza in questione*, op. cit., rispettivamente i contributi di F. Girinelli, *I rapporti tra elettori, eletti e partiti politici in Brasile: la Fidelidade Partidaria*, pp. 157-166; D. Paolanti, *L'introduzione dell'«antidefection clause» nell'ordinamento indiano*, pp. 179-182; M. Tedde, *La vicenda sudafricana intorno al «floor crossing»*, pp. 167-178; nello stesso volume, sul dibattito in merito all'ipotesi di introduzione di norme anti transfughismo si v. V. Cornelli, *Lo stato dell'arte del dibattito sulla anti-defection clause in Canada, Australia, Nuova Zelanda e Italia*, pp. 141-156.

²⁴ Sull'effettivo funzionamento di questa norma nell'ambito del sistema parlamentare portoghese si v. G. Damele, *Vincoli di mandato dei parlamentari e carattere democratico dei partiti. Spunti a partire dall'art. 160 della Costituzione portoghese*, in Forum costituzionale, Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, 18 maggio 2017.

tivo sia ben altro rispetto a una «libertà preventiva di menzogna» concessa al Parlamentare²⁵, che resta in ogni caso e sempre politicamente responsabile della propria attività politica, che l'elettore consapevole ha il diritto/dovere di monitorare e giudicare.

Per arginare il malcostume del trasformismo politico e del flusso opportunistico dei parlamentari non è opportuno, né necessario intervenire sulle formule costituzionali che sanciscono il divieto del mandato imperativo ma sarebbe sufficiente provvedere a una disciplina legislativa sui partiti, (procedendo, per esempio, in Italia, all'attuazione dell'art. 49 Cost.), oppure modificare i regolamenti parlamentari sul modello della Spagna, vietando la creazione di gruppi che non corrispondono a liste presentatesi alle elezioni²⁶.

3. Rappresentanza territoriale: le sfide di un sistema multilivello.

Il dibattito acceso che ha interessato l'Italia, in occasione della riforma costituzionale oggetto di referendum confermativo il 4 dicembre 2016, esprime eloquentemente la pluralità di visioni e i forti contrasti in ordine a quale sia, negli Stati composti, il modello più equo ed efficace di rappresentanza dei territori al centro.

Quale sistema garantisce una piena rappresentatività delle istanze delle autonomie territoriali? Occorre una Camera del Parlamento dedicata alla espressione delle istanze dei territori? Se sì quale è il modello più efficiente, il sistema ambasciatoriale del *Bundesrat* tedesco? Quello a elezione diretta e

²⁵ Così B. Grillo, *Circonvenzione di elettore*, cit.

²⁶ V. R. Scarciglia, *op. cit.*; per una riflessione attuale sulla disciplina del principio del libero mandato nell'ordinamento italiano si v. N. Zanon, *La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2014, pp. 383 ss.; cfr. M. Patrono, *Ragionando intorno al divieto di voto imperativo*, *op. cit.*, «fino ad oggi, o meglio, fino a ieri o all'altro ieri, c'era una disciplina di partito all'interno di un sistema di partiti i quali avevano una vita democratica interna. Vi era un continuo interscambio sul territorio tra la dirigenza politica e i cittadini, e quindi vi era una legittimazione democratica forte alla domanda di disciplina di partito nel comportamento esterno dei rappresentanti. Oggi invece, non esistendo più nei partiti una vita democratica che possa davvero definirsi tale, ma esaurendosi essa tutta in sporadici momenti che intervengono ogni tot numero di anni, sempre che intervengano, o attraverso forme di partecipazione digitale che prescindono completamente da ogni tipo di dibattito 'faccia a faccia', e su cose di cui il più delle volte non si conosce il contesto, si vorrebbe irrobustire o irrigidire la disciplina rispetto agli orientamenti del leader del partito. Questa infatti è una disciplina di partito più debole dell'altra. La ragione è semplice. Quando i partiti erano partiti/ideale o partiti/speranza, la disciplina anche per questo motivo era più facile da imporre ed anzi era una cosa che il più delle volte veniva osservata spontaneamente».

rappresentanza paritaria del Senato Usa? Un Senato eletto dai Consigli regionali come in Austria? Uno a legittimazione mista come quello spagnolo?

Oppure è più opportuno investire su un modello di relazioni intergovernative, con un sistema di Conferenze?

Quale di questi strumenti garantisce la migliore manifestazione della rappresentanza?

A questa domanda non c'è una risposta univoca perché ciascun sistema presenta pregi e criticità ed esprime la più generale visione dell'ordinamento in ordine agli obiettivi di rappresentatività e governabilità²⁷.

Quel che si ritiene di poter affermare è che non necessariamente l'elezione diretta di un organo è garanzia di capacità rappresentativa. Ci sono elementi e circostanze che prescindono dagli strumenti di ingegneria costituzionale che sono alla base dei metodi di selezione dei soggetti istituzionali, e ne determinano il funzionamento. Per esempio la possibilità che le componenti degli organi chiamati a rappresentare interessi territoriali si aggregino in ragione dell'affiliazione politica o di partito, lasciando in secondo piano le istanze delle realtà di riferimento. Ma questo non è evitabile semplicemente intervenendo sulle formule di selezione bensì rafforzando il legame rappresentativo tra elettori e candidati che, solo se animati da un interesse autentico di rappresentanza del proprio elettorato, sono disposti a far prevalere le ragioni del territorio di riferimento sulla linea generale del partito di appartenenza.

Se l'obiettivo è rappresentare i territori occorre dunque evitare che le componenti si aggregino in ragione di un'affiliazione politica. In questo senso un ruolo primario è svolto dalle formule elettorali e dalla presenza di formazioni politiche con forte radicamento territoriale che, anche in sedi di rappresentanza non appositamente dedicate alle autonomie (es. il Senato spagnolo o quello italiano) possono influenzare in maniera significativa l'equilibrio del sistema.

Ma la questione della rappresentanza non si esaurisce più nella sola partecipazione agli organi nazionali: l'inserimento in un quadro istituzionale

²⁷ Sul rapporto tra rappresentanza politica e territorio v. C. Buzzacchi, A. Morelli, F. Pizzolato (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie: atti del convegno di diritti regionali*, *Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università di Milano Bicocca, 13 giugno 2016, Giuffrè, Milano 2016; S. Furlani, *Procedimenti elettorali e rappresentanza territoriale*, in *Nuovi studi politici*, n. 4, 1985, p. 49 ss.; M. Esposito, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2011, pp. 2576 ss.; L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2011; A. Russo, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Giuffrè, Milano 1998.

multilivello spinge a pretendere una voce anche nelle sedi sovranazionali in cui quotidianamente vengono prese decisioni fondamentali per gli ordinamenti e per i singoli individui²⁸.

La madre di tutte le critiche rivolte alla Unione europea è il *deficit* di democraticità che corrisponde a una carenza di rappresentanza della voce dei cittadini europei nelle istituzioni Ue²⁹. Il Parlamento europeo, che pure nel tempo ha conquistato un ruolo molto più significativo rispetto alla marginalità originaria³⁰, non riesce a soddisfare a pieno le istanze rappresentative della compagine sociale dei singoli Stati membri.

In un momento così delicato per l'integrazione sovranazionale, si può affermare che il futuro dell'Unione europea è legato a una questione rappresentativa e identitaria³¹. L'ostacolo principale alla costituzionalizzazione dell'entità sovranazionale europea è rappresentato da quello che sarebbe dovuto esserne l'elemento costitutivo primario, ovvero il popolo d'Europa.

Il processo di ratifica del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» si è infatti bloccato proprio quando è stato sottoposto al vaglio popolare. In particolare, si ricorda, dopo l'esito favorevole riscosso dal referendum in Spagna, nel febbraio 2005, i cittadini francesi – chiamati a esprimersi – hanno pronunciato un secco no all'adozione del Trattato costituzionale, seguiti a ruota dagli olandesi. Di fronte a questo dato eclatante Regno Unito e Danimarca hanno congelato il processo di ratifica e si è aperta una fase di impasse istituzionale cui ha corrisposto una profonda riconsiderazione dei contenuti e dell'approccio al percorso di costituzionalizzazione che evidentemente non è stato condiviso – e forse nemmeno compreso – dagli elettori europei. Come è noto, la fase di riflessione si è conclusa con l'approvazione del Trattato di Lisbona³² che è intervenuto sugli aspetti funzionali dell'Unione senza occuparsi del deficit di democrazia che persiste e contribuisce ad alimentare la diffidenza della popolazione nei confronti della

²⁸ Cfr. A. Cariola, *Riflessioni su sovranità e rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016; E. Raffiotta, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 63 ss.

²⁹ V. A. Manzella, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?*, in A. Manzella, N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 6 ss.

³⁰ V. B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Giappichelli, Torino, 2015, 47 ss.

³¹ V. D. Caramani, *The europeanization of politics: the formation of a European electorate and party system in historical perspective*, Cambridge University Press, New York 2015.

³² Il Trattato di Lisbona è frutto dei lavori della Conferenza intergovernativa (Cig), convocata nel luglio 2007 che recepisce in parte le riforme previste dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, accantonando però gli aspetti più controversi, accolti dal dissenso delle popolazioni di alcuni Stati membri, quale per esempio, il riferimento al termine «Costituzione».

struttura sovranazionale. Basti pensare alla Brexit. Il sentimento di sospetto viene ulteriormente acuito dalla contingenza ormai perdurante della crisi economica che affligge il vecchio continente, ma non solo. Le difficoltà finanziarie interessano tutti i paesi europei, non risparmiano le realtà più solide ma affliggono in particolare alcuni ordinamenti a rischio di implosione sociale, in cui l'Unione europea assurge a paladina del rigore e viene perciò considerata non alleata, bensì nemica nella gestione della crisi³³.

In questo contesto, l'istituzione rappresentativa dei cittadini, il Parlamento, pur potenziato nella funzione normativa e di controllo nel dopo Lisbona si presenta ancora come recessivo rispetto a Consiglio e Commissione, soprattutto con riferimento alla potestà legislativa³⁴. Peraltro, si registra la panoramica del sistema partitico europeo che si presenta frammentato, poco coeso ed eccessivamente vincolato a coalizioni e meccanismi legati alle dinamiche partitiche nazionali³⁵, nonché l'assenza di un modello elettorale omogeneo per tutti i Paesi membri³⁶. Soprattutto, comunque, resta il problema della legittimazione o, meglio, l'assenza di una piena legittimazione democratica degli apparati decidenti europei³⁷.

³³ V. S. Fabbrini, *After the Euro Crisis: The President of Europe. A New Paradigm for increasing legitimacy and effectiveness in the EU*, in *Europeos Commentary*, n.12, 2012, 2 ss.; Id., *Which European Union? Europe after the euro crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 124 ss., spec. 143 ss.

³⁴ V. A. Ciancio, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016; C. Fasone; N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII, 2012, 329 ss.; U. Draetta, *I principi democratici nel Trattato di Lisbona*, in *SIE*, 2008, 513 ss.

³⁵ Sul sistema partitico europeo si v. A. Ciancio, *Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE*, in *Forum dei Quaderni costituzionali. Rassegna*, 11 settembre 2015; S. K. Jolly, *The European Union and the rise of regionalist parties*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2015; P. Ciarlo, *Voto europeo e trasformazioni delle affinità politiche*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2014, pp. 688 ss.; E. Bressanelli, *Europarties after enlargement: organization, ideology and competition*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, New York 2014; F. Sozzi, *Partiti e sistema partitico a livello europeo*, Aracne, Roma 2013; M.R. Allegri, *I partiti politici a livello europeo fra autonomia politica e dipendenza dai partiti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2013; D. Bertoli, *Democrazia, partiti, Unione europea. Verso il sistema politico europeo*, Franco Angeli, Roma 1995; L. Levi, *La formazione del sistema partitico europeo e l'evoluzione istituzionale della Comunità*, in *Il Federalista*, n. 4, 1982, pp. 179 ss.

³⁶ Sul punto già G.E. Vigevani, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003, pp. 175 ss.; v. anche M. Betzu, *Ancora a proposito della ripartizione dei seggi nelle elezioni europee*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2015, pp. 175 ss.; G. Delledonne, *Elezioni del Parlamento europeo e politicizzazione dell'Unione di nuovo al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2014, pp. 690 ss.

³⁷ v. C. Offe, U. K. Preuß, *Citizens in Europe: essays on democracy, constitutionalism and European integration*, ECPR Press, Colchester 2016; M.R. Lepsius, *Nationalstaat oder Nation-*

Non sono mancate proposte intese ad aggirare l'ostacolo del deficit di democraticità istituzionale attraverso ipotesi atipiche di partecipazione della collettività alle diverse fasi del processo decisionale europeo³⁸. Le idee messe sul tavolo si collocano principalmente nell'ambito di una concezione funzionalmente efficiente dell'Unione europea, in cui gli obiettivi di incisività delle politiche pubbliche europee prevalgono sull'esigenza del fatto che esse siano ancorate su una base democratica. Ci troviamo di fronte alla cosiddetta *output oriented legitimization*³⁹, che trae origine dalla accettazione implicita dell'azione delle istituzioni Ue da parte dei cittadini, i quali legittimano gli attori europei riconducendo alla loro attività un miglioramento della qualità della vita⁴⁰. Ma non può ritenersi una opzione soddisfacente perché la legittimazione finalizzata al conseguimento del risultato non risolve la problematica della mancata partecipazione popolare alle dinamiche della politica pubblica che – esasperata in ambito sovranazionale a causa della struttura atipica dell'Ue – si presenta anche in ambito nazionale⁴¹. Fermo restando che un ulteriore, significativo potenziamento del ruolo del Parlamento europeo deve rimanere un punto chiave in un processo di coesione, non è questo l'unico aspetto su cui investire in una prospettiva di piena integrazione istituzionale⁴². L'Assemblea rappresentativa ha certamente un ruolo nel riconoscimento dell'anima democratica di un ordinamento ma non può essere l'unico luogo in cui i componenti di una comunità trovano voce ed espressione di fronte alle istituzioni⁴³. Si potrebbe per esempio procedere a una variazione nella composizione dei membri del Consiglio dei ministri, ora rigo-

alitätenstaat als Modell für die Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaft, in R. Wildemann (Hrsg.), *Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union*, Nomos, Baden-Baden 1991, pp. 19-40.

³⁸ Cfr. A. Ciancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma 2014.

³⁹ F.W. Scharpf, *Governing in Europe: effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999, nello stesso senso si v. G. Majone, *Europe's Democratic deficit. The question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, n. 1, 1998, pp. 5-28.

⁴⁰ Si tratta della cosiddetta legittimazione tecnocratica-utilitaristica, cui fa riferimento Armin von Bogandty, *L'Unione sovranazionale come forma del potere politico. Statalizzazione e integrazione comunitaria nella prospettiva della teoria dello Stato*, in *Teoria Politica*, X, n. 1, 1994, pp. 135-151.

⁴¹ V. U. Liebert, *Democratising the EU from below? Citizenship, civil society and the public sphere in making Europe's order*, in U. Liebert; A. Gattig; T. Evas, *Democratising the EU from below? Citizenship, Civil Society and the Public Sphere*, London, 2013, 1 ss.

⁴² Cfr. P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, op. cit.

⁴³ V. R. Corbett, F. Jacobs, D. Neville, *The European Parliament*, Harper, London 2016.

rosamente formato da rappresentanti degli esecutivi nazionali, disponendo una diversificazione della provenienza dei componenti⁴⁴. Si potrebbe pensare a un meccanismo di elezione diretta che porterebbe alla trasformazione del Consiglio in una vera e propria seconda Camera, rappresentativa degli Stati, al pari di quanto avviene negli ordinamenti federali⁴⁵. Ancora, sulla stessa linea, la composizione del Consiglio potrebbe essere integrata da membri dei Parlamenti nazionali dei singoli Stati membri⁴⁶. Naturalmente occorrerebbe riflettere con attenzione in ordine al numero dei rappresentanti che dovrebbero integrare l'organo così formato, ragionando in base alla scelta effettuata in ordine alla composizione. I modelli di riferimento potrebbero essere i classici esempi del Senato statunitense, ovvero il *Bundesrat* tedesco. Per quanto riguarda le competenze, il Consiglio acquisirebbe il ruolo di una vera e propria seconda Camera federale. Una soluzione alternativa potrebbe essere quella di riformare il Comitato delle Regioni, attualmente privato di poteri effettivi, trasformandolo in una Camera delle Regioni a tutti gli effetti. A questo punto si renderebbe comunque indispensabile la predisposizione di un articolato sistema di pesi e contrappesi, finalizzato al bilanciamento dei poteri istituzionali nell'ottica democratica che deve contraddistinguere ogni ordinamento costituzionale.

Ad ogni modo, come dimostra ancora una volta la vicenda *Brexit*, il principale ostacolo che ancora si frappone al conseguimento di un progetto di effettiva integrazione costituzionale europea è l'euroscetticismo, sentimento ancora ampiamente diffuso e fondato sulla considerazione collettiva degli apparati istituzionali dell'Ue, percepiti come distanti e disgiunti dalla concretezza delle esigenze dei singoli. Questa considerazione deve essere il punto di partenza per pensare il futuro dell'Europa comunitaria che per proseguire nel percorso di integrazione deve potenziare gli spazi di rappresentanza dei cittadini. Un'Europa coesa e decidente non può prescindere dalla presenza di istituzioni legittimate a rappresentare ed esprimere in una voce univoca le diverse istanze e gli interessi dell'Europa.

⁴⁴ Cfr. B. Caravita, *Il federalizing process europeo*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2014.

⁴⁵ Così M. Zürn, *Über den Staat und die Demokratie in der Europäischen Union*, in U.K. Preuss, M. Zürn, *Probleme einer Verfassung für Europa*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Bremen, 1995, pp. 18 ss., p. 32; allo stato dei fatti il Consiglio non presenta le caratteristiche minime per poter essere considerato una camera parlamentare, v. N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" dell'Ue: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014.

⁴⁶ In questo senso si è pronunciato l'ex Ministro degli Esteri tedesco Joschka Fisher, *Vom Staatenbund zur Föderation-Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, in *FCE-Spezial*, n. 2, 2000, trad. it., in *L'unità europea*, n. 315, 2000, pp. 4 ss.

Suggestiva è l'idea di procedere a una differenziazione tra gli Stati membri dell'Ue, separando i paesi che – come quelli dell'Europa continentale e occidentale – si ritiene abbiano una ragione strutturale per aggregarsi politicamente da quelli che avrebbero invece un esclusivo interesse economico per il processo di integrazione – come alcuni Stati del Nord Europa e quelli dell'Est. Per il primo gruppo si prospetta la creazione di un ordinamento federale vero e proprio, con istituzioni politiche forti e una base costituzionale mentre i paesi del secondo farebbero riferimento a un classico trattato inter-statale di tipo funzionale⁴⁷.

Un altro recente e interessante contributo al dibattito sull'assetto istituzionale e il sistema di rappresentanza dell'Unione europea è stato portato all'attenzione della comunità politica e dell'opinione pubblica da un volume dal titolo eloquente: «Democratizzazione l'Europa!». Il libro, firmato da Stéfanie Hennette, Thomas Piketty, Guillame Sancriste e Antoine Vauchez presenta una proposta di Trattato, il T-Dem, tramite il quale si intende in particolare intervenire sui processi decisionali che governano l'eurozona⁴⁸. Nello specifico si prevede l'istituzione di una vera e propria Assemblea parlamentare rappresentativa dei cittadini, dotata di concrete funzioni legislative anche in materia di tassazione (v. art. 12 T-Dem)⁴⁹ e di poteri di controllo in materia di governance dell'eurozona (art. 11 T-Dem). La piena democratizzazione dell'Unione europea è l'obiettivo dichiarato dagli autori che ritengono che questo tipo di percorso sia l'unica via utile per superare la crisi del sistema ed evitare un «ripiegamento nazionale privo di respiro»⁵⁰. Ma questa non sembra la priorità condivisa dai Paesi membri dell'Ue che, riuniti in occasione del Sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma hanno espresso un documento orientato a rilanciare il progetto europeo in cui il potenziamento degli strumenti di rappresentanza non rileva tra gli interventi da privilegiare⁵¹.

⁴⁷ Così S. Fabbrini, *Sdoppiamento*, Laterza, Roma Bari 2017.

⁴⁸ V. S. Hennette, T. Piketty, G. Sancriste e A. Vauchez, *Democratizzare l'Europa!*, La nave di Teseo, Milano 2017

⁴⁹ Rileva la competenza legislativa a emettere le disposizioni in materia di condivisione dei debiti pubblici che superano il 60 per cento del PIL di ciascuno Stato dell'eurozona (art. 12, comma 4 T-Dem) e il potere di votare per la scelta dei candidati al direttorio della BCE, alla presidenza dell'eurogruppo e alla direzione generale del MES. V. S. Hennette, T. Piketty, G. Sancriste e A. Vauchez, *op. cit.*

⁵⁰ S. Hennette, T. Piketty, G. Sancriste e A. Vauchez, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ V. *Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea, La dichiarazione di Roma, 25 marzo 2017*, consultabile all'url http://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/EU60/RomaDichiarazione_it17.pdf.

4. *La questione della rappresentanza di genere.*

Quando si tratta di rappresentanza politica non si può prescindere da un dato che vede, a livello comparato con qualche oasi eccezionale, una netta sottorappresentazione delle donne nelle istituzioni. Per intenderci, se il Parlamento deve essere considerato lo specchio della società che lo legittima è uno specchio distorto perché non riflette nemmeno con approssimazione l'effettiva conformazione della compagine sociale in cui le donne sono, circa, la metà degli uomini. In questa sede non si ha modo di approfondire quanto è già stato fatto, in ambito comparato, per cercare di colmare il gap nella rappresentanza di genere nelle istituzioni ma solo sottolineare che nel nostro Paese il problema non è risolto e rappresenta un *vulnus* che mina la pienezza del principio di rappresentanza⁵².

In Italia il percorso della promozione della democrazia paritaria, è lungo e travagliato, caratterizzato da posizioni oscillanti della Corte Costituzionale e da resistenze forti, sia in ambito nazionale che in alcune realtà regionali, sfociato nell'inserimento nel testo di riforma costituzionale (bocciato al referendum confermativo del 4 dicembre 2016) di una norma in base alla quale «le leggi che stabiliscono le modalità di elezione delle Camere promuovono l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza»⁵³. Già nel 2003, una legge costituzionale, modificando l'art. 51 Cost. imponeva alla Repubblica l'onere di impegnarsi ad adottare «appositi provvedimenti» a garanzia delle pari opportunità con riferimento all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive. Ma la modifica non ha sortito gli esiti sperati, probabilmente per la genericità della formula dell'art. 51, come dimostrano i dati della presenza femminile in Parlamento, che sono rimasti bassissimi. Solo nel 2015 sono state inserite nella legge elettorale, il cosiddetto *Italicum*, norme finalizzate a favorire l'elezione di donne, quali la doppia preferenza di genere⁵⁴.

In questo frangente la Spagna costituisce un modello di riferimento perché presenta una legislazione organica che introduce nel sistema il principio di presenza equilibrata nelle istituzioni. La *Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁵⁵ modifica il codice elettorale imponendo che le

⁵² Sulla promozione della parità di genere nel nostro paese si v. M. Benedetti et. al., *La parità di genere nella pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino 2011.

⁵³ Così l'art. 55, comma 2 della Costituzione secondo la modifica prevista dalla riforma costituzionale Renzi/Boschi

⁵⁴ Prevista in alcuni Statuti regionali e dichiarata conforme a Costituzione con la sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2010.

⁵⁵ v. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hom-

liste elettorali dei partiti⁵⁶ prevedano un minimo del 40% e un massimo del 60% di candidati di entrambi i sessi in tutti i tipi di scrutini. Viene anche regolamentato l'ordine di inserimento dei candidati nelle liste, con la previsione di quote obbligatorie ogni 5 posti e, nel caso di liste brevi, l'obbligo di rispettare il più possibile la proporzione 40-60%. Le liste non rispondenti a questi parametri non possono essere approvate dalle Commissioni elettorali provinciali.

Per quanto le azioni positive possano risultare fastidiose per chiunque ritenga che il merito debba essere il solo criterio cui improntare una carriera dobbiamo constatare che una democrazia se non è paritaria non è a tutti gli effetti una democrazia. La previsione di azioni positive o di "quote" è spesso ostacolata da atteggiamenti ostili che oscillano tra resistenza e netto rifiuto di strumenti percepiti come incidenti sulla libertà di voto e dunque distorsivi rispetto al principio di rappresentanza. In realtà le azioni di promozione dell'equilibrio di genere nelle istituzioni sono necessarie per rimediare a una carenza di rappresentanza⁵⁷. La sottorappresentanza del genere femminile è una malattia del sistema e le azioni positive sono la medicina necessaria per curarla. Certo, la terapia è efficace solo se il farmaco è assunto per brevi periodi, lo stretto necessario per innescare nel sistema gli anticorpi che portino la macchina a regime. Si dunque, alle azioni positive come misure anche transitorie per superare l'emergenza e ripristinare l'equilibrio nella rappresentanza.

5. Nuovi modelli di rappresentanza.

La crisi dei partiti tradizionali, la distanza percepita tra governanti e governanti e le carenze rappresentative degli organi istituzionali ci dicono che la rappresentanza cerca nuovi luoghi di espressione⁵⁸.

Quali sono questi luoghi? I movimenti politici che rifiutano le etichette di partito, dichiarandosi estranei alle dinamiche politiche di palazzo in realtà

bres, sull'eguaglianza effettiva di uomini e donne, proposta dal governo socialista di José Luis Rodríguez Zapatero e approvata con l'unanimità dei deputati, escluso il Partito Popolare, che si è astenuto, il 15 marzo 2007.

⁵⁶ Si ricorda che il sistema di voto in uso per la Camera bassa è proporzionale con liste bloccate, mentre per il Senato vige un sistema misto.

⁵⁷ Sulla funzione delle azioni positive si v. M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli 2008.

⁵⁸ Cfr. P. Marsocci, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2016, pp. 29 ss.

corrispondono nella sostanza per struttura e funzioni ai partiti cui siamo abituati. Sono soggetti diffusi in tutta Europa, con milioni di seguaci accomunati da un senso di indignazione (v. gli *Indignados* spagnoli) e quasi ribellione verso istituzioni giudicate non rappresentative degli interessi collettivi.

In Italia e in Spagna ci sono esempi significativi e le recenti vicende politiche, in entrambi i Paesi, mostrano come l'inserimento di queste forze nel sistema, con la carica di un importante sostegno elettorale, destabilizza l'equilibrio istituzionale regolato da meccanismi consolidati e talora determina un'impasse da cui è difficile venire fuori.

Gruppi come il M5Stelle in Italia, Podemos e Ciudadanos in Spagna, Afd anti euro in Germania, Ukip antieuropeista nel Regno Unito, fino ai movimenti xenofobi e anti islam come il Pvv olandese, invocano nuove forme di partecipazione e coinvolgimento del popolo nelle decisioni pubbliche e una nuova concezione della democrazia diretta.

Nel novembre 2016 si è tenuta a *San Sebastian*, nel *País Vasco*, la sesta edizione del *Global Forum on Modern Direct Democracy*, in cui 200 «esperti» provenienti da più di 30 Paesi si sono incontrati per discutere di cittadinanza attiva e democrazia partecipativa. Lo scopo di questo forum e di chi vi partecipa è potenziare il più possibile in coinvolgimento diretto della cittadinanza nelle decisioni pubbliche, riducendo al minimo gli spazi di democrazia rappresentativa.

Esperimenti, anche di successo, in questo senso sono stati intrapresi soprattutto in ambito locale. Nella capitale islandese per esempio l'amministratore guidata dall'ex comico Jon Gnarr, Betri Reykjavik (per una Reykjavik migliore), ha introdotto una piattaforma internet attraverso la quale tutti i cittadini possono intervenire nella politica locale. Reykjavik non è l'unica realtà in cui la sfiducia prodotta dalle vicende economiche e politiche nei confronti degli eletti ha determinato la sostituzione della classe politica con soggetti che professano come un credo la propria estraneità al mondo delle istituzioni, autoproclamandosi come meri veicoli del volere dell'elettorato, non leader ma portavoce, ribaltando l'impostazione della democrazia rappresentativa che caratterizza gli ordinamenti costituzionali contemporanei.

Vessilli di questi nuovi soggetti politici sono gli strumenti della democrazia partecipativa e deliberativa, ampiamente usati in molte realtà europee (Austria, Germania), negli Stati Usa e in America Latina, che garantiscono un coinvolgimento diretto dei cittadini e dei portatori di interessi nelle fasi di elaborazione di scelte strategiche per il territorio (es. bilanci partecipativi).

Si tratta di risorse importanti soprattutto nella dinamica amministrativa ma che difficilmente possono traspirarsi su un livello più ampio come quello della politica nazionale. Eppure è vivo il dibattito in ordine alla progressiva sostituzione della democrazia rappresentativa con una forma nuova di demo-

crazia diretta che, azzardando una prosecuzione della visione di Constant, potrebbe rappresentare la forma di democrazia dei post-moderni.

Il mezzo utilizzato come strumento funzionale al superamento della democrazia rappresentativa a favore della partecipazione diretta dei cittadini è la grande piazza virtuale di internet che consentirebbe quello che fino a poco tempo fa era letteralmente inconcepibile, ovvero l'aggregazione di una enorme assemblea elettronica, di una agorà post moderna, insomma.

Si tratta di una ipotesi visionaria ma, per quanto suggestiva e in una prospettiva ideale non impossibile, senz'altro difficile da realizzare in tempi brevi. La dirompenza di possibilità collegate alla diffusione della rete telematica è tale e tanta che ogni giorno vengono sollevate nuove questioni giuridiche che devono trovare soluzione.

Il primo grande problema nell'utilizzo diffuso dei dispositivi telematici per la realizzazione di meccanismi di democrazia diretta è il *digital divide*. Allo stato attuale, gran parte della popolazione mondiale non è connessa a internet, in Italia un terzo della popolazione non è connessa in rete e tra quanti si collegano almeno una volta nel corso della giornata molti non si servono della risorsa elettronica come di uno strumento di informazione o partecipazione politica. Certo, è auspicabile che il digital divide sia un problema transitorio e nel tempo la maggioranza delle persone sarà collegata alla rete. Nell'attesa però, conviene continuare a percorrere la via della democrazia rappresentativa. Il superamento dell'ampia diffusione dell'analfabetismo telematico non è infatti ragionevolmente realizzabile in tempi brevi dal momento che – oltre alle gravi carenze dell'assetto infrastrutturale – è necessario colmare il gap culturale che, nonostante la veloce diffusione del mezzo, allontana ancora una larga parte di cittadinanza dall'accesso alla rete e non garantisce un utilizzo equilibrato e responsabile delle piattaforme telematiche. Si pensi in questo senso alla capacità di selezione delle fonti di informazione e alla capacità di orientamento responsabile nella giungla elettronica. Il rischio è di discriminare indirettamente, escludendo gli "analfabeti digitali" dal circuito della partecipazione politica, come avvenuto in passato quando i criteri di censo e alfabetizzazione rappresentavano requisiti di accesso ai diritti elettorali.

Ben venga dunque la democrazia diretta ma come strumento di integrazione e correzione del sistema, non come alternativa del modello rappresentativo⁵⁹.

⁵⁹ v. A. Trocino, *Il costituzionalista Barbera interviene dopo l'intervista di Casaleggio sulla «Lettura», «La democrazia diretta non sostituisce i partiti»*, in *Il Corriere della Sera*, 24 giugno 2013, p. 10.

In particolare, si condivide l'opportunità di introdurre, per esempio, l'obbligo di discussione parlamentare dei provvedimenti legislativi di iniziativa popolare e l'introduzione dei referendum propositivi – peraltro prospettata dalla riforma Renzi Boschi – ma si critica la concezione del parlamentare tenuto a rispettare pedissequamente la linea dettata dall'elettore al momento del voto.

In conclusione preme ribadire come il concetto di rappresentanza politica sia strettamente connesso con il principio di responsabilità, in ragione del quale i nostri rappresentanti, sebbene non legati da vincoli di mandato o mandati di partito⁶⁰ sono soggetti alla responsabilità politica di fronte agli elettori che possono, questo sì, sfruttare gli strumenti tecnologici per accedere alle informazioni sull'operato dei propri rappresentanti e partecipare attivamente attraverso lo schema classico della democrazia rappresentativa, antico ma sempre valido: punire l'eletto che non abbia ottemperato adeguatamente al mandato ricevuto non votandolo più.

⁶⁰ V. S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica*, op. cit.

RIFLESSIONI IN TEMA DI RAPPRESENTANZA DI GENERE NELLE ISTITUZIONI

Marilisa D'Amico

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive tra passato e presente: una democrazia fatta di donne e uomini. – 2. I primi tentativi di realizzazione della parità costituzionale. Le sentenze n. 56 del 1958 e la storica pronuncia n. 33 del 1960: l'ingresso delle donne in magistratura. – 3. Le norme antidiscriminatorie in materia elettorale: le azioni positive. – 3.1. Le quote tra Corte costituzionale e legislatore. – 3.2. L'art. 51 Cost. e la legittimità della doppia preferenza di genere. – 3.3. La legislazione più recente. – 3.4. Dall'*Italicum* al *Rosatellum*. – 4. L'emblematico caso delle Giunte regionali e degli enti locali: le fondamentali affermazioni della giurisprudenza amministrativa e costituzionale. – 5. La composizione del CSM e degli altri organi costituzionali. – 6. I numeri contano? – 7. Considerazioni conclusive: i numeri bastano?.

1. Considerazioni introduttive tra passato e presente: una democrazia fatta di donne e uomini

Quello della rappresentanza di genere nelle istituzioni continua ad essere tema purtroppo attuale nel dibattito pubblico e non solo.

Le donne che occupano posizioni apicali sono sempre poche, se non addirittura assenti, e la stessa partecipazione alla vita pubblica dello Stato continua ad essere più un obiettivo da perseguire che un dato consolidato.

Nonostante i progressi tenacemente portati avanti negli ultimi decenni, esiste ancora un filo rosso che tiene insieme presente al passato. Un passato in cui le donne che sedevano in Assemblea Costituente hanno tentato, riuscendovi, di incidere sul contenuto e sulla *ratio* dei principi costituzionali alla base della Costituzione Repubblicana.

Per un bilancio dello stato di attuazione del principio di parità tra i sessi nelle Istituzioni non si può allora se non partire dal passato, da quei passaggi salienti del dibattito che si svolse in seno all'Assemblea Costituente e in cui furono poste le radici dell'uguaglianza, formale e sostanziale.

Il riferimento è, in particolare, al contributo di quelle poche, ma tenaci donne elette il 2 giugno del 1946 per scrivere le regole della democrazia italiana. Le donne elette erano solo 21 su un collegio di 556 componenti, ma le costituenti non mancarono l'obiettivo: fare dire alla Costituzione Repubbli-

cana che donne e uomini hanno pari dignità e diritti in ogni campo della vita, pubblica e privata¹.

In simile prospettiva, allora, non è inutile riportare alla memoria che il 26 giugno del 1946 l'Udi sottopose alle donne elette in Assemblea Costituente un elenco di norme da inserire nel testo costituzionale, con le quali si chiedeva: “*la parità giuridica con gli uomini in ogni campo, il riconoscimento del diritto al lavoro e accesso a tutte le scuole, professioni, carriere; il diritto a un'adeguata protezione che permetta alla donna di adempiere ai suoi compiti di madre; uguale valutazione, trattamento e compenso degli uomini per uguale lavoro, rendimento, responsabilità*”.

Principi che, come noto, hanno poi effettivamente trovato accoglimento nel testo della Costituzione, in forza di un legame che le Costituenti vantavano con la società femminile più avanzata e rispetto alla quale avevano un mandato da realizzare².

Un altro merito significativo delle costituenti fu la resistenza opposta ai tentativi di alcune componenti conservatrici di ‘sgretolare’ la regola dell’uguaglianza con la previsione di una serie di deroghe pericolosissime. Si pensi al fronte comune che si parò contro la proposta di richiamare nell’art. 51 Cost., in chiave derogatoria rispetto alla proclamazione della parità nell’accesso a cariche pubbliche ed elettive, il concetto delle “attitudini”.

Si ricorderà che una asprissima polemica contro la possibilità di parificare totalmente la condizione degli uomini e quella delle donne nella sfera pubblica si aprì, in particolare, con riferimento al ruolo di magistrato. Si disse, infatti, che in alcuni uffici, “*che riguardano le funzioni giudiziarie e militari*” questa parificazione sarebbe stata “*inaccettabile*”, perché d’altra parte già noto nel diritto romano “*che la donna, in determinati periodi della sua vita, non ha la piena capacità di lavoro*”³. E ancora, che pur potendo mettere sullo stesso piano morale l’uomo e la donna, “*non possiamo disconoscere la diversità del compito e delle loro funzioni nella famiglia. C’è un ostacolo di natura. Quella piccola, piccola differenza che è fra l’uomo e la donna. (Si ride)*”⁴.

La proposta di riferirsi al concetto delle “attitudini” piuttosto che a quello delle “capacità” fu però respinta al mittente da parte delle donne, alle quali certo non sfuggiva che quella formulazione avrebbe potuto rappresentare una barriera: “*Poiché le attitudini non si provano se non col lavoro, escludere*

¹ Per un approfondimento sul ruolo delle Costituenti si veda M. Iacometti, *Il contributo delle donne dell’Assemblea costituente all’elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D’Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, Milano, 2017.

² In tema, V. Tola (a cura di), *Fare storia, custodire memoria. 1945 – 2015. I primi settant’anni dell’UDI*, Ediesse, Roma, 2016.

³ On. Molè, 20 settembre 1946.

⁴ On. Molè, 18 aprile 1947.

*le donne da determinati lavori significherebbe non provare mai la loro attitudine a compierli*⁵.

A quelle 21 donne si deve quindi l'aver impedito che la Costituzione potesse giustificare deroghe all'uguaglianza tanto importanti e, in particolare, che fosse espressamente o implicitamente interdetto alle donne l'altissimo mestiere di amministrare giustizia. Ma non fu solo questo. Piena era la consapevolezza che l'obiettivo della parità non era cosa di donne, ma interesse di tutti, ed anzi imprescindibile presupposto di una compiuta democrazia, una democrazia fatta di uomini e donne. In questo senso è sempre doveroso richiamare le parole di Teresa Mattei, limpida quando dice che *“Non vi può essere ... un solo passo sulla via della democrazia, che non voglia essere solo formale ma sostanziale, non vi può essere un solo passo sulla via del progresso civile e sociale che non possa e non debba essere compiuto dalla donna insieme all'uomo, se si voglia veramente che la conquista affermata dalla Carta costituzionale divenga stabile realtà per la vita e per il migliore avvenire d'Italia”*. E ancora che *“nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da una piena emancipazione femminile”*⁶.

Il principio della democrazia paritaria, che oggi è alla base dell'introduzione di strumenti antidiscriminatori per assicurare la presenza femminile nelle istituzioni e nelle assemblee rappresentative, è contenuto in modo chiarissimo nell'art. 3 della nostra Costituzione: attuare la democrazia paritaria significa superare la logica delle “quote”, della considerazione delle donne come gruppo svantaggiato e debole che chiede tutela. Al contrario, la presenza femminile, secondo questa impostazione, non è una concessione, ma un diritto delle donne, la cui piena attuazione è necessaria per la realizzazione di una democrazia piena. Le nostre Costituenti ne avevano consapevolezza e hanno combattuto per questo; spetta oggi a noi raccogliergli l'eredità e finalmente attuare questo principio con piena consapevolezza e senza ulteriori indugi⁷.

⁵ On. Federici, 22 maggio 1947. Sulle discussioni preliminari all'approvazione della norma si rinvia a L. Paladin, *Eguaglianza (dr. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 534; C. Salazar, *Pari opportunità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 4084; M. Midiri, *Art. 51*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 1017.

⁶ On. Mattei, 18 marzo 1947.

⁷ Per un approfondimento delle questioni che circondano la problematica attuazione del principio di parità, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011; *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016; nonché, con S. Leone, *La rappresentanza politica femminile*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee*, a cura di M. Carabia, Bologna, 2007, p. 453 e ss. Sulle giustificazioni alla base norme antidiscriminatorie in tema di rappresentanza politica v. anche L. Carlassare, *Problemi attuali della rappresentanza*

2. *I primi tentativi di realizzazione della parità costituzionale. Le sentenze n. 56 del 1958 e la storica pronuncia n. 33 del 1960: l'ingresso delle donne in magistratura*

Nonostante gli straordinari risultati conseguiti nella stesura del principio di uguaglianza in Costituzione, in tutte le sue declinazioni, la portata innovativa del testo costituzionale fu inizialmente svilita nel suo significato essenziale, perché fino al 1960 furono ritenute ad essa conformi discipline normative di carattere direttamente discriminatorio.

Si pensi che con la sent. n. 56 del 1958⁸ fu salvata la norma che stabiliva che dei sei giudici popolari che andavano ad aggiungersi ai giudici togati delle Corti d'assise almeno tre dovessero essere uomini: una sorta di "quota" a favore del sesso maschile, ovviamente introdotta non per risolvere un problema di discriminazione, ma per evitare il "rischio" che i sei giudici popolari appartenessero al solo genere femminile. Nell'assolvere il legislatore, e nel negare quindi una violazione del principio di uguaglianza, la Corte costituzionale disse che l'art. 51 Cost. aveva voluto lasciare al Parlamento una "qualche sfera di apprezzamento nel dettare le modalità di applicazione del principio, ai fini della migliore organizzazione e del più proficuo funzionamento dei diversi uffici pubblici, anche nell'intento di meglio utilizzare le attitudini delle persone". Detto in altri termini: la Costituzione sancisce la parità, ma il principio può subire deroghe sulla base di discrezionali valutazioni del Parlamento, ove questo ritenga che, per ragioni che attengono a specifiche "attitudini" maschili o femminili, si renda necessario limitare l'accesso dell'uno o dell'altro sesso ad un determinato ufficio pubblico.

Nella decisione si legge in realtà che "la limitazione numerica nella partecipazione delle donne in quei collegi risponde non al concetto di una minore capacità delle donne ma alla esigenza di un più appropriato funzionamento dei collegi stessi", ma è evidente che non vi era motivo di porre un tetto massimo alla presenza femminile se non appunto perché si era convinti, sulla base di

politica, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, 2001; G. Brunelli, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Il Mulino, Torino, 2006. Con specifico riferimento, invece, all'attuazione del principio in ambito economico, volendo, M. D'Amico, A. Puccio (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, FrancoAngeli, Milano, 2013. In generale, sul cammino dell'uguaglianza tra i sessi in tutti i settori (famiglia, lavoro, politica, salute) si rinvia ai contributi ospitati nel volume *Percorsi di uguaglianza*, a cura di F. Rescigno, con prefazione di L. Carlassare, Giappichelli, Torino, 2016.

⁸ Su questa pronuncia e, in generale, sulla giurisprudenza costituzionale di attuazione del principio di parità fra i generi si vedano le profonde riflessioni di M. Cartabia, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, in M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, Milano.

un diffuso pregiudizio, che le donne non erano idonee a svolgere quella specifica attività.

Un'ultima notazione su questa pronuncia, segnata per ammissione stessa della Corte costituzionale anche dal contesto storico-culturale del tempo. Afferma il Giudice delle Leggi che, se è vero che alla Costituzione doveva riconoscersi portata dirompente rispetto al passato, vero era anche che l'ordinamento *“solo da poco più di un quarto di secolo aveva risentito, nella legislazione, gli effetti di una evoluzione verso principi di eguaglianza”*.

Fortunatamente, i tempi per un importante cambio di rotta divennero maturi di lì a poco, quando, con la notissima sent. n. 33 del 1960, la Corte costituzionale dichiarò illegittima la norma (l'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176) che escludeva le donne da una serie di importanti uffici pubblici implicanti l'esercizio di diritti e potestà politiche (la cui specifica individuazione era poi rimessa ad un regolamento)⁹.

La decisione è tanto più importante se si considera che il Giudice delle Leggi decise di dichiarare incostituzionale la norma, modificando l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, tutta incentrata sulla violazione del principio di legalità, e quindi su un profilo di carattere formale e tecnico. La Corte, infatti, dichiarò illegittima la legge per una ragione sostanziale, ovvero perché lesiva del principio di uguaglianza tra i sessi: *“una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, [deve] essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza”*. Non si può negare, leggendo nella loro interezza le motivazioni della decisione, che una qualche resistenza ad una piena affermazione del principio di parità vi fosse ancora, ma la sentenza rimane di portata storica, perché contrassegnò l'espulsione dall'ordinamento di una disciplina che impediva alle donne di accedere a posizioni chiave dell'amministrazione e perché, finalmente, fece emergere il principio di parità fra i sessi dall'alveo inconsistente delle “norme programmatiche” in cui l'interpretazione dei principi costituzionali da parte della politica e della giurisdizione all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione l'avevano ridotto.

Piace ricordare che fu grazie alla tenacia di una cittadina (Rosanna Oliva, che si ribellò alla propria esclusione dall'impiego di prefetto), difesa dal suo

⁹ Corte Cost. sent. n. 33 del 1960, in *Giur. cost.*, 1960, p. 563 e ss., con osservazioni di V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinari nell'ammissione ai pubblici uffici*, *ivi*, p. 564 ss.; C. Esposito, *Il sesso e i pubblici uffici*, *ivi*, p. 568 e ss.

Per un approfondimento sulla posizione femminile nel mondo del lavoro nei decenni che hanno seguito la decisione costituzionale, si veda A. M. Isastia, R. Oliva (a cura di), *Cinquant'anni non sono bastati. Le carriere delle donne a partire dalla sentenza n. 33/1960 della Corte costituzionale*, Scienza Express edizioni, Trieste, 2016.

professore, il famoso costituzionalista Costantino Mortati, che la Corte costituzionale fu indotta a quel cambiamento di prospettiva, arrivando ad affermare che l'art. 51 dovesse essere considerato specificazione e "conferma" dell'art. 3 Cost., e dunque della norma che vieta in via generale qualsivoglia discriminazione sulla base del sesso.

Ed è infine importante ricordare che questo fu un passaggio cruciale per l'ammissione, di lì a breve tempo, delle donne in magistratura.

Con la legge 9 febbraio 1963 n. 66 il legislatore aprì alle donne la porta per accedere a tutti gli impieghi e le professioni, compresa quella di magistrato: come è noto l'ingresso delle donne in magistratura avvenne a seguito della vittoria nel primo concorso non riservato ai soli uomini, nel 1965¹⁰.

3. *Le norme antidiscriminatorie in materia elettorale: le azioni positive*

3.1. *Le quote tra Corte costituzionale e legislatore*

Negli anni Novanta del secolo scorso il legislatore italiano ha acquisito piena consapevolezza della necessità di dare attuazione anche al principio di uguaglianza sostanziale, e soprattutto di doverlo fare con l'obiettivo di consentire finalmente alle donne di accedere a condizioni di parità effettiva ai ruoli apicali del settore economico e politico, di partecipare cioè ai processi decisionali.

Per risollevarne la condizione di scarsissima presenza di donne nelle Assemblee elettive¹¹, il legislatore è intervenuto su più fronti. In particolare si è previsto l'obbligo di alternanza tra uomini e donne nella lista per il recupero proporzionale dei voti alle elezioni per la Camera dei deputati; per le elezioni regionali e comunali si è stabilito, invece, che nelle liste i candidati dello stesso sesso non potessero essere inseriti in misura superiore ai due terzi.

Queste misure¹², sia pure diverse tecnicamente e con un impatto differente, sono state tutte demolite dalla sent. n. 422 del 1995¹³ nella quale la

¹⁰ In tema, si veda G. Luccioli, *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Forum Edizioni, Udine, 2016.

¹¹ Per uno sguardo ai dati si consenta il rinvio alla tabella in calce.

¹² In generale, sull'ammissibilità nel nostro ordinamento delle azioni positive c.d. "forti" il dibattito si è arricchito di molte voci. Si veda, M. Cartabia, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Macerata*, Torino, 1996, 77; M. Ainis, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 607; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

¹³ Corte Cost. sent. n. 422 del 1995, con note di U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3268 e ss.; G. Brunelli, *Elettorato atti-*

Corte costituzionale ha affermato, in via generale e senza alcuna eccezione, che in materia elettorale può trovare applicazione soltanto il principio di eguaglianza inteso in senso formale (artt. 3, comma 1, e 51, comma 1, Cost.) e che qualsiasi disposizione tendente a introdurre riferimenti “al sesso” dei rappresentanti, anche se formulata in modo neutro, è in contrasto con tale principio e come tale incostituzionale. Da rilevare che per raggiungere il risultato di eliminare simultaneamente tutte le misure antidiscriminatorie contenute nelle leggi elettorali il Giudice costituzionale ha applicato lo strumento della dichiarazione di illegittimità conseguenziale in un modo mai utilizzato prima, ponendo molti dubbi sulla compatibilità con la natura incidentale del giudizio della Corte e con la necessaria rilevanza delle questioni nei giudizi *a quibus*.

La pronuncia della Corte, oggetto di moltissimi interventi critici, è discutibile, oltre che per il profilo processuale appena menzionato, soprattutto perché basata su una falsa rappresentazione storica: afferma la Corte che i Costituenti avrebbero escluso l'eguaglianza sostanziale dal campo dei diritti politici, mirando a garantire soltanto quella formale. Facile osservare che, se i Costituenti davvero non si sono esplicitamente posti il problema di garantire una equilibrata presenza fra i sessi nelle Assemblee elettive, è anche perché, in materia elettorale, le donne non avevano avuto occasione d'ingresso sino al 1946.

Nella decisione, la Corte ha sottolineato che la misura prevista dal legislatore sarebbe comunque contraria anche al principio di eguaglianza sostanziale, in quanto esorbitante rispetto ai limiti posti alle azioni positive, pur riguardando, però, soltanto la “candidabilità” e non la “eleggibilità”. Inoltre, nonostante la formulazione neutra della disposizione, la Corte ha enfatizzato l'interpretazione storica, e dunque l'intento di favorire le donne¹⁴.

Sullo sfondo della decisione, la convinzione, in linea con ragionamenti che la dottrina ritiene centrali ancor oggi, della necessaria “neutralità” del rappresentante: occorre però ricordare che l'istituto della rappresentanza politica è nato con le rivoluzioni liberali e si è consolidato per tutto l'ottocento, in un momento storico nel quale solo gli uomini votavano e potevano essere votati. Si tratta quindi di una neutralità solo al “maschile”: introdurre strumenti di riequilibrio per le donne non significa violare il principio della rap-

vo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali, in *Giur. cost.*, p. 3273 ss.; G. Cinannini, *Le leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, *ivi*, p. 3283 e ss. Ancora, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., e *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *Rivista Aic*, 2013, p. 1 e ss.

¹⁴ Si ricordi che si tratta di altro argomento che, però, come si vedrà, sarà superato nella sent. n. 49 del 2003, a testimonianza dell'originaria debolezza dell'impianto argomentativo della decisione costituzionale n. 422 del 1995.

presentanza universale, essendo composta la società di donne e uomini e non essendo le donne un gruppo, ma appunto la metà del genere umano¹⁵.

All'indomani di questa dura decisione, in Parlamento è stato avviato il percorso di revisione dell'art. 51 Cost., conclusosi soltanto nel 2003 con la legge costituzionale n. 1, il cui obiettivo era proprio di superare l'ostacolo posto dalla Corte costituzionale. Poco prima del completamento di tale revisione, il quadro costituzionale e quello comunitario sono stati però interessati da alcune importanti modifiche: ci si riferisce all'art. 2 della legge cost. n. 1 del 2002, e all'art. 117, comma 7, Cost., disposizioni nelle quali il compito di promuovere le pari opportunità nella rappresentanza politica viene assegnato alle Regioni¹⁶; all'art. 23, comma 2, della Carta di Nizza, seppur allora non vincolante, sancisce invece che "il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato".

In questo nuovo contesto, ma prima che fosse portato a termine l'*iter* di approvazione della riforma all'art. 51 Cost., la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della materia con l'importante sent. n. 49 del 2003¹⁷. Ad essere impugnata, questa volta, era una norma della deliberazione legislativa della Regione Valle d'Aosta, dal contenuto minimo, in base alla quale, a pena di invalidità, le liste dovevano essere formate da "rappresentanti di entrambi i sessi". Con una decisione davvero coraggiosa, la Corte ha salvato la disposizione nonostante la revisione dell'art. 51 Cost., come visto, fosse ancora in via di approvazione. E lo ha fatto affrontando il cuore del problema: la disposizione impugnata introduce un riferimento neutro ("ambo i sessi") che non discrimina tra i sessi e non altera la parità di *chances* tra i candidati perché incide unicamente sulla formazione delle liste. Per queste ragioni essa non viola gli artt. 3 e 51 Cost.

La Corte, quindi, tiene qui correttamente distinte le misure costituzionalmente legittime, che incidono soltanto sui punti di partenza, ovverossia

¹⁵ Sul punto, mi sia consentito di rinviare a M. D'Amico, *Il mondo politico italiano e il monopolio maschile. Ovvero: la paura delle donne*, in S. Luraghi, *Il mondo alla rovescia, Il potere delle donne visto dagli uomini*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 221 ss.

¹⁶ M. Cartabia, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7 comma*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Torino, 2003, 129 ss.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 49 del 2003, con note di L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, *ivi.*, 2003, p. 364 e ss.; A. Deffenu, *Parità fra i sessi in politica e controllo della Corte: un revirement circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, 2004, p. 918 e ss. A commento, anche, M. D'Amico, *Rappresentanza politica e genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 357 e ss. e, della stessa A., si vedano anche le riflessioni svolte in *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit. e in *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, cit..

sulla formazione delle liste, dalle azioni positive forti, che attribuiscono direttamente il risultato (vere e proprie quote) e che in questa materia sono ritenute inammissibili. È evidente che siamo in presenza di una vera decisione *overruling*: la norma che la Corte qui salva è del tutto simile a quelle dichiarate incostituzionali nel 1995.

Come detto, peraltro, è significativo che la Corte costituzionale si sia pronunciata in questi termini, tenendo conto delle modifiche costituzionali intervenute, ma senza mai un cenno alla revisione dell'art. 51 Cost., in dirittura d'arrivo. Ciò che, peraltro, ha consentito al Giudice costituzionale di mantenere aperto il campo relativamente all'interpretazione della portata del nuovo principio costituzionale, voluto per mettere un cappello alle quote, ma dal tenore letterale passibile di diverse letture ("la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne").

Significativo, infine, anche il richiamo ai comportamenti dei partiti politici, che con la propria inerzia avevano di fatto costretto il legislatore ad intervenire in senso autoritativo in materia: "quello che già si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie o regolamentari dei partiti (i quali, però, per lungo tempo non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole di autodisciplina) è qui perseguito come effetto di un vincolo di legge"¹⁸.

3.2. L'art. 51 Cost. e la legittimità della doppia preferenza di genere

Con l'art. 1 della legge cost. 30 maggio 2003, n. 1, è stato aggiunto all'art. 51, comma 1, Cost., al fine di sancire il principio di eguaglianza sostanziale anche in riferimento all'accesso alle cariche elettive, la previsione in forza della quale "A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini"¹⁹.

Uno dei punti critici messi in luce dai commentatori²⁰ all'indomani della riforma riguardava giustamente la formula linguistica utilizzata dal legislatore costituzionale, che appariva molto generica; una formulazione così blanda,

¹⁸ Corte cost. sent. n. 49 del 2003, punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

¹⁹ Sull'importanza e sui riflessi della revisione costituzionale si vedano M. Ainis, *La riforma dell'art. 51 e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 25 e ss.; M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 37 e ss. Critico nei confronti della revisione R. Bin, *Donne e autoreferenzialità della politica*, in R. R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., p. 13 e ss.

²⁰ Sul ruolo della dottrina nell'evoluzione del principio di cui all'art. 51 Cost. C. Siccardi, *Il ruolo della dottrina nell'evoluzione del principio di parità di genere nell'accesso alle cariche elettive e ai pubblici uffici*, p.

infatti, avrebbe consentito al legislatore di introdurre soltanto misure di contorno, che sarebbero però state inidonee a raggiungere lo scopo di accrescere la presenza delle donne nelle Assemblee rappresentative e nelle istituzioni.

In effetti, la fragilità del contenuto del nuovo art. 51 Cost. è stata purtroppo messa in luce pochi anni dopo l'approvazione della riforma, nel 2005, in occasione della bocciatura da parte del Parlamento, in sede di modifica del sistema elettorale in senso proporzionale (che poi ha portato all'approvazione della legge n. 270 del 2005), di una norma che intendeva garantire, con la previsione di sanzioni economiche, la presenza di donne nelle liste elettorali in misura di almeno un quarto (una donna ogni tre uomini).

Lo stesso anno però la Corte costituzionale ha chiarito per la prima volta il contenuto del principio costituzionale, consentendo di ritenere definitivamente tramontata la possibilità di un'interpretazione dell'art. 51 Cost., orientata esclusivamente al principio di eguaglianza formale.

La Corte, infatti, in una pronuncia di inammissibilità avente ad oggetto la materia del pubblico impiego (ord. n. 39 del 2005²¹), ha respinto nettamente l'impostazione del Consiglio di Stato, per il quale le modifiche costituzionali avrebbero dovuto considerarsi incapaci di consentire un superamento delle argomentazioni della sentenza del 1995.

Ciò è stato confermato qualche anno dopo con la sent. n. 4 del 2010²². La Corte, infatti, ha ricondotto per la prima volta in modo esplicito il nuovo art. 51 Cost. al principio di eguaglianza sostanziale, affermando che il nuovo quadro costituzionale è ispirato "al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica la rimozione di tutti gli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese".

In questo contesto, risulta pertanto del tutto legittimo il meccanismo della c.d. doppia preferenza di genere introdotto per la prima volta dalla Regione Campania con la legge n. 4 del 2009. Un meccanismo che consente agli elettori di esprimere uno o due voti di preferenza, con l'avvertenza che, in

²¹ Corte cost., ord. 27 gennaio 2005, n. 39, con nota di A. Di Blasi, *Anche il Consiglio di Stato inciampa sulla parità dei sessi*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 315 e ss.

²² Corte cost., sent. 14 gennaio 2010, n. 4, in *Giur. cost.*, 2010, p. 79 e ss., a commento della quale si veda L. Carlassarre, *La legittimità della preferenza di genere una nuova sconfitta della linea del Governo*, *ivi*, p. 81 e ss.; M. Olivetti, *La cd "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, *ivi*, p. 84 e ss.; S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per ottenere indirettamente ed eventualmente il risultato di un'azione positiva*, *ivi*, p. 93 e ss.; M. Raveraira, "Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria?, in www.federalismi.it, 3 febbraio 2010; L. Califano, *L'assenso 'coerente' della Consulta alla preferenza di genere*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 404.

quest'ultimo caso, "una deve riguardare un candidato di genere maschile e l'altra un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza". Si trattava, dunque, di una norma chiaramente orientata a promuovere le pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive, o meglio una "norma riequilibratrice volta a ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva". La misura è stata salvata dalla Corte costituzionale anche perché ritenuta incapace di incidere negativamente sul diritto di voto e sul diritto all'elettorato passivo e di determinare il risultato elettorale, rimanendo il cittadino libero di avvalersi, o meno, della seconda preferenza.

È bene specificare che la pronuncia n. 4 del 2010, pur legittimando l'ingresso del principio di eguaglianza sostanziale nell'accesso alle cariche elettive, non consente di superare, quantomeno a livello teorico, alcuni limiti sanciti dalla Corte nella sent. n. 422 del 1995. Rimane quindi da domandarsi se siano oggi ancora inammissibili misure più "forti" rispetto a quella oggetto di sindacato della Corte in questa sentenza e nella precedente del 2003. Questo affatto semplice, al quale però si deve rispondere consapevoli della circostanza che negli anni successivi alla pronuncia costituzionale il quadro legislativo e anche giurisprudenziale è ulteriormente mutato, soprattutto a seguito della sent. n. 81 del 2012 di cui parleremo oltre, e risulta quindi più favorevole all'introduzione di misure che consentono in modo efficace l'attuazione del principio costituzionale di cui all'art. 51 Cost.

3.3. La legislazione più recente

Come si è detto, dopo l'entrata in vigore delle modifiche costituzionali che hanno inciso sull'art. 117 Cost. e sull'art. 51 Cost., se le Regioni si sono attivate per tentare (sia pur con misure non sempre efficaci) di dare attuazione al nuovo principio, lo Stato è rimasto per lungo tempo inerte, in particolare rispetto alla necessità di un adeguamento della legge elettorale nazionale.

Nel frattempo, tuttavia, i giudici amministrativi hanno dimostrato di prendere "sul serio" il diritto alle pari opportunità nelle numerosissime controversie instaurate in ragione della composizione squilibrata delle Giunte regionali o degli enti locali. Senza qui ripercorrere quella giurisprudenza, è importante ora unicamente segnalare che il ruolo assunto in questi anni dalla magistratura nel garantire il rispetto del principio costituzionale di pari opportunità ha gettato le premesse per la successiva consapevolezza, da parte della politica, della inderogabilità di propri interventi attuativi di quel principio su tutti i fronti.

È infatti, dal 2010 in poi il legislatore ha cominciato ad intervenire con importanti misure legislative attuative della parità di genere. Si pensi alla leg-

ge n. 120 del 2011 (composizione dei C.d.a. delle società)²³, alla legge n. 247 del 2012 di riforma dell'ordinamento forense (con norme sul riequilibrio di genere nelle istituzioni dell'ordinamento)²⁴, al d.lgs n. 23 del 2010 (riequilibrio di genere negli organi collegiali delle Camere di commercio)²⁵.

Sullo specifico versante degli organi politici, da segnalarsi è poi la legge n. 215 del 2012²⁶, che ha implementato il principio di parità di cui all'art. 51 Cost. con riguardo principalmente agli organi elettivi e di governo degli enti locali. Per quel che concerne gli organi elettivi le nuove regole hanno introdotto, da un lato, riserve di posti nelle liste elettorali, dall'altro lato, la doppia preferenza di genere. Più precisamente, per i Comuni con meno di 5.000 abitanti è sufficiente che nelle liste sia "assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi", e non sono previsti meccanismi incidenti sull'espressione del voto. Per i Comuni con numero di abitanti compresi tra 5.000 e 15.000, e analogamente anche per i Comuni che superano i 15.000 abitanti, la legge ha previsto che "nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati". È stata altresì prevista la c.d. doppia preferenza di genere. Si è stabilito, infatti, che "ciascun elettore può esprimere, nelle apposite righe stampate sotto il medesimo contrassegno, uno o due voti di preferenza, scrivendo il cognome di non più di due candidati compresi nella lista collegata al candidato alla carica di sindaco prescelto. Nel caso di espressione di due preferenze, esse devono riguardare candidati di sesso diverso della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza". Va sottolineato che la legge ha sanzionato il mancato rispetto delle riserve di lista stabilendo che l'organo deputato a svolgere il controllo delle liste, nel caso di inadempimento, "riduce la lista cancellando i nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati, procedendo in tal caso dall'ultimo della lista". Tale disposizione, pur essendo molto incisiva, è stata considerata legittima dal Consiglio di Stato, il quale

²³ Legge n. 120 del 2011, *Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati*. Con riferimento all'approvazione della legge n. 120 del 2011, ai suoi contenuti ed alle problematiche, si rinvia a M. D'Amico, A. Puccio (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

²⁴ Legge n. 247 del 2012, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*. Sul tema, si veda I. Li Vigni, *Avvocate. Sviluppo e affermazione di una professione*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

²⁵ D.lgs. n. 23 del 2010, *Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009, n. 99*.

²⁶ Legge n. 215 del 2012, *Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni*.

ha respinto il ricorso di un candidato (in una lista non rispettosa della proporzione di genere prevista dalla legge) al Consiglio comunale di Bari, il quale lamentava il fatto di essere stato tolto automaticamente dalla Commissione elettorale, senza che vi fosse alcuna possibilità di scegliere i candidati da eliminare da parte dei partiti²⁷.

Infine, sempre la legge n. 215 del 2012 ha anche introdotto una norma che impatta sulla comunicazione politica, stabilendo che i mezzi di informazione debbano, durante le campagne elettorali, garantire pari opportunità.

È utile poi richiamare, ancorché la misura sia scarsamente efficace, trattandosi di tenue sanzione economica, il d.l. n. 149 del 2013 (convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 13)²⁸ sull'abolizione del finanziamento pubblico ai partiti, il quale ha ridotto le risorse spettanti al partito politico, overossia quelle derivanti dal 2 per mille, "nel caso in cui, nel numero complessivo dei candidati di un partito politico in ciascuna elezione della Camera dei deputati, del Senato della Repubblica o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, uno dei due sessi sia rappresentato in misura inferiore al 40%"²⁹.

Altro recentissimo provvedimento è quello che ha portato all'adozione di misure attuative della parità di genere nell'ambito dell'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo³⁰, il quale sembra essere più efficace sotto il profilo della parità di genere rispetto alla disciplina precedente (legge n. 90 del 2004). Mentre quest'ultima si limitava a prevedere una quota di genere nelle liste di candidati, stabilendo allo stesso tempo sanzioni economiche per i partiti inadempienti, le nuove norme contenute nella legge n. 65 del 2014 prevedono il meccanismo della c.d. tripla preferenza di genere. Più precisamente, la nuova disciplina stabilisce un doppio regime: uno più blando, che si è applicato alle elezioni europee del 2014; l'altro più incisivo, che si applicherà solo a partire dal 2019.

Alle ultime elezioni (maggio 2014), infatti, gli elettori hanno fruito della possibilità di esprimere fino a un massimo di tre preferenze, dovendo però

²⁷ Cons. St. sent. n. 2393 del 2014.

²⁸ D.l. n. 149 del 2013, *Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore*.

²⁹ Sull'obiettivo delle pari opportunità nella legislazione in materia di contribuzione ai partiti politici F. Biondi, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, Milano, 2012, 164; S. Leone, *La leva economica per spronare i partiti a candidare più donne: una misura efficace?* in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 177 ss..

³⁰ Legge n. 65 del 2014, *Modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, recante norme per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, in materia di garanzie per la rappresentanza di genere, e relative disposizioni transitorie inerenti alle elezioni da svolgere nell'anno 2014*.

votare per candidati di entrambi i sessi, pena l'annullamento del terzo voto. Dalla tornata successiva (2019), l'annullamento in caso di inosservanza della prescrizione riguarderà anche il secondo voto di preferenza, e i partiti politici saranno altresì tenuti a rispettare delle regole sulla composizione delle liste, essendo obbligati a presentare in ciascuna lista donne e uomini in eguale misura, e ad alternare per genere i due primi candidati.

Come si è potuto osservare dai dati, all'esito della prima consultazione elettorale (maggio 2014) svoltasi con la nuova disciplina, le donne italiane elette al Parlamento europeo sono raddoppiate: le donne sono il 39,7 % degli eletti italiani e per la prima volta sono al di sopra della media europea pari al 37%.

Norme antidiscriminatorie sono contenute anche nella legge n. 56 del 2014³¹, che reca disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province e sull'unione e fusione dei Comuni, e che, sia con riferimento all'elezione del Consiglio metropolitano, sia del Consiglio provinciale (entrambi enti di secondo livello, eletti dai sindaci e consiglieri comunali tra i sindaci e i consiglieri comunali), stabilisce che nelle liste nessuno dei due sessi può essere rappresentato "in misura superiore al 60 per cento del numero dei candidati".

Infine, si segnala l'approvazione della legge n. 20 del 2016³², che intervenendo sulla legge n. 165 del 2004, ha introdotto specifiche misure volte a garantire la parità di genere nei Consigli regionali. La legge, in particolare, ha declinato il principio di parità, cui ciascuna Regione dovrà attenersi nella elaborazione della propria legge elettorale, a seconda del tipo di meccanismo:

1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati devono essere presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima;

2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale dispone l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale;

³¹ Legge n. 56 del 2014, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*.

³² Legge n. 20 del 2016, *Modifica all'articolo 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali*. Per un commento sui disegni di legge che hanno preceduto l'approvazione definitiva del testo di legge, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *Testo dell'audizione della professoressa Marilisa D'Amico sui disegni di legge A.C. 1278, A.C. 3297, A.C. 3354 e A.C. 3359 presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera (26 novembre 2015)*, in *Osservatorio AIC*, 2015, p. 1 e ss.

3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale dispone l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale.

In conclusione, risulta a tutti evidente che nel nostro ordinamento ci sia una diffusa consapevolezza da parte del legislatore della necessità di introdurre strumenti di riequilibrio, anche nell'ambito della rappresentanza politica, il settore più discusso, ma anche più bisognoso di cambiamento.

3.4. Dall'*Italicum* al *Rosatellum*

Il tema della parità di genere è finalmente tornato ad essere oggetto di attenzione del legislatore, anche con riferimento alla disciplina elettorale nazionale, con l'approvazione della legge n. 52 del 2015³³, dichiarata, però, parzialmente incostituzionale con la sent. n. 35 del 2017³⁴.

Il testo approvato in via definitiva il 15 aprile 2015 è frutto di un faticoso dibattito intorno alla necessità di incrementare effettivamente la presenza femminile³⁵. La disciplina presentava, infatti, diverse norme volte a garantire la parità di genere in Parlamento, stabilendosi:

³³ Legge n. 52 del 2015, *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*.

³⁴ Corte cost. sent. n. 35 del 2017, con note, tra i molti, di R. Bin, "La Corte ha spiegato, nulla è cambiato", in *laCostituzione.info*, 2017, p. 1 e ss.; S. Ceccanti, "I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti", in *Federalismi.it*, 2017, p. 1 e ss.; R. Dickmann, "La Corte costituzionale trasforma l'*Italicum* in sistema elettorale maggioritario 'eventuale' ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere", in *Federalismi.it*, 2017, p. 1 e ss.; A. Morrone, "Dopo la decisione sull'*Italicum*: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 1 e ss.; A. Ruggeri, "La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'*Italicum*", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 1 e ss.

³⁵ Sin dalla sua presentazione alla Camera, la proposta di legge elettorale prevedeva una norma volta a promuovere l'eguaglianza tra i sessi (AC. n. 98 *Modifiche alle norme per l'elezione di Camera e Senato*, del 27 gennaio 2014). Si stabiliva, da una parte, l'obbligo a pena di inammissibilità di garantire una rappresentanza paritaria dei sessi nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista; dall'altra di garantire che, questa volta all'interno di ciascuna singola lista, non comparissero più di due candidati consecutivi del medesimo genere. Ci si è accorti subito che tali misure rischiavano di non portare alcun risultato utile. Infatti, le nuove norme prevedevano "listini bloccati" (da 3 a 6 candidati), sui quali cioè gli elettori non potevano esprimere alcuna preferenza. I candidati sarebbero stati eletti in ordine di lista e di fatto solo il partito che avesse ottenuto più voti sarebbe riuscito a eleggere più di un candidato. In tal modo, se i partiti avessero scelto solo capolista uomini, il risultato sarebbe stato molto limitato dal punto di vista del genere. Proprio per questa ragione durante l'esame alla Camera moltissime Deputate, appartenenti a forze politiche differenti, si sono vestite di bianco in segno di protesta per attirare l'attenzione del dibattito parlamentare e dell'opinione pubblica sul tema della parità di genere. In quei giorni sono stati presentati emendamenti che

1. che nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista nessun sesso possa essere rappresentato in misura superiore al cinquanta per cento;
2. che nell'ambito di ciascuna lista i candidati devono essere presentati in ordine alternato per sesso;
3. che i capolista dello stesso sesso non possono essere più del 60 per cento del totale in ogni circoscrizione;
4. che l'elettore possa esprimere fino a due preferenze, per candidati di sesso diverso (c.d. 'doppia preferenza di genere'), tra quelli che non sono capolista, pena l'annullamento della seconda preferenza.

Si trattava di disposizioni importanti, alcune delle quali anche molto forti, come è la proporzione di genere prevista per i capolista "bloccati", che indubbiamente non può che avere un effetto anche sul risultato elettorale, stante la probabilità dei capolista di essere effettivamente eletti (sebbene questo effetto riguardi una sola porzione dei membri della Camera). Inoltre, occorre tenere conto di un altro aspetto, che rischia di mettere in discussione il buon effetto di questa misura.

Questa norma andava, infatti, combinata con la disposizione che consente al capolista di essere "pluricandidato", fino a un massimo di dieci collegi (art. 19 T.U. Camera). Il rischio di elusione si doveva al fatto che, in ipotesi, un partito potrebbe presentare la stessa donna capolista in più collegi e così soddisfare, ma solo formalmente, il requisito prescritto, ovverossia il rispetto della proporzione 40/60 imposta dalla legge n. 52 del 2015. Una volta stabilito il collegio di elezione, tuttavia, negli altri collegi nulla escludeva che potesse conquistare il seggio al posto del capolista un candidato di sesso maschile. Ecco che l'effetto incisivo perseguito dal legislatore, che avrebbe voluto mettere al sicuro almeno una parte di seggi per entrambi i sessi, svanisce³⁶.

si proponevano, per esempio, di imporre l'alternanza secca uomo-donna in lista, oppure di garantire che nel totale delle candidature almeno metà (o il 40%) delle posizioni di capilista fossero riservate a ciascun sesso. Se alla Camera gli emendamenti sono stati respinti, anche questa volta a scrutinio segreto, al Senato il dibattito ha avuto esiti differenti e la legge n. 52 del 2015 prevede numerose norme volte a garantire la parità di genere.

Al Senato il dibattito relativo alla parità di genere ha avuto esiti differenti. In argomento, M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, cit., 2016, pp. 207 ss..

³⁶ Al fine di rimediare all'inconveniente si potrebbe intervenire sui meccanismi di selezione del collegio di elezione del capolista plurieletto. Al momento, come noto, il meccanismo è quello del sorteggio, come sancito dalla sent. n. 35 del 2017, il quale difficilmente può essere "orientato" al rispetto delle pari opportunità. Ipotizziamo allora che il legislatore – come auspicabile – sostituisca il criterio del sorteggio quale criterio per individuare il collegio di elezione, si potrebbe immaginare un meccanismo che valorizzi i candidati con maggior numero di preferenze (comparabili tra loro) prescrivendo l'elezione del capolista nel collegio ove il candidato potenzialmente subentrante abbia ricevuto il minor numero di voti (in proporzione), o diversamente si potrebbe prospettare una soluzione che operi all'origine del problema,

Passando all'introduzione della c.d. doppia preferenza di genere, si trattava di sicuro di una scelta da accogliere e che nemmeno presentava dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale, se si considera che si trattava di un meccanismo già scrutinato con esito positivo dalla Corte costituzionale con la sent. n. 4 del 2010.

Una criticità notevole della disciplina approvata con la legge n. 52 del 2015, invece, è che essa non riguardava l'elezione del Senato. Ciò che rischiava di inficiare, tra l'altro, il rendimento delle norme antidiscriminatorie in materia elettorale, che avrebbero dovuto operare solo per l'elezione dei componenti la Camera dei Deputati.

Per vero, esiste nell'ordinamento una norma che impone ai partiti politici, in ciascuna elezione del Parlamento europeo, della Camera dei deputati, ma anche del Senato della Repubblica, di rispettare una certa proporzione di genere nel complesso delle candidature presentate, pena la decurtazione delle risorse economiche ad essi spettanti. Si tratta di quanto dispone il già richiamato art. 9, comma 2, del d.l. n. 149 del 2013 (Abolizione del finanziamento pubblico diretto) ai sensi del quale "Nel caso in cui, nel numero complessivo dei candidati di un partito politico in ciascuna elezione della Camera dei deputati, del Senato della Repubblica o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, uno dei due sessi sia rappresentato in misura inferiore al 40 per cento, le risorse spettanti al partito politico ai sensi dell'articolo 12 sono ridotte in misura percentuale pari allo 0,50 per ogni punto percentuale di differenza tra 40 e la percentuale dei candidati del sesso meno rappresentato, nel limite massimo complessivo del 10 per cento".

Si tratta, però, di misura assistita da una sanzione prettamente economica (non dalla più forte conseguenza della inammissibilità delle liste presentate). Misure di questo tipo, quando sperimentate anche in altri contesti, non hanno saputo restituire buoni risultati, e difficilmente potranno farlo ora che con l'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici la decurtazione economica insiste sugli introiti derivanti dalla sola destinazione del 2 per mille.

Un disincentivo davvero debole.

Il problema, molto serio, della asimmetria tra la disciplina elettorale per la Camera e quella per il Senato sotto il profilo dell'attuazione dell'art. 51

riducendo le possibilità per i candidati capolista di essere presentati in più collegi. In effetti, l'effetto distorsivo che la stessa produce rispetto all'efficacia della norma antidiscriminatoria che insiste sul numero complessivo di candidature potrebbe in questo senso costituire un ulteriore incentivo a prevede una riduzione (per esempio da 10 a 3) del numero di collegi nei quali sia ammesso pluricandidarsi. In argomento si veda volendo M. D'Amico - S. Leone, *Audizione resa il 3 marzo 2017 nell'ambito di una indagine conoscitiva innanzi alla Commissione I della Camera, nel corso dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche alla legge elettorale, (C. 2352 e abb.)*, in *www.osservatorioaic.it*, 2017, pp. 19 ss..

Cost. fortunatamente è stato risolto, grazie all'approvazione di norme *ad hoc* inserite nel c.d. *Rosatellum*.

La nuova legge elettorale (l. n. 165 del 2017) prevede diverse disposizioni volte a promuovere il riequilibrio di genere nelle due Assemblee elettive.

In particolare, per la parte uninominale, si è stabilito che nel complesso delle candidature debba essere rispettata una soglia massima per sesso pari al 60%. Per la parte di seggi assegnati invece con il metodo proporzionale, si è intervenuti in un duplice senso.

Da un lato, infatti, si è previsto che ciascuna lista debba essere composta in modo da alternare per genere i candidati. Si tratta di una previsione di potenziale rilevante impatto, se si considera che l'elettore non avrà la possibilità di esprimere voti di preferenza.

Dall'altro lato, si è intervenuti sulla presentazione dei c.d. capolista. Per la Camera obbligandosi i partiti a presentare in posizione di capolista non più del 60%, calcolato a livello nazionale, di candidati dello stesso sesso. Al Senato si applica la medesima soglia, ma con riferimento a ciascuna Regione.

Un ultimo doveroso cenno riguarda la (bocciata) riforma costituzionale.

L'art. 55 Cost., come modificato dalla eventuale entrata in vigore della riforma, infatti, prevedeva che le leggi per le elezioni delle due Camere (sia dunque la Camera dei deputati, sia il nuovo Senato) avrebbero dovuto "promuovere l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza". Particolarmente rilevante pare il fatto che la riforma si rivolgesse specificamente alla legge elettorale, affidando a essa il compito di realizzare l'obiettivo dell'equilibrio di genere anche in Parlamento³⁷.

La riforma, tuttavia, come noto non è entrata in vigore, per effetto della volontà espressa dagli elettori il 4 dicembre scorso.

Rimane dunque valido quanto prevede attualmente l'art. 51 Cost., così come l'obiettivo di promuovere una effettiva uguaglianza nella partecipazione delle donne alle Assemblee legislative, a cominciare dal Parlamento³⁸.

I dati relativi agli effetti delle misure introdotte dal *Rosatellum* ci parlano di una presenza femminile che si è attestata al 35,77% alla Camera dei Deputati e al 34,38% al Senato³⁹.

³⁷ Per un'analisi degli strumenti volti a garantire la parità di genere nell'ambito della riforma costituzionale E. Bindi, *La promozione dell'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza* (artt. 55, comma 2, e 122, comma 1, cost.), in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2016, p. 3 ss.

³⁸ Per un approfondimento, si consenta il rinvio a M. D'Amico, *Testo dell'audizione della professoressa Marilisa D'Amico sul disegno di legge costituzionale A.C. 2613-B presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera* (29 ottobre 2015), in *Osservatorio AIC*, 2015, p. 1 e ss.

³⁹ Dati disponibili sul sito della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica alla voce Distribuzione dei componenti della XVIII in carica per fascia di età e per sesso.

4. *L'emblematico caso delle Giunte regionali e degli enti locali: le fondamentali affermazioni della giurisprudenza amministrativa e costituzionale*

L'art. 51 Cost., come già visto, garantisce alle donne e agli uomini di accedere in condizioni di uguaglianza a tutti gli "uffici pubblici". Nell'ambito dell'accesso alle Giunte, la disposizione ha trovato negli ultimi anni un'importante applicazione⁴⁰. Tale principio viene, infatti, ribadito negli Statuti delle Regioni, come nel caso dell'art. 11 dello Statuto della Regione Lombardia, ove si fa riferimento, come già visto, al concetto di "democrazia paritaria" e ove si impegna la Regione a promuovere l'equilibrio di genere nella nomina degli organi di governo.

Per quanto riguarda gli Enti locali, il principio di parità nella composizione delle Giunte viene prescritto, invece, già dall'art. 6 del Tuel (d.lgs. n. 267 del 2000), poi ulteriormente specificato in molti Statuti comunali, con formulazioni di volta in volta differenti.

Nei fatti tali principi sono stati a lungo disattesi e le Giunte regionali, provinciali e comunali hanno continuato per troppo tempo a essere composte in larga maggioranza da uomini, se non addirittura da soli uomini.

Proprio per porre rimedio a questa situazione, sono stati proposti una serie di ricorsi davanti ai giudici amministrativi al fine di veder affermato, anche in via giudiziaria, il principio della parità di genere.

Il primo problema che i giudici hanno dovuto affrontare riguardava la natura delle norme statutarie: da un lato, si sosteneva la natura meramente programmatica di tali disposizioni; dall'altro, se ne valorizzava la natura precettiva anche in forza dei nuovi vincoli costituzionali.

Le prime decisioni dei giudici amministrativi, con le quali per lo più si disponeva l'annullamento delle giunte monogenere, accoglievano quest'ultima impostazione. Ad oggi sono moltissimi i casi in cui i giudici hanno annullato giunte totalmente maschili o Giunte del tutto squilibrate in termini di genere.

Tra i numerosi casi affrontati dai giudici amministrativi ci si limita qui a richiamare quello relativo alla Giunta della Regione Lombardia e quello relativo alla Giunta della Regione Campania⁴¹.

⁴⁰ In generale sul tema dell'attuazione del principio di parità nelle Giunte, si veda S. Leone, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere*, in M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, Milano, nonché, diffusamente, S. Leone, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

⁴¹ In relazione alla promozione delle pari opportunità da parte delle Regioni si veda S. Leone, "La promozione delle pari opportunità negli statuti e nelle leggi elettorali delle regioni", in M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit.

La Giunta del Presidente Formigoni era, infatti, composta da sedici assessori uomini e una sola donna, nonostante le previsioni statutarie già richiamate.

Le Associazioni operanti nel settore hanno deciso così di rivolgersi al giudice amministrativo al fine di ottenere l'annullamento della Giunta, non rispettosa del principio di parità di genere. Il TAR Lombardia tuttavia ha respinto i ricorsi, sostenendo che norme di principio come quelle dell'art. 11 dello Statuto non possono avere portata vincolante, ma semplicemente programmatica, e che la nomina degli Assessori abbia natura fiduciaria, non potendo che dipendere da discrezionali valutazioni politiche⁴².

La pronuncia, dunque, si fonda su un'interpretazione dell'art. 51 Cost. – fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 422 del 1995 – ormai superata, che non tiene in alcun modo in considerazione i nuovi principi costituzionali. Ancora più singolare appare il fatto che il TAR, nel rigettare la domanda dei ricorrenti, affermi che “il processo di promozione dell'equilibrio tra i sessi nella rappresentanza politica è, allo stato, appena avviato”.

Nello stesso periodo, il TAR Campania⁴³, chiamato a pronunciarsi su una questione del tutto simile, ha deciso, al contrario, di annullare i decreti di nomina della Giunta regionale campana proprio perché in essa era presente una sola donna.

A fronte della conferma della pronuncia da parte del Consiglio di Stato, il Presidente della Regione Campania si è rivolto alla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, nel decidere il conflitto di attribuzioni promosso dalla Regione Campania, afferma che gli assessori campani, secondo Statuto, devono essere “nominati ‘nel pieno rispetto del principio di un'equilibrata presenza di donne e uomini’” e che la discrezionalità politica spettante al Presidente “risulta arginata dal rispetto di tale canone, stabilito dallo statuto, in armonia con l'articolo 51, primo comma, e 117, settimo comma, della Costituzione”⁴⁴.

⁴² TAR Lombardia, sez. I, sent. 4 febbraio 2011 n. 354, con commento di C. M. Saracino, *Il principio di pari opportunità tra ordine vigente e possibilità evolutive: il ruolo del giudice*, in *Foro amm.*, 2011, VI, p. 1829 e ss. Si veda, inoltre, sul caso lombardo, M. D'Amico, *La parità davanti ai giudici amministrativi. Il caso della Giunta regionale lombarda*, in L. Violini (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Giuffrè, Milano, 2011.

Si rinvia per i riferimenti al tema delle pari opportunità nell'esperienza statutaria alla ricerca che è stata commissionata dalla Regione Lombardia (gruppo di ricerca composto da M. D'Amico, D. Migliucci, L. Panzeri), *Donne e istituzioni: tra potere e rappresentanza politica*, IRER, 2007.

⁴³ TAR Campania, sez. I, sent. 7 aprile 2011, n. 1985. Sul caso campano si veda M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 90 e ss. e A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 113 e ss.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 81 del 2012, con note di M.G. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti*

Con questa importantissima pronuncia la Corte costituzionale consacra definitivamente i principi affermati dai giudici sulla precettività delle norme in tema di parità e sulla loro giustiziabilità. Fondamentale è nella pronuncia l'affermazione secondo la quale “gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto”.

Questa decisione della Corte costituzionale non poteva non avere effetti anche nel caso lombardo. In quei giorni il Consiglio di Stato stava appunto decidendo in relazione alla decisione del TAR Lombardia sulla Giunta composta da sedici uomini e una donna. Alla luce della pronuncia della Corte costituzionale, e forte dei propri precedenti, il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione negativa del TAR. Secondo il giudice amministrativo, infatti, il riferimento all'equilibrio di genere contenuto nello Statuto lombardo (art. 11) richiama all'eguaglianza, o a una sostanziale approssimazione ad essa⁴⁵.

Nonostante la chiara affermazione del Consiglio di Stato, il Presidente della Regione Lombardia procedendo alla nomina dei nuovi assessori, si è limitato a nominare solo due donne. E così le associazioni femminili hanno deciso di ricorrere nuovamente davanti al giudice amministrativo invocando la persistente violazione del principio statutario dell'equilibrio di genere. Ed il TAR Lombardia, con una decisione *overruling* rispetto al suo precedente, ha annullato per la seconda volta la giunta Formigoni affermando che “fermo restando che non può spettare al giudice amministrativo stabilire il numero e il peso delle deleghe da conferirsi al genere femminile, la presenza di due soli assessori donna su un numero complessivo di 16 appare ancora distante dall'obiettivo dell'equilibrio tra la presenza dei due generi che la citata norma statutaria impone di raggiungere, anche tenuto conto della rilevanza politica degli incarichi conferiti”⁴⁶.

In altre decisioni, il giudice amministrativo ha confermato la propria impostazione, approfondendo in alcuni casi gli argomenti a sostegno della

*politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania, in www.federalismi.it, e M. Belletti, Torniamo allo Statuto' ... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie, in www.forumcostituzionale.it. Inoltre, si veda, anche, F. Bilancia, Ancora sull'atto politico' e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?, in *Giur. cost.*, 2012, p. 536 e ss.*

⁴⁵ Cons. Stato, sent. 21 giugno 2012, n. 3670. A commento della pronuncia, si veda M. Massa, *Democrazia di genere: illegittima anche la Giunta Formigoni del 2010*, in www.dirittiregionali.org.

⁴⁶ TAR Lombardia, sez. I, sent. 6 dicembre 2012, n. 2945.

composizione paritaria delle giunte negli enti locali, giustificata alla luce della convinzione che la presenza equilibrata di uomini e donne favorisca un equilibrio nelle decisioni degli organi (...) e che l'assenza di donne costituisce un fattore di diseconomicità perché non si sfruttano in modo adeguato le risorse disponibili di una parte della popolazione (...), giungendo addirittura a esprimersi sulla proporzione corretta insita nel principio della "democrazia paritaria" (non sempre 50 e 50, ma 40-60).

La vicenda delle Giunte testimonia come il principio di parità sancito in Costituzione (e nel caso specifico ribadito in legge e negli Statuti regionali) vada "preso sul serio", perché capace di produrre effetti vincolanti, anche nei confronti di chi esercita discrezionalità politica⁴⁷.

5. La composizione del CSM e degli altri organi costituzionali

La lunga strada della parità e la diffusa consapevolezza della necessità di strumenti di riequilibrio nella rappresentanza politica e istituzionale mostrano come la situazione della magistratura sia sicuramente anomala e meritevole di immediati e incisivi interventi.

A premessa del ragionamento, occorre richiamare l'attenzione a un dato, che è quello registrato dall'ufficio statistico del CSM nel Documento "Distribuzione per genere del personale di magistratura", aggiornato al marzo del 2017⁴⁸.

Ebbene, dal Documento si ricava che i magistrati in organico sono 9.408, e che 4.900 di loro sono donne. Le donne magistrato, quindi, sono più della metà (52%). Peraltro, l'età media delle donne è più bassa di quella degli uomini.

Se si guarda ai dati che riguardano i magistrati ordinari in tirocinio (i MOT) la divaricazione di genere aumenta ancora. Su 666 unità, 411 sono donne (62%).

Si tratta di numeri davvero notevoli, soprattutto se confrontati a quelli del 1965, quando, a distanza di due anni dall'entrata in vigore della legge n. 33 del 1966, le donne parteciparono per la prima volta a un concorso per entrare in magistratura: le vincitrici costituivano solo il 6% del totale.

Come purtroppo prevedibile, però, la situazione cambia quando la lente viene puntata sulle cariche di vertice, ovvero sugli incarichi direttivi e semidirettivi.

⁴⁷ In tema, si consenta, ancora una volta, il rinvio a M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit.

⁴⁸ Il Documento è consultabile al sito <http://www.csm.it/documents/21768/137951/Donne+in+magistratura+%28aggiorn.+marzo+2017%29/330d42d5-ea52-1740-b5b8-9ef6fb74b231>.

In questo caso, si può notare che:

- Incarichi direttivi: uomini 73,95% - donne 26,05%
- Incarichi semidirettivi: uomini 63,65% - donne 36,35%.

La divaricazione a questi livelli cresce ulteriormente nell'ambito degli incarichi direttivi requirementi. Qui le donne si fermano a quota 19%.

Il Documento rilasciato dal CSM dà conto anche degli incarichi direttivi e semidirettivi assegnati nel corso dell'attuale consiliatura.

- Incarichi direttivi: uomini 74% - donne 26%
- Incarichi semidirettivi: uomini 62% - donne 38%

Il Documento segnala come significativo, e in effetti lo è, che in molti nel caso di assegnazione di incarichi direttivi, ciò comporta il trasferimento del magistrato ad altro distretto rispetto a quello di provenienza. Non solo. Il dato evidenzia come nella più parte dei casi sono gli uomini ad aver cambiato sede, mentre le donne che raggiungono il vertice e che si spostano di distretto sono solo il 19%.

Cosa ci dicono questi dati?

Che le donne sono ormai più degli uomini in magistratura, che tendenzialmente sono più giovani (dunque vincono il concorso prima degli uomini), che nelle ultime tornate concorsuali la percentuale di donne vincitrici è salita ulteriormente. Ma i dati ci dicono anche che le donne faticano ancora a raggiungere le posizioni apicali, in particolare a ricoprire i ruoli direttivi e semidirettivi della magistratura requiremente, che probabilmente una parte (ma solo una parte, si badi) del problema sta nella difficoltà che le donne hanno ancora oggi di accettare incarichi che comportino spostamenti di sede.

Più in generale, quindi, si può dire che rimane il problema della difficoltà delle donne di conciliare i tempi di vita e lavoro.

Per questo sicuramente ritengo apprezzabile la delibera del 24 luglio 2014, approvata durante la scorsa consiliatura, e con la quale si proponevano più interventi:

- favorire la flessibilità della gestione del carico di lavoro e l'auto-organizzazione del lavoro, al fine di facilitare la conciliazione famiglia-lavoro;
- promuovere l'utilizzo dei moderni strumenti tecnologici (es: fax, firma digitale, email) per il lavoro a casa;
- istituire asili-nido sui luoghi di lavoro;
- affinare il sistema di selezione dei dirigenti, valorizzando maggiormente le esperienze professionali maturate nella giurisdizione e negli uffici giudiziari, tenendo conto della minore mobilità che caratterizza il percorso professionale delle donne e che non deve rappresentare un indiretto fattore di discriminazione;
- rinnovare periodicamente un monitoraggio ragionato sul tema;
- adottare misure materiali di sostegno e facilitazione della dimensione familiare, favorendo altresì la salvaguardia dell'unità dei nuclei familiari garantendo la piena funzionalità degli uffici.

Ma apprezzo altresì la delibera del 2 aprile 2014, che si faceva carico di questo problema ragionando anche di un altro fattore, ovvero la scarsa presenza di donne nell'organo di amministrazione autonoma della magistratura: il CSM (in cui siedono, attualmente, soltanto tre donne, ma solo una parte della componente togata).

Sono infatti convinta che in generale organi più equilibrati sotto il profilo del genere siano organi capaci di migliore decisione (v. *infra*) e organi più attenti, più sensibili, a certe tematiche.

Faccio solo un esempio, riferito alla Corte costituzionale, cui si è già fatto cenno.

Nel 1995 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime tutte le norme introdotte dal legislatore per riequilibrare il genere nelle Assemblee elettive. E lo ha fatto con una decisione secca, molto dura. In quel Collegio non era presente nessuna donna.

Nel 2003 la Corte costituzionale, con una decisione *overruling*, ha salvato una norma antidiscriminatoria non così dissimile da quelle bocciate nel 1995. In quel Collegio sedeva anche una donna, Fernanda Contri, prima Giudice donna in Corte.

Nel 2012 la Corte ha pronunciato una sentenza importantissima in materia di pari opportunità⁴⁹, che ha avuto la forza di affermare che la discrezionalità politica può essere limitata per effetto di un parametro normativo sovraordinato, il principio di parità fra i sessi, il quale vincola la discrezionalità politica in una cornice che lo Stato deve rispettare alla luce del principio di legalità. In quel Collegio era presente una donna, la Giudice Marta Cartabia, relattrice e redattrice della sentenza.

Potrei fare ancora molti esempi per dimostrare come non sia affatto influente la composizione di un organo sotto il profilo del genere rispetto alle decisioni che assume.

Lo stesso dovrebbe riguardare il CSM⁵⁰.

La delibera del 2 aprile 2014, sulla base di una sapiente impostazione e di una consapevole ricostruzione delle tendenze evolutive del nostro ordinamento (legislative e giurisprudenziali) aveva proposto una correzione al sistema di elezione del CSM recato dalla legge 24 marzo 1958, n. 195, così come modificato nel 2002. E ciò al fine di prevedere vere e proprie "quote di risultato".

Più precisamente, la delibera richiedeva:

1) la doppia preferenza di genere nella elezione della componente togata;

⁴⁹ Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 81 del 2012.

⁵⁰ Sulla necessità di strumenti volti a garantire una rappresentanza equilibrata di genere all'interno del CSM B. Pezzini, *Quote di partecipazione di genere (e/o femminili) per l'elezione del CSM*, in www.giudicedonna.it, n. 4/2016.

2) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 per la componente togata;

3) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 della componente laica.

Ora, come valutare questa proposta?

Il costituzionalista naturalmente non può non interrogarsi seriamente, alla luce della circostanza che questa proposta, se legislativamente accolta, introdurrebbe una quota di risultato e lo farebbe, peraltro, non solo sulla componente togata ma anche sulla componente laica, che deriva dalla decisione espressa dal Parlamento.

È vero. Si tratterebbe di misure forti, ma non per questo necessariamente destinate a non superare il vaglio di costituzionalità.

Infatti, non c'è dubbio che secondo la Corte costituzionale le azioni positive devono mirare unicamente ad innalzare le soglie di partenza e non possono invece determinare esse stesse il risultato. Ma è anche vero che questa giurisprudenza, ad oggi, può dirsi confermata solo per quanto concerne l'accesso alle cariche elettive politiche, laddove, cioè, l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale deve fare i conti anche con altri fondamentali principi: quello di rappresentanza politica, la cui neutralità, pur discutibilmente interpretata al maschile, comunque si ritiene ancora indiscussa e quello che riguarda la libertà del voto dei cittadini.

Sono ormai invece numerosi i segnali che confermano che maggior favore incontrano e incontrerebbero azioni positive forti, orientate al risultato, che intervengano in altro ambito. Non mi riferisco solo alla circostanza che ormai il legislatore ha già sperimentato misure di questo tipo⁵¹. Darei rilievo soprattutto alla circostanza che la Corte costituzionale, interrogata nell'ambito di un conflitto sulla decisione dei giudici amministrativi che avevano annullato la Giunta campana perché irrispettosa dello Statuto regionale (che richiedeva un riequilibrio di genere nella composizione delle Giunte), aveva indirettamente salvato quel tipo di norme. È vero, la Corte si pronuncia per l'inammissibilità del ricorso della Regione Campania perché sostanzialmente chiedeva alla Corte un ulteriore grado di giudizio, ed è vero quindi che la Corte non entra nel merito della questione. Ma l'effetto della pronuncia e soprattutto le argomentazioni utilizzate confermano la bontà di norme statutarie che si propongano non già solo di favorire l'ingresso di donne nelle Giunte, ma di garantirlo. Stiamo parlando della ormai nota sentenza n. 81 del 2012 già citata.

Questa decisione, implicitamente, sembrerebbe aver dunque avallato la legittimità di misure forti, che intervengano in un ambito diverso da quello della rappresentanza politica.

⁵¹ Si pensi, in particolare, alla legge n. 120 del 2011 che incide con vere e proprie "quote" sulla composizione dei c.d.a. delle società.

Nel ragionamento, tuttavia, deve oggi tenersi conto anche di un recente pronunciamento del Giudice amministrativo, il quale ha negato la possibilità che, per favorire l'incremento della componente femminile in organi collegiali, le norme possano arrivare ad incidere sul risultato.

Il settore nel quale è intervenuta questa interpretazione è quello dell'ordinamento della professione forense, riformato con legge n. 247 del 2012. Più in particolare, ad interessare è la disposizione contenuta nel Regolamento per l'elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi (Decreto 10 novembre 2014, n. 170), che nel dare attuazione all'art. 28 della legge, ove si prescrive che *“Il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo dei consiglieri eletti”*, ha previsto delle modalità attuative volte a garantire il rispetto della predetta prescrizione. Ebbene, l'art. 14, comma 7 del Regolamento statuisce che, laddove all'esito della votazione non risulti rispettata la quota di un terzo per il genere meno rappresentato, occorre procedere alla formazione di una seconda graduatoria, che, tenendo conto dei voti riportati da ciascun candidato, determini il rispetto della composizione secondo la proporzione di genere imposta dalla legge.

Il Tar Lazio, sent. n. 8333 del 2015, confermata in appello dal Consiglio di Stato, con sent. n. 3414 del 2016, ha censurato questa norma, assumendo che essa si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali in materia di tutela di genere, per come interpretati dalla Corte costituzionale; ciò in quanto a risultare compatibili col quadro costituzionale sarebbero norme che *“si limitino a prevedere misure promozionali “a monte” del procedimento elettorale, mentre risultano costituzionalmente illegittime laddove prevedano meccanismi correttivi “a valle” del procedimento medesimo”*.

Alla luce di questa interpretazione, per quanto severa, deve allora dirsi che ha certamente più *chances* di sfuggire a qualsivoglia censura una disciplina che eviti di bloccare essa stessa la proporzione di genere nella composizione di un organo, tanto più se il frutto di una elezione.

Interessanti sono le proposte avanzate nella primavera del 2016 dalla *Commissione ministeriale per le modifiche alla costituzione e al funzionamento del C.s.m.*⁵², che già in premessa della Relazione presentata alla fine del proprio lavoro, ragionando di correzioni al sistema di elezione della componente togata dell'organo, ha espresso l'esigenza che esso risponda ad alcuni requisiti *“essenziali”*, tra i quali *“il principio della parità di genere”*. Nel prosieguo della Relazione vengono poi prospettate diverse modalità attuative del principio, che variano in considerazione del diverso sistema elettorale di volta in volta preso in considerazione.

Così, se si optasse per un meccanismo proporzionale con liste concorren-

⁵² La Commissione, presieduta da Luigi Scotti, è stata istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 12 agosto 2015.

ti, la misura antidiscriminatoria consisterebbe nella possibilità, per l'elettore, di esprimere anche una seconda preferenza, purché rivolta a candidato di sesso diverso rispetto a quello indicato con la prima.

Diversa la misura proposta, invece, nell'ambito di un sistema maggioritario a doppio turno necessario. Il primo turno, si spiega nella Relazione, serve a individuare i candidati, il secondo gli eletti. L'elettore, che si vede consegnare tre schede, dovrà votare per una coppia di candidati di genere diverso. Alla seconda fase di voto, invece, alla quale sono ammessi a partecipare i quattro candidati per ciascun genere e per ciascun collegio che abbiano riportato il maggior numero di voti, il voto si esprime con l'indicazione per ciascuna categoria di un solo candidato ed eventualmente di un secondo di genere diverso.

Un'altra opzione interessante proposta, sulla quale i componenti della Commissione hanno fatto convergere la propria preferenza, è di tipo "misto", con una prima fase di tipo maggioritario in collegi territoriali e una seconda di tipo proporzionale con liste concorrenti in collegio nazionale.

Alla prima fase di consultazione, l'elettore, che riceve tre schede, esprime il voto per il candidato di ciascuna categoria e può esprimere un secondo voto solo se di sesso diverso. Alla seconda fase, è ammesso un numero di candidati pari al quadruplo dei magistrati da eleggere per ogni categoria, ovviamente in ragione dei voti ricevuti. Se non viene rispettata la parità di genere tra i candidati selezionati, il sistema dovrebbe prevedere l'aggiunta di altri candidati del genere meno rappresentato che abbiano conseguito il più alto numero di voti tra i non ammessi.

A questo punto, il secondo turno di voto si svolge sulla base di liste che comprendono un numero di candidati sufficiente a garantire la parità di genere. Ancora una volta, infine, con l'obiettivo di favorire il riequilibrio tra i sessi, il meccanismo previsto nella seconda tornata elettorale è la doppia preferenza di genere.

La doppia preferenza di genere è la misura antidiscriminatoria scelta anche dalla proposta di legge presentata nell'ambito della XVII legislatura alla Camera dei Deputati, recante *Modifiche alla legge 24 marzo 1958, n. 195, in materia di equilibrio tra i sessi nella rappresentanza dei magistrati presso il Consiglio superiore della magistratura (A.C. 4512)*⁵³. La nuova disciplina, senza imporre il rispetto di una vera e propria quota nell'ambito della compo-

⁵³ Il testo è frutto del lavoro dei Parlamentari coordinato dall'allora Presidente della Commissione Giustizia Donatella Ferranti e dell'ADMI (Associazione Italiana Donne Magistrato) e presenta un'adesione trasversale da parte dei partiti nelle sottoscrizioni, con una sinergia che ricorda molto da vicino la genesi, felice, della legge n. 120 del 2011 in tema di presenza femminile nei *Boards* delle società quotate e partecipate pubbliche. Analoga proposta è stata nuovamente presentata nell'ambito della XVIII legislatura (AC 976, Rossello). Non sono, tuttavia, ancora disponibili i contenuti della medesima.

nente togata del Csm, si limita a prevedere norme che incidono sulla presentazione delle candidature, sull'ordine di compilazione dell'elenco dei candidati, sul voto dell'elettore, col meccanismo della doppia preferenza di genere. Il risultato non è assicurato, ma si tratterebbe senza dubbio di un importantissimo passo avanti.

Certo, va considerato che in questo caso il meccanismo della doppia preferenza di genere non insiste su un sistema proporzionale a liste concorrenti. E certamente deve tenersi conto del rischio che le "correnti" più forti si organizzino per presentare coppie di candidati di sesso diverso, avendo in questo modo più *chances* di ottenere l'elezione di propri esponenti. Tutto dipende, allo stesso tempo, da come questa facoltà ulteriore verrà presentata e interpretata dai magistrati elettori: se cioè come un voto per consolidare la rappresentanza di una certa corrente, o, esattamente all'opposto, per scegliere del tutto liberamente un secondo candidato indipendentemente dalle logiche di partito⁵⁴.

Sia quel che sia, è in sé positivo che sia stato presentato un progetto di legge specificamente finalizzato a correggere il sistema di elezione della componente togata dei magistrati allo scopo di favorire il rispetto dell'art. 51 Cost., e che in Parlamento si apra un dibattito per individuare poi la soluzione tecnicamente migliore, sulla base però, si auspica, di una esigenza che sia convintamente e trasversalmente riconosciuta: quella cioè di scardinare le logiche che ancora oggi tengono le donne lontane da un organo costituzionale con poteri tanto importanti, e nel quale, dunque, è fondamentale siano rappresentati entrambi i generi.

A questo proposito, si segnala che, pure di fronte alle scelte del Parlamento di nuovo insediamento, la Magistratura ha lievemente incrementato la rappresentanza femminile all'interno del CSM con l'elezione di 4 componenti donne togate⁵⁵.

Si tratta comunque di un mutamento non ancora significativo soprattutto alla luce del ruolo centrale assunto dal Giudice nel nostro Stato costituzionale, appare ancora più importante il raggiungimento di un equilibrio nella composizione dell'organo che, appunto, rappresenta i giudici e ne tutela l'autonomia e l'indipendenza.

⁵⁴ Riflessioni di questo tipo sono emerse nell'interessante Convegno svoltosi a Montecitorio lo scorso 4 luglio dal titolo *Magistratura e Rappresentanza di genere. Proposte per un sistema elettorale orientato all'equilibrio fra i sessi*: mi riferisco in particolare alle riflessioni del Prof. Massimo Luciani, della Dott. Maria Rosaria San Giorgio, della Dott. Carla Lendaro e del Dott. Ercole Aprile. In letteratura, si rinvia a M. D'Amico, C.M. Lendaro, C. Siccardi (a cura di), *Eguaglianza di genere in Magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, FrancoAngeli, 2018.

⁵⁵ Dott. Lorendana Miccichè (funzioni di legittimità), Concetta A.R. Grillo, Alessandra Dal Moro, Paola Maria Baraggion (funzioni di merito).

6. I numeri contano?

A conclusione di questo quadro, poniamoci una domanda: è necessario promuovere un riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive? I numeri contano?

Qui, volendo schematizzare, le tesi prospettabili sono sostanzialmente tre.

1. La prima ci dice che è questione di giustizia. Le donne sono state sistematicamente discriminate nell'accesso ai ruoli apicali di ogni settore professionale. Misure antidiscriminatorie sono allora necessarie per garantire un loro diritto.

2. La seconda lettura ci dice che si tratta di una questione di funzionalità dell'organo. Infatti, "Organi squilibrati nella rappresentanza di genere (...) risultano (...) potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovvisti dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato". "Soltanto l'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi, specie se di vertice e di spiccata caratterizzazione politica, garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere"⁵⁶.

3. Infine, è da segnalare una terza tesi, secondo la quale "La discriminazione verso il genere femminile nella vita civile rappresenta una diseconomia, perché comporta la rinuncia a metà delle risorse disponibili"⁵⁷.

Come si vede, sono punti di vista diversi. Personalmente ritengo soprattutto persuasive le letture che partono dalla constatazione che la bassa presenza di donne incide negativamente sulla qualità dell'organo decisionale. Un Parlamento formato per lo più da uomini, soprattutto quando chiamato a decidere su temi importanti, lo fa carente della sensibilità, del punto di vista, del modo di pensare e discutere di entrambi i sessi. Ma senza dubbio persuasiva è anche la tesi che mette in luce come una discriminazione ai danni delle donne è una discriminazione ai danni di una fetta consistente della società (la metà) e dunque una discriminazione che produce diseconomia, privando gli organi decisionali delle competenze di cui sicuramente sarebbero portatici moltissime donne ancora lasciate ai margini.

⁵⁶ Posizione assunta dal TAR Lazio in occasione della sent. n. 6673 del 2011, nell'ambito di una questione attinente alla composizione delle Giunte.

⁵⁷ Posizione assunta, questa volta, dal Consiglio di Stato, nell'ambito di un parere (Parere n. 1801 del 2014) reso sulla corretta interpretazione della legge n. 120 del 2011, relativa ai c.d.a., ma che si potrebbe estendere a tutti i collegi decisionali, anche politici.

7. *Considerazioni conclusive: i numeri bastano?*

La presenza femminile nelle istituzioni e nelle Assemblee elettive è oggi diffusa.

Come visto, infatti, le donne hanno ormai sfondato il tetto del 30% in Parlamento, il Governo è paritario e anche gli organi esecutivi delle Regioni si stanno avviando verso una composizione rispettosa dell'equilibrio di genere.

Grazie alle riforme costituzionali, agli interventi legislativi, alle interpretazioni giurisprudenziali dei giudici comuni e della Corte costituzionale; grazie alle battaglie delle donne e delle associazioni, a una sensibilità nuova da parte dei partiti politici sempre più attenti al tema dell'eguaglianza di genere, la situazione femminile all'interno delle istituzioni è molto migliorata negli ultimi anni.

I parlamentari che, ormai quasi quindici anni fa, avevano approvato la riforma dell'art. 51 Cost., avevano messo ben in luce come i nuovi principi costituzionali non potessero costituire un semplice "punto di arrivo", semmai un "punto di partenza". Occorreva, infatti, l'impegno del legislatore e del mondo politico per evitare il rischio che la riforma rimanesse lettera morta.

Oggi forse possiamo affermare che dopo tanta fatica quella riforma è stata attuata. Un passo quindi è stato fatto, ma anche questi sforzi non possono rappresentare un "punto di arrivo".

Anzitutto, bisogna sempre ricordare che le norme non bastano, e che per promuovere una parità effettiva il cambiamento "formale" deve essere accompagnato da un processo "culturale" e "sostanziale"⁵⁸. Ciò è dimostrato, per esempio, dall'esperienza delle Regioni dove, nonostante la diffusa presenza di norme antidiscriminatorie, le donne elette nei Consigli regionali sono ancora molto poche. Persistono evidentemente degli ostacoli di tipo culturale e sociale che portano gli elettori, ma anche le elettrici, a preferire candidati uomini.

D'altra parte, se la politica è sempre stata monopolio maschile è più facile che la scelta ricada su un uomo, spesso considerato "più adatto" al mondo del potere.

Inoltre, la situazione attuale deve essere valutata anche alla luce dell'incidenza della presenza femminile nelle Assemblee elettive e, in generale, nei luoghi decisionali, rispetto ai contenuti della politica.

Ci si deve cioè con molta onestà domandare se la "politica al femminile" sia riuscita ad apportare un incremento della qualità della decisione parla-

⁵⁸ Per questa impostazione, si consenta, ancora una volta, il rinvio a M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., e, della stessa A., anche, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, cit. e *La laicità è donna*, cit.

mentare. Naturalmente non si tratta di una valutazione semplice da fare, mancando indici oggettivi sui quali basarla. Ed è altrettanto vero che, come da sempre sostenuto, le donne non devono essere presenti in Parlamento per rappresentare le donne e che sarebbe pertanto sbagliato svolgere questa valutazione guardando unicamente all'incidenza che ha avuto l'incremento della componente femminile in Parlamento sui "temi femminili".

È tuttavia altrettanto vero che se la competenza di una donna in politica non si esaurisce di certo nei suoi sforzi per migliorare la condizione della donna nella società, in presenza di una più consistente compagine femminile in Parlamento questo miglioramento non può però non esserci.

Da questo punto di vista, mi pare di poter dire che ancora molto ci sia da fare.

Alcuni fattori lo mettono in luce, come quando pensiamo al dramma della violenza di genere o al gap esistente sul versante dell'occupazione (solo una donna su due in età da lavoro oggi non ha un impiego), o ancora ai dati sulla natalità, che rivelano ancora una volta la fatica delle donne lavoratrici a costruirsi una vita familiare piena (nel 2015 i nati sono stati ben il 16% in meno rispetto al 2008); ma si pensi ancora al gap nelle retribuzioni (una ricerca condotta a giugno 2016 da una società specializzata nella gestione delle risorse umane – OD &M Consulting – conferma che, su un campione di 380 mila lavoratori del settore privato, gli stipendi delle donne soffrono uno scarto considerevole rispetto agli stipendi degli uomini. Il gap è del 12,7% per la categoria degli operati, del 7,2% per i quadri). E ancora, si pensi allo squilibrio di genere esistente nella categoria dei dirigenti d'azienda. Nonostante la legge n. 120 del 2011 abbia riequilibrato la composizione dei c.d.a. nelle società, poco o nulla è accaduto con riferimento alle fasce immediatamente inferiori, quelle appunto dei dirigenti.

Certo, molte cose importanti sono state fatte, anzitutto nel corso della passata legislatura, (si pensi alla ratifica della Convenzione di Istanbul, alla costruzione di un Inter-gruppo parlamentare per le donne, all'approvazione di disposizioni in materia di sicurezza e contrasto alla violenza di genere, alle norme sul telelavoro nella pubblica amministrazione con la Legge Madia), ma manca ancora il vero e proprio "salto di qualità" che ci si attenderebbe in considerazione dell'incremento della presenza di donne nei luoghi della decisione.

L'esperienza più recente mostra in qualche misura un ulteriore arretramento. Mi riferisco alle nomine cui è stato chiamato a provvedere il Parlamento di nuovo insediamento.

Si trattava di procedere alla nomina di un giudice costituzionale e dei componenti "laici" degli organi di amministrazione autonoma delle magistrature: il Consiglio Superiore della Magistratura e i Consigli di Presidenza della Giustizia amministrativa, della Giustizia tributaria e della Corte dei Conti.

“[I]l Parlamento ha eletto nelle 21 posizioni disponibili ben 21 uomini”.

Questo hanno sottolineato con forza le costituzionaliste italiane in una lettera indirizzata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica il 23 luglio di quest'anno, sottolineando come tale scelta costituisca un'“aperta violazione dell'art. 51 della Costituzione, che assicura a uomini e donne il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza agli uffici pubblici e che, a tal fine, affida alla Repubblica il compito di adottare appositi provvedimenti” e chiedendo l'avvio di “una seria riflessione, all'interno delle Assemblee [...] sulle cause che hanno portato a tale grave *vulnus* costituzionale e sugli interventi, anche regolamentari, necessari per evitare che una simile situazione, oggettivamente incomprensibile in Italia nel 2018, possa ripetersi in futuro”.

Alla luce dell'esperienza più recente, sembra allora che gli sforzi sino ad oggi profusi non siano ancora soddisfacenti. Non se si vuole dare piena attuazione a quel sogno di democrazia, fatta “di donne e di uomini” di cui parlava, in Assemblea costituente, Teresa Mattei.

CRISI DEI PARTITI, TRASFORMAZIONE DELLA POLITICA E ISTANZE DI RIFORMA ISTITUZIONALE

Felice Giuffrè
Università degli Studi di Catania

SOMMARIO: 1. Partiti e solidarietà politica alle origini della Costituzione repubblicana. – 2. Il ruolo del partito politico nella Costituzione italiana. – 3. Il tramonto del modello: tra crisi delle ideologie e atomizzazione della società. – 4. Liquefazione dei partiti e forma di governo: le riforme elettorali non bastano.

1. Partiti e solidarietà politica alle origini della Costituzione repubblicana

La Costituzione italiana del 1948 è geneticamente segnata dal ruolo fondamentale assunto dai partiti politici nelle fasi che hanno condotto alla sua nascita, tanto che le organizzazioni partitiche condizionarono in misura decisiva gli equilibri della nuova forma di Stato democratico-pluralista e, naturalmente, della forma di governo parlamentare¹.

È noto, del resto, che, anche a livello generale, proprio attraverso l'incorporazione del partito nell'orizzonte teorico-dogmatico del diritto costituzionale, a cavallo del secondo conflitto mondiale, fu possibile l'affermazione di una visione politico-istituzionale pluralista, che non considerava le forze politiche e sociali come cause di dissoluzione della sovranità statale² e che, piuttosto, attribuiva alle medesime il compito di canalizzare le molteplici e variegate istanze della comunità in altrettanti indirizzi di politica nazionale.

Nella nuova concezione il pluralismo politico non era più inteso come sinonimo di frammentarietà e particolarismo, secondo una concezione che, in epoca liberale, aveva condotto all'avversione nei confronti di ogni struttura che potesse alterare il diretto rapporto tra il cittadino politicamente attivo e lo Stato³ ed anche alla ricostruzione del meccanismo elettorale quale stru-

¹ In argomento, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc.Dir., Annali*, VIII, Milano 2015, 295 ss.; G. VECCHIO, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Trattato di Diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, a cura di P. Perlingieri, II, 4, Napoli 2016, 5 ss.

² Fondamentale, al riguardo, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Prolusione all'inaugurazione dell'A.A. 1909-10 della Regia Università di Pisa, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, 13 ss.

³ In argomento, P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc.Dir.*, XXXII, Milano 1982, 2 s. della versione digitale.

mento di scelta dei migliori interpreti degli interessi della Nazione, piuttosto che delega di funzioni nell'ambito di un rapporto rappresentanza tra elettori ed eletti.

Invero, già nel corso della seconda guerra mondiale (soprattutto nel periodo della guerra civile del 1943-45) e durante il processo costituente – superata la pretesa di riduzione del pluralismo sociale nell'ambito delle strutture dello Stato corporativo⁴ – i partiti, quali fattori di unificazione dell'intera vita della comunità⁵, assunsero un ruolo chiave per la ricostituzione del corpo sociale intorno al fondamentale principio giuridico della solidarietà politica, puntualmente evocato nell'art. 2 Cost.

Sotto quest'ultimo aspetto, infatti – come rilevava Costantino Mortati – “*la sostanziale omogeneità del sostrato sociale*” e “*la concordanza diffusa nella più gran parte dei cittadini politicamente attivi intorno a certi valori o a certi interessi*” costituiscono il presupposto della coesistenza pacifica tra gruppi politici e sociali eterogenei e del libero confronto tra diverse visioni dell'interesse generale⁶. Ove tali condizioni dovessero venire a mancare, con una diffusa messa in discussione dei fini fondamentali della comunità organizzata sul piano politico, sociale ed economico, sarebbe “*vano attendere da misure repressive dell'estremismo politico la normalizzazione del sistema democratico*”⁷.

Sulla base di tale premessa, i partiti politici democratici avrebbero dovuto (e devono ancora oggi) contribuire alla conservazione delle predette condizioni, pur nella diversità delle rispettive visioni e ideologie, astenendosi da ogni posizione rivolta alla radicale delegittimazione delle istituzioni costituzionali e degli altri soggetti politici “concorrenti” nella determinazione della politica nazionale⁸.

Attraverso tale atteggiamento, improntato a un canone di continenza nella lotta per la conquista del consenso, tanto i singoli cittadini, quanto le formazioni associative all'interno delle quali trovano primaria espressione le istanze di partecipazione politica dei primi, adempiono al fondamentale dovere di fedeltà nei confronti dell'istituzione politica di cui fanno parte (art. 54 Cost.) e, dunque, all'inderogabile dovere di solidarietà politica (art. 2

⁴ Cfr., C. PARADISO, *Mortati e il ruolo dei partiti nella organizzazione dello Stato*, in 1989 – *Riv. Dir. Pubbl. Sc. Pol.*, 2001, 533.

⁵ In questi termini, C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, 85.

⁶ Ancora, C. MORTATI, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana* (1950), ora in ID., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, Milano 1972, III, 50.

⁷ Ancora, C. MORTATI, *Dallo statuto albertino alla costituzione della Repubblica* (1961), ora in ID., *Studi sul potere costituente*, cit., II, 358.

⁸ Sul punto, G. LOMBARDI, *Contributo alla studio dei doveri costituzionali*, cit., 32; nonché, di recente, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, 17 ss.

Cost.), ponendo le basi per successivi processi di integrazione della comunità sul piano sociale ed economico (art. 3, II co., Cost.)⁹

Come anticipato, l'ispirazione appena descritta risale a un momento anteriore all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, segnatamente, alla primavera del 1944, allorché i partiti che componevano il Comitato di liberazione nazionale siglarono con la Monarchia sabauda il patto di Salerno, che condusse al referendum istituzionale del 2 giugno 1946 e all'elezione dell'Assemblea costituente¹⁰. In questa fase, i partiti andarono ben oltre il loro ruolo naturale e furono capaci di esercitare una decisiva funzione di supplenza di fronte alla frana dello Stato fascista e, poi, della monarchia, nel quadro di una complessiva debolezza della formazioni sociali in seno alla comunità nazionale del dopoguerra¹¹.

Sulla base di tali presupposti il ruolo materialmente costituzionale dei partiti politici trova compiuta traduzione nel testo costituzionale, nonché nelle consuetudini e nelle convenzioni¹² che completano il disegno della forma di Stato e della forma di governo della Repubblica, al punto che – come già sottolineato dalla dottrina che maggiormente si è occupata del tema¹³ – la trasformazioni del sistema dei partiti, indotte da fattori interni di tipo ideologico o esterni di tipo sociale o addirittura internazionale, incidono profondamente sul funzionamento dei meccanismi istituzionali, talvolta addirittura determinandone la crisi.

2. Il ruolo del partito politico nella Costituzione italiana

Di fronte ai due fondamentali modelli ricostruttivi del rapporto tra parti-

⁹ Così ancora l'attualissima ricostruzione di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 51 ss.

¹⁰ Sul punto, G. RIZZONI, *Art. 49 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, 983. Si veda, inoltre, I. NICOTRA, *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, Torino 2007, 132 ss.; nonché, O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia: da costruttori a problema della democrazia*, in *Dem.Dir.*, nn. 3 e 4, 2009, 23 ss.

¹¹ Cfr., O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia*, cit., 23 s.

¹² In argomento, di recente, S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi*, 7 ottobre 2015, 4 ss., che sottolinea il ruolo della *convenzione costituzionale* quale "veicolo" attraverso cui i partiti politici trovano inquadramento tra gli elementi che valgono a definire giuridicamente la forma di governo.

¹³ Il riferimento è, per la dottrina italiana, al contributo di L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc.Dir.*, XIX, Milano 1970, 638, ss.; ma anche; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss.Dig.it.*, XIII, Torino 1966, 484 s.; V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), ora in ID., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e disillusioni costituzionali*, Milano 1985, 209 ss.; ID., *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze 1969, 111 s.

to politico, organizzazione costituzionale e società civile – l'uno integralmente proiettato sulla dimensione pubblicistica; l'altro, per converso, incentrato sulla dimensione privatistica dell'associazione a fini politici – i Costituenti optarono per una soluzione intermedia.

Sotto questo profilo, furono senz'altro respinte le suggestioni derivanti dalla coeva esperienza costituzionale di Bonn, tendenti alla progressiva istituzionalizzazione dei partiti politici nell'ambito dell'organizzazione costituzionale dello Stato¹⁴, sino a giungere ad una tendenziale identificazione tra apparato statale, società e partiti, che, in questi termini, vengono concepiti quale principale strumento di formazione della volontà generale¹⁵.

Tale ultima visione era troppo contigua – secondo la prospettiva delle forze rappresentate in Assemblea costituente – al modello del partito-Stato della recente esperienza del regime fascista, la cui dottrina legava organicamente e indissolubilmente le istituzioni dell'apparato statale alle dinamiche politiche del Partito Nazionale Fascista¹⁶. Pertanto, nonostante fosse profondamente mutato lo scenario di fondo – con il superamento della vocazione organicista e totalitaria e l'emersione del modello democratico-pluralista (se non nell'orizzonte ideologico di tutti i soggetti politici, almeno nella prassi compromissoria della transizione costituzionale) – nessuna delle forze costituenti era disponibile a determinare condizioni che avrebbero potuto aprire la strada, attraverso l'incorporazione (*Inkorporation*) dei partiti nello Stato¹⁷, a nuove tentazioni egemoniche dei primi (o di alcuni di essi) sul secondo.

Nondimeno, le esigenze che condussero a respingere l'integrazione dei

¹⁴ Per un quadro riassuntivo, W. HENKE, *Das recht der politischen Parteien*, Göttingen 1964, 5 ss.; nonché, L. ELIA, *Introduzione a I progetti di legge sull'ordinamento e il finanziamento dei partiti della RFT*, Roma 1965, 11 ss.; C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova 1984, A. SOMMA, *Aspetti della disciplina dei partiti politici nell'ordinamento tedesco: dal BGB al Parteiengesetz*, in *Pol.Dir.*, 1993, 80 ss.

¹⁵ G. ARANGIO-RUIZ, *Associazione (diritto di)*, in *Enc.giur.it.* I, t. 4, Milano 1895, 877 ss., 966 ss.; V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca delle scienze politiche e amministrative* diretta da A. Brunialti, V, Torino 1890, 1053; riassuntivamente, E. CHELLI, *Libertà di associazione e poteri di polizia: profili storici*, in ISAP, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione – La tutela del cittadino*, II, P. Barile (a cura di) *La pubblica sicurezza*, Vicenza 1967, 273 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 2.

¹⁶ Cfr., G. LEIBHOLZ, *Il diritto costituzionale fascista* (1928), trad. it., a cura di A. Scalone, Napoli 2007, 68 ss.

¹⁷ Al riguardo vale rammentare come la c.d. *Inkorporation*, secondo la nota analisi di TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlino 1930, 12 ss., costituisce l'ultima tappa del rapporto tra Stato e partiti tra l'inizio del XIX e la metà XX secolo, che sarebbe stato segnato dal passaggio da una iniziale ostilità del primo rispetto ai secondi (*Bekämpfung*) a una successiva posizione di indifferenza (*Ignorierung*) e, ancora, ad un progressivo riconoscimento (*Annerkennung und Legarisierung*), sino, appunto, alla incorporazione. Sul punto, P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 1 ss.

partiti nell'organizzazione dello Stato non furono così forti da determinare una posizione di indifferenza dell'ordinamento costituzionale nei confronti dell'associazioni a fini politici generali.

E, infatti – come avvertiva Piero Calamandrei nella seduta della seconda Sottocommissione del 25 ottobre 1946 – la situazione era ben diversa da quella tipica dell'età liberale, tanto da richiedere un formale riconoscimento della nuova realtà e, in particolare, della “*funzione precostituzionale o paracostituzionale assunta dai partiti in tutte le democrazie moderne*”.

Per un verso, infatti, si era ormai assai lontani da un contesto sociale ed istituzionale nel quale il suffragio ristretto, la teoria della “sovranità della Nazione” e, in definitiva, la natura “monoclasse” dello Stato inducevano a confinare l'azione dei partiti negli ambiti propri delle libertà individuali di pensiero, di riunione e di associazione, affinché la legittima attività di propaganda, rivolta ad influenzare la pubblica opinione e a conquistarne il consenso, non si potesse in alcun modo sovrapporre o confondere con gli ambiti riservati ai poteri dello Stato¹⁸.

Per altro verso, come già accennato, i partiti politici avevano assunto un ruolo decisivo nell'ordinamento provvisorio dopo la caduta del Fascismo, assumendo la guida del percorso di transizione verso il nuovo assetto costituzionale, che sarebbe stato definito proprio dall'Assemblea costituente¹⁹. Era, dunque, naturale che le scelte di quest'ultima sul delicatissimo tema dei partiti fossero in larga misura condizionate e, in certo senso, predeterminate dai presupposti che avevano contraddistinto l'avvio della fase costituente.

La base di partenza per la disposizione che sarebbe divenuta l'art. 49 Cost. fu rappresentata dalla prima parte del testo proposto dal Lelio Basso nella seduta del 19 novembre 1946, secondo cui “*Tutti i cittadini hanno diritto di organizzarsi liberamente e democraticamente in partito politico, allo scopo di concorrere alla determinazione della politica del Paese*”.

Una seconda parte del testo – che prevedeva l'esplicito riconoscimento di “*attribuzioni di carattere costituzionale*” ai partiti che avessero ottenuto almeno cinquecentomila voti alle elezioni politiche – fu, invece, accantonata per il timore di alcune forze (e, segnatamente, del PCI), che tale previsione potesse costituire il preludio per una normativa che legittimasse il controllo sull'organizzazione interna o, peggio, sull'orientamento ideologico dei partiti, come, del resto, lasciavano presagire alcune proposte concorrenti dei deputati Merlin, Caristia e Mancini²⁰.

Così, pur ammettendo la necessità di riconoscere il rilievo e le attribuzio-

¹⁸ P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 2.

¹⁹ G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano 1973, 1 ss.

²⁰ Cfr. Atti dell'Assemblea Costituente, prima Sottocommissione, seduta del 19 novembre 1946 ed *ivi* anche i significativi interventi di Marchesi, Togliatti, Cevolotto e La Pira.

ni costituzionali dei partiti politici, la prima Sottocommissione rinviò a un esame congiunto della questione con la seconda Sottocommissione, competente a istruire i temi dell'organizzazione costituzionale. La seduta congiunta, però, non si tenne mai, sicché nel testo definitivo dell'art. 49 Cost. non fu inserito alcun riferimento al ruolo dei partiti nell'ambito della complessiva organizzazione costituzionale dello Stato, né, tantomeno, furono previsti controlli sulla organizzazione interna dei medesimi²¹.

La posizione dei partiti politici nella Costituzione italiana appare, dunque, sospesa – richiamando la classificazione di Triepel – tra la fase dell'*Ignorierung* e quella dell'*Inkorporierung*; posta su un crinale che guarda, da una parte, ai diritti di libertà e, dall'altra, all'organizzazione dei poteri dello Stato²².

Com'è noto, infatti, la Carta regola il fenomeno dei partiti nella *Parte prima*, quale diritto di libertà dei cittadini e, tuttavia, non appiattisce la relativa disciplina sulla più generale libertà di associazione (art. 18 Cost.), nel titolo I sui *Rapporti civili*, prevedendo, piuttosto, una norma specifica, l'art. 49, sistematicamente collocata nel titolo IV, che si occupa dei *Rapporti politici*.

Così, innanzi tutto, la libertà dei cittadini di associarsi in partiti politici appare certamente tutelata dalle garanzie previste dall'art. 18 Cost. per tutte le espressioni del fenomeno associativo.

Sotto questo profilo, sembra preclusa la previsione legislativa di specifici vincoli per le associazioni politiche. In senso analogo, è da escludere anche il riconoscimento di particolari condizioni di favore per le stesse organizzazioni²³, se non nei limiti di quanto ragionevolmente correlato alle peculiari finalità del partito politico, così come delineate dall'art. 49 Cost.²⁴ e dalle altre norme costituzionali (art. 1, 72, 82 Cost.) che, sia pure implicitamente, sottintendono l'essenziale funzione dei partiti nell'esercizio del potere sovrano da parte del Popolo e, dunque, nell'assetto della forma di Stato e di governo²⁵.

I partiti sono, quindi, libere associazioni di liberi cittadini, i quali – ac-

²¹ Sul punto, G. RIZZONI, *Art. 49 Cost.*, cit., 893.

²² In argomento, G. QUAGLIARIELLO, *I liberali e l'idea di partito nella stagione costituente*, in C. Franceschini, S. Guerrieri, G. Monina (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Roma 1997, 278 ss.

²³ P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 4; G. RIZZONI, *Art. 49 Cost.*, cit., 984; A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *Federalismi.it*, n. 24 del 24 dicembre 2014.

²⁴ Sul punto di veda, C. ESPOSITO, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 220.

²⁵ Ancora, C. ESPOSITO, *I partiti politici*, cit., 228; nonché, di recente, A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico*, cit., 6

cumunati da una medesima visione ideologica o culturale e da un corrispondente programma – concorrono “con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale”²⁶.

Nondimeno, proprio la valenza strumentale dei partiti, chiaramente enunciata dall’art. 49 Cost., proietta la previsione costituzionale di cui si tratta ben oltre il recinto sistematico dei diritti di libertà, ricollegandola attraverso l’art. 1 Cost., al meccanismo dei rapporti Parlamento-Governo e ai modi di esercizio *permanente* della sovranità da parte del Popolo²⁷.

Innanzitutto – com’è stato puntualmente rilevato – l’attività dei partiti, anche in assenza di esplicite previsioni in Costituzione, è sempre sottesa al funzionamento delle attività parlamentari e all’attività di governo²⁸, pervadendo, anche in forza di consuetudini e convenzioni, tutto il sistema dell’organizzazione costituzionale. Attraverso tale essenziale funzione di collegamento e intermediazione tra i poteri dello Stato, la centralità dei partiti ha determinato, nell’ambito della forma di governo parlamentare, la trasfigurazione della dialettica tra Parlamento e Governo, tipica dello Stato liberale, nel differente confronto tra “Governo-maggioranza”, da un lato, e “opposizione”, dall’altro²⁹; ciò – è opportuno rilevarlo – anche laddove, come in Italia, non si è scelto di attrarre, in modo esplicito, il fenomeno partitico nell’organizzazione costituzionale.

In secondo luogo, accanto alla funzione d’influenza diretta sull’organizzazione costituzionale, l’azione dei partiti riempie gli spazi lasciati vuoti dal testo costituzionale, allorché i Costituenti hanno implicitamente riconosciuto l’opportunità che le dinamiche istituzionali conservassero un certo grado di flessibilità per consentire il loro automatico adeguamento a fronte di eventuali mutamenti del quadro politico e del contesto sociale di riferimento³⁰.

In questo senso, l’azione dei partiti ha dato luogo a regolarità costituzionali che, trasformandosi in regole convenzionali o consuetudinarie, hanno contribuito a plasmare la fisionomia della nostra forma di governo³¹.

²⁶ Sul c.d. “principio del concorso”, diffusamente, P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 9 ss.

²⁷ Al riguardo, V. CRISAFULLI, *Partiti, parlamento, governo*, cit., 211 s.

²⁸ V. CRISAFULLI, *Partiti, parlamento, governo*, cit., 212.

²⁹ Sul punto, P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 9.

³⁰ In argomento, di recente, F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo. Variabili e costanti del sistema costituzionale italiano*, San Giuliano Milanese 2014, 5 ss., la quale correttamente mette in evidenza la necessità in ogni democrazia matura di una bilanciata coesistenza tra “elementi costanti” ed “elementi variabili” delle forme di governo. Infatti, è proprio l’operatività di “valvole di adattamento politico”, accanto agli elementi strutturali stabili, che consente di affrontare adeguatamente possibili situazioni critiche per l’ordinamento, derivanti da fattori molteplici, sia di rilievo interno, che di carattere esterno allo stesso.

³¹ Sull’influenza delle fonti-fatto di rango costituzionale sulla fisionomia della forma di governo, L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc.Dir.*, Milano 1970, 679.

Così, almeno sino alla crisi del primo modello, esplosa all'inizio degli anni Novanta con il fenomeno di "Tangentopoli" (ma iniziata a metà degli anni Ottanta)³², i partiti politici hanno assunto un'influenza decisiva, a partire dalla fase di formazione del Governo nell'ambito della procedura consuetudinaria delle *consultazioni*. Tale delicatissima fase della vita della Repubblica è stata, infatti, retta a lungo dalla regola convenzionale secondo cui ai partiti era demandata, non solo (com'è naturale) la scelta della formula politica che avrebbe dovuto esprimere la maggioranza di Governo, ma anche l'individuazione del Presidente del Consiglio, formalmente incaricato dal Capo dello Stato, e dei Ministri, solo proposti dal primo al secondo in base all'art. 94 Cost.

In senso analogo, la forza motrice rappresentata dai partiti rappresentati in Parlamento e dalle loro reciproche relazioni – a prescindere dall'appartenenza di ciascuno alla maggioranza o all'opposizione – si esprimeva nella funzione di direzione dei processi decisionali che conducevano all'elezione o alla nomina dei componenti di altri organi costituzionali o a rilevanza costituzionale, secondo ben precisi equilibri, anch'essi presto consolidatisi in altrettante convenzioni costituzionali³³.

I maggiori partiti nazionali, inoltre, proiettavano la loro forza unificante e le loro visioni si sintetizzavano nell'interesse generale in tutti i livelli territoriali di governo ed anche negli indirizzi politico-amministrativi degli enti pubblici retti da organi non direttamente legittimati dal corpo elettorale.

In questo quadro, anche il Partito Comunista Italiano, nonostante la *conventio ad excludendum*³⁴ che lo destinava inesorabilmente al ruolo proprio dell'opposizione, è stato sempre pienamente partecipe di una strategia istituzionale che rendeva il maggior partito della sinistra italiana (insieme alla Democrazia Cristiana, ai Socialisti e ai partiti laici) capace – in certa misura – di concorrere all'attuazione di un indirizzo politico-costituzionale e, addirittura, in talune fasi – in ragione della peculiare dinamica consociativa dei rapporti tra maggioranza e opposizione – anche in grado di promuovere significative politiche pubbliche in accordo con la coalizione di governo³⁵.

Non solo, la consistente integrazione convenzionale della forma di governo si esplicitava nel riconoscimento della Presidenza della Camera dei Deputati al maggior partito dell'opposizione, nelle regole sulla distribuzione

³² Per una efficace descrizione della crisi del sistema dei partiti che ha segnato l'Italia a partire dalla fine degli anni Settanta, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 292 ss.

³³ I. NICOTRA, *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, cit., 141 ss.

³⁴ Sul punto, diffusamente, I. NICOTRA, *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, cit., 138 ss.

³⁵ In argomento, A. BARBERA, *Il blocco della democrazia e la politica istituzionale del PCI*, in *Dem. Dir.*, 1986, n. 2, 23 ss.

dei componenti della Corte costituzionale di nomina parlamentare (due alla DC, uno al PSI, uno al PCI e uno, a turno, ai partiti laici: PSDI, PRI, PLI), nonché dei membri laici del Consiglio Superiore della Magistratura. Più in generale, la distribuzione tra i partiti delle cariche pubbliche si ripeteva in modo seriale in tutti i livelli di governo e con riferimento a tutte le tipologie di enti.

In una dimensione fisiologica, lo schema descritto valeva ad assicurare, proprio attraverso la mediazione dei partiti, l'esercizio del potere sovrano da parte del popolo anche negli intervalli tra le scadenze elettorali³⁶.

Il tradizionale partito di massa, modello di riferimento nel periodo della Costituente, era, infatti – secondo una ben nota definizione – “cinghia di trasmissione” tra la comunità popolare, nelle sue diverse articolazioni, e gli apparati dello Stato. Tale ruolo si esprimeva secondo una dinamica circolare che legava il piano comunitario e quello degli apparati pubblici³⁷.

In una fase ascendente, attraverso la partecipazione democratica alla vita del partito politico le molteplici e variegata istanze della collettività potevano trovare accesso e, dunque, “rappresentanza” al livello istituzionale, mediante un processo di selezione e di sintesi orientato dalla particolare visione dell'interesse generale propria di ciascun partito, per essere trasformati in indirizzi di politica nazionale e, dunque, trasfusi in atti legislativi e amministrativi.

In una fase discendente, invece, la medesima particolare interpretazione dell'interesse pubblico (*rectius*: degli interessi pubblici), frutto dei processi di selezione – condizionati anche dalla necessaria integrazione tra i programmi delle diverse forze che andavano a comporre una medesima maggioranza parlamentare – trovava diffusione e, soprattutto, legittimazione nella comunità sociale. In questo senso, attraverso un ruolo, in certa misura, “pedagogico” del partito politico nei confronti dei propri scritti o simpatizzanti, il pluralismo sociale e le contrapposizioni ideologiche³⁸, che tanto preoccupavano i giuristi nel tramonto dello Stato liberale monoclasse³⁹, potevano essere ricondotte entro i limiti posti da quella istanza di solidarietà politica, indispensabile per la vita di una comunità organizzata e, come tale, consacrata dai Costituenti come vero e proprio dovere inderogabile a carico dei singoli, delle formazioni sociali e degli apparati pubblici.

Nel senso riferito, proprio l'azione dei partiti politici ha avuto un ruolo fondamentale per il progressivo assorbimento delle contrapposizioni politi-

³⁶ V. CRISAFULLI, *Partiti, parlamento, governo*, cit., 211 s.

³⁷ In argomento si veda la chiarissima ricostruzione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1967, 720 ss.

³⁸ Cfr., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 720 ss.

³⁹ Ancora, per tutti, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 13 ss.

che, ma anche sociali ed economiche, che attraversavano la società italiana del secondo dopoguerra e che si riflettevano, in certi casi, in talune suggestioni “antisistema” dei principali partiti di sinistra (PCI) e di destra (MSI), nonché in quelle, ben più aggressive, caratteristiche dei movimenti parlamentari o extraparlamentari, che dai primi, progressivamente, si andavano distaccando.

Invero, nonostante le profonde divisioni di natura ideologica, con i noti riflessi di ordine geopolitico, i partiti protagonisti della prima fase della Repubblica, hanno svolto al meglio la loro funzione di integrazione sociale e nazionale, contenendo i molteplici *cleavages* del nostro Paese, diviso lungo linea che distingueva liberali e socialisti, cattolici e laici, ma anche nord industrializzato e sud agricolo⁴⁰. Attraverso, il coinvolgimento di grandi masse di cittadini tanto nelle loro articolazioni territoriali, quanto nelle rispettive organizzazioni parallele, operanti in ogni campo della vita sociale ed economica (lavoro, cooperazione, cultura, sport, tempo libero), i partiti (a cominciare, naturalmente, dalla DC e dal PCI riuscirono, sino alla fine degli anni sessanta, a rappresentare un efficace strumento di mediazione tra la società e lo Stato⁴¹.

Ebbene, per disporre di taluni importanti elementi di raffronto rispetto alla situazione che si determinerà negli anni successivi, è sin d'ora importante sottolineare come, dalla fine della seconda guerra mondiale sino alla fase della c.d. “contestazione” del 1968, il funzionamento del sistema dei partiti, quale cinghia di trasmissione tra cittadini e istituzioni, è stato segnato da talune condizioni, che, pur non attenendo ai profili strettamente giuridico-costituzionali della forma di governo, rientrano tra quelle variabili di contorno che contribuiscono a plasmarne la concreta fisionomia.

Ci si riferisce, innanzi tutto, alla astratta idoneità delle ideologie o, se si preferisce, delle “visioni del mondo” a cui si richiamavano le principali forze politiche rappresentate in Parlamento, a quell'epoca capaci di offrire agli elettori rappresentazioni di sintesi e prospettive di soluzione rispetto alle molteplici e spesso antiteticoe istanze della comunità sociale.

In questo contesto, i partiti mostravano la capacità di incanalare le esigenze sociali nel quadro di una particolare visione dell'interesse generale, ma erano anche in grado di orientare – svolgendo, appunto, una funzione di pedagogia politica – l'accesso delle medesime esigenze nel circuito rappresentativo e nei processi di *policy making*, di guisa che la selezione degli interessi e degli obiettivi da perseguire, filtrata dagli organi dei partiti, ritrovava legittimazione nella percezione degli elettori o, se si preferisce, del “blocco sociale” di riferimento di ciascuna formazione politica.

⁴⁰ O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia*, cit., 24.

⁴¹ Ancora, O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia*, cit. 24.

A tale risultato, come è stato rilevato, contribuiva la solidissima legittimazione popolare della classe dirigente che era stata selezionata dall'attività clandestina negli anni del fascismo, nel corso della guerra civile del 1943-45 e dall'impegno profuso in Assemblea costituente, allorché non solo i segretari (De Gasperi, Togliatti, Nenni, Saragat), ma l'intera classe dirigente dei partiti in essa rappresentati si erano impegnati a realizzare quel "compromesso coerente", che aveva consentito alla Repubblica di venire alla luce, nonostante le diverse e, talvolta, antitetiche prospettive del blocco social-comunista e di quello democristiano, laico e liberale.

3. Il tramonto del modello originario tra crisi delle ideologie e atomizzazione della società

Il modello appena descritto è entrato in crisi a partire dagli anni Ottanta per fattori endogeni e per condizionamenti esogeni.

Sotto il primo aspetto, vale rammentare come i caratteri della forma di governo parlamentare italiana, segnata dalla c.d. "democrazia bloccata", abbiano finito, alla lunga, per irrigidire eccessivamente il sistema politico, tanto da determinare la degenerazione identificata con il termine "partitocrazia"⁴².

I partiti politici, nel corso degli anni ottanta, sconfitte le pulsioni antisistema – che avevano raggiunto il proprio acme nel decennio precedente con la luttuosa stagione dei cc.dd. "anni di piombo" – e irrigiditi, almeno a livello nazionale, nei rispettivi ruoli di maggioranza e opposizione, hanno perso progressivamente la capacità di cogliere le istanze dei gruppi sociali di riferimento e di "rappresentarle" a livello istituzionale. In questo contesto, il partito ha finito per smarrire il fondamentale ruolo di "cinghia di trasmissione" tra comunità popolare e istituzioni e, di conseguenza, anche la capacità di orientare le preferenze dei cittadini nell'ambito di distinte visioni di sintesi dell'interesse generale⁴³.

Allentata la tensione ideologica, sul piano interno ed internazionale, dei primi decenni di vita repubblicana, i robusti apparati dei tradizionali partiti di massa e delle loro organizzazioni parallele – necessariamente articolati sul tanto a livello nazionale, quanto a livello locale – hanno subito una vera e propria torsione in senso autoreferenziale, dando l'impressione di agire quasi esclusivamente per la perpetuazione dei loro ambiti di influenza sul piano politico, sociale ed economico.

⁴² In argomento, tra i tanti, G. PASQUINO, *Partitocrazia*, in ID. (a cura di), *La politica italiana. Dizionario critico 1945-1995*, Roma-Bari 1995, 341ss.; ma già, G. MARANINI, *Governo parlamentare e partitocrazia*, in ID., *Miti e realtà della democrazia*, Milano 1958, 39 ss.

⁴³ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 295 ss.

In tale fase, dunque, non sono state più le associazioni partitiche a dare voce ai nuovi bisogni emergenti dalla società, ma ben più agili movimenti di opinione, che, aggregando bisogni o esigenze allo stato fluido, in molti casi sono stati capaci ad assegnare agli stessi una stabile consistenza organizzativa e, talvolta, persino una rappresentanza parlamentare⁴⁴.

L'esempio più evidente di tale modello è rappresentato dai movimenti ecologisti, che, nati negli anni settanta sono riusciti ad assumere – specialmente a seguito del disastro nucleare di Chernobyl del 1986 – la fisionomia di un partito tematico e a conseguire una significativa affermazione elettorale, con la conquista di seggi parlamentari e con la vittoria del fronte antinuclearista nei *referendum* del 1987.

Nello stesso periodo, inoltre, le linee di frattura del sistema politico-partitico si sono sviluppate non soltanto sul piano delle istanze tematiche e settoriali, ma anche sul versante delle rivendicazioni autonomiste o, addirittura, secessioniste da parte dei territori più ricchi e sviluppati del Paese.

Il fenomeno delle Leghe (Liga Veneta e Lega Lombarda, nucleo originario della futura Lega Nord) segna, per la prima volta dall'unità di Italia, il desiderio di una parte politica e della sua base elettorale di giungere una rottura della solidarietà politica, economica e sociale tra le diverse aree del Paese e, dunque, al superamento dell'unità nazionale. Tale disegno, almeno nelle sue versioni più radicali, minava la stessa possibilità di concepire l'azione del partito come orientata da una organica visione dell'interesse generale. Infatti, era proprio l'interesse generale, come interesse dell'intera comunità nazionale, ad essere messo in discussione per venire contrapposto ad una particolare visione degli interessi di certe aree del Paese.

È evidente, dunque, che già la caratterizzazione tematica dei nuovi movimenti determina un primo serio problema per il funzionamento della forma di governo e, più, in generale dei meccanismi istituzionali previsti dalla Costituzione.

Invero, nel momento in cui frazioni sempre più robuste della rappresentanza parlamentare esprimono istanze settoriali, slegate da una visione complessiva dell'interesse generale, si interrompe quel circuito, essenziale per il funzionamento della democrazia, che attraverso i partiti determinava la rappresentazione a livello parlamentare delle istanze delle comunità, ma, allo stesso tempo, il loro filtraggio nel quadro di organiche rappresentazioni di sintesi del bene comune, messe in competizione, attraverso l'attività degli stessi partiti, per essere eventualmente tradotte in corrispondenti indirizzi di politica nazionale.

In tale scenario di profondi mutamenti, già dalla seconda metà degli anni Ottanta cominciarono a emergere, sul piano politico e dottrinario, visioni al-

⁴⁴ In argomento, diffusamente, O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia*, cit., 108 ss.

ternative rispetto a quell'equilibrio della forma di governo italiana fondato sulla centralità del Parlamento e sulla c.d. "democrazia consensuale"; vale a dire, a quel sistema, segnato dal multipartitismo estremo⁴⁵, che era capace di monopolizzare la rappresentanza degli interessi⁴⁶ e di attrarre, a scapito dei circuiti istituzionali, tutti i canali della mediazione politica alle segreterie dei partiti di maggioranza e opposizione⁴⁷.

Con la crisi delle ideologie e il progressivo allentamento della c.d. "logica dei blocchi" – che sancirono il definitivo conseguimento dell'omogeneità politico-sociale e l'accettazione dell'orizzonte assiologico repubblicano da parte della stragrande maggioranza delle forze politiche e sociali italiane – veniva meno la principale giustificazione della democrazia compromissoria, la cui degenerazione consociativa, del resto, aveva già indotto una parte autorevole della dottrina ad una riflessione in ordine alla attualità dell'originaria opzione elettorale proporzionalista⁴⁸.

Negli stessi anni cresceva, per converso, la domanda di governabilità e le istanze di partecipazione diretta dei cittadini alla scelta degli Esecutivi, cui avrebbe dovuto corrispondere il contenimento del ruolo dei partiti nel complessivo regime politico.

⁴⁵ Per questa definizione, L. ELIA, *Governo*, cit., 654 ss.

⁴⁶ Cfr., S. FABBRINI, *La transizione contrastata. L'Italia dalla Prima alla Seconda Repubblica*, in A. BARBERA, G. GUZZETTA (a cura di), *Il governo dei cittadini. Referendum elettorali e riforma della politica*, Soveria Mannelli 2007, 9 ss.

⁴⁷ In argomento, G. REBUFFA, *Teoria e prassi del negoziato parlamentare*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 17. Il Parlamento*, Torino 2001, 504 ss., osserva che "qualsiasi questione di carattere istituzionale, sociale o economico doveva essere questione ridotta all'interno della rappresentazione partitica della Nazione".

⁴⁸ Significativo, al riguardo, fu il percorso di Costantino Mortati, il quale – pur annoverandosi tra i sostenitori della opportunità di esplicitare in Costituzione l'opzione per la formula elettorale proporzionale – nella metà degli anni Settanta mutò il proprio orientamento, movendo dalla constatazione che la degenerazione del sistema dei partiti era divenuto un pesante freno all'esercizio della sovranità popolare (Cfr., C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione (art. 1-12)*, Bologna – Roma, 1975, 35 ss.; nonché, A. BARBERA, S. CECCANTI, *La lenta conversione maggioritaria di Costantino Mortati*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 84 ss.) Nello stesso senso, A.M. SANDULLI, *Intervento*, in E. Cuccodoro (a cura di), *Ingegneria costituzionale per l'VIII Legislatura*, in *Parlamento. Rivista di vita politica e parlamentare*, n. 3-5, 1979, 3 ss.; V. CRISAFULLI, *Come rafforzare la funzione di governo*, in *Prospettive per il mondo*, 39-40, 1979, 14 ss.; S. GALEOTTI, *Il potere di decisione (posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia)*, in *Justitia*, 1969, 123 ss. In argomento, riassuntivamente, F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna 1981, 230 ss.; C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in C. De Fiores (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino 2007, 44 ss.; nonché, più di recente, F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo. Variabili e costanti del sistema costituzionale italiano*, San Giuliano Milanese 2014, 77 ss. e nota 36; S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale*, Torino 2016, 36 ss.

Tali tendenze corrispondevano, sul piano della riflessione politologica, al rilancio delle *teorie elitiste*⁴⁹ e in particolare del c.d. “*elitismo democratico*”⁵⁰ e delle letture *funzionaliste* della democrazia, secondo cui quest’ultima si fonda sulla competizione di individui o gruppi per la presa del potere politico attraverso la conquista del voto popolare⁵¹. In questa prospettiva, infatti, riassumibile nell’espressione *democrazia di investitura*, il popolo decide chi governa e l’indirizzo politico si determina sempre più nell’ambito del rapporto diretto tra corpo elettorale e *premier* (che, *naturaliter*, è anche capo del partito o della coalizione di maggioranza)⁵². Proprio l’Esecutivo, dunque, in forza dell’investitura popolare si pone al centro dei meccanismi della mediazione politica, economica e sociale, tanto sia sul piano interno, quanto sul piano sovranazionale, scalzando il Parlamento ed i partiti da un compito che avevano esercitato in modo preponderante sin dalla nascita della Repubblica.

Tali tendenze, tuttavia, faticarono a farsi strada sul piano istituzionale. Infatti, i riferiti caratteri della democrazia consensuale si traducevano in una obiettiva difficoltà di riformare il sistema istituzionale. Tale circostanza, in realtà, era determinata dalla combinazione tra la procedura aggravata della revisione costituzionale (art. 138 Cost.) e la legge elettorale proporzionale, ma anche dalla logica complessiva del sistema politico-istituzionale, che, appunto in quanto tradizionalmente consensuale o consociativo, tendeva a scoraggiare riforme che avrebbero potuto alterare i delicati equilibri frutto della costituzione materiale sottesa alla Carta repubblicana del 1948.

Sotto questo profilo, pur in assenza di espresse previsioni costituzionali al riguardo, il sistema elettorale proporzionale ha rappresentato un elemento fisionomico centrale dell’assetto politico-istituzionale dei primi cinquant’anni della Repubblica, proprio in vista della necessità di assicurare un percorso di sempre più armonica integrazione tra le diverse componenti della comunità nazionale. La sua valenza “proiettiva” della complessa realtà politico-ideologica italiana rappresentava, dunque, la garanzia della prosecuzione del compromesso costituente – anche in un sistema politicamente chiuso ad ogni ipotesi di alternanza tra maggioranza ed opposizione al governo del Paese.

⁴⁹ Sulle molteplici varianti della visione elitista, che prende le mosse dagli studi di Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Roberto Michels, N. BOBBIO, *Èlites (Teoria delle)*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino 2005, 303 ss.

⁵⁰ Cfr., F. BURZIO, *Essenza ed attualità del liberalismo*, Torino 1945; G. DORSO, *Dittatura, classe politica e classe dirigente* (1949), Bari 1986. Nella letteratura statunitense, H.D. LASSWELL, *Politics: Who Gets What, When, How* (1935), ora in ID., *Potere, politica e personalità*, a cura di Mario Stoppino, Torino 1975; nonché, H.D. LASSWELL, A. KAPLAN, *Potere e società. Uno schema concettuale per la ricerca politica* (1950), Bologna 1997.

⁵¹ Cfr., J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, Socialismo e Democrazia* (1942), trad. it. Milano 1955, 252.

⁵² B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino 2009, 68 ss.

La formula proporzionale, in particolare, tutelava tanto gli elettori non cattolici, che avrebbero, comunque, potuto votare altri partiti della coalizione di maggioranza; quanto l'opposizione comunista, che – sebbene impossibilitata a coltivare una concreta aspettativa di governare direttamente – poteva, comunque, confidare sulle già menzionate potenzialità inclusive del multipartitismo italiano⁵³.

Per tali ragioni, qualsiasi ipotesi di riforma istituzionale si scontrava con il deciso rifiuto dei partiti di mettere in discussione il principio della centralità del Parlamento e, in definitiva, “l'idea che ogni politica «nazionale» sia sempre e soltanto politica «negoziata»”⁵⁴. Da tale visione derivava, altresì, l'avversione delle medesime forze politiche nei confronti di un forma di governo maggioritaria, fondata sulla continuità – tipica del “governo di gabinetto” inglese – tra corpo elettorale, maggioranza parlamentare ed Esecutivo e, dunque, sulla netta distinzione dei ruoli tra maggioranza ed opposizione in Parlamento.

Fu, dunque, proprio il progressivo distacco della c.d. società civile dal tradizionale sistema dei partiti ad imprimere – con una iniziativa che ha consentito di scavalcare trasversalmente le forze politiche rappresentate in Parlamento – una forte accelerazione al superamento del presupposto della democrazia consensuale (o consociativa), vale a dire la legge elettorale proporzionale che aveva segnato, sin dalle origini, la forma di governo italiana.

A partire dal 1990, infatti, il Comitato promotore dei *referendum* elettorali guidato da Mario Segni avviò due successive campagne referendarie, che condussero, dapprima, all'abrogazione, a larga maggioranza dei votanti, delle preferenze multiple, spesso utilizzate come strumento di controllo del voto; poco dopo, nel 1993, all'introduzione di un sistema misto, ma prevalentemente maggioritario, attraverso l'abrogazione della soglia del 65% dei voti previsto dalla legge elettorale per il Senato (l. 6 febbraio 1948, n. 29)⁵⁵ e alla conseguente approvazione di nuove leggi elettorali per la Camera e per il Senato (leggi 4 agosto 1993, nn. 276 e 277)⁵⁶.

Non vi è dubbio che le nuove leggi elettorali hanno condotto ad una embrionale polarizzazione del sistema politico italiano, consentendo la formazione di coalizione di centro-destra e centro-sinistra, che si sono alternate al-

⁵³ Ancora, S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita*, cit., 36 ss.

⁵⁴ G. REBUFFA, *Teoria e prassi del negoziato parlamentare*, cit., 510

⁵⁵ La legge n. 29/1948 prevedeva un formula che, in primo luogo, prevedeva l'assegnazione dei seggi in collegi maggioritari a favore dei candidati che avessero raggiunto l'altissima soglia del 65% dei consensi. In secondo luogo, i seggi dei collegi (la quasi totalità) in cui non nessuno dei candidati avesse conseguito il *quorum* necessario per l'attribuzione maggioritaria, sarebbero stati assegnati con una ripartizione proporzionale, su base regionale, attraverso il sistema c.d. “d'Hondt”.

⁵⁶ Su queste vicende, F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo*, cit., 86 ss.

la guida del Paese a partire dalle elezioni del 1994 e con coalizioni che comprendevano forze politiche nuove (Forza Italia, Lega Nord) ed altre sino a quel momento escluse *a priori* dall'area di governo (il Democratico di Sinistra e, poi, il Partito democratico, eredi del PCI; nonché Alleanza Nazionale erede del MSI). Nondimeno, alcuni fattori hanno impedito la stabilizzazione del sistema politico in un rinnovato equilibrio capace di superare i difetti di una forma di governo, modellata in un contesto politico interno ed internazionale profondamente differente.

In primo luogo, il carattere misto del c.d. "Mattarellum" (in cui la componente maggioritaria era bilanciata dall'attribuzione di circa il 25 per cento dei seggi con il sistema proporzionale), nonché la previsione di sistemi elettorali differenti nei diversi livelli di governo (statale, regionale, provinciale e comunale, senza considerare il sistema proporzionale previsto per l'elezione del Parlamento europeo) ha probabilmente impedito il consolidamento del sistema bipolare. I due schieramenti di centro-destra e di centro-sinistra, infatti, nel corso delle loro esperienze di governo hanno assistito a processi di sfilacciamento interno, che, in taluni casi, hanno condotto a crisi di governo e, in altri, a vere e proprie paralisi istituzionali (basti pensare alla crescente difficoltà di eleggere i componenti di organi di garanzia, come i giudici della Corte costituzionale, con le prescritte maggioranze qualificate).

Nè, d'altra parte, la forma di governo e il sistema politico hanno potuto trovare stabilizzazione attraverso ulteriori interventi sulle leggi elettorali. Infatti, l'uso, per così dire, congiunturale delle riforme dei meccanismi di traduzione dei voti in seggi si è tradotto dapprima nella legge 270 del 2005 (c.d. *Porcellum*), che ha previsto un sistema proporzionale con liste bloccate, soglie di sbarramento e premi di maggioranza (diversi alla Camera e al Senato), alla fine censurato dalla Consulta con la celebre sentenza n. 1/2014⁵⁷. Tuttavia, non ha sortito alcun effetto sulla stabilizzazione della forma di Governo neanche la successiva legge elettorale n. 52/2015 (c.d. *Italicum*), dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2017, prima ancora che potesse essere applicata; né, tantomeno, la legge 165/2017 (c.d. *Rosatellum*) con un sistema misto, maggioritario per l'assegnazione di un terzo dei seggi e proporzionale per i restanti due terzi.

Piuttosto, nel vigore della legge n. 270/2005, ulteriori profili evolutivi del sistema dei partiti si sono scaricati sulla forma di governo italiana, aprendo la strada, tra il 2012 e il 2014, all'attivazione di incisivi poteri di supplenza da

⁵⁷ In argomento, tra i molti contributi, E. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2014, 1 ss.; F. SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale, tra rappresentanza politica e governabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 febbraio 2014, n. 2, 2014, 1 ss.

parte di organi di garanzia e, segnatamente, della Presidenza della Repubblica⁵⁸. Con l'applicazione della legge n. 165/2017 le urne hanno, invece, certificato il passaggio da un sistema bipolare imperfetto ad un sistema tripolare, che ha determinato dapprima una lunga crisi di Governo, di seguito fortissime e inedite tensioni tra la Presidenza della Repubblica e una parte delle forze politiche e, infine, una scomposizione delle alleanze elettorali per la formazione di una inedita maggioranza parlamentare e di un Governo Lega-M5S, basati su un limitato accordo programmatico (il c.d. *contratto di governo*) e pertanto di solidità quantomeno dubbia.

4. *Liquefazione dei partiti e forma di governo: le riforme elettorali non bastano*

Invero, il diffuso sentimento di sfiducia nei confronti dei partiti tradizionali – a cui ha contribuito anche una legge elettorale a liste interamente bloccate, senza garanzie di democrazia interna dei partiti – ha determinato la nascita di movimenti di opinione incentrati su obiettivi di moralizzazione pubblica e animati da personalità che hanno saputo trasformare frammenti del loro percorso professionale (come magistrati o uomini di spettacolo) in una fonte di legittimazione di stampo variamente “populista”⁵⁹, capace di catalizzare percentuali, talvolta, assai consistenti di consenso, erodendolo, in modo trasversale, da quello dei partiti tradizionali. Tale situazione – comunque, simile a quella determinatasi in altri paesi europei⁶⁰ – ha reso spesso assai difficile la formazione di maggioranze politiche coese e, dunque, capaci di sostenere un Governo in grado di reagire alle sollecitazioni provenienti dal difficile scenario geopolitico ed economico che si è aperto con l'inizio del nuovo millennio. Anzi, in Italia, come in altri paesi europei (ad esempio in Austria, in Ungheria, ma anche negli Stati Uniti) tale processo ha, infine, condotto alla formazione di maggioranze di governo (Lega-M5S) differenti da

⁵⁸ Sul punto sia consentito il rinvio a F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *L'eccezionale “bis” del Presidente della Repubblica Napolitano*, Torino 2014, nonché all'ulteriore bibliografia *ivi* richiamata.

⁵⁹ Su tale definizione la letteratura è ormai vastissima, ma pressoché concorde nel riconoscere che nell'ambito della formula sono collocati fenomeni politici anche assai differenti tra loro. In argomento, tra i tanti, M. REVELLI, *Populismi 2.0*, Bologna 2017, 12 ss.; A. DE BENOIST, *Populismo. La fine della destra e della sinistra*, trad.it. Bologna 2017, 54 ss.; M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna 2018 (ebook), 24 ss.

⁶⁰ Si veda, solo a titolo esemplificativo, la situazione spagnola che ha determinato una lunga paralisi del Parlamento, che avuto enormi difficoltà a ricomporre, nonostante due consecutive tornate elettorali, una maggioranza in grado di sostenere il Governo. Al riguardo, S. CECCANTI, *Lo sconvolgimento del sistema dei partiti in Spagna*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2015, 1 ss.

quelle che in Occidente hanno dominato lo scenario del secondo dopoguerra, in taluni casi prefigurando una trasformazione della costituzione materiale dei rispettivi ordinamenti, già avviata con la evoluzione dei sistemi politici all'indomani del crollo del "muro di Berlino".

Alla base di tali convulsioni, si pone la crisi della stessa rappresentanza politica, atteso che dinanzi a profonde trasformazioni di contesto – come lo sviluppo vorticoso del sistema dell'informazione e delle nuove tecnologie informatiche e telematiche – i suoi meccanismi di funzionamento sono divenuti, per molti versi, insufficienti e, talvolta, sono addirittura percepiti come anacronistici da una parte dei cittadini-elettori.

Invero, l'ulteriore e impressionante balzo tecnologico compiuto dall'umanità a cavallo tra il secondo e il terzo millennio con lo sviluppo dell'informatica e della telematica, declinabile in termini di vera e propria "terza rivoluzione industriale", ha determinato lesioni, forse irreparabili, alle fondamenta delle strutture istituzionali intorno alle quali, dopo le convulsioni dell'ottocento e della prima metà del novecento, sembravano essersi stabilizzati gli ordinamenti della c.d. "democrazia occidentale". Come accaduto con la prima e con la seconda rivoluzione industriale, anche il più recente progresso tecnologico ha, dunque, innescato un processo di trasformazione nelle forme di stato e nelle forme di governo che si fondavano sul patrimonio storico, filosofico e giuridico europeo-continentale e anglosassone.

Si può constatare al riguardo come la pressione della globalizzazione tenda allo sgretolamento, sin quasi alla polverizzazione, dei classici elementi costitutivi dello Stato: popolo, territorio, sovranità. Tale processo si riflette, tra l'altro, anche sulla funzionalità degli strumenti di partecipazione tipici della democrazia rappresentativa e sulla capacità dell'ordinamento di garantire le "promesse", in termini di diritti, di libertà e di sviluppo complessivo della comunità, che rappresentano il fondamento di legittimazione dello Stato sociale.

Anzi, i partiti – "cinghia di trasmissione della volontà popolare" e vero motore della maggior parte delle forme di governo parlamentari – negli attuali scenari istituzionali ("aperti", "multicentrici" e "multilivello") non riescono nemmeno proporsi agli elettori come portatori di credibili modelli di politiche pubbliche, né, tantomeno, di "politiche nazionali" alternative rispetto a quelle dei propri competitori.

Di fronte alle limitazioni di sovranità, derivanti dai processi di integrazione sovranazionale con i conseguenti vincoli normativi e di bilancio (art. 11, 117, I co., 81 Cost.), è, infatti, la stessa nozione di indirizzo politico a risultare, se non ormai *neutralizzata*, almeno fortemente limitata. Insieme alla *sovranità politica* appare, dunque, sfibrato quel collegamento, vitale e pro-

pulsivo, tra costituzione materiale e Costituzione formale, che nei partiti politici trovava uno dei suoi più efficaci momenti di sutura⁶¹ e che consentiva all'ordinamento in senso normativo di rimanere ben ancorato o, se si preferisce, allineato al suo fondamento di legittimazione politico-sociale (cioè alla costituzione materiale)⁶².

La rappresentanza politica e gli strumenti istituzionali e politici in cui tradizionalmente la stessa trovava espressione si trovano, pertanto, a giocare in un campo ben più ristretto rispetto a quello per cui erano stati pensati e, per tale ragione, non sembrano più in grado di raccogliere le istanze sociali, proiettandole nella cornice istituzionale.

In questo quadro si innestano i nuovi *cleavage* tra gli attori di un sistema politico post-ideologico, non più fondati sulla competizione tra le grandi narrazioni ottocentesche, ma basati sulle differenti reazioni alle sollecitazioni indotte dal globalismo sull'economia, sulle istituzioni e, più in generale, sulla comunità politica. Populismi, sovranismi, federalismi sembrano, allora, altrettanti elementi, di una nuova dialettica politico-istituzionale e costituzionale. I movimenti convenzionalmente raccolti nelle etichette appena ricordate, spesso facce di una stessa medaglia, si contrappongono a quei partiti o forze che mostrano, invece, un differente atteggiamento – talvolta entusiasta, altre volte conciliante, altre ancora rassegnato – rispetto alle dinamiche della globalizzazione e alla crisi delle più consolidate categorie politiche e giuridiche.

In tale scenario i partiti politici sembrano divenuti “ridondanti”⁶³, nel senso che la sovrabbondanza informativa (dovuta, dapprima, allo sviluppo del sistema radiotelevisivo; dopo, alla diffusione di *internet*) ha determinato l'apparente inutilità di talune funzioni classiche degli stessi nei sistemi di democrazia rappresentativa.

Ci si riferisce, in particolare, alle funzioni *espressiva*, *informativa* e *pedagogica*⁶⁴: la prima coincidente con la capacità dei partiti di trasmettere al li-

⁶¹ Cfr., C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano 1998, 32 ss.; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, 26 ss. Si veda, altresì, B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli 2015, 263 ss.

⁶² Su questa cesura tra *essere* e *dover essere* dell'ordinamento giuridico, determinata dalle correnti del *costituzionalismo* contemporaneo che puntano alla decostruzione della *sovranità* quale momento di mediazione tra le due (necessarie) dimensioni dell'istituzione politica, ancora B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, cit., 203 ss.

⁶³ F. MANCINI, *Il post partito. La fine delle grandi narrazioni*, Bologna 2015, 20 ss. (dell'eBook), che mutua l'espressione da F. RANIOLO, *Le trasformazioni dei partiti politici*, Soveria Mannelli 2004.

⁶⁴ Tali funzioni corrispondono a quelle descritte da W. BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), trad. it. Bologna 1995, part. 141 ss., il quale già in epoca vittoriana osservava come ai fini della caratterizzazione funzionale del Parlamento, insieme alla *funzione elettiva* e a quella *legislativa*, assumono rilievo, la *funzione espressiva*, che si riconosce nel “compito di esprimere

vello istituzionale le istanze politiche, economiche e sociali dei propri aderenti ed elettori; la seconda, con la funzione di trasferire al corpo sociale le informazioni riguardanti i diversi profili della vita della comunità; la terza con la capacità di restituire agli elettori una determinata visione dell'interesse generale in grado di legittimare agli occhi degli stessi le scelte compiute o quelle da compiere per loro conto nelle sedi istituzionali.

Tali funzioni erano assicurate fino ad un recente passato (almeno sino alla fine degli anni Ottanta) dagli apparati burocratici dei partiti di massa con i loro strumenti di informazione e mobilitazione; apparati che, tuttavia, dagli anni Novanta sono stati gradualmente resi non più indispensabili o, appunto "ridondanti", dapprima dal comunicazione politica televisiva; poi, soprattutto dal web che, a differenza della prima, non opera soltanto in senso unidirezionale⁶⁵.

Come è stato efficacemente rilevato in un sistema di pluralismo post burocratico "i cittadini, gli attivisti, i membri di un'organizzazione possono comunicare tra loro indipendentemente dall'intervento e dal supporto di organizzazioni più o meno rappresentative. L'interattività tra singoli è una prerogativa essenziale del pluralismo post burocratico (...) L'interattività è proprio ciò che distingue quest'ultima fase di forma democratica dalla precedente, imperniata sui mezzi della comunicazione di massa, e sulla televisione in particolare, costretta dall'unidirezionalità dei suoi messaggi"⁶⁶.

In questo quadro, nei processi di formazione dell'opinione pubblica i partiti vengono spesso scavalcati e gli elettori, semmai, tendono a ricercare una relazione diretta con i propri rappresentanti attraverso mezzi di comunicazione "non convenzionali" rispetto ai classici modelli della democrazia rappresentativa (blog, social network, massmedia interattivi). Tale relazione *immediata* (rectius: *non mediata*) tra rappresentante e rappresentato tende a indebolire ulteriormente il legame del primo con il proprio partito e con il corrispondente gruppo parlamentare, che – come accade sovente – non è più in grado di imporre nella aule parlamentari le scelte determinate in seno ai competenti organi direttivi.

l'opinione degli inglesi su tutti gli argomenti che le vengono presentati"; la *funzione pedagogica*, che scaturisce dall'impossibilità di concepire "una grande e libera assemblea di uomini eminenti" che, in qualche modo, non influisca sulla società, modificandola e migliorandola; e, ancora, la *funzione informativa*, che si pone in una relazione di strumentalità necessaria con la libertà di un popolo, in quanto consente la formazione degli orientamenti collettivi, in base alla conoscenza delle opinioni possibili, sebbene non necessariamente vere.

⁶⁵ F. MANCINI, *Il post partito*, cit., 36 ss.

⁶⁶ Ancora, F. MANCINI, *Il post partito*, cit., 56 ss., il quale nota come "la Primavera araba, ma anche una miriade di altre esperienze, dimostra la forza dirompente di questa possibilità, che rende, appunto, superflua la presenza di un'organizzazione rigida, strutturata cioè secondo livelli gerarchici prefissati, almeno in alcuni momenti". In argomento si veda, altresì, M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino 2013, IV, 1 ss. (dell'*eBook*).

Tale fenomeno ha una enorme refluenza sulla forma di governo, che, con la liquefazione dei partiti – ormai nemmeno pallido ricordo di quelle formidabili organizzazioni politiche che, in Europa, hanno segnato la storia del Novecento – viene a perdere quell'elemento di coesione e continuità che dal 1948 sino alla fine degli anni Ottanta ha reso, comunque, stabile un sistema strutturalmente instabile. A fronte di una forma di governo mai puntellata con i meccanismi di razionalizzazione pure auspicati in Assemblea costituente il 5 settembre 1944 con l'approvazione dell'o.d.g. "Perassi"⁶⁷, era proprio il sistema dei partiti a svolgere un ruolo di supporto stabilizzante, allorché la debolezza dei meccanismi decisionali avrebbero impedito alla democrazia italiana di superare le crisi più difficili.

In effetti, dopo la c.d. "Tangentopoli" e il progressivo declino dei partiti tradizionali i passaggi più delicati del nostro Paese sono stati tante volte affidati alla cura di "governi tecnici", la cui investitura può essere ricondotta solo formalmente alle maggioranze espresse dai partiti in Parlamento. Proprio tale stagione istituzionale – che in talune recenti circostanze ha pure richiesto la massima estensione della fisarmonica dei poteri presidenziali – ha reso manifesta l'insufficienza di interventi ortopedici sulla forma di governo, fondati soltanto sulla variabile della legge elettorale.

La crisi della forma partito – quale essenziale collante tra la comunità e le istituzioni, ma anche tra gli enti e i poteri pubblici – rende, piuttosto, ancora più urgente un intervento di revisione costituzionale. Una riforma che – superando i caratteri maggiormente compromissori della forma di governo italiana – favorisca il rinnovamento dei circuiti di legittimazione democratica nel collegamento tra corpo elettorale, maggioranza parlamentare e Governo, secondo il modello della democrazia d'investitura, senza escludere la rigenerazione dei partiti nel solco tracciato dall'art. 49 Cost., ma, soprattutto, il recupero di ambiti di intervento delle forze politiche nella determinazione delle politiche pubbliche ovvero, con espressione maggiormente evocativa, della *politica nazionale*.

⁶⁷ Come è noto, con l'o.d.g. proposto dall'on. Perassi il 4 settembre 1946 e approvato il giorno successivo, l'Assemblea costituente si pronunziò "per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo".

SUL PROBLEMATICO RAPPORTO FRA GIUDICE (E GIUSTIZIA)
COSTITUZIONALE E PARLAMENTO “SOVRANO”:
ALCUNE QUESTIONI APERTE

Roberto Di Maria*
Università degli studi di Enna “Kore”

1. Nel contesto del moderno Stato di democrazia pluralista, contraddistinto da una piattaforma costituzionale di garanzia delle libertà e dei diritti c.d. “fondamentali”, è il sistema di giustizia costituzionale ad assicurare il bilanciamento fra la contingente determinazione (ed esecuzione) dell’indirizzo politico e la tutela, invece permanente, dei principi fondativi del medesimo ordinamento socio-giuridico.

Sotto questo profilo la dottrina novecentesca ha lungamente ragionato sul (problematico) rapporto fra il Legislatore (parlamentare) ed il Potere giudiziario (in specie, costituzionale) e sulla identificazione del “punto di equilibrio” del suddetto bilanciamento (*ex multis* cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, 1931; ed. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, 1928; ed. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1981): in virtù delle proprie prerogative costituzionali, il c.d. “Giudice delle leggi” è collocato *über Parliament* oppure – più laicamente – il menzionato rapporto è invero marcato dalla (contemporanea) «naturalità della giustizia costituzionale» e dalla conseguente garanzia del *Judicial Review*? (cfr. O. Chessa, *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 14/2014).

In argomento sembra emergere, dunque, la storica diarchia fra i due classici modelli – i.e. il *Judicial Review of Legislation*, da un lato, ed il *Sovereignty of Parliament*, d’altro lato – quale sistematica riproduzione della diversa “incidenza” ordinamentale della giustizia (ovvero giurisprudenza) costituzionale: sul piano o del diritto pretorio o del diritto positivo.

Si pensi – guardando all’Italia – ai recenti pronunciamenti della Corte costituzionale sulle leggi elettorali (i.e. Corte cost., sentt. 1/2014 e 35/2017) ed indi ad un (presuntivamente) innovativo “controllo giurisdizionale sul diritto di voto”, di natura successiva e con efficacia (parzialmente) caducatoria, nonché alle sue rilevanti ricadute sulla integrità dell’ordinamento costituzionale ed istituzionale.

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Enna “Kore”.

Si pensi altresì – guardando invece all’Unione europea – alla corrente imposizione (materiale) del diritto euro-unitario su quello statale ed al conseguente, necessitato, raccordo fra le Corti nazionali (anche costituzionali) e quelle sovranazionali, che hanno indotto una ulteriore riflessione sulla configurazione di un modello di relazioni “intercostituzionali”, quale piattaforma su cui sviluppare un controllo di legittimità costituzionale diffuso a livello – appunto – europeo. Esemplificativi, in tal senso, il sistema di controllo deducibile dall’art. 117, co. 1, della Costituzione repubblicana italiana, tramite il quale ogni giudice effettua un controllo “materialmente costituzionale” sulla conformità – ed indi, sulla validità – euro-unitaria delle leggi; nonché l’art. 4 TUE (n.b. dopo “Lisbona”) sul rispetto delle “identità” degli Stati membri come espressione della «convivenza forzata» fra integrazione europea ed integrità costituzionale, storicamente tradottasi in una “giurisprudenza costituzionale sovranazionale” sui diritti fondamentali e sui c.d. “controlimiti” (cfr. A. Ruggeri, *Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali: simul stabunt vel simul cadent*, in www.dirittiregionali.org).

2. Alcune delle numerose questioni emergenti – e rilevanti – nell’ambito del superiore inquadramento tematico possono essere sintetizzate nelle considerazioni che si rassegnano di seguito.

Com’è stato osservato, il diritto di voto è stato introdotto nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo con il Primo Protocollo Addizionale: «organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell’opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo» (art. 3); e la «importanza capitale» che tale disposizione assume nel sistema convenzionale è stata poi affermata, dalla Corte europea, «nella celebre sentenza *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio* (1987)» in quanto consacrante «un principio caratteristico del regime politico effettivamente democratico voluto dallo stesso Preambolo della Convenzione, sul quale riposa essenzialmente la tutela delle libertà fondamentali» (cfr. L. Seminara, *ivi*, che cita anche il caso *Ždanoka c. Lettonia*).

In base alla superiore premessa, è indi alla Corte stessa che spetta statuire sul rispetto del “margine di apprezzamento” – concesso agli Stati, nell’ambito dei loro ordinamenti interni – rispetto alla previsione di “limitazioni implicite” all’esercizio del nominato diritto: in tal senso «l’art. 3 non ingenera l’obbligo di introdurre un sistema elettorale determinato, come il proporzionale o il voto maggioritario a uno o due turni, riconoscendo un ampio margine di manovra degli Stati “tenuto conto della diversità nello spazio e della variabilità nel tempo, delle loro leggi in materia”» (cfr. sempre L. Seminara, *ivi*).

Poiché, però, «ogni sistema elettorale deve essere valutato “alla luce dell’evoluzione politica del Paese, in modo che dettagli inaccettabili nel con-

testo di un sistema determinato possono giustificarsi in quello di un altro purché il sistema adottato risponda a condizioni che assicurino la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo» (cfr. L. Seminara, *ivi*, che cita il caso *Saccomanno e altri c. Italia* nonché la sentenza *Šlaku v. Bosnia and Herzegovina*) sorge allora il problema di determinare quando possa dedursi, in concreto, una reale “minaccia” per la vigenza del regime democratico, tale da giustificare l'intervento censorio della Corte; vieppiù senza che questo comprima (irragionevolmente) la “sovranità” statale – ovverosia parlamentare – nella determinazione del sistema elettorale *tout court*.

E proprio sotto il profilo del rapporto fra “sovranità” (popolare) e giurisdizione si innestano, vieppiù, le seguenti osservazioni: «nel *Verfassungsbund* europeo il problema non si incentra tanto su chi sia il detentore ultimo della sovranità, quanto su quali siano gli ambiti di competenza in cui all'Unione e ai suoi organi, compresa la Corte di Giustizia, deve essere riconosciuto il primato sul diritto interno e i limiti entro cui tale prerogativa può essere esercitata e controllata» (cfr. art. 5 TUE); sicché – a difesa di una concezione tradizionale di “democrazia rappresentativa” – la Corte di Karlsruhe ha confermato «il legame indissolubile tra sovranità, statualità e principio democratico» – valorizzato, invero, già al tempo di “Maastricht” – ritenendo «il piano nazionale l'unico realmente adeguato a garantire trasparenza e responsabilità» ed eventualmente indebolendo «il progressivo rafforzamento delle istituzioni rappresentative a livello U.E., particolarmente incentivate dal Trattato di Lisbona» (cfr. F. Saitto, *ivi*).

Non pare casuale, allora, che sia stato proprio grazie agli strumenti offerti dal sistema di giustizia costituzionale tedesco – i.e. il ricorso diretto per violazione dell'art. 38 G.G., interpretato come diritto fondamentale alla democrazia (*Grundrecht auf Demokratie*), nonché al ricorso in *Organstreit* delle frazioni di minoranza – che il *BVerfG* abbia potuto salvaguardare le prerogative del *Bundestag* «come luogo in cui si deve svolgere in maniera trasparente il processo decisionale e che è espressione della sovranità popolare, cui i rappresentanti devono sempre rispondere nello spazio pubblico» (cfr. F. Saitto, *ivi*). In tal senso, anzi, proprio la giurisprudenza costituzionale ha rappresentato, in Germania, «un tentativo di rafforzare i canali della democrazia rappresentativa tramite una valorizzazione di istanze che per la loro estraneità al circuito rappresentativo oppure per la loro incapacità di incidere a livello parlamentare, operando nello spazio pubblico, sviluppano forme di controllo “controdemocratico” che inverano quell'esigenza di superare un'idea di democrazia meramente formale e che si esaurisce nel momento elettorale» (cfr. sempre F. Saitto, *ivi*).

La rassegnata esperienza della Germania federale pare esemplificare, allora, un paradosso tipico del sistema euro-unitario: a fronte dell'imperativo perseguito dagli Stati membri «di vedersi equamente rappresentati nel dialo-

go con l'Unione europea» – vieppiù considerato che «l'*acquis communautaire* è, anche, il frutto di un'armonizzazione di diversità che risente fisiologicamente della eterogeneità culturale e giuridica europea» – la medesima “istanza di rappresentatività” sembra non valere per un l'apparato giurisdizionale dell'U.E. «rispetto al quale – differentemente da quanto avviene in un'istituzione dalla natura squisitamente politica, come la Commissione – non dovrebbero porsi problemi di “accettazione politica” da parte degli Stati membri» (cfr. G. Della Valentina, *ivi*).

Com'è stato correttamente osservato, tale paradosso rinvia all'ampio tema «della tensione tra l'esigenza di rappresentanza degli Stati membri e lo spirito più propriamente sovranazionale che anima il progetto di integrazione europea» che si basa sulla esigenza «di mantenere inalterato il canone dell'equa rappresentanza degli Stati membri pure in un contesto, quello del Tribunale, che per sua natura dovrebbe essere estraneo a [...] logiche inter-governative» (cfr. sempre G. Della Valentina, *ivi*). Ed è alla luce di tale paradosso che la riforma del c.d. “Potere giudiziario” dell'U.E. è considerata oggetto di un “frintendimento funzionale”: ed invero se «tutta l'esperienza istituzionale dell'Unione può essere vista come una progressiva perdita di sovranità degli Stati a favore dell'ordinamento europeo [...] l'esperienza della riforma della Corte rappresenta [invece] un momento di arresto nel percorso verso la *Ever Closer Union*, ed attesta un momento storico in cui i governi europei rievocano l'antico *topos* della sovranità nazionale» e manifestano l'intenzione «di mantenere salda la propria sovranità in un ramo dell'ordinamento “comunitario”, quello giurisdizionale, dove ancora vigeva un approccio fortemente intergovernativo» (cfr. G. Della Valentina, *ivi*).

Tanto premesso, il concetto di “sovranità” pare avere infine inciso nella definizione della rappresentanza politico-istituzionale europea, estendendosi dall'organo legislativo a quello giudiziario e consentendo «il perdurare di un inveterato sistema di rappresentanza delle singole nazionalità europee [anche] all'interno del giudice dell'Unione europea» (cfr. sempre G. Della Valentina, *ivi*).

3. Alle superiori considerazioni devono aggiungersi – nella prospettiva della ricerca del summenzionato “punto di equilibrio” fra legittimazione democratica ed esercizio della giurisdizione, in ambito europeo – quelle inerenti al delicato rapporto fra i Tribunali (anche costituzionali) statali e le Corti europee; questione che, sotto il profilo del rapporto fra le fonti ed il relativo controllo di legittimità, la Corte costituzionale italiana ha affrontato e definito – com'è noto – con le sentenze 348 e 349 del 2007 (c.d. “sentenze gemelle”): preso atto dei principi elaborati in sede europea, essa è infatti giunta «ora a salvare la norma nazionale tramite una interpretazione convenzionalmente orientata, ora a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposi-

zione interna, ora a sbarrare l'ingresso ad interpretazioni eccessivamente invasive dei nostri principi fondamentali» (cfr. G. Costanzo, *ivi*).

In tal senso appare esemplare, allora, la casistica riferibile all'art. 7 CEDU (i.e. il principio c.d. “nulla poena sine lege”) il quale – secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo – sancirebbe implicitamente anche il principio di c.d. “retroattività favorevole”; e che ha indotto la Corte costituzionale a dichiarare illegittimo l'art. 630 c.p.p. per contrasto sia con l'art. 117, co. 1, Cost. sia con l'art. 46 CEDU, nella parte in cui non prevedeva – tra le tassative ipotesi di revisione – la sopravvenuta pronuncia della Corte europea di accertamento della violazione delle garanzie procedurali *ex art. 6 CEDU* (cfr. Corte cost., sentt. 113/2011 e 210/2013). Da tale percorso emerge – si sostiene – una «nuova accezione, sostanziale, del principio di legalità di cui il Potere giudiziario diviene principale interprete e promotore, un principio di legalità “formale” su cui è stata costruita l'impalcatura ottocentesca dello Stato di diritto e su cui poggia pure l'affermazione della sovranità statale»; e ciò perché «alla Corte compete apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi» (cfr. sempre G. Costanzo, *ivi*).

Pertanto, nell'ambito del c.d. “diritto della globalizzazione” – che «trova nel carattere *mobile* del Potere giudiziario il soggetto in grado di adattarlo al presente, di flessibilizzarlo, di adeguarlo alle trasformazioni sociali, superando la rigidità della impostazione formalistica tradizionale» – l'affermazione del principio di legalità, ed indi della sovranità del Legislatore, passa attraverso (anche) l'opera dei giudici «chiamati a svolgere un ruolo costituzionale di definizione dei rapporti fra i diversi ordini giuridici e di integrazione dei diversi sistemi regolatori» (cfr. G. Costanzo, *ivi*).

A conferma – pare – del suddetto processo di trasformazione della ermeneutica del principio di legalità, deve infine richiamarsi la progressiva affermazione di “forme nuove” di legislazione, non più «frutto del normale procedimento legislativo ordinario, sottoposto al controllo democratico degli organi rappresentativi dei cittadini» ma «risultato del lavoro svolto da parte di un gruppo di esperti» e produttivi di un «mero atto di *soft law*, non giuridicamente vincolante per l'interprete, il quale potrà adoperarlo soltanto come mera linea guida nel formare il proprio convincimento»: è il caso del riconoscimento e della tutela dei c.d. “diritti di internet” in Italia compendiati, dal 2015, nella omonima “Dichiarazione” – elaborata dalla Commissione presieduta da Stefano Rodotà ed istituita dall'allora Presidente della Camera dei deputati – mediante la quale «lo Stato si è limitato ad enunciare tali diritti in disposizioni con mero carattere programmatico, di dubbia valenza giuridica» (cfr. V. Telaro, *ivi*).

La «rilettura delle tradizionali libertà costituzionali alla luce degli interessi emersi nella coscienza sociale della nuova era dell'informazione» ed in specie la definizione, in dottrina e giurisprudenza, dell'accesso ad internet alla stregua di «un diritto sociale, o meglio [di] una prestazione soggettiva a prestazione pubbliche, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza [...] che le istituzioni nazionali dovrebbero garantire ai loro cittadini, attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica» ha dunque condotto – si sostiene – alla adozione di un documento «espressione di una cerchia oligarchica di persone, disposti secondo la logica tipica del principio di eguaglianza formale, così come avveniva nel riconoscimento dei diritti fondamentali nel corso dell'Ottocento», essendosi così adoperati «modelli “vecchi” per tutelare i “nuovi” diritti» (cfr. sempre V. Telaro, *ivi*).

Risulta evidente, nei suddetti termini, sia la alterazione del sillogismo classicamente sotteso alla natura prescrittiva di una disposizione giuridica (i.e. “se A allora B”); sia la trasformazione del rapporto fra il Legislatore e la Magistratura, in ordine al diverso fondamento che sorregge – rispettivamente – la elaborazione ed approvazione della “legge”, da parte del primo, e la sua interpretazione ed applicazione, da parte della seconda.

4. Coagulando gli spunti emersi dalle argomentazioni sintetizzate *supra*, §2 e 3, può intanto rammentarsi la distinzione fra il c.d. “Stato legislativo”, nell'ambito del quale «il diritto si identifica con la legge, che è la regolamentazione realizzata dalla rappresentanza parlamentare [ovvero] veicolo tipico di un'era riformistico-revisionistica-evoluzionistica, corredata di programmi di partito, che cerca di realizzare il “progresso” sul piano legale parlamentare, per mezzo di leggi giuste», ed il c.d. “Stato giurisdizionale”, il cui *ethos* invece «risiede nel fatto che il giudice decide direttamente in nome del diritto e della giustizia, senza che gli vengano proposte e imposte da altri poteri non giudiziali, ma politici, normazioni relative a questa giustizia»; ed altresì puntualizzare che, secondo la premessa elaborazione schmittiana, il diritto giurisprudenziale è un diritto stabile e preesistente all'opera del giudice – che infatti «deve scoprirlo» (cfr. C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, 1932; ed. it. a cura di C. Galli, Bologna, 2018) – laddove la *Rule of Law* deve invece assicurare la certezza del diritto, necessaria perché gli individui possano fare liberamente i loro piani e le loro scelte di vita.

Nel contemporaneo “paradosso della regolamentazione” – per cui al crescere delle regole poste da (diverse) autorità pubbliche corrisponde una complessità “ai limiti della incomprendibilità” dell'ordinamento giuridico – si ravvisa pertanto il rischio che le decisioni giudiziarie siano non infrequentemente imprevedibili e, quindi, non sempre corrispondenti alla prevalenza delle esigenze di tutela dei diritti sull'arbitrio del potere politico; così riproponendosi – ed attualizzandosi – l'argomento critico di Jeremy Waldron, se-

condo cui «ci si dovrebbe domandare perché, a parità di rischi d'errore, si ritenga che l'ultima parola debba spettare a un'aristocrazia giudiziaria piuttosto che a un'assemblea rappresentativa, perché si reputi intollerabile l'errore commesso da un organo legislativo che decide a maggioranza, e invece assolutamente legittima, e anzi indispensabile a preservare la democraticità del sistema, la decisione, anche se erronea, presa da un organo non rappresentativo composto da un pugno di individui che decidono a loro volta a maggioranza» (cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, 1999; ed. it. a cura di A. Pintore, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001. Cfr. anche *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti e C. Sotis, Madrid, 2014).

Profilo, quest'ultimo, che certamente assevera la problematicità delle considerazioni superiormente rassegnate – pur senza offrirvi una immediata risposta – ed invero sottolinea una ulteriore, e conclusiva, “questione aperta”: l'esigenza di valutare «non tanto [...] “cosa” sia la Corte [ovvero il “Giudice”] costituzionale [i.e. il suo ruolo e la sua collocazione istituzionale] bensì [...] “chi” essa sia [i.e. l'apporto determinante offerto dalle multiformi personalità dei giudici costituzionali alla diversa e storicamente variabile formazione della cultura costituzionalistica]» (cfr. R. Di Maria, *Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio di legittimità costituzionale: ovvero dell'insopprimibile iato fra giudizio principale e giudizio incidentale*, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino, 2008).

L'INCERTA PROSPETTIVA
DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA TRA CRISI
DELLA SOVRANITÀ DELLO STATO E TENDENZE POPULISTICHE

Giovanni Moschella

SOMMARIO: 1. Processo di globalizzazione e svuotamento della sovranità dello Stato. – 2. La rappresentanza politica nella crisi del sistema partitico. – 3. Sovranismo, populismo e delegittimazione della rappresentanza politica. – 4. Quali prospettive per la democrazia rappresentativa?

1. *Processo di globalizzazione e svuotamento della sovranità dello Stato.*

La validità della nozione di sovranità dello Stato, così come tradizionalmente è stata intesa sia nel pensiero costituzionale dello Stato liberale dell'ottocento che in quello degli ordinamenti democratici contemporanei, quale “sovranità dell'ente territoriale dello Stato che non subisce limitazioni da parte di altri soggetti di diritto internazionale se non in seguito e in base a decisioni di autolimitazione decise dallo Stato stesso”¹, è oggi messa in discussione dai processi di internazionalizzazione dell'economia e di integrazione europea che hanno segnato una tendenza alla cristallizzazione del potere decisionale in organismi politico-burocratici sovranazionali. L'interdipendenza economica e finanziaria fra gli Stati e le concentrazioni di potere economico che attraversano gli ambiti nazionali non soltanto costituiscono fattori condizionanti le scelte formali delle istituzioni statali (soprattutto di quelle rappresentative che subiscono i condizionamenti più rilevanti),

¹ Sulla riflessione della dottrina costituzionale su tali tendenze e per un approfondimento delle possibili conseguenze nella configurazione della forma Stato e nei rapporti internazionali si rinvia almeno a G. GUARINO, “Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie”, in *Quaderni costituzionali*, 1992, n. 1 e dello stesso A., *Verso l'Europa*, Milano, 1997, M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale* e in *Politica del diritto*, 1994, n. 2, p. 203 ss. A. PAPA, *La rappresentanza politica* Napoli, 1998, p. 214 ss. e per il diritto comunitario L. FERRARI-BRAVO, *Lezioni di diritto delle Comunità Europee*, Milano, 1997. Per un'articolata e problematica analisi della crisi della sovranità e della riduzione del livello di democrazia e di partecipazione dei cittadini riconducibile al processo di globalizzazione dell'economia, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali cfr. C. AMIRANTE, in *Introduzione* a E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; dello stesso A., *Elogio della sovranità*, in www.federalismi.it, n. 12 del 12/6/2013; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

ma sottraggono al potere statale gli stessi destinatari delle norme giuridiche. E se la stessa legge, manifestazione principe degli organi di rappresentanza politica, viene a soffrire di forte crisi di identità, dovuta anche alla difficoltà di una chiara individuazione dei propri destinatari, tale difficoltà non può non ripercuotersi anche sulla nozione ad essa storicamente legata nell'ambito della teoria costituzionale, la rappresentanza politica, che davanti all'erosione della sovranità tende a perdere il carattere politico e nazionale ad essa generalmente attribuita. Appare necessario pertanto, soprattutto a livello continentale, rivisitare tali concetti fondamentali della teoria costituzionale alla luce delle trasformazioni avvenute sul piano economico, politico e culturale che hanno caratterizzato questo primo scorcio del ventunesimo secolo. Come è stato osservato, "la crisi della territorialità del diritto" scaturita dal processo di "globalizzazione economica" e di integrazione politica riduce l'autorità degli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati, i "quali cedendo progressivamente poteri sovrani appaiono sempre meno legittimati a controllare i complessi processi di trasformazione istituzionale"². La crisi dello Stato Nazione e della sua sovranità conduce così ad una crisi della stessa sovranità popolare, che determina un *deficit* di democraticità sia livello dell'Unione europea che all'interno dei singoli Stati³. Secondo parte della dottrina,

² Così C. AMIRANTE, *Il modello costituzionale weimariano fra razionalizzazione, leadership carismatica e democrazia*, in S. GAMBINO (a cura di), *Democrazia e forma di governo*, Rimini, 1997, p. 361. Sul tema della globalizzazione, nella sua accezione prevalentemente economica, vale a dire intesa come creazione e consolidamento di un mercato mondiale scaturito dal crollo dal crollo del sistema sovietico e dalla fine del bipolarismo si rinvia alla bibliografia contenuta in C. AMIRANTE, *Introduzione* a E. DENNINGER, op. cit. In particolare cfr. R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari, 1995, I.D. MORTELLARO, *Le istituzioni della mondializzazione*, in P. INGRAO-R. ROSSANDA, *Appuntamento di fine secolo*, Roma, 1995, U. ALLEGRETTI, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Alternative*, 1996, n.3, pag. 47 ss., M.L. SALVADORI, *Stati e democrazia nell'era della globalizzazione*, in *Il Mulino*, maggio-giugno 1996, p. 436 ss., P. MOREAU DEFARGES, *La Mondialisation* Paris, 1997, P. PORTINARO *Il futuro dello stato nell'età della globalizzazione. Un bilancio di fine secolo*, in *Teoria politica*, n. 3, 1997, p. 117 ss.; C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di) *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, 2016; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. (anche in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss.); A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002 e, da ultimo, M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali st. cult. giur.*, n. 1/17, p. 31 ss. Cfr. T. E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2017; A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in www.consultaonline.it n. 1/2018; A. MORRONE, *Sovranità*, testo della relazione svolta al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l'Università degli studi di Trento (11-12 novembre 2016), sul tema *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

³ Cfr. R. DAHL "Efficienza dell'ordinamento versus effettività della cittadinanza: un dilemma della democrazia" in M. LUCIANI, *La democrazia di fine secolo*, Bari, 1994, p. 5 ss.

l'affermazione del c.d. "pensiero unico" riconducibile alla istituzione dell'Unione economica e monetaria europea ha avuto come contraltare la perdita di potere dell'autorità statale a favore di entità sovranazionali a cui ha corrisposto anche una perdita di potere da parte dei cittadini, così impossibilitati ad influenzare le scelte di governo. Il ruolo egemone svolto da grandi centri di potere sovranazionali, "sia informali che istituzionali", condiziona il potere sovrano nella sua duplice articolazione di sovranità popolare (potere riconducibile in via diretta o indiretta al popolo) e di potere decisionale espressione delle istituzioni della rappresentanza e che si trasforma in indirizzo di governo. Ne discende un obiettivo indebolimento della capacità degli ordinamenti costituzionali democratici di assumere autonomamente, nell'esercizio della propria sovranità, decisioni relative sia alla sfera economica che a quella di politica internazionale.

Va rilevato, sotto questo profilo, come parte della dottrina costituzionale abbia messo sull'avviso circa le possibili conseguenze che possono derivare sui sistemi costituzionali degli Stati membri, soprattutto in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti dai Trattati e dall'orientamento che si è via via consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che segna una forte espansione delle competenze dell'Unione e a cui corrisponde un ridimensionamento di quelle dei singoli Stati, i quali vedono progressivamente sviliti i principi fondamentali della loro organizzazione costituzionale.

Tuttavia, ai fini di una analisi più completa, va detto che la sovranità nazionale viene ad essere insidiata non solo dagli organismi sovranazionali, ma anche dagli enti locali territoriali che nel quadro del processo di redistribuzione di poteri all'interno dello Stato, tendono sempre più ad assumere lo *status* di livelli autonomi di governo a cui viene garantito il potere di "soddisfacimento di quegli interessi che ormai ad esso fanno riferimento in via primaria, fornendo gli strumenti soprattutto finanziari idonei a questo scopo"⁴.

Il riconoscimento da parte dell'Unione europea degli enti territoriali, soprattutto delle Regioni, quali soggetti di attuazione delle politiche comunitarie, si riflette anche sul tradizionale equilibrio del sistema della rappresentanza politica, non potendosi ormai più pacificamente sostenere che essa

⁴ In tal senso cfr. M. CAMMELLI, *Regioni e rappresentanza degli interessi: il caso italiano*, in *Stato e Mercato*, 1990, p. 153, G. BERTI, *Regionalismo europeo nella prospettiva del Trattato di Maastricht*, in *Le Regioni*, 1992, p. 1203 ss., F. MUSIO, *Comunità Europea, Stato e Regione*, Milano, 1995, p. 28 ss. A. MARZANATI, *Diritto comunitario e rapporti Stato-Regioni: la Corte chiarisce alcune regole chiave ma lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, p. 1250 ss. R. CARANTA, *I rapporti tra Regioni e Comunità Europea: verso un nuovo modo di tutela degli interessi nazionali* in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, p. 1219 ss.

rappresenti “l'unico canale di determinazione della volontà popolare”⁵, essendosi venuti ad affermare accanto ed oltre allo Stato, contestualmente al processo di integrazione europea, altri soggetti che concorrono alla definizione delle decisioni. In altri termini, ai fini della interpretazione dell'equilibrio del sistema di governo si assiste ad un superamento dell'originario binomio Comunità-Stato progressivamente sostituito dal circuito istituzionale Unione-Stato-Regioni, che dovrebbe trovare la propria legittimazione nella ricerca di un rapporto diretto con i cittadini, al fine di una “codeterminazione della volontà popolare espressa su più livelli diversi”⁶. Tale nuova configurazione del sistema di governo e dei processi decisionali investe in pieno la qualificazione della rappresentanza degli interessi soprattutto territoriali, e in generale - per quanto più ci riguarda - della rappresentanza politica.

La crisi del concetto di sovranità nazionale, così come è stata tradizionalmente concepita negli ordinamenti costituzionali liberal-democratici, si riflette così inevitabilmente sul carattere politico e nazionale della rappresentanza, in virtù di un processo di svuotamento della sovranità dello Stato dall'alto, da parte dell'Unione e dal basso da parte delle Regioni e, in misura minore, da parte degli enti locali. Quel che è certo è che i possibili effetti di tale processo appaiono ancora indefiniti, potendo sfociare, come è auspicabile, in un rafforzamento del potere dei cittadini e della sovranità popolare, attraverso una redistribuzione ai diversi livelli del potere decisionale di governo, o piuttosto, come fanno temere talune prevalenti tendenze che hanno caratterizzato fino ad oggi il processo di integrazione europea, in un restringimento del circuito democratico di partecipazione e di decisione dei cittadini a favore di centri oligarchici di decisione sovranazionale che assumono *erga omnes* le politiche economiche e sociali.

2. La rappresentanza politica nella crisi del sistema partitico

Il legame profondo che dalla sua origine ha caratterizzato il rapporto tra concetto di rappresentanza politica e parlamentarismo ha fatto sì che il pri-

⁵ Cfr. A. PAPA, *op. cit.*, p. 212.

⁶ *Ibidem*, p. 214. L'A. rileva che il rapporto tra i diversi livelli di governo che tende ormai a caratterizzare il circuito istituzionale è “espressione di interessi territorialmente diversi, ciascuno per certi aspetti vitale per lo stesso futuro politico dell'Unione, si presentano non sempre facilmente gestibili ed in questo contesto il concetto di rappresentanza degli interessi territoriali ed il rapporto tra questa e la rappresentanza politica assumono connotati nuovi, in buona parte non ancora definiti, essendo in corso il processo di “integrazione politica” al termine del quale occorrerà verificare cosa rimane della tradizionale nozione di sovranità nazionale, al quale è intimamente legato il carattere “politico” del concetto di rappresentanza.

mo abbia seguito, quasi pedissequamente, le sorti e le vicende delle istituzioni parlamentari, sia nella fase della crescita e di evoluzione che in quella della crisi. Così, nella fase originaria prima e nel periodo di piena affermazione dello Stato liberale poi, in Inghilterra, in Francia come in Italia, pur in un quadro di differenziazione dovuto alle peculiarità storiche e costituzionali proprie di ciascun ordinamento, il rapporto di rappresentanza tende a limitare, fino ad affrancarsene, l'influenza della rappresentanza giuridica, tipica dei parlamenti medievali, che si qualificava per un mandato di tipo vincolante tra rappresentati e rappresentante, con tre soggetti investiti (monarca, rappresentante e rappresentato), la revocabilità del mandato, la sua onerosità.

A partire dal proclama di Burke in Inghilterra, le Assemblee parlamentari cominciano a smantellare via via tale costruzione: il rappresentante finisce per essere un delegato per trasformarsi in un vero e proprio fiduciario portatore di un ipotetico interesse generale. Tale sviluppo della teoria rappresentativa trova riscontro, sul piano dell'ordinamento costituzionale, nella dimensione assunta dalle Assemblee parlamentari, che da organi di mera rappresentazione delle diverse articolazioni degli interessi sociali, pur riconducibili, in un sistema di suffragio ristretto, esclusivamente ai soggetti titolari del diritto elettorale, diventano organi di decisione cui spetta il perseguimento degli interessi generali. Sul piano della teoria costituzionale il Parlamento vede modificare profondamente la sua natura giuridica, trasformandosi da corpo della società in organo abilitato a costituire ed esprimere le volontà dello Stato.

L'equilibrio costituzionale/istituzionale, anche con riferimento alla funzione rappresentativa, viene così a fondarsi su alcuni elementi strettamente connessi tra loro: un ruolo centrale assunto dalle istituzioni rappresentative, la rappresentanza nazionale del Parlamento, il suffragio elettorale ristretto e l'indipendenza del parlamentare dalla base elettorale attraverso l'affermazione del divieto di mandato imperativo.

Tale modello segna la piena affermazione della concezione liberale in cui l'interesse dello Stato viene a coincidere con gli interessi variegati, ma sostanzialmente omogenei e comunque "riequilibrabili", della classe egemone, la borghesia.

In questa fase storica risultano del tutto marginali i partiti politici, che si configurano più come unioni di persone che si coagulano in occasione delle tornate elettorali per supportare un candidato, mentre il corpo elettorale, ristretto e frammentato, non ha alcun potere di controllo sull'azione del parlamentare, privo com'è di apparati politico-organizzativi e di strumenti costituzionali che consentano il controllo sul rappresentante.

L'avvento dei grandi partiti di massa e la trasformazione dello Stato monoclasse in Stato pluriclasse sconvolgono profondamente il quadro teorico-costituzionale ora descritto. La rappresentanza politica perde il suo carattere

unitario, fondato sui principi di sovranità nazionale e di rappresentanza generale, per riproporsi come rappresentanza di interessi contrapposti, difficilmente riconducibili ad unità. Da questo momento in poi teoria della rappresentanza politica e sistemi democratico-rappresentativi devono fare i conti con una sorta di convitato di pietra, che ne condiziona profondamente le linee di sviluppo, il partito politico. Non solo il rappresentante viene a perdere la sua qualità rappresentativa personale che ne aveva “privatizzato” le funzioni, affrancandolo da ogni tipo di responsabilità nei confronti dei rappresentanti, per trasformarsi in rappresentante di partito, ma è lo stesso Parlamento che assume, accanto ad una funzione esponenziale di interessi di classe contrapposti, anche quella di registrazione di decisioni assunte in ambiti non istituzionali.

In tale quadro, può ben comprendersi come anche il principio del divieto di mandato imperativo entra in profonda crisi di identità e di legittimazione, venendo a perdere lo schema di riferimento che ne aveva giustificato l'adozione, vale a dire una netta separazione tra Stato e società. L'istituto del libero mandato e l'indipendenza del parlamentare, via via che si sviluppa e si consolida lo Stato democratico, rimangono esposti alla pressione sempre più forte del vincolo di partito che, sul piano teorico, viene a configurarsi come un mandato di partito, da cui parte della dottrina (Ambrosini, Crisafulli) fa discendere una doppia responsabilità del parlamentare, la prima di tipo diffuso nei confronti del corpo elettorale, l'altra, più vincolante, nei confronti del partito. Tale tesi, valida per l'ordinamento costituzionale italiano, ma riproponibile per *magna pars* degli ordinamenti costituzionali contemporanei, si fonda, tuttavia, sull'errato riconoscimento, sul piano giuridico-formale, di un monopolio della funzione rappresentativa attribuito ai partiti politici. Si rileva, cioè, una contraddizione, comune a molte delle Costituzioni democratiche contemporanee, derivante da un lato dalla presenza dei principi del divieto di mandato imperativo e della rappresentanza nazionale e, dall'altro, dal ruolo egemone nella funzione rappresentativa assunta *de facto* dal partito politico. E tale contraddizione appare ancora più evidente in quegli ordinamenti in cui la disciplina costituzionale e legislativa della forma partito è stata pressoché inesistente o comunque inadeguata.

Se a questi elementi di contraddizione sistemica, di per sé rilevanti sul piano costituzionale, segnati da una prevalenza degli elementi materiali sulla Costituzione formale, si aggiunge l'irresistibile tentazione della “forma partito” a liberarsi da ogni vincolo di regolamentazione (laddove esista), fino ad integrarsi in una sorta d'immedesimazione organica con gli apparati istituzionali e di governo, e a porsi più come “diaframma” che come canale di collegamento tra cittadini e Stato, può ben comprendersi come parte della dottrina costituzionale abbia subito la suggestione di identificare la crisi di legittimazione dei partiti politici come crisi della rappresentanza politica e delle

istituzioni ad essa riconducibili. La crisi fiscale dello Stato e quella economico-finanziaria che hanno investito nell'ultimo decennio le democrazie contemporanee, unitamente al progressivo smantellamento dello Stato sociale, hanno coinvolto anche il ruolo del partito politico quale organizzazione che pur assumendosi *in toto* la funzione rappresentativa, non si è più dimostrata in grado di recepire, mediare e trasporre nelle istituzioni rappresentative e di governo l'articolazione di interessi sociali sempre più frammentati e conflittuali.

Tale crisi di rappresentatività e di legittimazione democratica pur coinvolgendo i partiti politici nell'ambito di tutti i sistemi democratici, presenta profili di maggiore gravità in quegli ordinamenti in cui prevalenti sono state le tendenze di *deregulation* e di rigida protezione della natura privatistica dell'associazione partitica.

Va detto, tuttavia, che anche in quegli ordinamenti costituzionali dove più penetrante appare la regolamentazione del partito politico, sia sul piano della organizzazione interna e delle sue stesse finalità politiche (Germania) che del rapporto con gli organi costituzionali e gli apparati dello Stato (Spagna), la capacità rappresentativa dei partiti non sembra di gran lunga migliore.

La questione del ruolo dei partiti politici, del carattere democratico e partecipativo della loro organizzazione interna e, più in generale, della loro rappresentatività, negli ultimi anni si è ulteriormente complicata in ragione del tendenziale processo di personalizzazione della politica, dell'influenza dei mass-media e dei social nell'ambito della comunicazione politica e della competizione elettorale, elementi che hanno ridotto ulteriormente gli spazi di partecipazione e di democrazia dei e nei partiti politici.

E la dottrina più attenta ha da tempo evidenziato gli effetti che questi profili possono avere sugli stessi *standard* di democrazia e di efficienza rappresentativa.

È di certo incontestabile che sin dalle sue origini la vicenda del partito politico si è indissolubilmente legata a quella della rappresentanza ed alla stessa configurazione delle forme di governo⁷. Tuttavia, anche in ragione della grave crisi del tradizionale sistema partitico, tale coesistenzialità della forma partito alla rappresentanza politica viene sempre più utilizzata per suffragare

⁷ Nella dottrina costituzionale tale rapporto ha trovato la sua teorizzazione particolarmente in Germania (Leibholz) e in Italia (Mortati, Elia, Martines). Si deve, infatti, a questa dottrina il merito di aver individuato, sul piano interpretativo, la coesistenzialità dei partiti al modo di essere della struttura fondamentale dello Stato e ad intuire che anche l'equilibrio dei rapporti costituzionali/istituzionali nelle forme di governo contemporanee è influenzato dal rapporto tra i soggetti protagonisti della competizione politica, dal loro numero, dalla forma e modalità della loro organizzazione, tanto da influire, anche sul piano teorico, sulla tradizionale rigidità della distinzione tra forme di Stato e forme di governo.

la crisi non solo di quest'ultima, ma delle stesse istituzioni parlamentari e dei sistemi democratico-rappresentativi.

Tale orientamento si è manifestato in particolare nell'ambito di sistemi, come quello italiano, in cui più forte si è palesata la crisi di identità e di legittimazione democratica e politica della "forma partito", sia per una pressoché totale assenza di una loro disciplina costituzionale e legislativa, sia per una evidente debolezza delle istituzioni. In tale chiave interpretativa vanno ricondotte, almeno nel modello italiano, la forte personalizzazione del circuito della rappresentanza politica e le ipotesi, formulate negli ultimi anni, di un superamento del vigente sistema parlamentare attraverso l'adozione di meccanismi di investitura diretta dell'organo di vertice dell'esecutivo e, nell'ultimo periodo, di un approdo verso forme di democrazia diretta o "democrazia social" da perseguire attraverso un tendenziale smantellamento della democrazia dei partiti e il superamento delle istituzioni parlamentari.

In ogni caso, pur tenendo nella dovuta considerazione la grave insufficienza dell'attuale modello organizzativo dei partiti politici, al fine di assicurare un alto livello di incidenza e di partecipazione democratica dei cittadini ai processi decisionali, non si ritiene che gli scenari di democrazia diretta possano dare risposte adeguate ed efficaci.

Tuttavia, la crisi del sistema rappresentativo fondato sui partiti non segna "l'esaurimento della spinta propulsiva" della teoria della rappresentanza politica, *tout court*, né tanto meno essa può trovare soluzione nel superamento della funzione costituzionale delle istituzioni della rappresentanza. L'esperienza delle maggiori democrazie contemporanee ci sembra conforti il convincimento che le attuali difficoltà possano essere superate nell'ambito dello stesso circuito costituzionale/istituzionale della rappresentanza politica, attraverso una profonda ridefinizione dei modi e delle forme della sua qualificazione all'interno degli ordinamenti costituzionali. Storicamente, lo strumento per perseguire un *idem sentire* tra rappresentanti e rappresentati è stato quello elettorale, attraverso, cioè, elezioni «libere e periodiche», per lo svolgimento delle quali hanno avuto fino ad oggi un ruolo centrale i partiti politici. Tale meccanismo è divenuto per molti versi non più sufficiente, e appare di tutta evidenza la necessità di volgere l'attenzione, *hic et nunc*, in quanto la gravità della crisi dei partiti non consente ulteriori rinvii, verso soluzioni che senza svilire il ruolo insostituibile del partito e quello delle elezioni possano "perfezionare questo rapporto di rappresentanza tra rappresentanti e rappresentati che oggi si limita al rapporto elettorale"⁸.

⁸ Si pensi a questo proposito a sistemi di elezione ed anche ad alcune riforme della organizzazione costituzionale che, oltre a rendere più stretto il rapporto tra cittadini/elettori e rappresentanti, accrescano il potere decisionale di quest'ultimo; a criteri di selezione democratica delle candidature (elezioni primarie); a modelli organizzativi dei partiti politici ispirati al

3. *Sovranismo, populismo e delegittimazione della rappresentanza politica*

Il problema che si pone è, dunque, quello di comprendere se e in che modo sia possibile recuperare, anche attraverso un ripensamento della “forma partito”, un ruolo centrale degli organi della rappresentanza politica ovvero se risultino ineluttabili le tendenze verso il superamento dei modelli attuali di democrazia rappresentativa e la loro sostituzione con forme di democrazia populistica e plebiscitaria⁹. Da un lato, la crisi della sovranità dello Stato riconducibile al processo di globalizzazione e, all'interno del continente europeo, alla connotazione prevalentemente economica del processo di integrazione dell'UE, unitamente alla crisi economico-finanziaria che ha caratterizzato le nostre democrazie in quest'ultimo decennio, aumentando drammaticamente le diseguaglianze al loro interno, hanno attivato spinte sovraniste contraddistinte da una forte contrapposizione verso gli organismi internazionali e sovranazionali e da una esaltazione delle politiche identitarie. Dall'altro, l'elevata corruzione politico-amministrativa che ha caratterizzato *magna pars* dei sistemi democratici, la crisi della stessa rappresentanza politica e dei partiti tradizionali, non più riconosciuti come credibili forze di governo, unitamente ad alcuni fenomeni come, ad esempio, l'intensificarsi dei flussi immigratori, hanno alimentato movimenti politici di matrice populista.

Tali movimenti si ispirano al popolo come entità unica ed omogenea posta in contrapposizione ad altre diverse entità, come stranieri, immigrati, ma anche poteri forti, *establishment* politico ed economico, che ne metterebbero a repentaglio l'integrità. Va rilevato inoltre che “tale rifiuto delle élites non è del resto limitato alla sfera politica, ma investe ormai profondamente l'intera società”, riconducendosi in realtà al rifiuto dei principi di competenza e autorità¹⁰. Ne discende una critica agli stessi istituti della rappresentanza politica ed al parlamentarismo, ritenuti in questa fase storica un male necessario, ma da superare attraverso “l'affermazione di una compiuta democrazia elet-

metodo della partecipazione democratica e non a quello della cooptazione; ad una razionalizzazione, infine, degli strumenti di democrazia diretta, quali il referendum, che, evitando i rischi di strumentalizzazioni demagogiche e plebiscitarie, rivaluti comunque questi istituti come incisivi meccanismi di decisione del corpo elettorale su alcune questioni fondamentali. Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. BIONDI, N. ZANON, Giuffrè, Milano 2001.

⁹ Cfr. G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli, 2009, 1991 ss.; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, *ivi*, 2007.

¹⁰ Cfr. S. PASSIGLI, *Il futuro difficile della nostra democrazia*, in *Corriere della Sera* del 12/10/2018

tronica” (maldestramente confusa con le forme di democrazia diretta e in ogni caso suscettibile di incontrollabili manipolazioni), l’unica ritenuta idonea ad affermare il principio “uno vale uno” e il pieno coinvolgimento del popolo nei processi decisionali. Tuttavia, non può non rilevarsi come in realtà tali movimenti politici, al pari dei vecchi partiti guidati dall’alto da un ristretto gruppo dirigente, hanno sostituito il tradizionale rapporto che legava la dirigenza di partito ai propri iscritti ed elettori attraverso una capillare organizzazione, con un rapporto incentrato sui nuovi media digitali¹¹.

Richiamando una recente efficace analisi¹², si individuano alcuni elementi comuni riconducibili, in via generale, ai movimenti populistici: in primo luogo, come accennato, una posizione anti-elites, che tende a delegittimare soprattutto le formazioni sociali intermedie, dai tradizionali partiti politici ai sindacati, ma in genere estesa ai c.d. “poteri forti” e a *lobbies* come i soggetti economici o la stampa. Si ravvisano, inoltre, tendenze anti-pluraliste che muovendo dall’assunto dell’assoluta necessaria omogeneità tra rappresentanti e rappresentati tendono ad escludere che altri soggetti politici possano esprimere legittimamente la volontà o gli interessi del popolo. Infine, si richiama una concezione del popolo, inteso unitariamente come entità organica coesa, “virtuosa e pura”, tale da distinguere tra popolo e non-popolo¹³.

La combinazione di tali elementi si riflette profondamente sul rapporto di rappresentanza politica, che viene ad assumere le sembianze della rappresentazione, “secondo un processo paradossale, ma per nulla nuovo, in base al quale dall’idea della necessaria corrispondenza tra volontà dei rappresentati e agire dei rappresentanti, si tende ad instaurare (e talora si riesce a farlo) un sistema nel quale la volontà dei rappresentanti si *identifica* con quella dei rappresentati”¹⁴.

Sul piano istituzionale l’affermazione della supremazia del principio d’identità sul principio di rappresentanza determina implicazioni del tutto incompatibili con le forme della democrazia pluralista. In altri termini, i movimenti populistici si pongono l’obiettivo del superamento della democrazia parlamentare, perché mirano precipuamente a sovvertire le basi della rappresentanza, sostituendola col principio di identità, nel senso che privilegiano la identificazione fra governanti (*leaders*) e governati (popolo). In tale chiave

¹¹ Ibidem.

¹² Cfr. A. MORELLI, *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, testo della relazione al Convegno su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania, 8-9 novembre 2018, in *paper*.

¹³ Cfr. l’analisi di J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, trad. it. *Cos’è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2017, sulla quale ora A. MORELLI, *Dal populismo ... cit.*.

¹⁴ Cfr. A. MORELLI, *Dal populismo*, cit., par. 6 del *paper*.

vanno interpretate le critiche ad alcuni capisaldi delle istituzioni rappresentative, come il divieto di mandato imperativo, o la previsione di limiti al transfughismo parlamentare¹⁵, la stipula di contratti preelettorali per i candidati alle cariche elettive o, addirittura, di “contratti di governo” volti a vincolare tutti i parlamentari della maggioranza¹⁶. Il modello istituzionale che si propone si fonda sul principio del vincolo di mandato, ritenuto l'unico istituto in grado di garantire costantemente l'identità tra volontà del popolo e “governo del popolo”. A tal proposito non può non evidenziarsi come la crisi dei partiti e la conseguente difficoltà a svolgere la loro funzione essenziale all'interno del Parlamento, unitamente all'inarrestabile fenomeno del transfughismo parlamentare, abbia in un certo senso incoraggiato taluni “modelli di organizzazione istituzionale d'ispirazione vagamente giacobina e misure volte a vincolare l'attività dei rappresentanti del tutto incompatibili con i principi fondamentali della vigente democrazia rappresentativa”¹⁷.

Le ipotesi di decadenza per il parlamentare che passi da un gruppo di maggioranza a quello di opposizione ovvero le sanzioni pecuniarie previste nel caso di violazione del codice di comportamento rappresentano misure che hanno un forte impatto mediatico, considerato lo smarrimento delle coordinate della democrazia in un momento storico colpito oltretutto da una grave crisi economico-sociale, che presenta sempre più i caratteri di una crisi strutturale, e da fenomeni corruttivi dilaganti. La connotazione degli attuali partiti, per lo più privi di quella carica ideologica che aveva caratterizzato i partiti tradizionali, rende semmai necessario tornare a riflettere sulla necessi-

¹⁵ Nell'ordinamento italiano la riforma del Regolamento del Senato, approvata dall'Assemblea sul finire della XVII legislatura, ha introdotto nuove regole riguardanti la formazione dei gruppi parlamentari introducendo alcune disposizioni che potrebbero contribuire a limitare il fenomeno del transfughismo parlamentare. Fermo restando il requisito numerico, in base alla nuova disciplina, il gruppo deve “rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici” (art. 14, c. 4). Il Consiglio di Presidenza non potrà più autorizzare la costituzione di gruppi con meno di dieci iscritti. L'unica eccezione prevista è quella consentita ai “senatori appartenenti alle minoranze linguistiche riconosciute dalla legge, eletti nelle regioni di insediamento di tali minoranze, e [a]i senatori eletti nelle regioni speciali il cui statuto preveda la tutela di minoranze linguistiche”, i quali “possono costituire un gruppo composto da almeno cinque iscritti” (art. 14.5), anche in corso di legislatura (art. 15.3). Inoltre, si prevede che i vicepresidenti e i segretari d'aula che entrino a far parte di un gruppo diverso da quello al quale appartenevano al momento dell'elezione, decadono dall'incarico.

¹⁶ Cfr. sul punto i contributi pubblicati in *www.federalismi.it*, n. 13/2018.

¹⁷ Cfr. A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, p. 96 ss.

tà di dare concreta attuazione all'art. 49 Cost. e di interrogarsi soprattutto sul significato di quel "metodo democratico" al quale si fa riferimento in tale disposizione¹⁸. Alla luce dell'attuale tendenziale configurazione del sistema politico, il principio della libertà del mandato parlamentare conserva, nell'ambito del circuito della rappresentanza politica un ruolo fondamentale. Esso garantisce la stessa funzionalità delle istituzioni rappresentative ed è condizione necessaria di svolgimento delle dinamiche parlamentari, che, senza tale garanzia, correrebbero il serio rischio d'incorrere in una condizione di permanente paralisi, determinata dalla rigidità dei vincoli imposti agli eletti. Com'è stato efficacemente osservato, "in presenza di un progressivo declino della capacità progettuale e rappresentativa dei partiti, il divieto di mandato imperativo può contribuire a mantenere aperto un canale di comunicazione fra organo istituzionale (il Parlamento), organo politico (il partito di appartenenza) e il pluralismo sociale"¹⁹. Stante l'attuale articolazione del circuito della rappresentanza politica e il ruolo che i partiti, pur politicamente deboli, continuano a mantenere nell'ambito dei processi elettorali e della selezione dei rappresentanti e delle classi dirigenti, l'eventuale vincolo di mandato, più che ricondursi al popolo, unitariamente inteso, paradossalmente verrebbe a configurarsi come mandato di partito. Nella prospettiva costituzionale, anche alla luce della scarsa applicazione che il metodo democratico di cui all'art. 49 Cost. registra all'interno dei partiti e dei movimenti politici, tale vincolo di mandato risulterebbe del tutto incompatibile con il principio della sovranità popolare.

4. *Quali prospettive per la democrazia rappresentativa?*

La democrazia è il risultato di un articolato processo che si è sviluppato nell'arco degli ultimi due secoli e che per molti versi "ha conosciuto una espansione sia nel numero dei regimi democratici, sia nella natura della democrazia che da sistema di regole e procedure a tutela dei diritti politici si è progressivamente convertita in garanzia anche di diritti civili e sociali"²⁰. Tuttavia, tale processo non è stato sempre fluido, è stato spesso soggetto a fasi di *stop and go* e, come la storia ha dimostrato, i sistemi democratici possono entrare in crisi e soccombere. Storicamente si è assistito, infatti, al crollo di regimi democratici che hanno avuto la capacità di risollevarsi ritrovando un

¹⁸ Cfr. A. CITRIGNO-G MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 settembre 2018.

¹⁹ Cfr. G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2018

²⁰ Cfr. S. PASSIGLI, *Il futuro difficile della nostra democrazia*, cit.

corretto equilibrio democratico-costituzionale, ma nello stesso tempo si è assistito anche all'involuzione ed al definitivo declino di altri che si sono trasformati in regimi autoritari illiberali.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, si possono trarre alcune conclusioni sulle possibili evoluzioni dei sistemi democratici, con particolare riguardo al rapporto di rappresentanza politica. Un rapporto che non sembra potersi intendere come puramente accessorio, ma come essenziale della stessa forma ordinamentale democratica. In tal senso, si deve rilevare incidentalmente come non possano che suscitare forti perplessità le proposte di trasformazione dell'ordinamento costituzionale in indefinite forme di democrazia "diretta"²¹. Come è stato sostenuto²², gli strumenti che oggi sono definiti di "democrazia diretta" non sono altro che istituti di partecipazione che integrano la democrazia rappresentativa e che, soprattutto, sono complementari a quest'ultima, alla cui logica devono risultare coerenti. Si richiama a questo proposito quell'indirizzo dottrinario²³ che ritiene che nelle forme democratiche il concetto di sovranità popolare, il ruolo del popolo, non sia quello di partecipare direttamente al governo delle istituzioni, bensì "quello di scegliere a chi affidarlo tra le minoranze in competizione per il potere"²⁴. La base di tale modello di democrazia rappresentativa, che è quello che complessivamente ha retto efficacemente, per oltre un secolo, le forme di governo democratico-costituzionali, è la vigenza di un sistema pluralistico e pluripartitico e di una classe politica legittimata sul piano politico e della competenza da parte dei cittadini.

Non v'è dubbio che i partiti oggi faticino a svolgere la funzione di mediazione tra eletti ed elettori e di sintesi tra i diversi interessi in campo alla quale sarebbero preposti, così come non si può disconoscere che le istituzioni parlamentari siano fortemente indebolite e delegittimate²⁵.

Stando, tuttavia, al modello ordinamentale definito dalla Costituzione repubblicana, si deve continuare a riconoscere che il paradigma della rappresentanza politica non è un mero accessorio, ma un elemento indefettibile della vigente forma di Stato. Non può quindi che condividersi l'analisi, secondo

²¹ Cfr. E. CASTORINA, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, in www.federalismi.it n. 1/2017. Ivi si v. anche A. TORRE, *Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità*, J. LUTHER, *Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche*. (2 ottobre 2017)

²² Cfr. M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, t. I, 2, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., 2005.

²³ Anticipata da Schumpeter e poi autorevolmente sostenuta da Sartori e Dahl.

²⁴ Cfr. S. PASSIGLI, *Il futuro difficile della nostra democrazia*, cit.

²⁵ Cfr. G. BRUNELLI, *Mandato parlamentare e questioni di coscienza*, 24 febbraio 2012, reperibile in http://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2012/24022012_brunelli.pdf.

la quale o si ripristina la funzionalità di “sistemi fondati sul ruolo di classi dirigenti competenti e legittimate dal riconoscimento popolare, o si scadrà in forme autoritarie ove la volontà dei singoli cittadini verrà manipolata, e ove anche le istituzioni fondamentali della liberal-democrazia saranno revocate per essere sostituite in un rapporto diretto con il popolo dalla volontà di un capo politico”²⁶.

²⁶ Così S. PASSIGLI, *Il futuro difficile della nostra democrazia*, cit.

LE NUOVE RELAZIONI TRA DEMOCRAZIA, POPULISMO E TECNOCRAZIA: SPUNTI INTRODUTTIVI

Cecilia Corsi*
Università degli studi di Firenze

Il tema discusso nella sessione *Las nuevas relaciones entre democracia, populismo y tecnocracia* concerne un profilo estremamente attuale nel quale due fenomeni: il populismo e la tecnocrazia, che potrebbero anche apparire assai distanti tra loro, possono, per alcuni aspetti, essere configurati come due facce della stessa medaglia.

A fronte di un rafforzamento delle spinte populistiche, in cui si fa appello direttamente al popolo quale fonte della sovranità politica (invocandolo soprattutto contro l'élite e collocandolo al di sopra e al di fuori di qualunque rappresentanza), si assiste all'ampliarsi, sia a livello nazionale che sovranazionale, degli spazi di potere della tecnocrazia, priva di qualsiasi legittimazione democratica.

Entrambi i fenomeni possono rappresentare una sfida per la tenuta di un sistema democratico e per i meccanismi politico-rappresentativi che sono alla base delle nostre democrazie. Da un lato, infatti, si contesta la gran parte della classe politica per aver perso ogni legame con la "reale volontà del popolo" e con essa si contesta anche la capacità di molti partiti di svolgere effettivamente quel compito di cinghia di trasmissione tra società ed istituzioni, di intermediari tra società e pubblici poteri¹. "Il populismo richiede risposte immediate alla 'volontà popolare' e nega le buone ragioni del tempo più lungo della politica democratica: ciò che conta per esso non è l'attività parlamentare e il tempo richiesto per il suo esercizio anche per l'attivazione di un circuito di responsabilità con l'elettorato, ma la personalità del rappresentante e la sua capacità di intercettare gli umori popolari"². E gli stessi cambia-

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Firenze.

¹ Cfr. L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3.

² C. Pinelli, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. e dir.*, 2010, n. 3-4, p. 36: "l'accesso alla rappresentanza perde la motivazione di distinguere quanti dimostrino di saper rispondere meglio di altri alle domande dell'elettorato sul futuro, ossia la giustificazione del suo elemento aristocratico. La rappresentanza diventa puro rispecchiamento degli stili di vita e delle attese presenti degli elettori. Cfr. anche G. Hermet, *Les populismes dans le monde. Une histoire sociologique. XIXe-XXe siècle*, Paris, Fayard, 2001, pp. 45 ss.

menti avvenuti nelle modalità di comunicazione³ hanno sicuramente contribuito a mettere in crisi un modello tradizionale di partito, favorendo l'ascesa dei partiti o dei movimenti populistici⁴.

Dall'altro lato la tecnocrazia può esser colta come un elemento scatenante la recente diffusione del populismo; si è detto che “i due fenomeni si rispecchiano”: “né per i tecnocrati né per i populistici vi è alcun bisogno di un dibattito democratico. In un certo senso, sono entrambi curiosamente apolitici. Pertanto, è plausibile supporre che uno possa aprire la strada all'altra, poiché entrambi sono convinti che non ci sia spazio per il disaccordo. Dopo tutto, ciascuno afferma anche che esiste, rispettivamente un'unica soluzione politica adeguata e un'unica volontà popolare autentica”⁵. E “questo mettere in evidenza il popolo come fonte esclusiva del potere politico si basa in realtà sul postulato, più o meno esplicito, del popolo come unico attore legittimo attraverso il quale la comunità si esprime e accede a una ‘personalità’ politica”⁶.

Entrambi, populismo e tecnocrazia, hanno in comune il rifiuto della mediazione⁷.

Di fronte alle strettoie nelle quali appare costretta la democrazia rappresentativa⁸, è possibile immaginare ulteriori vie che amplino le possibilità di

³ Ex multis, F. Marcelli, P. Marsocci, M. Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015 e in particolare vedi L. Nannipieri, *I partiti politici italiani sul web: prime osservazioni*, pp. 189 ss. M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 3, pp. 15-17.

⁴ Cfr. P. Gerbaudo, *Social media and populism: an elective affinity?*, in *Media, Culture & Society*, 40(5), 2018, pp. 745 ss.: “[t]his does not mean that establishment candidates cannot use social media, but that the underlying narrative and orientation of social media runs counter to the key traits of establishment politics, including moderation, formality, and pretence of universal rationality. Conversely, social media tend to favour populist movements that make no mystery about their antagonism to the establishment and which are better able to exploit the suspicion towards authority and elites that has come to be associated with the culture of social media”, p. 753. S. Engesser, N. Ernst, F. Esser, F. Büchel, *Populism and social media: how politicians spread a fragmented ideology*, in *Information, Communication & Society*, 2017, 20(8), pp. 1113 ss.: “some scholars bestowed the Internet with the potential to ‘restructure political power in a populist direction’... and to promote unmediated communication between politicians and citizens”.

⁵ J.-W. Müller, *Cos'è il populismo?*, Milano, EGEA, 2017, p. 124.

⁶ Y. Mény - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 79. Cfr. anche S. Engesser, N. Ernst, F. Esser, F. Büchel, *op. cit.*, pp. 1109 ss.

⁷ Cfr. M. Morisi, C. Perrone, *Introduzione*, in *Giocchi di potere*, Torino, Utet, 2013, p. XI: “ci troviamo a fare i conti con una domanda trasversale e pervasiva di palingenesi della democrazia italiana in chiave ‘semplificante’: vale a dire caratterizzata da una drastica riduzione della sfera sostanziale e dell'articolazione procedurale della mediazione politica”.

⁸ Cfr. C. Pinelli, *L'Europa democratica nella strettoia fra populismo e tecnocrazia*, in *Meridiana*, 2013, p. 101.

partecipazione alla cosa pubblica e che affianchino il circuito politico rappresentativo? E che siano in grado di giocare un ruolo proattivo nel ristabilire un circuito virtuoso tra governati e governanti?

È evidente che la democrazia presuppone meccanismi di rappresentanza elettorale, i quali non possono però ritenersi esaustivi dei canali di partecipazione dei singoli alla vita pubblica. Lo stesso costituente ha previsto una serie di istituti di democrazia diretta (iniziativa legislativa popolare, petizione, referendum) e proprio attraverso questi istituti si è inteso delineare un modello di Stato in cui il principio della sovranità popolare e quindi le diverse forme di partecipazione dei cittadini "all'organizzazione politica, economica, e sociale del paese" potessero trovare una più compiuta espressione rispetto alla precedente esperienza del regime statutario. Ad essi si affiancano ulteriori possibilità di partecipazione alla cosa pubblica e quindi di espressione della sovranità popolare non codificate in singoli istituti in Costituzione, ma che hanno comunque radici nel testo costituzionale⁹.

La democrazia è infatti di per sé *incompiuta*, non è mai qualcosa di raggiunto, ma è un sistema dinamico e perfettibile, nel quale dobbiamo immaginarci sempre in un processo di democratizzazione¹⁰, teso a creare una maggiore vicinanza fra chi governa e la collettività.

Varie strade possono essere battute per individuare possibilità di nuovi relazionamenti tra società ed istituzioni, e tra questi si annoverano, oggi, i percorsi di democrazia partecipativa che possono rappresentare un tentativo di rafforzare i processi decisionali democratici, attraverso procedure 'deliberative' che facilitino un dialogo, un'emersione delle diverse ragioni e supportino un 'ragionare insieme'¹¹.

Caratteristica di questi percorsi è di essere procedure nelle quali i cittadini ordinari, senza che sia loro richiesto alcun titolo specifico di interesse giuridicamente protetto, sono abilitati ad intervenire nell'attività decisionale delle istituzioni e ad apportare quindi dei contributi nei processi decisionali secondo modalità connotate da scambio di motivazioni, di ragioni; si tratta di

⁹ Ad esempio la partecipazione procedimentale agli atti della pubblica amministrazione, la partecipazione organica, l'azione dei gruppi di interesse, le molte forme di mobilitazione spontanea dei cittadini. È poi interessante che nell'art 3/2 si faccia anche riferimento alla effettiva partecipazione di tutti i lavoratori per sottolineare un nesso non solo con la sovranità del popolo, ma anche col lavoro, valore sul quale viene fondata la democrazia repubblicana. Cfr. M. Picchi, *Il diritto di partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 29 ss.

¹⁰ U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. del dir. Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 295. V. anche M. Trettel, *Migliorare la democrazia? Il bilancio partecipativo*, in *lacostituzione.info*, 16 ottobre 2018.

¹¹ Cfr. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. del dir. Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 280 ss.; L. Bobbio, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, pp. 78 ss.; A. Floridia, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, Carocci, 2012. Vedi anche M. Manetti, *op. cit.*, p. 17 ss.

modalità prestabilite, anche se non rigide, che danno vita a un “relazionamento della società con le istituzioni, tale da porsi come un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di decisione delle seconde”¹².

Un primo aspetto da sottolineare è l’inclusività¹³ di questi processi e l’apertura a interessi non già strutturati e quindi anche a interessi deboli¹⁴. Non è un caso che esperienze di democrazia partecipativa siano sorte e si stiano consolidando in un momento di crisi e di insufficienza dei meccanismi di democrazia rappresentativa; soprattutto di fronte ai nuovi assetti determinatisi a seguito di una globalizzazione non solo economica, ma anche sociale, politica e culturale, sorgono nuove vie di partecipazione che si affiancano a quelle più consolidate e che spesso trovano nelle comunità locali la loro dimensione di esplicazione. Ovviamente si tratta di canali che si vanno ad aggiungere a quelli già esistenti e che non possono, né intendono sostituire altre imprescindibili forme di esplicazione della sovranità popolare. Si parla, infatti, di ulteriore democratizzazione della democrazia in cui ricostituire un grado più soddisfacente di libertà umana¹⁵.

Possono rappresentare, poi, un mezzo di democratizzazione dell’amministrazione¹⁶. Il profilo partecipativo riguarda non solo e non tanto gli interessati dal provvedimento finale, ma chiunque possa anche latamente essere coinvolto dalla decisione pubblica; è a tutti i singoli, in qualche modo coinvolti, che ci si rivolge. Ed è proprio quest’ultimo tratto che caratterizza specificamente questi processi e che li differenzia anche dalla partecipazione organica, la quale pur mira a coinvolgere la società civile nella definizione di politiche pubbliche, ma presuppone l’esistenza di organizzazioni in grado di

¹² U. Allegretti, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem e dir.*, 2006, p. 156.

¹³ G. Allegretti, *Giustizia sociale, inclusività e altre sfide aperte per il futuro dei processi partecipativi europei*, in *Democrazia partecipativa*, a cura di U. Allegretti, Firenze, FUP, 2010, pp. 383 ss.

¹⁴ “Non è un caso che le prime esperienze di DP siano sorte in paesi poveri o a ‘sviluppo intermedio’, con più marcate disuguaglianze, come reazione all’esclusione sociale ed alla marginalizzazione e che attraverso questi processi si sia inteso, da un lato, lasciare intervenire la società nell’attività istituzionale e dall’altro, privilegiare il rapporto tra partecipazione ed inclusione sociale”, C. Corsi, *Democrazia partecipativa e procedimento amministrativo: un raffronto attraverso l’esperienza della legge toscana*, in *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione*, a cura di F. Bortolotti e C. Corsi, Roma, Ediesse, 2012, p. 228.

¹⁵ C. Corsi, *Democrazia partecipativa e procedimento amministrativo*, cit., pp. 227-228. Vedi U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 794-795.

¹⁶ Cfr. A. Valastro, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori. Il ruolo delle amministrazioni locali nell’epoca delle fragilità*, in *Le regole locali della democrazia partecipativa*, Napoli, Jovene, 2016, p. 6 che sottolinea come il modello di democrazia partecipativa sia non solo strumento di rivitalizzazione della democrazia, “ma anche *metodo* di politiche capaci di produrre progettualità sociale e crescita”.

rappresentare interessi collettivi o che comunque possono esprimere il punto di vista di parti della società¹⁷.

Inoltre “l’affermarsi di un’amministrazione non più solo esecutrice, ma anche regolatrice dell’assetto degli interessi, comporta innanzitutto la necessità di dare rilievo alla fase formativa della decisione dell’amministrazione. Non sarà significativo solo il provvedimento che si pone a conclusione di un processo volitivo, ma anche la fase precedente la decisione dell’amministrazione”¹⁸. Fasi istruttorie spesso complesse ed articolate rendono sempre più irrinunciabili ulteriori forme di partecipazione della popolazione.

Questi processi possono giocare un ruolo a fronte anche del potere sempre crescente della tecnocrazia, nonché in relazione alla questione del rapporto fra saperi specialistici e saperi diffusi, il quale concerne strettamente le interconnessioni tra decisioni pubbliche, discrezionalità, discrezionalità tecnica, pubblicità, partecipazione¹⁹.

Peraltro la questione non riguarda solo l’amministrazione, ma anche la normazione stessa. Basti pensare in relazione alle fonti del diritto, alla pervasività della tecnica e allo stesso intreccio fra diritto e scienza che possono porre interrogativi riguardo al rispetto dei processi democratici; molte normative hanno un contenuto tecnico altissimo che fa sì che si assista all’espansione del dominio della tecnica a scapito della decisione politica. Dominio che, se per certi versi è inevitabile, è causa di non poche problematiche. Anzitutto per la scarsa trasparenza del processo decisionale, nel senso che non sempre sono chiaramente esplicitate le modalità attraverso le quali si propongono determinate soluzioni: sono per lo più normative adottate o in sede sovranazionale o dall’esecutivo all’interno delle burocrazie ministeriali. E dato che la tecnica è un sapere specialistico, non in possesso di chiunque, “se la questione è tecnica, la valutazione dell’organo tecnico diviene spesso determinante al di là della distribuzione formale del potere (giuridico)”²⁰. Conseguentemente “la tecnica come potere reale sfugge alla tripartizione dei poteri... e dunque pone problemi alle istituzioni pubbliche nel loro complesso: non solo alle assemblee legislative, ma anche alla giurisdizione e al giudi-

¹⁷ A. Albanese, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in *Democrazia partecipativa*, a cura di U. Allegretti, Firenze, FUP, 2010, p. 346.

¹⁸ G. Azzariti, *Il ruolo dell’amministrazione pubblica nella società italiana attuale: le tendenze strutturali in atto e gli effetti della legge sul procedimento nel rapporto tra amministrazioni e società*, in *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 112.

¹⁹ Basti pensare al diritto ad un ambiente salubre o alla materia sanitaria. Cfr. AA.VV. *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, Aracne, 2014, pp. 227 ss.

²⁰ C. Marzuoli, *Osservazioni conclusive*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, Aracne, 2014, p. 476.

ce”²¹. Non per niente si parla della necessità di una politica dell’organizzazione e dello statuto giuridico del sapere e della tecnica. “La confluenza nella norma tecnica di esigenze di specializzazione, da un lato, e di legittimazione, dall’altro, rende essenziale il momento di formazione della norma, in cui il dialogo fra tecnica e diritto si struttura secondo le procedure proprie della produzione normativa. La questione centrale appare pertanto quella della determinazione dei soggetti e dei livelli decisionali che partecipano alla redazione della norma tecnica e che quindi pongono la base positiva per il temperamento fra i vari valori in gioco”²². Non può infatti essere lasciata solo alla prassi ministeriale “la definizione dell’ampiezza dell’istruttoria, l’individuazione dei soggetti da coinvolgere e le modalità di coordinamento fra essi”²³.

Inoltre il sapere tecnico non è necessariamente oggettivo e neutrale: deve essere oggetto quanto meno di una riflessione l’assunto della presunta neutralità dell’operato dei tecnici e l’idea che tutto quello che c’è da sapere su una questione possa provenire solo dagli specialisti²⁴. Talvolta l’applicazione di norme tecniche può finire per ampliare i margini di discrezionalità per il decisore pubblico; e il ricorso alla tecnica può dar vita a “nuove forme di discrezionalità tanto più pericolose in quanto sconosciute e legittimate dall’autorevolezza dell’*expertise*, e che invece di allargare la tutela dei diritti ... finiscono col limitare in alcuni casi la stessa tutela dei diritti politici ad essi collegati, primi fra tutti quelli di partecipazione ed informazione”²⁵.

Da qui l’opportunità e la necessità di aprire a tutti gli interessi in gioco e ai molteplici attori²⁶; si pensi già alla partecipazione al procedimento amministrativo di cui alla l. 241, ma anche e soprattutto alle nuove forme di partecipazione che hanno tra le loro ambizioni anche quella di facilitare una maggiore completezza istruttoria. Accanto, infatti, al riconoscimento delle competenze degli esperti e degli specialisti, si dovrà tener conto che gli aspetti di complessità e tecnicità che oggi caratterizzano molte scelte dell’azione am-

²¹ *Ivi*, p. 477.

²² M. Morvillo, *Soggetti e procedure nella formazione delle norme tecniche in materia di emissioni*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere*, cit., p. 121.

²³ *Ivi*, p. 133.

²⁴ G. Di Cosimo, *Osservazioni conclusive*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere*, cit., pp. 221 ss.

²⁵ V. Lastrico, M.F. Gasparini, *Il diritto ad un ambiente salubre tra standard di tutela e discrezionalità nell’utilizzo degli standard*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere*, cit., p. 307.

²⁶ Cfr. U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, 2011, n. 1, p. 4: “Ciò determina un cambiamento di ruolo sia del cittadino e della società che degli apparati istituzionali: i primi cessando di essere puri destinatari ma divenendo attori influenti sul processo, i secondi tendendo a trasformarsi, da gestori assoluti dei poteri da esercitare, in registi di un processo decisionale e gestionale che li vede, prima che in posizione di decisori, essi stessi di partecipanti, di destinatari, di recettori”.

ministrativa possono talvolta più facilmente essere meglio conosciuti da chi è coinvolto direttamente, ad esempio perché vive ed opera in quel contesto, rispetto ad “esperti esterni”²⁷. E sempre di più “l’autonomia delle competenze socialmente diffuse non chiede solo di essere riconosciuta e messa a valore, chiede il sostegno di propri spazi e modi diretti di intervento, e chiede regolazioni del rapporto con gli apparati della rappresentanza e della amministrazione”²⁸.

Ovviamente tutto ciò non per svilire l’imprescindibile apporto dei saperi specialistici e degli esperti, ma per sottolineare l’importanza di un arricchimento degli elementi da valutare e l’apertura a saperi diffusi (anche per scelte che concernono innovazioni tecnologiche e scientifiche²⁹), i quali possono contribuire a una piena realizzazione del principio democratico, fermo restando l’imprescindibile ruolo degli organi rappresentativi.

Nel ritessere un circuito virtuoso tra governanti e governati, le pratiche di democrazia partecipativa possono venire a giocare un ruolo non secondario, in quanto offrono al dibattito una cornice strutturante, sia pur nella sua variabilità ed elasticità. Si può, infatti, senz’altro rilevare che un tratto fondamentale, qualificante i percorsi di democrazia partecipativa rispetto ad esempio alle forme di ‘partecipazione immediata’³⁰ attraverso il web, siano proprio le modalità, le procedure attraverso le quali si partecipa. Sebbene non formalizzate o formalizzabili in un atto normativo, e pur potendo essere assai varie³¹, si esplicano comunque in percorsi articolati con determinate caratteristiche³², attraverso i quali possono essere canalizzate le conflittualità grazie a meccanismi che aiutino a far emergere le diverse posizioni³³. Come è stato sottolineato, “il dibattito democratico deve favorire lo scambio di ragioni; è dunque opportuno organizzare procedure che permettano di far emergere gli argomenti migliori e di allontanarsi da una concezione aggregativa della legittimità: è importante che le interazioni permettano di discutere

²⁷ U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, cit., p. 326; A. Valastro, *op. cit.*, p. 22.

²⁸ G. Cotturri, *La democrazia partecipativa*, in *Dem. e dir.*, 2005, p. 29.

²⁹ Basti pensare al dibattito pubblico in Francia sullo sviluppo e la regolazione delle nanotecnologie.

³⁰ L. Nannipieri, *op. cit.*, p. 190. Cfr. anche P. Gerbaudo, *op. cit.*; S. Engesser, N. Ernst, F. Esser, F. Büchel, *op. cit.*, pp. 1109 ss.

³¹ Esse sono scelte di volta in volta da chi organizza il percorso a seconda dell’oggetto, dei richiedenti; è ovviamente un compito delicato da cui può conseguire o meno il buon esito del processo.

³² Cfr. U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista Aic*, 2018, n. 3, p. 1 che ribadisce che a queste forme va mantenuto un significato specifico e non una equivalenza approssimativa con i concetti di democrazia e di partecipazione.

³³ Cfr. C. Corsi, *op. cit.*, pp. 241 ss.

del bene comune e che non si riducano solamente alla difesa di interessi particolari”³⁴.

Diversamente da un sistema di consultazione permanente attraverso il web, che solo apparentemente rafforza il coefficiente democratico-partecipativo³⁵, ma che in realtà rischia di trasformare il corpo elettorale “in un *pubblico* chiamato in via perpetua ad esprimere le proprie opinioni *ex post*, su un *prodotto* da altri elaborato e confezionato”³⁶, queste pratiche partecipative grazie anche alla loro strutturazione³⁷, alla loro formalizzazione (sia pur variabile), alla loro caratterizzazione ‘deliberativa’ (vedi *supra*), possono contribuire a contrastare le spinte populistiche³⁸, particolarmente forti nel nostro paese contribuendo allo sviluppo delle capacità fondamentali dei soggetti e ad un cammino di capacitazione dell’individuo.

³⁴ Y. Sintomer, G. Allegretti, *I bilanci partecipativi*, Roma, Ediesse, 2009, p. 365.

³⁵ Cfr. S. Engesser, N. Ernst, F. Esser, F. Büchel, *op. cit.*, pp. 1121 ss.

³⁶ L. Nannipieri, *op. cit.*, pp. 191-192: “il principale rischio che lo sviluppo del web comporta in tema di partecipazione partitico-politica è che il dialogo e la mediazione nell’espressione degli indirizzi politici ... possano progressivamente lasciare il passo ad illusioni democratiche che in realtà spostano i centri decisionali al di fuori del circuito politico composto dal corpo elettorale, dagli enti esponenziali di mediazione politica e dagli organi rappresentativi, relegando gli stessi ad un ruolo sempre più marginale”. Cfr. anche M. Manetti, *op. cit.*

³⁷ A. Valastro, *op. cit.*, p. 23 che chiarisce la necessità di strutturare gli istituti partecipativi all’interno dei processi decisionali, ribadendo la centralità della strutturazione di queste procedure.

³⁸ U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, 2011, n. 1, p. 11: “Le contrasta infatti, infatti, in qualche modo sul loro stesso terreno: quello, tanto legato alle condizioni globalizzanti e spersonalizzanti proprie del presente, del bisogno di una ‘vicinanza’ della politica, di una familiarità del potere con le speranze e la vita delle masse, anzi dei singoli, e della denuncia della incapacità di soddisfarvi da parte delle istituzioni normali della democrazia rappresentativa, di cui peraltro il populismo esaspera la tendenza oligarchica”.

LA RAPPRESENTANZA POLITICA NELL'ERA DIGITALE

Guido Corso

1. – Internet consente al cittadino di votare istantaneamente una lista di candidati al parlamento, per un gruppo politico che usi questo mezzo di selezione; di prendere posizione su un quesito oggetto di un referendum; di esprimere assenso o dissenso immediato dopo la dichiarazione di un leader politico, così come consente al leader di dialogare direttamente con il pubblico dei follower, senza indire una conferenza stampa o rilasciare un'intervista a un giornale.

Un dialogo, non un monologo, perché al twitter del politico segue un'ondata di like o di contumelie.

La distinzione tra vita pubblica e vita privata viene, in certo modo, abolita perché “chi agisce in rete, come blogger, commentatore, acquirente, semplice flaneur o attore politico potenziale, si trova in una situazione privata, perché è a casa sua o comunque isolato, e il tempo stesso pubblica, perché comunica con altri soggetti nella sua stessa condizione”.¹

È naturale che la tecnologia digitale abbia riproposto il tema della democrazia diretta: un tema che era divenuto una semplice curiosità, dopo che si era ritirata l'onda assemblearista degli anni settanta del secolo scorso. Non è casuale che il tema sia stato ripreso dal gruppo politico che è nato dalla rete, il cui guru preconizza la fine dei parlamenti nel giro di qualche lustro.

Considerato il successo del “populismo digitale” non è consigliabile snobbarlo. Il fenomeno sollecita piuttosto una riflessione sulla classica alternativa tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa.

2. – Delle tante giustificazioni che sono state date della rappresentanza politica ce ne sono due particolarmente significative.

La prima è stata formulata, paradossalmente, dal teorico della democrazia diretta, J.J. Rousseau.

“Quante cose difficili da riunire non presuppone questo Governo (sottinteso, democratico)! Innanzitutto, uno Stato molto piccolo, in cui sia facile adunare il popolo, e in cui ogni Cittadino possa conoscere facilmente tutti gli altri. In secondo luogo, una grande semplicità di costumi, che prevenga il moltiplicarsi degli affari e le discussioni spinose.

Quindi una notevole eguaglianza nei ranghi e nei patrimoni, senza di che l'uguaglianza non potrebbe conservarsi a lungo nemmeno nei diritti e

¹ A. DEL LAGO, *Populismo digitale*, Raffaello cortina Editore, Milano 2017, p. 53.

nell'autorità; infine, poco o nessun lusso, perché il lusso è causato dalle ricchezze e la rende necessaria; corrompe allo stesso tempo il ricco e il povero, l'uno attraverso il possesso, e l'altro attraverso la cupidigia"².

È "*l'immensità degli Stati*", assieme all'"*intiepidirsi dell'amor di patria e la forza dell'interesse privato*", che ha "*fatto escogitare il sistema dei Deputati o Rappresentanti del popolo nelle assemblee della Nazione*"³.

Non che questa, per Rosseau, sia democrazia – "*la Sovranità non può essere rappresentata per la stessa ragione per cui non può essere alienata*"⁴. Egli prende, comunque, atto della impossibilità della democrazia diretta in un grande Stato (e, si potrebbe aggiungere, dell'impossibilità di una democrazia diretta in una società, che non sia fatta tutta di persone virtuose, disinteressate, e che non aspirino ad arricchirsi).

E anche se, ripetesi, egli nega che la sovranità possa essere rappresentata, è costretto ad ammettere la necessità che il popolo abbia i suoi "commissari": non rappresentanti, ma solo commissari che, come tali, "*non possono concludere niente in modo definitivo*" perché ogni legge da loro votata deve essere "*ratificata dal popolo*", e in assenza di ratifica, "*non è legge*"⁵.

Chi ha desunto la necessità del governo rappresentativo dalla impossibilità della democrazia diretta, pur riconoscendo, in astratto, la preferibilità di quest'ultima è J. Stuart Mill.

Il solo governo che può soddisfare pienamente le esigenze dello stato sociale è quello nel quale tutto il popolo partecipa; ogni partecipazione, anche alla più piccola delle funzioni pubbliche, è utile; la partecipazione dovrebbe essere tanto intensa, quanto il livello generale (sott. culturale) della comunità lo consente; e niente è più desiderabile della partecipazione di tutti ad una quota del potere sovrano dello Stato. Poiché, tuttavia, in una comunità più ampia di una piccola città non tutti possono partecipare personalmente se non ad una piccola porzione degli affari pubblici, ne consegue che il tipo ideale di un perfetto governo deve essere il governo rappresentativo⁶.

Alla luce di questi argomenti, la rappresentanza politica è il minor male, e si giustifica in ragione di elementi meramente tecnici e fattuali, come "*la grande estensione territoriale delle medesime comunità politiche ed il numero elevato dei loro abitanti*". Un "*ripiego*" che "*non può nascondere la sua carenza rispetto alla democrazia vera e propria*"⁷. Tanto è vero che gli ordinamenti

² *Il contratto sociale*, tr. It. Milano 2002, libro III, cap. IV, p. 108.

³ *op. cit.*, p. 148.

⁴ *op. cit.*, ivi.

⁵ *op. cit.*, p. 148.

⁶ J. STUART MILL, *Considerations on Representative Government*, in *On Liberty and Other Essays*, Oxford 1991, p. 256.

⁷ R.W. BOCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Stato, Costituzione, Democrazia*, tr. It. Milano 2006, p. 502.

contemporanei prevedono correttivi, come il referendum o le leggi di iniziativa popolare, quasi a colmare lo spazio vuoto, che separa la democrazia diretta dalla democrazia rappresentativa.

L'altra giustificazione della rappresentanza implica una valutazione diversa dei due schemi.

La democrazia diretta, non è un ripiego cui si ricorre nella impossibilità di praticarla in una società popolosa, ma costituisce un miglioramento, un affinamento della democrazia diretta.

Nel celebre *Federalist* n. X, scritto come tutti gli altri articoli del *Federalist* tra il 1787 e il 1788 per caldeggiare il passaggio dalla Confederazione alla Federazione degli Stati Uniti, James Madison espone l'argomento a favore della democrazia rappresentativa. La terminologia usata non deve ingannare: egli contrappone alla democrazia la repubblica, per dimostrare la superiorità di quest'ultima, ma in realtà le ragioni che vengono addotte a favore della Repubblica, sono tutte a sostegno del governo rappresentativo, soprattutto quando esso opera su un ampio territorio.

Una piccola comunità che si amministra, scrive Madison, tende ad esser preda delle fazioni: ove per fazione si intende un gruppo di cittadini, non importa se la maggioranza o una minoranza della comunità, che sono uniti e mossi da una passione o da un interesse a danno dei diritti degli altri cittadini o degli interessi permanenti e aggregati della comunità.

Per impedire i guasti cagionati dalle fazioni ci sono due soluzioni: o rimuoverne le cause o controllarne gli effetti.

Le cause, a loro volta, possono essere eliminate in due modi: o sopprimendo la libertà, che è essenziale alla stessa esistenza della fazione; o istillando nei cittadini le stesse opinioni, le stesse passioni e gli stessi interessi. Il primo dei due rimedi è peggiore del male. Se è vero che la libertà è per la fazione quello che l'aria è per il fuoco, un alimento senza il quale il fuoco si spegne, sarebbe follia abolire la libertà, che è essenziale alla vita politica, sol perché essa alimenta la fazione. Sarebbe come volere eliminare l'aria, che è essenziale alla vita animale, perché conferisce al fuoco la sua capacità di distruzione.

Il secondo rimedio non solo è impraticabile, ma non sarebbe saggio impiegarlo, anche se fosse praticabile.

La diversità delle facoltà degli uomini, da cui nascono i diritti di proprietà, un ostacolo insuperabile alla uniformità degli interessi, così come la libertà di esercitare la ragione, costituiscono un ostacolo insormontabile alla uniformità delle idee.

Ora la protezione di queste facoltà è il primo obiettivo del governo. Dalla protezione delle differenti ed ineguali facoltà o capacità di acquistare proprietà discendono una diversa misura e diversi generi di proprietà: e poiché questi, a loro volta, influenzano i sentimenti e le vedute dei rispettivi proprie-

tari, ne risulta una inevitabile divisione della società in interessi e partiti diversi. La fonte più comune delle fazioni è sempre stata la varia ed ineguale distribuzione della proprietà; come lo è la distinzione tra creditori e debitori, tra proprietari terrieri ed industriali, tra capitalisti e lavoratori. Una varietà di interessi in conflitto, che la moderna legislazione ha il compito di regolare.

Una “democrazia pura”, ossia una società formata da un piccolo numero di cittadini, che si amministrano e governano personalmente, è incapace di rimediare ai guasti della fazione, quando faziosa è la maggioranza.

Al contrario, scrive Madison, “*una repubblica, con cui intendo un governo ove trova applicazione lo schema della rappresentanza, apre una differente prospettiva, e promette la cura che noi stiamo cercando*”.

Ci sono due grandi differenze tra una democrazia e una repubblica: innanzitutto, la delega della potestà di governare, a un ristretto numero di cittadini eletti dagli altri, che è propria della repubblica; e in secondo luogo, il più grande numero di cittadini e la più grande dimensione del paese sotto la repubblica.

Per effetto della prima delle due differenze, le pubbliche vedute vengono allargate ed affinate, per essere filtrate da un corpo scelto di cittadini, la cui saggezza è più in grado di discernere il vero interesse del paese, e il cui patriottismo ed amore di giustizia sono meno suscettivi di sacrificare tale interesse a considerazioni contingenti o di parte.

Può così accadere che la voce pubblica, emessa dai rappresentanti del popolo, si armonizzi col bene pubblico meglio che se provenisse dal popolo stesso, radunato a questo scopo. Ciò non esclude che uomini faziosi, portatori di pregiudizi localistici o di disegni sinistri possano, con l'intrigo, la corruzione o altri mezzi, ottenere i suffragi e tradire gli interessi del popolo.

Tuttavia questo esito è più improbabile in una grande comunità che in una piccola, anche perché nella prima è più largo l'ambito entro il quale gli elettori sono chiamati a scegliere, e più ampio è l'elettorato. L'obiettivo è quello di garantire un giusto mezzo tra uno Stato troppo grande, in cui i rappresentanti perdono il contatto con la realtà locale e gli interessi minori, ed uno Stato troppo piccolo, sicché il rappresentante è troppo legato agli interessi locali ed incapace di comprendere e perseguire gli obiettivi nazionali⁸.

In definitiva la rappresentanza politica ha il vantaggio di selezionare i cittadini tendenzialmente più saggi, capaci di svincolarsi dalle passioni e dagli interessi delle fazioni e di compiere scelte più consone al vero interesse del paese.

Simile a quella di Madison, almeno in parte, è l'impostazione di Hegel, un gigante che proviene da un'area culturale del tutto diversa.

⁸ A. HAMILTON, H. MADISON e J. JAY, *The Federalist or the New Constitution*, London 1961, pp. 42-46.

Si scelgono rappresentanti – scrive Hegel – affinché deliberino sugli affari generali: sono destinati a questo nella fiducia che essi si intendano di tali affari meglio di coloro che li scelgono. I rappresentanti fanno valere essenzialmente l'interesse generale, non l'interesse particolare di una comunità o una corporazione⁹.

Essi non sono dei commissari cui sia stato commissionato qualcosa o siano state date istruzioni: si riuniscono in un'assemblea che decide, dopo che i suoi componenti si sono scambiati informazioni e si sono convinti a vicenda (ivi). Rappresentare non significa che uno sia al posto di un altro (an der Stelle eines andere): è piuttosto l'interesse stesso a essere realmente presente nel proprio rappresentante, così come il rappresentante è tale per il suo proprio elemento oggettivo (così il § 311, pp. 524-25).

Affinchè il rappresentante abbia sugli affari generali una competenza maggiore del rappresentato, è necessario che egli conosca la società per cui opera o il gruppo sociale di cui è espressione. È ovvio l'interesse che tra i deputati, per ogni grande ramo particolare della società – per es. per il commercio, per le fabbriche ecc. – si trovino individui che li conoscano profondamente: “*non rappresentanti di singoli, di una moltitudine, bensì rappresentanti di una delle sfere essenziali della società, rappresentanti dei suoi grandi interessi*”.

Hegel teorizza la rappresentanza organica o corporativa, che avrebbe avuto successo un secolo dopo, tra le due grandi guerre nei regimi autoritari di destra. Una teoria che svaluta l'elezione come atto “*indeterminato e privo di vincoli*” perché essa lascerebbe “*in balia soltanto dell'accidentalità*” l'obiettivo di formare un'assemblea rappresentativa delle varie sfere della società.

Madison ed Hegel rivendicano entrambi l'autonomia dei rappresentanti rispetto ai rappresentati. Negando che i deputati siano mandatari o commissari degli elettori, H. si contrappone a Rousseau: secondo il quale, come si è visto, i rappresentanti sono commissari il cui operato è nullo se non è ratificato dai cittadini. Sia Madison che Hegel fondano la necessità della rappresentanza sulla struttura della società: un'entità che è lacerata da conflitti di interesse che i rappresentanti sono chiamati a comporre. Anche se il deputato è per Hegel espressione di una delle grandi sfere della società, lo è perché meglio conosce gli interessi e i bisogni del gruppo di cui ha fatto parte: ma non perché, come rappresentante, debba farsi carico solo dell'interesse del gruppo. I deputati deliberano in assemblea dopo essersi informati e convinti a vicenda¹⁰: solo così può venire soddisfatto l'interesse generale (allgemeine Interesse).

⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* tr. It. Milano 1995, § 309, p. 522-23.

¹⁰ *Sich gegenseitig unterrichtende und überzeugende*, §309.

3. – Democrazia diretta e democrazia rappresentativa si distinguono non solo perché corrispondono a due diverse tecniche per prendere decisioni collettive, ma anche perché presuppongono due diverse idee di società.

Torniamo a Rousseau.

Egli distingue la volontà generale, che “è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica”, dalla volontà di tutti, che considera l'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari¹¹.

*“Se i cittadini, quando il popolo adeguatamente informato deliberano, non comunicassero in alcun modo tra loro (...), la deliberazione sarebbe sempre buona. Ma quando si formano delle fazioni, delle associazioni parziali a spese di quella generale, la volontà di ciascuna di queste associazioni diventa generale in rapporto ai suoi membri e particolare in rapporto allo Stato (...). È importante, per avere una chiara enunciazione della volontà generale che nello Stato non vi siano società parziali”*¹².

È spontaneo il confronto con Madison. La soluzione che Rousseau propugna – la soppressione delle fazioni – viene presa in considerazione, come abbiamo visto, anche da Madison: che tuttavia la rigetta con vigore perché, per eliminare le fazioni, occorre sopprimere la libertà, sicché il rimedio sarebbe peggiore del male.

Ed è pure significativo lo strumento che Rousseau immagina, o quanto meno uno degli strumenti che egli suggerisce, per eliminare le fazioni. Fare in modo che i cittadini deliberino, senza comunicare in alcun modo fra loro.

Una situazione del genere è esaminata da Aristotele nel V libro della *Politica*. Nell'indicare i mezzi con i quali il tiranno impiega per conservare il potere, Aristotele scrive che egli non soltanto tende a reprimere gli individui superiori e a togliere di mezzo gli spiriti indipendenti, ma che vieta “*sissizi e consorterie*”, “*circoli di cultura e altre riunioni a scopo di studio*” e fa in modo che “*i sudditi restino il più possibile sconosciuti gli uni agli altri (perché è proprio il conoscersi che produce soprattutto reciproca fiducia*”¹³.

Rousseau parte da un diverso presupposto, che i cittadini solitari, non comunicanti fra loro e non riuniti in gruppi (fazioni), non abbiano nessuno sopra di loro (nel momento in cui debitamente informati, deliberano). Anche se afferma, contraddittoriamente, in altra parte del trattato, che la democrazia richiede una popolazione molto piccola, “in cui ogni cittadino possa conoscere facilmente tutti gli altri”¹⁴. Ma come si può conoscere, se non si può comunicare e se non ci si può associare in gruppi minori del tutto?

¹¹ *Contratto sociale* cit., libro II, cap. III, p. 51.

¹² *Contratto sociale* cit., p. 51-52.

¹³ *Politica*, libro V, 1313^a, 40- 1313b, 5.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 108.

Molto più persuasivo il vecchio Aristotele, la cui ricetta è stata applicata dai tiranni di ogni epoca, e soprattutto dai tiranni del XX secolo.

4. - I sostenitori della democrazia rappresentativa, come abbiamo visto, muovono dall'idea che la società sia lacerata da conflitti.

In realtà anche Rousseau coglie nella volontà di tutti il rischio che la volontà generale venga ignorata: ma proprio per questo auspica che le volontà particolari siano cancellate.

Madison, Hegel e lo stesso Stuart Mill, vedono nel conflitto una condizione fisiologica della vita sociale e sono consapevoli della impossibilità di eliminarlo. Il problema è per loro quello dello strumento migliore per comporre i conflitti, senza sopprimere la varietà degli interessi e dei gruppi che ne sono portatori.

L'allargamento del suffragio, che tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX diventa suffragio universale, moltiplica il numero degli interessi in contrasto tra loro; o meglio fa emergere sul piano politico un contrasto che anche prima esisteva, ma veniva neutralizzato per la impossibilità della maggior parte dei portatori di questo interesse di affacciarsi sul piano della vita della politica e delle istituzioni.

Per comporre i conflitti occorre innanzitutto rispondere ad una domanda. Cos'è che viene rappresentato? Sono gli elettori o i gruppi sociali di cui gli elettori fanno parte?

Quando Hegel afferma che i rappresentanti non rappresentano singoli, ma "*una delle sfere essenziali delle società, rappresentative dei suoi grandi interessi*"¹⁵, lo fa dopo avere descritto la società civile come il sistema dei bisogni¹⁶: ove il lavoro costituisce la mediazione tra i bisogni e i mezzi per appagarli¹⁷ e inevitabilmente genera la disuguaglianza sociale, a causa della disuguaglianza nello sviluppo delle disposizioni naturali – corporee e spirituali¹⁸.

Da qui la divisione delle società in ceti sociali¹⁹.

L'idea che il rappresentante rappresenti non il singolo, ma il gruppo professionale, il ceto, la classe sociale è alla base, come si è accennato, della concezione della rappresentanza organica o corporativa, che ha trovato applicazione nel XX secolo, tra le due guerre nei regimi fascisti.

Il problema è stato affrontato da Hans Kelsen in un saggio sul parlamentarismo²⁰.

¹⁵ Op. cit. §311.

¹⁶ §190.

¹⁷ §196.

¹⁸ §200.

¹⁹ Stände, par. 201.

²⁰ *Il problema del parlamentarismo*, in *La Democrazia*, tr. It. Bologna 1995, p. 155 ss.

K. scrive in un momento (1924) in cui il parlamentarismo è sotto attacco, e lui sente di doverlo difendere “*senza bisogno di ricorrere alla finzione della rappresentanza*”²¹. Il parlamento si giustifica “*anche solo come specifico mezzo tecnico sociale per la creazione dell’ordinamento statale*”²² come “*l’unica possibile forma reale, in cui nella realtà sociale odierna, possa attuarsi l’idea della democrazia*”: “*è perciò la condanna del parlamentarismo è al tempo stesso la condanna della democrazia*”²³.

Una delle critiche al parlamentarismo viene mossa, da destra, in nome della “*organizzazione corporativistica*”: una proposta secondo la quale la volontà statale non dovrebbe dipendere dal “*fattore puramente casuale ed esteriore della maggioranza*” perché alla formazione di quella volontà dovrebbe concorrere ogni gruppo di popolazione inquadrato corporativamente ... per la parte che gli compete, quella che corrisponde all’importanza che il gruppo stesso ha per l’edificazione della collettività²⁴.

A questa proposta K. Muove tre obiezioni.

La prima. L’inquadramento fondato sulla comunanza di interessi non può abbracciare la totalità degli interessi perché agli interessi economici si affiancano, nella stessa persona, interessi, spesso vitali di tutt’altra natura, ad es. religioso, di etica generale, estetici, che non sono suscettibili di inquadramento.

In secondo luogo, secondo Kelsen, l’ideale corporativo presuppone una piena e totale comunanza degli interessi del gruppo, ciò che spinge ad una moltiplicazione dei gruppi stessi, sicché ogni delimitazione fra questi nella camera corporativa sarebbe arbitraria.

La terza e principale obiezione: fra i singoli gruppi corporativisticamente inquadrati sussiste non una comunanza, ma un antagonismo di interessi, che viene acuito dalla organizzazione in gruppi degli interessi comuni. Lungi dal comporre i conflitti, l’ipotesi corporativistica li lascia irrisolti. La soluzione non è che una: che la decisione ultima sui conflitti di interesse fra i gruppi corporativi sia deferita ad un’autorità di origine estranea al principio corporativistico, e cioè o ad un parlamento eletto democraticamente nel seno della collettività o ad un organo a configurazione più o meno autocratica²⁵.

K. non ignora, tuttavia, che la scelta elettorale del singolo è il più delle volte legata all’appartenenza ad un gruppo economico, sociale, professionale: ma è al partito politico, e non al gruppo economico, che egli assegna la fun-

²¹ Una “*crassa finzione*”, pp. 161 e 161.

²² Ivi.

²³ Pp 156-157.

²⁴ Op. cit., p. 169.

²⁵ Op. cit., p. 171.

zione di aggregazione, soprattutto quando il sistema elettorale è un sistema proporzionale (che K. strenuamente difende). Un sistema che ha il pregio di assicurare a tutti i gruppi politici una rappresentanza in proporzione della loro forza, così che il parlamento rifletta la situazione di fatto degli interessi in conflitti, “*ciò che è il postulato teorico per giungere a un compromesso*”. All’obiezione che il sistema proporzionale stimola la formazione di piccoli e piccolissimi partiti, e che impedendo a un partito di ottenere la maggioranza assoluta, impone un governo di coalizione, K. risponde che questo non è un male, ma è un bene: perché impedisce che una maggioranza spadroneggi senza restrizioni sulla minoranza e nello stesso tempo trasferisce la funzione della integrazione politica dagli elettori al parlamento.

In questo modo i partiti sono costretti a far passare in seconda linea le differenze di minor conto che li dividono, per accordarsi sugli interessi di maggiore importanza. Nel parlamento il principio di maggioranza, col distinguere i deputati in due soli gruppi, maggioranza e minoranza, crea la possibilità di un compromesso: propiziato dall’intera procedura parlamentare, che mira a raggiungere una via di mezzo fra opposti interessi, una risultante delle forze sociali antagonistiche. La condanna frequente dell’idea di compromesso, in quanto presuppone un “baratto”, ignora che compromesso significa reciproca tolleranza; e che ogni integrazione sociale, in ultima analisi, diventa possibile solo in virtù di un compromesso²⁶.

5. – La tecnologia digitale, come si è detto all’inizio, sembra favorire un nuovo protagonismo del singolo: una nuova forma di democrazia diretta, che va ben oltre le forme tradizionali – dalla assemblea nell’agorà di Atene o nella piazza di Ginevra alla iniziativa legislativa popolare e ai referendum della Svizzera o degli Stati USA, previsti anche da alcune costituzioni di Stati europei, come la Costituzione italiana.

Il dibattito che ha accompagnato questi istituti di democrazia diretta può essere comunque di una qualche utilità, per valutare quanto internet possa conferire al singolo quel ruolo politico che la democrazia “indiretta” sembra avere concentrato nelle istituzioni rappresentative.

In ambito giuridico una riflessione sulla democrazia diretta è stata stimolata dalla introduzione nella Costituzione da Weimar del referendum sulle leggi e della iniziativa legislativa popolare. Nel saggio dedicato a questo tema²⁷ Carl Schmitt a proposito dei due istituti di democrazia diretta, si chiede quanto sia diretta (unmittelbar) questa democrazia. E ciò non a causa della problematica coesistenza con la democrazia rappresentativa (il rischio di far

²⁶ Op. cit., pp. 177-181.

²⁷ Referendum e iniziativa popolare, 1927, tr. It. In *Democrazia e liberalismo*, Milano 2001, pp. 27-86.

“pendere sul sistema parlamentare la spada di Damocle della democrazia pura”²⁸, ma proprio in ragione della struttura dei due istituti.

Il limite del referendum consiste nella sua dipendenza da semplici domande precisamente formulate²⁹: “colui che ha il potere di formulare le domande influisce decisamente anche sul risultato”³⁰. A maggior ragione un progetto di legge non può essere redatto dal popolo; non solo perché il dieci per cento degli elettori, ossia il minimo sufficiente per la formulazione della proposta, non è il popolo, ma un singolo, magari esponente di un piccolo gruppo; è la persona che concretamente redige la proposta.

Il tema è stato ripreso nel secondo dopoguerra da Bockenförde.

La volontà popolare ha un suo carattere peculiare: ossia essa è in se stessa priva di forma e diffusa, e quindi necessita di un processo che le dia forma. Una mera possibilità che diventa attuale quando qualcuno la interroga: la direzione e la concreta attuazione sono determinate da chi pone la domanda e dal modo con cui la domanda è formulata. “Circa il contenuto e la formulazione di questo quesito il popolo, nella sua immediatezza non esercita alcuna influenza, esso può solo rispondere alla questione postagli con un sì o con un no (...) Questa dipendenza dal quesito non riguarda solo il plebiscito o il referendum, ma contrariamente ad una diffusa opinione, essa vale anche per la proposta di legge di iniziativa popolare³¹.”

Questa prevalenza o rilevanza dei pochi, anche nelle manifestazioni più tipiche della democrazia diretta, è segnalata anche da Max Weber con un curioso esempio.

Nella più antica esperienza democratica - i cantoni di Uri, Schwyz e Unterwalden, il nucleo su cui fu fondata la Confederazione elvetica - tutti gli argomenti di interesse collettivo, della elezione del borgomastro alla delibera su una nuova legge fiscale, vengono discussi in piazza con la partecipazione di centinaia o migliaia di cittadini. “Se però si scorre la lista dei borgomastri eletti in una simile democrazia d'antico stampo nel corso di cinquanta o sessant'anni, troverete con vostra sorpresa che si è sempre trattato delle stesse determinate famiglie, che hanno tenuto queste cariche nello loro mani da tempi immemorabili, e che dunque, si è trattato di una democrazia che era sì basata sulle regole del diritto, ma che in effetti veniva esercitata aristocraticamente”³².

6. – La rete accresce la possibilità della volontà popolare di manifestarsi. Attraverso di essa possono essere indetti referendum senza i vincoli posti

²⁸ Così H. Preus citato a p. 83.

²⁹ C. SCHMITT, op. cit. p. 64.

³⁰ p. 65.

³¹ E.W. BOCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, pp. 503-505.

³² M. WEBER, *Il socialismo*, 1918, tr. It. Castelveccchi editore, Roma 2018, p. 25-26.

dall'art. 75 Cost. (e ovviamente senza che dall'approvazione della proposta derivino le conseguenze giuridiche ivi previste); possono essere formulate proposte di legge senza che occorra la sottoscrizione di almeno cinquantamila elettori (art. 71 co. 2 Cost.): possono tenersi elezioni primarie per la scelta dei segretari o dei capi politici dei partiti; possono essere espresse le preferenze per l'uno o l'altro candidato in vista della formazione delle liste che concorrono alle elezioni etc. etc.

Rimane pur sempre il problema sollevato da Schmitt e da Bockenförde: in che misura questi fenomeni possono essere ascritti alla volontà popolare e in che misura invece essi devono essere considerati risposte a domande poste da singoli? E quindi, ancora una volta, quanto diretta può essere considerata la democrazia che in queste forme si esprime?

L'accesso alla rete, aperto a tutti, produce un effetto che è implicito nell'idea di democrazia diretta: la convinzione di ciascun utente di non essere inferiore ad alcun altro, visto che egli può dialogare senza filtri col leader di turno, attaccarlo, elogiarlo, ottenerne risposte.

L'uno vale uno – lo slogan del movimento 5 stelle – è una formula che non esprime tanto l'eguaglianza dei diritti (e in particolare l'eguaglianza nell'elettorato attivo e nell'elettorato passivo) quanto l'eguaglianza di fatto tra le persone, un'eguaglianza antropologica, con conseguente perdita di rilevanza della distinzione fra sapienti e ignoranti, competenti e incompetenti, esperti ed inesperti, e con relativa contestazione della stessa idea di elite.

Se tutto questo lo poniamo in relazione alla crisi dei partiti politici, ossia degli organismi che hanno esercitato in passato, e continuano a esercitare, in altri paesi diversi dal nostro, una fondamentale funzione di formazione della classe politica – una funzione che oggi in Italia è venuta meno quasi del tutto – abbiamo ragione di pensare che la democrazia digitale non sia scevra da grossi rischi. Una conclusione alla quale non può non pervenire uno che crede nella democrazia rappresentativa, anche se non ne ignora i limiti, e che rischia per questo di apparire un nostalgico di un'era che fu.

INTERNET E DEMOCRAZIA*

Tommaso Edoardo Frosini

SOMMARIO: 1. Internet e liberalismo, prima ancora che democrazia. – 2. Ieri il video potere oggi l'Internet potere? – 3. La crisi della rappresentanza come crisi del rappresentato. – 4. Internet e la nuova democrazia di massa. – 5. Rafforzare la partecipazione politica attraverso Internet. – 6. La democrazia in Internet e i suoi critici.

1. *Internet e liberalismo, prima ancora che democrazia*

Il complesso e complicato rapporto fra Internet, ovvero ciò che si manifesta attraverso la Rete e in particolare i cd. *social*, e la democrazia, ovvero il modo e il metodo con il quale si organizza la società contemporanea, è ormai il tema che suscita larga attenzione e riflessione da parte degli studiosi delle scienze sociali. Divisi tra coloro che sostengono come e perché Internet può rafforzare la democrazia e gli oppositori, che vedono in Internet una minaccia per la tenuta democratica degli Stati¹.

Dico subito che mi schiero fra i primi, perché ritengo che Internet possa rappresentare un'opportunità per migliorare le forme della democrazia, specialmente in termini di partecipazione politica. Non credo però che questo approccio debba passare attraverso modi di esaltazione acritici e pertanto ignorare alcuni dubbi applicativi di Internet su alcune procedure di funzionamento della democrazia. Come più avanti chiarirò.

Una cosa voglio dirla subito, che serva anche a mo' di premessa generale. Ritengo che il fenomeno Internet abbia a che fare più con il liberalismo che con la democrazia. Perché più che condizionare il modo di essere del potere e la sua declinazione in termini di eguaglianza, mi sembra che valorizzi la libertà dell'individuo, che si estrinseca attraverso le potenzialità del cd. *net freedom*. Che vuol dire soprattutto libertà di espressione come mai finora si era potuta manifestare nel suo esercizio individuale. Oggi cercare, ricevere, diffondere, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee è davvero possibile, grazie a Internet. Ed è un traguardo considerevole della libertà dell'individuo². Quindi Internet e più in generale le tecnologie – a mio pa-

* Lezione magistrale tenuta al *Tribunal Electoral* a Città del Messico il 19 settembre 2017.

¹ Da ultimo, su queste questioni, v. S. Coleman, *Can The Internet Strengthen Democracy?* Polity Press, Cambridge 2017.

² Ho esposto in maniera approfondita questa e altre tesi in T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

rere – rappresentano uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico. Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo. Certo, c'è un fronte avverso: muri virtuali vengono eretti al posto di quelli di pietra. Infatti, ci sono Paesi (illiberali) che hanno costruito barriere elettroniche per evitare l'accesso a parte della rete globale, e lo hanno fatto cancellando parole, nomi e frasi chiave dei motori di ricerca, oppure violando la *privacy* dei cittadini³. Una nuova cortina d'informazione sta scendendo su una parte del mondo, dove i video e i *blog* sono ormai i *samizdat* dei giorni nostri. Questo però conferma la vocazione liberale di Internet, e la paura che di questa libertà globale mostrano di avere Paesi intolleranti alla tecnologia, perché la vivono come una minaccia al loro potere assoluto⁴. Basti pensare come le tecnologie consentirebbero, e già lo fanno, di superare lo Stato quale epicentro unico di decisione e mettere così in crisi il concetto di sovranità, tradizionalmente inteso⁵.

Aggiungo, che sta sviluppandosi anche un nuovo modo di essere del costituzionalismo, il quale sulle robuste e solide radici della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti si va delineando con riferimento proprio alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto⁶. Si è parlato altresì di un

³ Dati e notizie in E. Schmidt e J. Cohen, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, tr. it., Milano, Rizzoli, 2013, 100 ss., che parlano di *filtraggio* e ricordano come la Cina sia «il filtratore d'informazioni più attivo ed entusiasta del mondo [...] il *Great Firewall of China*, come viene chiamato lo strumentario usato dal governo per oscurare i siti, è un vero e proprio guardiano dell'integrità nazionale cinese».

⁴ V., per esempio, il recente caso della Turchia, dove con legge del febbraio 2014, il governo obbliga gli *internet service provider* a trasformarsi in agenti di sorveglianza e censura attuando rimozioni e blocchi selettivi di contenuti *online* sgraditi e di collezionare tutti i dati degli utenti e perfino le loro *email*: in caso contrario gli revocano la licenza. Cfr. S. Esen e D. Kumcu, *Internet Freedom in Turkey*, in *Percorsi cost.*, n. 2, 2014, 581 ss.

⁵ Sul punto, v. il contributo di A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa- M. Bassini, Le Monnier, Milano 2017, 19 ss., che parla di «paradigma tecnologico dominante» e di «auto-mazione quale nuovo potere nemico dell'auto-nomia», e invoca il principio di «precauzione» costituzionale per governare la tecnologia digitale.

⁶ Svolgimenti in H. Ruiz-Fabri e M. Rosenfeld (a cura di), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Société de Législation Comparée, Paris 2011; v. altresì R. Gargarella, (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad iguali-*

«nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto»⁷. In tal senso, torna con forza e sempre maggiore convinzione la dottrina della cd. «libertà informatica»⁸, che con Internet è diventata una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni. Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica.

2. Ieri il video potere oggi l'Internet potere?

Corsi e ricorsi storici, verrebbe da dire. Quando si ruppero le incrostazioni stataliste del monopolio statale televisivo, consentendo che anche i privati fornissero informazione (e spettacolo) attraverso le reti televisive, e quindi si procedette a forme di liberalizzazione dell'etere, esplose il tema del cd. *video power*. E quindi, il timore che la televisione potesse diventare, in mano ai privati, uno strumento di potere in grado di orientare, ovvero manipolare, le scelte politiche della cittadinanza. Ci scrisse un saggio Giovanni Sartori, e fu uno dei primi⁹. Certo, non nego che la televisione possa avere capacità persuasive, che poi è una delle sue funzioni commerciali come nel

taria, Siglo Veintiuno, Mexico DF 2011. Ho approfondito il tema del costituzionalismo nella società tecnologica in T.E. Frosini, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rass. parl.*, n. 4, 2016, 673 ss.

⁷ Così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 7.

⁸ La dottrina della *libertà informatica* venne elaborata da V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, nel vol. *Privacy e banche dei dati*, a cura di N. Matteucci, il Mulino, Bologna 1981, 37 ss. (ora in Id., *Informatica diritto e società*, 2a ed., Giuffrè, Milano 1992, 173 ss.), e poi, con riferimento a Internet: Id., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2000, 271 ss.

⁹ G. Sartori, *Videopolitica*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 2, 1989, 185 ss. (poi, con modifiche, *Videopotere*, in *Elementi di teoria politica*, il Mulino Bologna, 1990, 303 ss.); ma v. già, F.C. Aertson, *Video Politics*, Lexington 1984.

caso degli *spot* pubblicitari, ma oggi, a distanza di anni e con l'esperienza che nel frattempo abbiamo vissuto, mi sembra di potere considerare significativamente ridotto il potere del video, specialmente sulle campagne elettorali, dove si temeva che queste potessero facilitare la vittoria di *outsider* improvvisati. Nella convinzione che la videopolitica – come argomentava Sartori – converte l'elezione in un evento altamente fortuito, dove il vincitore è il risultato di un *match* televisivo determinato prevalentemente dall'aspetto (la faccia che piace) e affidato a *flashes*, a messaggi persuasivi, di dieci secondi. Da qui, poi, l'esigenza di regolare la propaganda elettorale televisiva riducendola in modi e tempi dettati dalla *par condicio*. Non entro nel merito ma ribadisco le mie riserve sulla compressione del *free-market ideas*¹⁰.

Se ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al cd. *Internet power*. Ecco perché ho parlato di corsi e ricorsi storici. Credo, infatti, che anche il timore di una possibile "dittatura del *web*" sia eccessiva, e che si riduca, come nel caso della televisione, in una paura poco fondata. E che semmai la politica, o più in generale le forme applicative delle procedure democratiche, potrebbe invece uscirne rafforzata, rinvigorita, rilanciata.

Prima di vedere come Internet può rafforzare i modi e forme della democrazia, credo sia opportuno un breve ragionamento sulla rappresentanza democratica oggi, propedeutico per certi versi proprio al possibile supporto del *web* alle democrazie febbricitanti. Occorre, allora, partire da un dato di fatto, che è la crisi della rappresentanza politica riscontrabile in numerose democrazie contemporanee.

3. La crisi della rappresentanza come crisi del rappresentato

Certo, è entrato in crisi quel modo tradizionale di essere della rappresentanza politica: ovvero il mandato a rappresentare la nazione, la responsabilità affidata a chi rappresenta, i partiti politici quali associazioni che rappresentano l'elettorato, l'esercizio della funzione legislativa quale compito primario delle assemblee rappresentative, e così pure la funzione di controllo. Ancora: la crisi della rappresentanza è altresì determinata dalla difficoltà di trovare un equilibrio, meglio una sintesi tra il rappresentare e il governare¹¹. E quin-

¹⁰ Riserve che formulai in un mio ormai lontano scritto: T.E. Frosini, *Il decreto legge sulla par condicio nella forma di governo in transizione*, in *Par condicio e Costituzione*, a cura di F. Modugno, Giuffrè, Milano 1997.

¹¹ Discuto i termini del problema in T.E. Frosini, *Governare è meglio che rappresentare?*, in *Rass. parl.*, n. 1, 2012, 7 ss.

di quale formula elettorale e di governo adottare per non comprimere la rappresentanza ma nel contempo valorizzare la governabilità. Rappresentare e governare, infatti, è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie odierne¹².

La crisi della rappresentanza è anche crisi del rappresentato, che ha smarrito i suoi riferimenti politici e istituzionali. Vuoi per la liquefazione dei partiti, sempre meno “ponte” fra la società politica e la società civile, come un tempo si diceva; vuoi per la perdita di centralità del Parlamento, quale organo non più decidente; vuoi, ancora, per la scomparsa del rapporto fra rappresentante e territorio, e quindi la presenza dell’eletto quale espressione di un collegio elettorale. La rappresentanza politica ha poi abdicato ad altre forme rappresentative: quelle degli interessi, per il tramite delle *lobbies*; quelle territoriali, in virtù di un’accentuazione del decentramento politico e amministrativo; quelle di genere, che spingono verso una rappresentanza paritaria forzata attraverso leggi e norme costituzionali¹³.

La rappresentanza politica si è quindi parcellizzata, anche per effetto di un’accentuazione del pluralismo sociale che appare non più comprimibile nel solo perimetro parlamentare. E’ in crisi la delega a decidere¹⁴: non rivendicabile sulla base di una rinnovata valorizzazione del principio costituzionale della sovranità popolare, ma piuttosto su una (ancora) confusa forma di interventismo diretto, che vorrebbe trovare nel *web* la sua capacità di esternazione e di decisione. Ed è così, invece, che si viene a manifestare, in maniera esplicita, la crisi del rappresentato, di colui che cerca altrove forma e sostanza per esprimere il suo pensiero, e vederlo risolto in azione, scartando l’opzione tradizionale della rappresentanza politica per il tramite del voto, che assume effettività con il principio maggioritario.

Ancora: è in crisi altresì il concetto di sovranità, perché ritenuto principio riducibile a potente arbitrio, nemico del diritto¹⁵. Si ritiene che esista solo il costituzionalismo dei diritti, in grado di purificare la politica normativizzandola. Altra questione, riguarda poi il contrasto, sempre radicale, tra il

¹² Cfr. T. E. Frosini, *Constitución, democracia y estado de derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile 2017, *passim*.

¹³ Per una serie di considerazioni, *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale “Atelier 4 luglio – G.G. Florida”*, a cura di R. Orrù-F. Bonini- A. Ciammariconi, Napoli 2016; v. altresì il volume: *Rappresentanza e globalizzazione*, a cura di C. Bassu e G.G. Carboni, Torino 2016, che origina dal convegno dell’Associazione DPCE, tenutosi a Sassari il 16 ottobre 2016, e che contiene una pluralità di contributi, che indagano sulle declinazioni del rapporto fra rappresentanza e globalizzazione. Si rimanda altresì alla parte monografica, con numerosi e interessanti contributi, dedicata a *Rappresentanza senza populismo*, di *Percorsi cost.*, n.1, 2017.

¹⁴ Sulla questione, v. A. Schiavone, *Non ti delego*, Milano 2013.

¹⁵ Su cui v. ora l’interessante studio di S. Sassi, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi cost.*, n. 1, 2017, 247 ss.

contesto statale degli ordinamenti democratici e la dimensione globale del mercato e della finanza, che condizionano le politiche pubbliche. Il paradigma della sovranità, a cui la pratica della democrazia è stata finora legata, è messa in crisi da una *governance* mondiale, che fa riferimento a gruppi di interessi di carattere non elettivo, e quindi privi di legittimazione democratica¹⁶. In tal senso, si fa riferimento all'arena globale delle organizzazioni e dei regolatori internazionali, i quali interagiscono fra loro, e tra loro e i privati, attraverso un complesso sistema di regole e di norme, suscitando il rischio dell'avvento di una "tecnocrazia globale", di cui ha parlato Shapiro¹⁷.

Le istituzioni della democrazia si sono dovute confrontare con la necessità di governare dinamiche sociali rapidamente cangianti e sempre più complesse anche a causa dell'emersione dei processi di globalizzazione e dell'esplosione della rivoluzione tecnologica.

4. *Internet e la nuova democrazia di massa*

La rivoluzione tecnologica ha operato incisivamente sull'organizzazione politica della società occidentale, e ancora di più lo farà negli anni a venire. Ha creato le condizioni perché si venisse a formare una nuova democrazia di massa, come è stata chiaramente definita¹⁸, distinta e distante dai regimi di massa della prima metà del Novecento, in cui l'individuo singolo rimaneva in una soggezione psicologica recettiva e passiva con un totale obnubilamento delle libertà personali. Quelle stesse libertà che invece si esaltano e valorizzano nella nuova democrazia di massa. Che «non è tuttavia una destinazione fatale e irreversibile della società odierna. Essa è soltanto una direttiva di marcia dell'umanità, segnata dall'impronta della civiltà tecnologica che le imprime il procedimento. [...] In essa si realizza con apparente paradosso una nuova forma di libertà individuale, un accrescimento della socialità umana che si è allargata sull'ampio orizzonte del nuovo circuito delle informazioni, un potenziamento, dunque, dell'energia intellettuale e operativa del singolo vivente nella comunità»¹⁹.

La libertà informatica non si esaurisce però nella (rinnovata) dimensione della comunicazione e dell'informazione. Essa comprende anche la libertà politica e l'organizzazione istituzionale. Per il tramite della tecnologia muta-

¹⁶ Sul punto, il contributo di G. Cerrina Feroni, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, nel vol. *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., 45 ss.

¹⁷ M. Shapiro, *Deliberative, Independent Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the UE2*, in *Law&Contemporary Problems*, 2005, 241 ss.

¹⁸ Così, V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo* [1997], nuova ed. con prefaz. di A. Jellamo e postfaz. di F. Riccobono, Liberilibri, Macerata 2010, 23 ss.

¹⁹ V. Frosini, *op.cit.*, 34

no sempre più gli assetti istituzionali conosciuti e come il processo democratico venga a essere profondamente influenzato dal modo in cui circolano le informazioni, laddove cioè la disponibilità di queste da parte di tutti i cittadini appare come un prerequisito di quel processo. La libera circolazione delle informazioni può produrre la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità. La democrazia, e la sua forma, si prospetta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica²⁰. La nuova democrazia ha già ricevuto diverse denominazioni: democrazia “elettronica” (ma questo termine definisce lo strumento e non l’agente); “virtuale” (ma in tal modo l’indicazione politica ne risulta indebolita); “continua” (per il suo carattere di *referendum* perenne); ovvero ancora “nuova democrazia di massa” (con riferimento all’antica democrazia diretta)²¹. Essa ha ricevuto opposte valutazioni, dividendosi i suoi interpreti in due schiere, l’una di sostenitori e l’altra di detrattori, divisi sulla risposta alla questione di fondo, che può essere così formulata: l’impatto politico delle tecnologie informatiche su quei fragili sistemi complessi che sono le democrazie contemporanee favorirebbe la costruzione di un *agorà* o di un totalitarismo elettronici? La dialettica dei giudizi sulla nuova forma di democrazia è però fondata su un presupposto comune di discussione: il superamento, o piuttosto l’aggiornamento dell’attuale democrazia di tipo rappresentativo-parlamentare²².

²⁰ Sulla questione, v. S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997; Id., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole?* Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, Roma 1998, 12 ss. il quale, con riferimento a Internet, la definisce come «una forma che la democrazia può assumere, è una opportunità per rafforzare la declinante partecipazione politica. E' un modo per modificare i processi di decisione democratica»

²¹ Per le varie definizioni citate nel testo, v. nell’ordine i seguenti studi: L.K. Grossman, *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, Penguin Books, New York 1995; L. Scheer, *La democrazia virtuale*, tr.it., Costa&Nolan, Genova 1997; Aa.Vv., *La démocratie continue*, sous la direction de D. Rousseau, LGDJ, Paris-Bruxelles 1995; V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit. (Id., *La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa*, in *Telèma*, n.14, 1998, 105 ss.).

²² V. I. Budge, *The new Challenge of Direct Democracy*, Polity Press, Cambridge 1996, il quale ritiene che la nuova sfida della democrazia diretta fornirà ai cittadini gli strumenti informativi e formativi per una consapevole partecipazione alla vita politica della comunità a cui appartengono e porterà altresì a rivitalizzare gli organismi rappresentativi. V. altresì le critiche

Anche la cosiddetta democrazia elettorale - quella fondata sul meccanismo del voto - sta già subendo delle trasformazioni in seguito allo sviluppo tecnologico delle società contemporanee. Per adesso, le trasformazioni riguardano essenzialmente le tecniche di votazione, ovvero sul come si vota. La scheda elettorale cartacea sulla quale si appone, con matita copiativa, la propria scelta politica è prossima a essere messa da parte. E' già in fase di utilizzazione in diverse parti del mondo²³, il cosiddetto voto elettronico, che prevede l'effettuazione del voto per il tramite dei *computers*. Anziché porre un segno con la matita sulla scheda elettorale, si potrà pigiare il tasto di una tastiera del *computer*, nel cui video verrebbe riprodotta la scheda elettorale elettronica, ed esprimere così il proprio voto e la propria preferenza politica. Questa tecnica di votazione - che si presenta semplice da realizzarsi nel caso del voto per i *referendum*, dovendo scegliere solo tra un "sì" o un "no" - consentirebbe di avere i risultati elettorali in brevissimo tempo una volta chiuse le votazioni, e di evitare defatiganti calcoli e scrutini peraltro sempre soggetti al rischio di brogli elettorali. La votazione *online* potrebbe altresì essere utilizzata, con semplificazione e razionalizzazione, per le primarie con le quali si selezionano i candidati alle cariche elettive. Anziché sparpagliati banchetti in giro per il territorio per la raccolta di voti, con rischi sempre più diffusi di brogli e pasticci di computo finale, basterebbe un'organizzazione sul *web*, dove chiamare a raccolta *online* coloro i quali volessero esprimere la loro preferenza per le candidature.

Ma gli scenari futuri della democrazia elettorale non si arrestano al voto elettronico. Infatti, si potrebbe inoltre prevedere il voto attraverso il proprio *home computer*, oppure addirittura attraverso il televisore con l'ausilio del telecomando. Certo, questa tecnica di votazione "casalinga" se da un lato potrebbe ridurre l'astensionismo (oltre alle spese elettorali), dall'altro lato però imporrebbe la fissazione di tutta una serie di garanzie (anche di carattere tecnico) per la salvaguardia della libertà di voto. Che anche - e forse soprattutto - nell'epoca della politica "tecnologizzata" e "globalizzata" rimane sempre un valore costituzionale da custodire gelosamente. Ma di fronte al futuro dobbiamo mostrarci ottimisti e concorrere a un rinnovato progresso della civiltà. Allora, ben venga la nuova democrazia tecnologica del XXI secolo, che si fonda sulla libera iniziativa individuale, sulla responsabilità del cittadino come persona, sulla sua facoltà di scelta e di decisione. Il voto individuale viene a essere protetto e potenziato nella sua collocazione telematica,

e censure mosse da E. Morozov, *L'ingenuità della rete. Il lato oscuro della libertà in Internet*, tr.it., Codice edizioni, Torino 2011. Con considerazioni in chiaroscuro, M. Ainis, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, n. 2, 2013, 263 ss.

²³ Sulla diffusione del voto elettronico nel mondo, v. ora L. Trucco, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in *Diritti e libertà in Internet*, cit., 427 ss.

che elimina le manipolazioni, gli errori e i brogli dei sistemi cartacei, che consente una possibilità di scelta con il voto disgiunto, o alternativo, o di riserva, che può essere controllato e calcolato con l'ausilio del *computer*. È una democrazia non delegante ma partecipativa, che manifesta una nuova forma di libertà segnata dalla partecipazione del cittadino alla vita della collettività in forma di partecipazione al potere politico. Nasce così una «libera repubblica dell'informazione automatizzata [che] equivale, per la sua funzionalità di comunicazione e quindi anche di suggerimenti, di rivelazioni, di accordi e di deleghe, a una nuova forma democratica di società: essa instaura le condizioni tecniche per l'attuazione pratica di un regime politico della democrazia di massa»²⁴.

5. Rafforzare la partecipazione politica attraverso Internet

E veniamo al punto decisivo: può Internet rafforzare la democrazia?²⁵ Finora credo di avere dato una risposta senz'altro positiva. Ora mi proverò a spiegare come e perché, per poi svolgere delle osservazioni conclusive su alcune riserve che comunque vanno tenute in conto riguardo al tema sollecitato dalla domanda iniziale.

Se la democrazia deve essere (anche) partecipazione efficace ed effettiva delle decisioni pubbliche da parte della cittadinanza²⁶, allora credo che Internet possa dare un importante contributo per la realizzazione. Come? Attraverso la possibilità che offre la rete di promuovere, migliorare ed espandere forme di democrazia diretta – come *town-hall meeting*, *consensus conference*, referendum e iniziative popolari – sia di democrazia indiretta per il tramite di funzioni informative e di *feedback* popolari.

Non mancano già una serie di sperimentazioni in diversi paesi, che si vanno sempre più consolidando. Il più rilevante è quello che si è avuto in Islanda, laddove si è proceduto, tra aprile e luglio 2011, a una sorta di partecipazione elettronica al processo di revisione costituzionale (*web-designed Constitution*), attraverso cioè la consultazione *online*, che ha coinvolto i trecentomila abitanti dell'isola, per il tramite dei *social network* di massa, come *Facebook* e *Twitter*²⁷. Si è quindi proceduto a un *constitutional crowdsourcing*, che ha prodotto circa tremilaseicento commenti per un totale di oltre

²⁴ Così, V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo*, cit., 33.

²⁵ Per usare la domanda che si pone S. Coleman, *Can The Internet Strengthen Democracy?* cit.

²⁶ Sulla questione, v. ora S. Rodriguez, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017

²⁷ H. Landemore, *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, in *The Journal of Political Philosophy*, n. 2, 2015, 166 ss.

trecentosessanta proposte. Il risultato di questo processo partecipativo è stato poi approvato, a larghissima maggioranza, per il tramite di un *referendum*, tenutosi nell'ottobre 2012. Poi reso vano dalla vittoria elettorale, nel 2013, della maggioranza degli oppositori della nuova Costituzione.

Quello islandese è uno tra gli esempi più eclatanti di forme di partecipazione per il tramite di Internet addirittura a un processo costituente, nei termini di modificazione della Costituzione. Altri esempi, più diffusi, sono quelli che riguardano provvedimenti legislativi ovvero amministrativi. Come in Finlandia, dove, a partire dal 2012, è attiva una piattaforma digitale *Open Ministry*, che consente ai cittadini di presentare *online* proposte di iniziativa parlamentare o commenti sulle leggi in discussione (*crowdsourced law-making system*). Altri esempi si potrebbero fare *Around the World*, e anche in Italia a livello regionale come nel caso della Toscana con lo *electronic Town Meeting*. Insomma, con queste nuove forme di partecipazione diretta alle scelte di politiche pubbliche, dalle comunità virtuali che si aggregano in Rete fino alle deliberazioni la cui decisione è preceduta da un'ampia discussione *online*, l'obiettivo è quello «di trasformare il cittadino da spettatore ad attore»²⁸.

Certo, preconditione per la buona riuscita della partecipazione dei cittadini attraverso l'uso di Internet (*netizenship*, quale crasi fra *net* e *citizenship*), è il diritto di accesso a Internet. L'accesso alla rete Internet costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Negare l'accesso a Internet, ovvero renderlo costoso e quindi esclusivo, significa precludere l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza. Questo del diritto di accesso a Internet è un tema sul quale insisto da tempo, e quindi rimando a quanto già scritto²⁹.

Altre due battute finali sull'accentuazione delle forme partecipative politiche attraverso Internet: il *referendum* e il *recall*. Nel primo caso, è chiaro che può essere attivato in Rete in forma continua, senza formalità procedurali né limiti d'oggetto. In tal modo, però, più che *referendum*, che ha e non può non avere una sua dimensione costituzionale e legislativa, si tratterebbe di una forma di *sondaggio*, ovvero una maniera con la quale la cittadinanza sarebbe chiamata (da chi? questo è un problema) a esprimersi su alcuni temi di pubblico interesse. Senza nessuna vincolatività giuridica del risultato, semmai si tratterebbe di una proposta persuasiva sull'utilità o meno di assumere quel tale provvedimento oggetto dell'interrogazione sul *Web*. In fondo, gli esempi che ho riferito prima attengono a questo tipo di meccanismo. Te-

²⁸ Così, M. Aini, *Democrazia digitale*, cit., 271

²⁹ Cfr. T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), n. 1, 2011; da ultimo, Id., *Il diritto di accesso a Internet*, in *Diritti e libertà in Internet*, cit., 41 ss.

mere l'avanzata dei cd. *referendum* in Rete, che possano mettere a rischio il sistema della rappresentanza politica, mi sembra eccessivo. E comunque, piaccia oppure no, si tratta di un aumento del dosaggio di democrazia della cittadinanza, che viene così a essere maggiormente coinvolta, sia pure in termini consultivi, nelle scelte che la riguardano direttamente. E' fin troppo elitario sostenere che in tal modo si estende la competenza a decidere a un numero crescente di incompetenti. Ammesso e non concesso che nelle sedi della decisione legislativa siedono persone competenti.

Altra questione è il *recall*, ovvero il voto per la revoca di un eletto, presidente o parlamentare che sia. L'istituto è conosciuto e diffuso in diverse parti del mondo: in alcuni Stati del Nord America come in alcuni Paesi del Sud America³⁰. Va da sé che il *Web* semplificherebbe, e di molto, le procedure per l'attivazione della revoca. Basterebbe un "click" per decidere se destituire oppure no l'eletto. Certo, il *recall* può funzionare laddove c'è l'elezione a suffragio universale del presidente (come nel caso del Venezuela, dove Chavez è stato sottoposto, senza successo, a *recall*) o del governatore (come nel caso della California dove, con voto popolare, è stato destituito Gray Davis, dopo solo undici mesi dall'elezione)³¹. E si possono studiare modi e metodi della revoca in un sistema di elezione con il collegio uninominale. Salvo verificare la sua compatibilità con il divieto di mandato imperativo, che è ancora uno dei baluardi della democrazia parlamentare³². Infatti, il mandato vincolante è compatibile con la Rete, incompatibile con le istituzioni rappresentative.

6. La democrazia in Internet e i suoi critici

C'è qualche spina nella rosa della democrazia in Internet. E quindi bisogna maneggiarla con cura per evitare di pungersi.

Si sostiene che l'eccesso di interventismo sulla Rete possa indebolire le istituzioni rappresentative, che rischiano così di essere sottomesse al volere dello *Internet people*. E che quindi anche i partiti politici smorzerebbero la loro portata costituzionale perché scavalcati dal movimentismo *online*. Ipotesi certamente suggestive: ma si tratta comunque di ipotesi, che sono tutte da verificare. Direi che dipende da noi e dall'uso che ne facciamo. Dipende dal-

³⁰ Su cui, v. ora S. Rodriguez, *op. cit.*, 86 ss.

³¹ Cfr. A. De Petris, *Da "We the people" a "Hasta la vista, Davis!": origini, evoluzione e profili di costituzionalità del recall negli ordinamenti degli Stati Uniti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2004, 1793 ss.

³² Per i termini della questione, v. R. Scarciglia, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova 2005

la responsabilità dei governanti e di quella dei governati. E comunque, il momento decisionale rimane pur sempre il voto, che determina le scelte di indirizzo politico le quali rimangono affidate alla maggioranza parlamentare e al suo governo. Immaginare che tutto questo possa essere cancellato dalla Rete e dalle sue applicazioni ai processi decisionali, vuol dire immaginare la fine del costituzionalismo. La Rete, allora, potrà servire, in positivo, ad aumentare il livello di partecipazione politica dei cittadini, attraverso il pluralismo delle informazioni e lo scambio delle stesse tra cittadini e tra questi e i rappresentanti delle istituzioni e delle amministrazioni. Certo, la Rete potrà, in negativo, se usata male e con intento demolitorio, indebolire il ruolo dei partiti, trasformandoli in meri luoghi di raccolta delle proposte avanzate e condivise dalla Rete. Questo però dipende dalla ribellione delle masse di fronte alla partitocrazia, davanti alla pervasività dei partiti e al monopolio politico degli stessi. Tocca quindi ai partiti sapersi rendere più leggeri e meno tentacolari. Magari, penso all'Italia, attraverso una legge che li regoli e ne circoscriva il perimetro di competenza e intervento pubblico³³.

È stato ben scritto, che «Ciò nonostante, Internet ha già modificato la percezione della democrazia [...] ha modificato l'opinione pubblica, correggendo il modo in cui si formano sia i giudizi sia le aspettative [...] i cittadini tendono a diventare più esigenti verso i loro governi [...]. Ha rafforzato i poteri di controllo degli elettori sugli eletti, ma ne ha pure moltiplicato la capacità di iniziativa, fino a trasformare – talvolta – ogni individuo in un legislatore»³⁴.

Altra (piccola) spina nella rosa della democrazia in Internet: la violazione della segretezza del voto. Questo dipenderebbe dai *like* che mettiamo sui *social*, come per esempio *Facebook* o *Twitter*³⁵. Perché ogni *like* che lasciamo sui *social* sarebbe un tassello in un'autoschedatura volontaria di massa, che finirebbe con offrire opportunità e poteri a chi vuole orientare le opinioni. Studi condotti da psicologi, peraltro, sostengono che bastano sessantotto *like* di un utente *Facebook* per individuare il colore della sua pelle (con precisione pari al 95%), l'orientamento sessuale (88%) e quello politico (85%). Da questi studi sono nate società di ricerche, come *Cambridge Analytica*, le quali guardando e monitorando le pagine *Facebook* mettiamo a gennaio, sono in grado di prevedere cosa voterai a novembre. Quindi, le opinioni politiche sono conosciute da *Facebook*; quindi, il voto non è più segreto. Certo, anche coloro che hanno la tessera di un partito non mantengono la segretezza del

³³ Ho discusso questo tema (e dintorni) in T.E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, terza ed., Giappichelli, Torino 2008, 363 ss.

³⁴ Così, M. Ainis, *op.cit.*, 276

³⁵ Cfr. S. Kuper, *How Facebook is changing democracy*, in *Financial Times* del 15 giugno 2017.

proprio voto; così come quelli che scrivono sui giornali di partito ovvero partecipano ai *blog* politici. Sono solo degli esempi, che dimostrano come la segretezza del voto non è a rischio perché c'è *Facebook*, che svolge un'occhiuta azione di controllo sulle preferenze di coloro che interagiscono sul *social*. E poi, c'è sempre l'autodeterminazione dell'individuo: se vuole mettere dei *like* su scelte politiche sa bene che così farà conoscere a terzi il suo orientamento elettorale.

Ancora un'altra (piccola) spina, che può pungere il corretto funzionamento della democrazia in Internet. Si tratta delle cd. *fake news*: ovvero delle notizie false e tendenziose, che circolano sulla rete Internet e che potrebbero ingannare il consumatore, oppure informare scorrettamente e mendacemente il cittadino. Sono stati invocati addirittura rischi per la democrazia e si è auspicato di sottoporre Internet a regole di garanzia sulla qualità delle notizie, magari certificate da un'Autorità indipendente. Esprimo il mio dissenso a questa ipotesi. Le notizie false ci sono sempre state (e sempre ci saranno) in tutti i settori della comunicazione, pubblica e privata, sulla stampa e sulla rete. In quest'ultima, poi, tenuto conto che si viene ad ampliare la libertà di espressione, che permette maggiore trasparenza e quindi consente un maggiore disvelamento della verità contro ogni censura. Sulla rete c'è concorrenza e pluralismo, in punto di offerta di informazioni³⁶. Sul punto, soccorrono le parole del giudice Oliver W. Holmes, nella famosa *dissenting opinion* sul caso *Abrams vs. United States* (1919): «il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati»³⁷.

Infine, la grande spina che può davvero ferire la democrazia in Internet. In particolare, la cd. democrazia economica³⁸. Si tratta della concentrazione di mercato da parte di alcune grandi aziende che operano su Internet: *Google*, *Facebook* e *Amazon*. La prima, *Google*, domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, *Facebook* (e le sue controllate: *Instagram*, *WhatsApp* e *Messenger*) possiede il 77% del traffico dei *social network* su dispositivi mobili e, infine, la terza, *Amazon*, ha una quota del 74% nel mercato dell'*e-book*. In termini economici classici, tutte e tre sono dei monopoli. Quindi,

³⁶ Sul punto, F. Donati, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet*; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, entrambi in *Percorsi Cost.*, n. 1, 2014, 31 ss. e 45 ss.

³⁷ O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1975, 105

³⁸ Su cui, v. ora E.C. Raffiotta, *Libertà economiche e Internet*, in *Diritti e libertà in Internet*, cit., 413 ss.

c'è un serio problema di privazione della libera concorrenza, che limita l'essenza della democrazia liberale, attraverso lo "abuso di posizione dominante" e la "dipendenza economica". Non è però solo un problema di *antitrust*, che peraltro ha già fatto sentire, sia pure flebilmente, la sua voce attraverso l'Autorità garante europea e la Commissione europea, come nei casi *Microsoft* e *Google*, ponendo il dubbio che alcune pratiche commerciali (di *Google*, in particolare) siano da ritenersi in violazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 54 dell'accordo SEE³⁹.

Non è solo un problema di *antitrust*, dicevo. Dall'angolazione democratica, infatti, si possono temere rischi di un potentato economico così forte da condizionare non solo e non tanto il mercato economico ma piuttosto anche il mercato delle idee. Che potrebbe essere condizionato dalle scelte imposte dalle grandi aziende di Internet, che sarebbero mirate anche al raggiungimento di un sistema più favorevole ai propri interessi economici.

È auspicabile, quindi, una maggiore concorrenza nel comparto dell'Internet, consentendo ad altri soggetti di entrare nel mercato senza rischiare di essere compressi dalle grandi imprese, che operano come se fossero in regime monopolista. Come scriveva Louis D. Brandeis, prima ancora di essere nominato da Woodrow Wilson giudice della Corte Suprema: «in una società democratica, l'esistenza di grandi centri di potere privati è pericolosa per la vitalità di un popolo libero»⁴⁰.

Ampliare, allargare, espandere l'offerta *di e su* Internet, per intensificare il pluralismo delle informazioni, delle opinioni, delle idee. Anche così si potrà consolidare Internet quale strumento al servizio della democrazia e delle libertà.

³⁹ Mi riferisco al caso *Microsoft*, su cui v. A. Giannaccari, *La concentrazione Microsoft-Skype (vs Facebook-WhatsApp?)*. Ovvero una guerra per bande alle spalle delle Telcos, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2014, 139 ss. V. altresì Id., *Apple, Amazon e gli e-book: Una storia illecita, pro-competitiva*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2016, 79 ss. Con riferimento al caso *Google*, V. Visco Comandini, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2013, 541 ss.

⁴⁰ Cfr. M.I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: a Life*, Schocken Books, New York 2012.

Abstract

La tesi sostenuta nell'articolo si fonda sulla convinzione che Internet può rappresentare un'opportunità per migliorare le forme della democrazia, specialmente in termini di partecipazione politica. Senza ignorare alcuni dubbi applicativi di Internet su alcune procedure di funzionamento della democrazia. Per il tramite del web la politica, o più in generale le forme applicative delle procedure democratiche, potrebbe invece uscirne rafforzata, rinvigorita, rilanciata. Si tratta di quella che viene chiamata *e-democracy*, e quindi la possibilità di applicare la tecnologia al processo politico, in uno spettro di azione ampio, che spazia da situazioni nelle quali i rappresentanti sono utenti di un servizio, a ipotesi nelle quali è previsto il loro inserimento attivo nel processo decisionale. Altro tema trattato nell'articolo è quello delle potenzialità dei *social* nel campo politico. Un'altra questione è quella della cd. democrazia economica e Internet. E quindi la forza economica, sempre più monopolista, dei grandi *provider* di Internet, da *Google* a *Facebook* ad *Amazon*.

According to the argument claimed in this article, internet can represent an opportunity to strengthen forms of democracy, especially in terms of political participation. Of course it can not be ignored that internet raises up some doubts on application profiles concerning functional procedures of democracy. Through the web politics, or more in general, application democratic procedures could result reinforced, restored, relaunched. It is what is called *e-democracy*, as to say the opportunity of applying technology to the political process, in a wide scope, which goes from situations where representatives are users, to events where their operative intervention is required in the decisional process. The article focuses also on social networks potentiality in politics and it considers the matter of economic democracy in relation to internet, so the economical strength, more and more monopolistic, of big internet providers, such as *Google*, *Facebook* or *Amazon*.

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y GLOBALIZACIÓN. LA LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS REDES SOCIALES*

Francisco Balaguer Callejón**
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Constitucionalismo y legitimidad de la Constitución. – 2. Las nuevas legitimidades en el contexto de la globalización. La legitimidad económica. – 3. Las nuevas legitimidades en el contexto de la globalización. La legitimidad tecnológica. – 4. La marginación de la Constitución y la manipulación de la democracia. – 5. Revitalizar la Constitución y la democracia frente a la globalización.

1. Constitucionalismo y legitimidad de la Constitución

A partir de la Revolución Francesa se consagra una idea de Constitución que integra todas las legitimidades propias del mundo moderno. La Constitución, en cuanto ley que rige la sociedad y la política, incorpora las características propias de un concepto de ley que, como indicara García Pelayo, procede de los desarrollos que se habían producido previamente en el campo de las ciencias naturales¹. La ley – y la Constitución en cuanto ley política fundamental – no es sólo la expresión de la voluntad general² y, por tanto, la máxima manifestación democrática, sino también la expresión de una racionalidad que le es inherente³ y que refleja en el plano político las características de la ley científica⁴. En la Constitución se entrecruzan la legitimidad cien-

* Este texto está destinado, en su versión francesa, a los *Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau* y se dedica, por tanto, a este ilustre constitucionalista francés.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

¹ “El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado”, M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, reedición de la 7ª edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid 1984, pg. 70.

² Art. 6 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

³ Recordemos que para J.J. Rousseau, “il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des loix, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale (...) ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même”, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Livre II, Chapitre VI.

⁴ Para García Pelayo, este concepto de ley, propio del primer constitucionalismo, “significa la expresión, en el campo jurídico de una actitud mental dominante en el siglo XIX, y que se esfuerza por encuadrar bajo la ley todos los posibles campos del espíritu”, Cfr. *op. cit.*, pp. 68 y ss.

tífica, la democrática (en los términos en que se entiende la democracia en esa época, que no se pensaba incompatible con el sufragio censitario) y la que se deriva de su condición de instrumento de progreso y desarrollo (lo que incluye también la vertiente económica).

A lo largo de los últimos doscientos años (desde 1789 hasta 1989, por simplificar, en dos fechas que cambiaron el mundo) el constitucionalismo ha ido modulando pero también reduciendo el impresionante caudal de legitimidad que procedía de estas fuentes diversas. La primera de ellas, la científica, se perdió como consecuencia de nuevas corrientes filosóficas y nuevas realidades políticas. La segunda, la democrática, se quebró con el sufragio censitario y terminaría por ahogarse en la marea de los fascismos durante el período de entreguerras. Se recuperaría, sin embargo, con la refundación del constitucionalismo que supondrían, después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones normativas.

En todo caso, la pérdida de la legitimación científica será sólo parcial, porque se mantiene a través de la idea de progreso, que no será ajena a esas constituciones. Del mismo modo, esa idea de progreso se canalizará a través de la Constitución económica y de la ordenación de las relaciones entre trabajo y capital que en ella se contiene. Desde esa perspectiva, la legitimidad económica será una constante, a pesar de las sucesivas crisis económicas, que se resuelven dentro del marco constitucional y no son percibidas, hasta la última de ellas, ya en el siglo XXI, como crisis sistémicas.

En términos generales bien se puede decir que la Constitución se ha considerado hasta el siglo XXI, pese a la pérdida de esa legitimidad “científica” de origen, como un instrumento de progreso, de avance civilizatorio, unido al desarrollo técnico y económico, a través de las tres funciones esenciales que ha cumplido hasta ahora. Dos de ellas procedentes del constitucionalismo francés: la garantía de los derechos y el control del poder, a las que se une la condición normativa, procedente del constitucionalismo alemán: la canalización de los conflictos sociales fundamentales a través del Derecho.

En el contexto de la democracia pluralista, la Constitución va a añadir una nueva legitimidad que sustituye, en alguna de sus vertientes, a la legitimidad científica que se le atribuía inicialmente, en cuanto expresión de una razón universal y abstracta. Esa nueva legitimidad es la jurídica, la del Derecho, y en ella confluyen también las dos condiciones previas de legitimación del constitucionalismo procedentes de la Revolución Francesa: la garantía de los derechos y el control del poder. De la diversidad de razones y de credos surgirá el consenso fundamental que da lugar a las constituciones normativas. Una de las funciones esenciales de la Constitución consistirá justamente en preservar esa diversidad, garantizar la pervivencia del pluralismo político, que es, en el ámbito de la sociedad, lo mismo que la biodiversidad en el de la naturaleza.

Así pues, frente a la legitimidad científica, la jurídica; frente a la democracia censitaria, la democracia pluralista; frente a la economía del “laissez faire”, la constitución económica. Así podría seguirse en muchos otros ámbitos: frente al Estado liberal, el Estado social; frente al Estado legal de Derecho el Estado Constitucional de Derecho, etc. Pese a todos estos cambios y las modulaciones que suponen, puede decirse que las fuentes de legitimación del constitucionalismo de las constituciones normativas siguen siendo esencialmente las mismas que las del primer constitucionalismo: la Constitución acompaña el progreso científico y económico de las sociedades y lo hace posible a través de la pacificación y la estabilidad que conlleva el Derecho.

La creencia en la Constitución como factor de transformación y de progreso capaz de propiciar los proyectos de desarrollo personales y sociales seguirá siendo, por tanto, una constante hasta que estalló la última crisis económica. Pensemos por ejemplo en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 cuando expresaba que “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness” y veamos como todavía en el fallido Proyecto de Tratado Constitucional en Europa de 2004 se afirmaba en su Preámbulo “Convinced that, thus ‘United in diversity’, Europe offers them (the peoples of Europe) the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope”. La “felicidad” y “esperanza” expresan algo más que la legitimidad que puede ofrecer el Derecho o la Política. Implican una legitimidad que trasciende a esos ámbitos y se extiende al conjunto de la sociedad, a la economía y, en definitiva a la vida de las personas, en la que la Constitución forma parte de los referentes culturales que definen la civilización y el progreso de la Humanidad.

Las nuevas legitimidades que se están desarrollando de manera especialmente rápida e intensa en el siglo XXI ya no caminan necesariamente de la mano del constitucionalismo. Por el contrario, se desarrollan al margen de la Constitución, como un sistema cerrado con su propia lógica, capaz de modular (“reformular” materialmente se podría decir) el sistema constitucional o incluso de enfrentarse a él y someterlo a sus requerimientos. Eso ocurre tanto con la legitimación económica cuanto con la tecnológica. En ambos casos se construye incluso un vocabulario propio que tiene una dimensión política y que expresa un visión específica del mundo a través de la cual se pretende condicionar e incluso vertebrar el orden constitucional.

2. Las nuevas legitimidades en el contexto de la globalización. La legitimidad económica

El ritmo acelerado que la globalización adquiere en el siglo XXI va a suponer una transformación esencial en el sistema de legitimidades que habían definido previamente la relación del constitucionalismo con sus referentes culturales y sociales. Previamente, a partir de 1989, se produce un cambio histórico con la desaparición de la alternativa teórica al capitalismo que suponía el bloque soviético o la adaptación a sus postulados de los otros sistemas comunistas, como es el caso de China. La evolución del capitalismo hacia fórmulas cada vez más autistas de acumulación de capital, representadas por el predominio en la economía del sector financiero, va a estar también en el sustrato de esta transformación. La acumulación de capital deja de ser un instrumento orientado a la creación de empresa y se va a convertir en un fin en sí mismo. El incremento del precio de las materias primas y especialmente del petróleo va a contribuir a esa orientación con la formación de grandes fondos de inversión con una finalidad puramente especulativa. El capital se desvincula del trabajo y gana autonomía, especialmente en el contexto de la globalización, con la libertad de circulación de capitales y la deslocalización de la producción.

La desvinculación del capital respecto del trabajo va a suponer también su desvinculación del Estado y, en última instancia, de la constitución estatal. La integración supranacional europea, la más avanzada, no está todavía en condiciones de hacer frente a esta evolución porque se encuentra en un momento crítico, a mitad de camino, con una integración monetaria que no ha ido acompañada de la transferencia de las políticas económicas a la Unión Europea. Si el Estado no sirve ya de freno al predominio de la economía sobre la política y la Constitución, la Unión Europea no está todavía en condiciones de poner límites a la creciente orientación financiera de la economía y al poder de los especuladores financieros a nivel global, que se manifiesta dentro de los propios Estados determinando sus políticas públicas y afectando a sus sistemas constitucionales. La constitución económica surgió como un instrumento de composición de equilibrios en el seno del Estado y de la Constitución estatal, pero no puede hacer frente a los poderes económicos que se sitúan fuera del Estado. Para esos poderes, la constitución económica no es más que un obstáculo, que debe ser desactivado para que no suponga una merma de la rentabilidad de sus inversiones.

Las primeras señales del cambio en las condiciones económicas y culturales de la Constitución llegarán con la última crisis económica, que va a generar una nueva legitimidad, la de la “economía”, que ya no va a someterse a las condiciones definidas en la constitución económica sino que pretende transformar esas condiciones e incluso las del conjunto de sistema constitucional.

La nueva legitimidad económica (vinculada a una pretendida legitimidad “científica” de la economía como disciplina) se enfrenta directamente con los fundamentos del orden constitucional y altera sus rasgos esenciales, desfigurándolo. No se limita a transformar la constitución económica, rompiendo el equilibrio entre capital y trabajo y estableciendo nuevas reglas de ordenación de la economía. Por el contrario, pretende interpretar la Constitución entera en clave económica, sometiendo al filtro de su propia legitimidad todos los enunciados constitucionales. Aquello que sea compatible con las políticas económicas de austeridad previamente definidas será constitucionalmente aceptable. Lo que no lo sea deberá quedar en suspenso a favor de esas políticas económicas. Y en suspenso han quedado en algunos países todos los elementos configuradores de las constituciones normativas: desde la democracia pluralista hasta los derechos fundamentales, pasando por la división de poderes, los derechos sociales, la descentralización política o la propia normatividad de la Constitución.

La “interpretación económica de la Constitución”⁵ exige ahora la imposición sobre las otras legitimidades del constitucionalismo de la propia legitimidad económica. La economía se impone sobre la democracia porque si esta no permite garantizar el crecimiento económico no se considera una auténtica democracia. Se impone también sobre el Derecho porque las reglas jurídicas que han garantizado el Estado de Derecho deben soslayarse para facilitar la recuperación económica. La economía exige dejar a un lado los derechos fundamentales y sociales si es necesario para facilitar la salida de la crisis. La economía conlleva también la transformación de la división de poderes si es requerido por las condiciones de urgencia económica. La economía obliga a relajar el control del poder en la medida en que sea conveniente para superar la crisis. Por último, siempre partiendo de esa “interpretación económica de la Constitución” que se ha impuesto en los últimos años en algunos países, la economía puede conllevar el desplazamiento de la Constitución para superar los obstáculos que la Constitución supone frente a esas políticas económicas.

3. Las nuevas legitimidades en el contexto de la globalización. La legitimidad tecnológica

La legitimidad basada en el progreso ha sido una constante en la historia de la Humanidad y un factor específicamente unido al constitucionalismo moderno, como hemos tenido ocasión de indicar. La globalización puede

⁵ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Crise économique et crise constitutionnelle en Europe”, *Constitutions*, avril-juin 2013.

haber cambiado algo los términos de esa relación en la medida en que ha potenciado la inseguridad y la incertidumbre. Sin embargo, la idea de progreso sigue existiendo como un instrumento de legitimación esencial. Una idea de progreso que está muy relacionada con los adelantos científicos y tecnológicos aunque, en el contexto de la economía capitalista, la legitimidad científica y tecnológica va unida en gran medida a la económica. La economía condiciona también la orientación y la evolución del desarrollo tecnológico. Sin embargo, existe una autonomía funcional de la tecnología sobre la economía en la medida en que, desde el punto de vista constitucional, se enfrenta con voz propia frente a los obstáculos que pueden suponer los derechos constitucionales o los límites jurídicos derivados de la Constitución.

Ciertamente, frente al optimismo revolucionario que se encontraba en el primer constitucionalismo, cuando constitución y ciencia confluían en el deseado progreso de la sociedad, siendo la primera una manifestación de la razón universal al igual que la segunda, muchos de los descubrimientos científicos del siglo XX avanzaron ya el carácter nefasto que podía tener la ciencia no sólo para el progreso sino para la mera supervivencia de la Humanidad. Pero las condiciones históricas en las que muchos de esos adelantos se fraguaron, bajo regímenes totalitarios o en plena situación de guerra dentro de sistemas democráticos, no permitían aventurar una contradicción esencial entre el constitucionalismo y el desarrollo científico y tecnológico. Naturalmente, una cierta tensión es inevitable, pero esa tensión se ha resuelto generalmente dentro de los términos del orden de valores y principios constitucionales. Los propios sistemas constitucionales se han transformado en lo necesario para hacer frente a los nuevos desafíos que planteaba el desarrollo científico, preservando así los derechos constitucionales.

Lo que está ocurriendo en el siglo XXI, en el contexto de la globalización, es que están cambiando todos los términos del juego político y constitucional, como consecuencia del desarrollo tecnológico⁶. Han surgido nuevos paradigmas, especialmente en los procesos comunicativos, que expresan una transformación de pautas culturales de gran alcance. La globalización no sólo ha acelerado el desarrollo tecnológico (hasta el punto de que se calcula que solamente los diez primeros años del Siglo XXI equivalen en avances científicos y tecnológicos a todo el siglo XX) sino que ha cambiado la relación de los seres humanos con las dimensiones de espacio y tiempo previamente conocidas. La progresiva ampliación de los espacios a nivel global ha producido una correlativa aceleración del tiempo. Estamos hablando, por tanto, de los

⁶ En palabras de D. Rousseau, “Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au xixe siècle et relooké au xxe.”. Dominique Rousseau, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

parámetros esenciales en los que se han desarrollado movimientos, actividades e instituciones sociales que ahora se encuentran ante un contexto muy diferente del que les vio nacer.

Eso es lo que ocurre con el constitucionalismo. Su relación genética con el espacio y el tiempo es muy diferente de la que se ha generado en el contexto de la globalización. Por lo que se refiere al espacio, el constitucionalismo moderno ha estado vinculado históricamente al Estado. Surge históricamente como un movimiento que intenta limitar y controlar el poder del Estado y se ha ido adaptando a los cambios sociales y políticos siempre dentro de ese nivel del Estado nacional. La proyección del constitucionalismo en el nivel supranacional está generando transformaciones importantes tanto en lo que se refiere al concepto de Constitución cuanto a los propios Estados nacionales y sus sistemas constitucionales internos⁷. Pero, más allá de esas transformaciones, que podrían dar lugar en el futuro a una revitalización del constitucionalismo en la esfera supranacional, lo cierto es que muchas de las funciones que la Constitución podía cumplir en el seno del Estado resultan hoy en gran medida ineficaces frente a los grandes agentes globales⁸. En particular, esta ineficacia resulta evidente frente a los especuladores financieros y a las plataformas de comunicación por Internet que actúan a nivel global y que no encuentran freno alguno en las políticas o las legislaciones estatales.

Por lo que se refiere específicamente al espacio público nacional, que era el ámbito en el que el constitucionalismo se había desarrollado hasta ahora, los cambios que el desarrollo tecnológico está introduciendo, especialmente a través de Internet y de las redes sociales, son igualmente muy relevantes⁹. La

⁷ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008 y Francisco Balaguer Callejón “Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización”, en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2015, Tomo IV, Volumen 1, páginas 197-211.

⁸ En palabras de D. Rousseau, “La nouvelle civilisation du numérique signe, en effet, la fin de l’État souverain national, la fin du contrôle de l’État sur l’économie et la société”, op. cit., p. 9.

⁹ Ciertamente, no es posible valorar esos cambios solamente desde una perspectiva negativa pues, como indican Julien Bonnet y Pauline Türk, “Les technologies numériques n’étant qu’un outil, c’est la façon dont elles vont être utilisées, développées et encadrées qui déterminera, dans l’avenir, leurs effets bénéfiques ou délétères, à moyen et long terme, sur la démocratie”, J. Bonnet y Pauline Türk, “Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel” *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 18. Para valorar esos efectos, habría que diferenciar también, como hace Coralie Richaud, entre la práctica colectiva y la individual en las redes sociales. Cfr. C. Richaud, “Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ?”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 29-44.

fragmentación progresiva del espacio público que se está generando o, cuando menos, potenciando con las redes sociales, dificulta la posibilidad de conseguir consensos sociales amplios destinados a ordenar de manera global el conjunto de la sociedad por medio de instrumentos constitucionales. La afectación de los derechos a través de las redes es otra de las vertientes en las que el desarrollo tecnológico tensiona el armazón constitucional nacional¹⁰. Pero la más relevante se manifiesta actualmente en la propia calidad democrática del Estado debido a la actividad de manipulación electoral que han desarrollado algunas plataformas de Internet en procesos electorales recientes. Esas plataformas están desvirtuando las condiciones del juego democrático con la utilización de propaganda subliminal personalizada a través de los perfiles psicológicos que crean mediante algoritmos¹¹.

En cuanto al tiempo, el nuevo ritmo que va marcando el desarrollo tecnológico ha generado una percepción del tiempo que resulta incompatible con algunos de los rasgos históricos del constitucionalismo. Pensemos, por ejemplo, en los procesos constituyentes, con su vocación de establecer normas fundamentales estables con capacidad de integración política y social. La inmediatez en la respuesta a los problemas políticos y sociales, que es una característica específica del espacio público que se está generando a través de las redes sociales, hace difícil pensar en los términos en que se han desarrollado tradicionalmente los procesos constituyentes o de reforma constitucional. Es cada vez más difícil programar en el tiempo en términos de estabilidad, que era una de las funciones específicas de las constituciones. El tiempo de las constituciones, tal y como las hemos conocido hasta ahora, no es coherente con las características del espacio público que se ha configurado desde hace pocos años a través de las redes sociales¹².

¹⁰ Como indica D. Rousseau, “Le discours anti-droits de l’homme est devenu le discours dominant” *Libération*, 6 décembre 2018, <https://www.liberation.fr/auteur/8617-dominique-rousseau>.

¹¹ Cfr. Scott, Mark, 2018. “Cambridge Analytica helped ‘cheat’ Brexit vote and US election”, *Politico*, 29/3/2018: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>. Cfr. igualmente, Ferguson, Niall, 2018. “Social networks are creating a global crisis of democracy”, en: <https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>.

¹² Por más que las redes sociales ofrezcan también posibilidades de participar en los procesos constituyentes y en los legislativos. Cfr. sobre la primera cuestión, Eric Sales, “La transformation de l’écriture de la Constitution, l’exemple islandais”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 45-57 y sobre la segunda, Ariane Vidal-Naquet, “La transformation de l’écriture de la loi : l’exemple de la loi sur la République numérique” *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 59-68.

4. *La marginación de la Constitución y la manipulación de la democracia*

Algunas de las tendencias que el desarrollo tecnológico ha traído no van a cambiar previsiblemente en un sentido que resulte más acorde con los requerimientos del constitucionalismo, porque expresan una transformación de pautas culturales que actualmente parece imparable. En ellas la tensión entre constitucionalismo y desarrollo tecnológico es estructural y tiene difícil solución. En otras tendencias, sin embargo, es posible y deseable una regulación que, partiendo de los principios y valores constitucionales, garantice los derechos fundamentales y la limpieza de los procesos electorales, amenazados ambos actualmente por las grandes plataformas globales de Internet. Sin embargo, es aquí donde la nueva legitimación tecnológica se enfrenta de manera radical con el constitucionalismo, por cuanto apela de manera permanente a razones técnicas para impedir cualquier regulación de las actividades de estas plataformas. En la narrativa que estas plataformas están consiguiendo imponer, la Constitución y los derechos son un obstáculo para el progreso que ellas ofrecen.

En realidad, esta narrativa no es novedosa, porque ya la hemos visto en los años de la crisis económica con las políticas económicas que podían resultar contrarias a los principios o a los derechos constitucionales. Igualmente en ese caso una nueva legitimidad se alzó frente a una Constitución cada vez más marginada en el espacio público, porque no servía como instrumento de control del poder ni permitía garantizar los derechos incorporados al documento constitucional. También en el plano económico hay elementos estructurales derivados del proceso de globalización que generan una tensión constante con el orden constitucional cuya solución no es fácil. Sin embargo, también aquí había posibilidades de plantear políticas económicas igualmente eficaces y más coherentes con el marco constitucional (que no se basaran casi exclusivamente en la reducción progresiva de los gastos sociales, como las que se han impuesto durante la crisis en algunos países europeos) que no fueron posibles por la imposición de una narrativa basada en la legitimidad económica, que terminó desplazando a la Constitución fuera del espacio público de debate y decisión.

Lo mismo se puede decir en relación con la democracia pluralista. La narrativa economicista que se impuso durante la crisis desvirtuó totalmente la democracia pluralista, al obligar a la ejecución de determinadas políticas públicas, fuera cual fuera el resultado de los procesos electorales. Hasta tal punto que, cuando los gobernantes nacionales no acataron esas políticas, fueron sustituidos por otros a través de una presión económica que obligó a los parlamentos nacionales a cambiar gobiernos en algunos Estados. Se puede hablar, desde esa perspectiva, de una externalización del poder político estatal durante el período de la crisis, que permitió a

los especuladores financieros globales, en última instancia, determinar las políticas estatales¹³.

Cuando la crisis económica ha comenzado a superarse, hemos podido ver, a partir del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016 (a las que han seguido otros procesos electorales igualmente manipulados) algo todavía más grave: la internalización del poder político de las grandes plataformas de Internet que han intervenido y siguen interviniendo en el espacio público, manipulando las elecciones con técnicas absolutamente incompatibles con las reglas democráticas para favorecer a determinados candidatos. A estas plataformas se unen agentes muy poderosos, internos y externos, que intervienen en las redes sociales fomentando la radicalización y la fragmentación progresiva del espacio público y la orientación de las tendencias políticas y del voto hacia los extremos del espectro político.

En realidad, ambos fenómenos, la externalización del poder estatal y la internalización del poder de los grandes agentes globales se retroalimentan. Por un lado, la crisis económica ha favorecido la generación de un sustrato social cada vez más radicalizado frente a la globalización y más frustrado ante la incapacidad del Estado y, por tanto, del sistema representativo y democrático interno, para resolver los problemas sociales. Por otro lado, las grandes plataformas de internet han promovido esa radicalización¹⁴ utilizando todos los medios a su alcance no por una orientación ideológica propia de esas plataformas, sino para incrementar sus ganancias con el actual modelo de negocio en el que desenvuelven su actividad. Para ese modelo de negocio es vital llamar la atención del público y fomentar la polémica y la inestabilidad, lo que genera un aumento de sus ingresos publicitarios¹⁵.

5. Revitalizar la Constitución y la democracia frente a la globalización

Como hemos podido ver, por primera vez en la historia del constitucionalismo moderno, dos fuentes de legitimación que habían confluído en el orden

¹³ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI” en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018. Anticipazioni Convegno: *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf.

¹⁴ Como dice Idris Fassassi “Les réseaux ne font qu’accentuer les tendances lourdes de l’environnement dans lequel ils opèrent”, I. Fassassi, “Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 86.

¹⁵ Cfr. Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017. “Is Social Media a Threat to Democracy?”, 1 de Octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>.

constitucional – más allá de las inevitables tensiones que se han dado a lo largo de los años y que han modulado también al propio constitucionalismo- se han disociado totalmente para configurarse como patrones de legitimación alternativa y en gran medida contradictoria con los sistemas constitucionales. Por un lado, la legitimación económica, que no se sitúa ya en el marco de la constitución económica sino que pretende someter el orden constitucional en su conjunto a condiciones y políticas que se presentan como inexorables. Por otro lado, la legitimación científica y tecnológica unida a la idea de progreso, que también pretende situarse fuera del marco constitucional interno invocando razones técnicas para eludir el control de sus actividades.

La Constitución ha dejado de ocupar el centro del espacio público y se ve progresivamente desplazada y marginada frente a las nuevas fuentes de legitimación económica y tecnológica. Una marginación que es al mismo tiempo formal y material. Formal en cuanto a los procesos comunicativos, especialmente a través de las redes sociales, que resultan cada vez más incoherentes cuando no incompatibles con las condiciones del constitucionalismo, dificultando la realización de las funciones históricas de la Constitución. Material en lo que respecta a los contenidos de los debates en el espacio público cada vez más alejados de los principios y valores constitucionales.

Por lo que se refiere a la democracia, a la desnaturalización de la democracia pluralista que se generó con la imposición de una narrativa monolítica durante la crisis económica se añade ahora, a través de las redes sociales, una progresiva fragmentación y radicalización del espacio público que obstaculiza la funcionalidad de la democracia pluralista. Esa fragmentación y radicalización dificulta la obtención de consensos que permitan articular el pluralismo político y resolver de manera pacífica los conflictos sociales. Por otro lado, la manipulación electoral a través de las redes sociales supone una alteración de las reglas de juego que exige una respuesta urgente y proporcionada a la magnitud de este desafío.

La revitalización de la Constitución no va a ser tarea fácil porque estamos ante un cambio de paradigma que ha generado nuevas pautas culturales condicionadas tanto por la economía cuanto por la tecnología, los dos grandes instrumentos de legitimación de nuestro tiempo. Una intervención eficaz para controlar a los grandes agentes globales que actúan en ambos niveles requiere medidas tanto a nivel europeo como estatal. Una mayor integración europea facilitaría una mejor respuesta y una mayor capacidad de control de esos agentes. Tanto en relación con la vertiente económica y la regulación de los mercados cuanto por lo que atañe a la comunicativa, con la intervención sobre el modelo de negocio de las plataformas de internet, que está generando tanta inestabilidad a nivel mundial. Pero también se deben adoptar medidas a nivel estatal, en la regulación de los procesos electorales por ejemplo, para evitar intervenciones ilegítimas o sancionarlas si se producen.

No es previsible que la legitimación económica y tecnológica que hoy se sitúan básicamente fuera del Estado vuelvan a confluír con la Constitución estatal. El constitucionalismo va a tener que defender su contribución a los avances civilizatorios tanto a nivel estatal como supranacional y global mediante el recurso a otras fuentes de legitimación que están en el núcleo de sus aportaciones históricas: los derechos fundamentales, el control del poder y la canalización de los conflictos a través del Derecho. Para ello será fundamental la construcción de una narrativa alternativa a la economicista y a la tecnológica, que se plantean en ambos casos como formulaciones científicas ineludibles, defendiendo el pluralismo y los valores que han hecho del constitucionalismo un factor esencial del progreso civilizatorio de la Humanidad.

A PROPOSITO DI SOVRANITÀ E PRINCIPI SUPREMI:
NOTE BREVI SULLA LAICITÀ DELLO STATO

Adriana Ciancio

Professore Ordinario di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza di Catania

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Laicità vs laicismo. – 3. Il principio di laicità nella ricostruzione della Corte costituzionale (cenni). – 4. Il principio di laicità nella giurisprudenza comune. – 5. La laicità nell'ordinamento italiano quale fondamentale strumento di integrazione.

1. *Premessa*

La riflessione sulla sovranità e sui modi del suo esercizio, anzitutto, nelle forme della democrazia rappresentativa, involge – come noto - la considerazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, intesi, nella prima e più intuitiva accezione, quali limiti all'esercizio del potere. Infatti, l'individuazione, per quanto incerta, dei principi supremi e la loro pratica applicazione “svelano una loro funzione strumentale a garantire che la sovranità, in ogni sua epifania – compresa la legislazione costituzionale – venga sempre esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione» (FARAGUNA 2015, 193).

L'enucleazione di tali principi, peraltro, rimane spesso incerta e non del tutto lineare, nella misura in cui emerge dall'evoluzione di una giurisprudenza costituzionale sul tema che appare talora assai frammentata e spalmata su un arco di tempo assai lungo (oltre 60 anni di attività, dal 1956 ad oggi), e che, per ovvi motivi, non sarebbe possibile ripercorrere compiutamente in questa sede.

Qui preme, piuttosto, richiamare la circostanza che tra i principi individuati dal Giudice delle leggi si colloca quello di laicità dello Stato, cui, da un canto, la Corte costituzionale è giunta relativamente tardi (solo nel 1989, ad oltre 40 anni dall'entrata in vigore della Costituzione), ma che, d'altro canto, una volta individuato, è stato, poi, mantenuto fermo, senza tentennamenti, quale principio, appunto, supremo, per quanto “non scritto” del nostro ordinamento (ODDI 2004, 241 ss.), nonostante una certa ambiguità desumibile in proposito dal Testo fondamentale (ELIA 2005, 1063 ss.).

Invero, è rimasta minoritaria l'impostazione più rigorosa, che, dalla mancata menzione espressa in Costituzione, giungeva persino a negare il carattere laico della Repubblica italiana (FINOCCHIARO 1997, 11 ss.; OLIVETTI 2000, 3977).

E, tuttavia, al momento dell'applicazione concreta residua un esteso margine di incertezza interpretativa sull'esatta portata di quello che, pertanto, è da annoverare tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sin dalla sentenza della Consulta n. 203 del 1989, laddove è sotto gli occhi di tutti come la società italiana, sempre più multietnica e multiculturale, principalmente a seguito dell'intensissimo fenomeno immigratorio da cui è interessata ormai da parecchi anni, manifesti la professione di una gamma assai variegata di culti religiosi, che vengono a confronto e, per certi versi, si giustappongono a quello, più tradizionale, di stampo cristiano, in particolare cattolico. Ciò ha condotto in più occasioni all'adozione di scelte e decisioni, che in diversi modi investono la sfera pubblica, variamente ispirate al richiamato assunto di laicità del nostro ordinamento, le quali si sono risolte nella pretesa soppressione e/o rimozione di ogni, sia pur vago, riferimento al fenomeno religioso da vari eventi, occasioni, sedi e situazioni non meramente privati (CIANCIO 2018).

2. *Laicità vs laicismo*

Le richiamate oscillazioni interpretative sono dovute, anzitutto, alla portata polisemantica dello stesso termine "laicità", che nella sua prima e più intuitiva accezione è volto solo ad identificare un atteggiamento di equidistanza dell'ordinamento rispetto al fenomeno religioso ed alle sue possibili, molteplici manifestazioni.

In tal senso esso esprimerebbe soltanto una contrapposizione rispetto alla diversa impostazione di rapporti tra Stato e chiese, che connota ogni forma di Stato confessionale, in ossequio all'esigenza di garantire nella misura più estesa la libertà di religione e, ancora più a monte, quella di coscienza (RICCA 2006, 429). Per quanto nel mondo contemporaneo vi siano esempi di ordinamenti, in cui, a fronte di una stretta compenetrazione tra istituzioni pubbliche ed istituzioni religiose (come nel Regno Unito, dove il Sovrano è ad un tempo Capo dello Stato e Capo della Chiesa anglicana), è comunque radicata la tolleranza in materia religiosa e trova ampio riconoscimento la connessa libertà.

Invero, tra molti, anche Augusto Barbera, in un denso saggio di una decina di anni fa, richiamava le diverse accezioni con cui la laicità dello Stato può essere intesa (e accolta) nei diversi ordinamenti costituzionali (BARBERA 2007). In quella ricostruzione emergeva netta la distanza tra una laicità attiva, militante, forse potrebbe dirsi anche "cattiva" e, pertanto, ancora traducibile con il nome di "laicismo" ovvero di "laicità protetta" – come preferisce definirla l'Autore – ed altri modelli di ordinamenti non confessionali, che il Maestro accomuna come forme differenti di laicità (comunque) "aperta".

La prima, notoriamente, è quella che connota anche oggi – ai sensi, da ultimo, dell'art. 1 della Costituzione cd. “gollista” del 1958 – la Repubblica francese, in quanto ordinamento erede della tradizione razionalista, illuminista e giacobina, che, nello sforzo di costruzione dell'identità nazionale del *citoyen* (e della connessa enucleazione di una concezione universale della cittadinanza), necessitava, in un certo senso, di “ripulire” l'individuo da ogni forma di “contaminazione” dovuta a convinzioni morali, ideologiche, culturali di qualunque genere, così da favorire tradizionalmente un'interpretazione del principio in questione nei termini di una aperta ostilità a qualsiasi forma di “presenza” delle confessioni religiose nello spazio pubblico (PASTORE 2012, 93 SS.).

A parte l'ormai più che secolare legge sulla separazione tra Stato e Chiese, ne è sintomo ai giorni nostri la famosa “legge sulla laicità” del 2004 e il divieto da essa introdotto di ostentare simboli religiosi nei luoghi pubblici.

Una versione del principio talmente oltranzista da aver indotto l'*Haute Autorité de lutte contre les Discriminations et pour l'égalité*, creata in quell'ordinamento per vigilare contro ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro, all'educazione, all'abitazione o a un servizio pubblico, ad intervenire con provvedimenti volti a tutelare (anche) la libertà di religione, sull'assunto che essa è un diritto fondamentale, che può essere limitato solo in casi strettamente necessari, e determinare tale Autorità indipendente persino a dichiarare l'illegittimità di tutta una serie di restrizioni imposte all'esercizio della libertà in questione nell'accesso ai servizi pubblici, in quanto ritenute eccessive e/o irragionevoli rispetto all'esigenza di garantire altri valori o interessi costituzionalmente rilevanti, quale, in primo luogo, la sicurezza (CAVROIS 2011, 89 SS.).

Per quanto, in anni più recenti, nel clima di generale diffidenza provocato dalla diffusione del terrorismo internazionale di (dichiarata) matrice islamica, la medesima istanza di tutela dell'interesse collettivo alla sicurezza pubblica abbia costituito il presupposto per l'adozione di provvedimenti amministrativi limitativi del diritto di utilizzare (e ostentare) segni distintivi di convinzioni religiose, come nel caso del divieto imposto dal sindaco di Cannes di indossare il cd. *Burkini* in spiaggia, poi ritenuto legittimo dal giudice di Nizza sulla base della più recente legislazione di emergenza approvata in quel Paese (DE MINICO, 2016, 259 ss.).

Un'opzione ideologica del tutto opposta è, invece, quella che considera il fenomeno religioso non ostativo, bensì, al contrario, integrativo dell'identità nazionale, quale si evince dalle Costituzioni irlandese e greca, accomunate da un esplicito richiamo alla Trinità, che si riversa nella considerazione speciale riservata, rispettivamente, alla Chiesa cattolica e a quella ortodossa (definita “religione prevalente” dall'art. 3 della Carta ellenica, cfr. PAPASTATHIS 1996, 77 SS.), da cui conseguono divieti. Tra essi, nell'ordinamento irlandese, è no-

torio quello tradizionale dell'aborto (anche terapeutico), per quanto, ormai, in via di superamento in conseguenza di un referendum per l'abolizione dell'VIII emendamento della Costituzione, che sancisce "il diritto alla vita del nascituro", equiparandolo al diritto alla vita della madre; mentre, nel caso della Grecia, può ricordarsi la proibizione dell'attività di proselitismo, considerata reato, peraltro, non solo quando riguarda confessioni diverse da quella ortodossa, ma in generale in relazione a qualsiasi credo religioso, sul presupposto che la propaganda attiva di fede sia idonea a limitare illecitamente la libertà di coscienza degli individui (MARINOS 1999, 51 ss.).

Ebbene – a parte gli esempi, testé citati, di ordinamenti, che, pur riconoscendo la libertà religiosa, è possibile definire, quantomeno, "paraconfessionali" – in questa sede è appena il caso di rammentare che, a fronte della richiamata "*Laïcité de combat*" inveratasi nell'ordinamento d'Oltralpe (e, su sua influenza, anche in quello belga), il costituzionalismo liberaldemocratico moderno ha ispirato anche altri modelli di laicità, che pur nella loro estrema varietà, sono comunque accomunati dall'intento di assicurare uguale libertà a tutte le religioni dinanzi allo Stato. Una laicità, che, con diverse declinazioni, non implica preclusione dello spazio pubblico alla manifestazione della libertà di religione, ma al contrario – direbbe ancora Barbera – lo "apre" ai valori religiosi in nome della libertà e del pluralismo, senza che ciò implichi la sovrapposizione (e/o la "confusione") tra Stato e religione. La circostanza, piuttosto, impedisce di privilegiare l'una o l'altra religione e la corrispondente confessione, ma non osta all'attribuzione di rilievo pubblico ai sentimenti religiosi.

In altri termini, e per semplificare, la laicità in quest'ultima accezione andrebbe intesa quale neutralità dell'ordinamento rispetto alle convinzioni religiose degli individui e a qualsiasi apparato ecclesiastico (RANDAZZO 1998, 1864); ciò che è, apertamente, altra cosa rispetto all'ostilità verso ogni forma di manifestazione pubblica del credo di ciascuno.

3. *Il principio di laicità nella ricostruzione della Corte costituzionale (cenni)*

Gli esempi di tale diversa accezione, in versione pluralistica e liberale, del principio di laicità dello Stato sono molteplici e si connotano di diverse sfumature, rinvenendo matrice comune nell'imparzialità dello Stato verso le diverse confessioni religiose, ciò che, tuttavia, non si identifica, né può risolversi, nel confinare la religione nell'ambito esclusivo della soggettività privata (CARIOLA 2012, 129 ss.). Guardando più nello specifico all'esperienza italiana, allora, l'invocata esigenza di garanzia della laicità non potrebbe entrare in contraddizione con la fondamentale ispirazione pluralistica, che permea e connota l'intero assetto costituzionale, (BALDASSARRE-MEZZANOTTE 1986,

66SS.), pena l'assoluta irrazionalità dell'ordinamento, oltretutto proprio in uno dei suoi principi di struttura.

In questo senso conviene richiamare la giurisprudenza costituzionale, allorché, nella citata sentenza del 1989, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica, la Consulta ha affermato con chiarezza che il principio di laicità (che essa ricava dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione) implica "garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale", nonché il riconoscimento del "valore formativo della cultura religiosa" riferito, peraltro, non ad una specifica religione, ma "al pluralismo religioso della società civile". Per quanto nella medesima decisione il Giudice delle leggi esprimesse il riconoscimento del cattolicesimo come parte del "patrimonio storico del popolo italiano", arrivando, pertanto, a concludere che entrambi i principi (valore della cultura religiosa e cattolicesimo come connotante il patrimonio storico del popolo italiano) "concorrono a descrivere l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti (...), ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini".

Laicità, dunque, se ancora vi fosse bisogno di sottolinearlo, come declinazione del pluralismo in materia religiosa, che è, però, cosa diversa dal – sia consentita l'espressione – "negazionismo" religioso, ossia dal rifiuto per qualsiasi forma di manifestazione di fede individuale o di credo collettivo che non si esaurisca nella dimensione privata. Al contrario la Corte appare aderire ad una "concezione aperta della laicità, che non muove dallo storico pregiudizio verso le religioni e le chiese (...) ma le integra pienamente nel tessuto sociale e giuridico come fattori di promozione della persona e dello sviluppo sociale" (CAVANA 2004, 12).

4. Il principio di laicità nella giurisprudenza comune

Una posizione, peraltro, quella del Giudice delle leggi, nel cui solco si è collocata anche la giurisprudenza amministrativa, in particolare nel caso, che ha maggiormente sollecitato la pubblica opinione italiana e che riguarda, come noto, la questione dell'affissione del Crocifisso nelle aule scolastiche e, più in generale, nei luoghi pubblici. Invero, per richiamare sinteticamente vicende note, è appena il caso di ricordare come – a seguito del ricorso presentato dalla madre non credente di origine scandinava, che insisteva per la rimozione di tale simbolo cattolico dalla scuola frequentata dai figli minori – dopo un'iniziale declaratoria di inammissibilità della Consulta (ord. n. 389/2004), dovuta alla natura regolamentare della normativa in materia, intervenisse in prima battuta il TAR del Veneto, concludendo nel merito che i

simboli cattolici hanno qualità integrative del patrimonio culturale nazionale e che la laicità, nella sua corretta accezione, non è in sé e per sé contraddetta, ma anzi confermata dalla loro esposizione nelle aule (sent. n. 1110/2005). Affermazione poi ribadita in sede di gravame dal Consiglio di Stato (sent. n. 556/2006), con alcune importanti precisazioni, in particolare – per quanto rileva in questa sede – allorché, nel riprendere la giurisprudenza costituzionale in materia, il giudice amministrativo rilevava che dalle norme costituzionali italiane richiamate dalla Corte per delineare la laicità propria dello Stato si evincerebbe “un atteggiamento di favore nei confronti del fenomeno religioso e delle confessioni che lo propugnano, avendo la Costituzione posto rilevanti limiti alla libera esplicazione della attività legislativa (...) in materia di rapporti con le confessioni religiose; attività che potrà praticarsi ordinariamente soltanto in forma concordata sia con la religione di maggioranza sia con le altre confessioni religiose”. Pertanto, ne deriverebbe che “la laicità, benché presupponga e richieda ovunque la distinzione fra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti nel tempo e uniformi nei diversi Paesi, ma, pur all’interno di una medesima «civiltà» è *relativa* alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato e, quindi, essenzialmente *storica*, legata com’è al divenire di quella organizzazione”.

Da qui il richiamo al valore simbolico del Crocifisso e al diverso significato che esso assume in relazione al luogo in cui è esposto, potendo esprimere – a parere del giudice amministrativo – anche al di fuori dei luoghi specificamente dedicati al culto un senso non discriminatorio con riferimento ai non credenti e ai credenti non cristiani, nella misura in cui esso concorre a rappresentare e richiamare in una forma sintetica, immediatamente percepibile, l’insieme dei valori costituzionalmente rilevanti, che permeano ed informano la società italiana, integrando, nel caso delle aule scolastiche, uno strumento educativo dei giovani alla conoscenza ed al rispetto di tali valori. In tal senso “il crocifisso potrà svolgere, anche in un orizzonte «laico», diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata dagli alunni”. Pertanto in sede giurisdizionale non potrebbe trovare accoglimento la richiesta che lo Stato e i suoi organi educativi si astengano dal ricorrere agli strumenti pedagogici ritenuti più efficaci per esprimere i valori su cui l’ordinamento si fonda e che lo connotano, quali quelli racchiusi ed espressi dalla Carta costituzionale, quando il ricorso a tali strumenti non solo non leda alcuno dei principi custoditi dalla medesima Costituzione o altre norme dell’ordinamento giuridico, ma miri ad affermarli in un modo che sottolinea il loro significato.

A margine, poi, può brevemente ricordarsi che la vicenda era altresì approdata alla Corte Edu, che, dopo un’iniziale condanna del Governo italiano (sent. del 3 novembre 2009), ha mutato giurisprudenza, quando, con deci-

sione della *Grand Chambre*, ha in fine chiuso la questione, considerando la materia rimessa al margine di apprezzamento spettante agli Stati (sent del 18 marzo 2011).

Ciò equivale a riconoscere che la portata del principio di laicità, con tutte le conseguenze che ne derivano (anche) in termini di non discriminazione, non è determinabile in astratto secondo una nozione generale (MORRONE – RONCHI 2018, 135), valida per tutti gli ordinamenti, ma va ricostruita alla luce dei connotati essenziali di ciascuno di essi e al contesto storico-istituzionale in cui si iscrive (TEGA 2018, 52).

5. La laicità nell'ordinamento italiano quale fondamentale strumento di integrazione

Con il sostegno delle richiamate citazioni giurisprudenziali, ve ne è abbastanza per arrivare a talune, sia pur sintetiche, conclusioni. Invero, se come pure affermato dalla giurisprudenza, costituzionale prima e amministrativa dopo, la laicità dello Stato italiano è da intendere come estrinsecazione del pluralismo religioso, la via maestra per assicurare la più ampia garanzia di tale principio non sembra risiedere nella soppressione di tutte le manifestazioni della coscienza religiosa dalla sfera pubblica, quanto piuttosto nella loro paritaria tutela, al di là delle differenze di credo. Il che, per tornare al caso del Crocifisso (o anche a quello del velo islamico o di altri simboli religiosi, quando il loro uso non compromette l'esigenza di sicurezza e/o non impone la ricerca di opportuni bilanciamenti) si risolverebbe non nell'eliminazione di tutti i segni religiosi, ma semmai nella possibile esposizione di tutti quelli per i quali si faccia richiesta.

Del resto, se fosse stata questa l'interpretazione seguita nella prima occasione in cui si è posto il problema dell'affissione del Crocifisso nelle scuole, forse nemmeno si sarebbe aperto il primo caso giudiziario che ha riguardato il tema, anteriore a quello poc'anzi richiamato, dovuto all'azione di un padre di fede islamica, che aveva fatto ricorso al giudice ordinario per tutelare la propria libertà religiosa e il diritto di educare i figli secondo la propria fede, invocando la rimozione del simbolo cristiano. Ciò a cui, forse, non è stata prestata anche dai *media* la dovuta attenzione è che l'iniziativa giudiziaria era stata intrapresa solo a seguito della decisione delle autorità scolastiche di non consentire l'affissione di un quadretto contenente alcuni versetti del Corano sulle pareti della scuola frequentata dai giovani.

La vicenda, poi conclusasi con una declaratoria di difetto di giurisdizione del Tribunale dell'Aquila (ord. 19 novembre 2003), invero, è anch'essa sintomatica di una discutibile interpretazione del principio oggi in esame, che allora andrebbe riconsiderato alla luce dell'ovvia constatazione che il compi-

to dello Stato democratico-pluralistico non è di soppressione di tutte le opinioni che possono animare il dibattito pubblico, quanto di creare e mantenere le condizioni per un sereno confronto fra di esse (CIANCIO 2012, 1 ss.) L'ordinamento giuridico pluralista, invero, può soltanto prefissarsi di allentare le tensioni fra le diverse concezioni, senza però reprimerle in linea di principio, semmai proponendosi di incentivarne le espressioni che si traducono in forme esteriori reciprocamente compatibili, "al fine di realizzarne un'ipotesi di convivenza in un medesimo assetto socio-politico ed istituzionale" (PRISCO 2007, 3337).

Né si può dire che tale ricostruzione sacrifichi il diritto dei non credenti, poiché una cosa è l'intangibilità della libertà di religione – da riconoscere nella misura più ampia con riferimento al modo con cui ciascuno si pone rispetto al trascendente, e, pertanto ed ovviamente, anche nella forma negativa di non credere – altro è il principio di laicità, che da essa pure si desume, in combinato, però, con le altre affermazioni di garanzia che il Testo costituzionale esprime e in coerenza, come già detto, con l'impianto pluralista complessivo della nostra Costituzione. E, d'altra parte, la stessa libertà religiosa, qualificata all'art. 19 come diritto di ciascuno di professare la propria fede, bene dovrà tutelare il diritto degli atei di "non professarne" alcuna, senza con ciò potersi ritenere tale ultima garanzia estesa al punto di impedire ad altri di manifestare il proprio credo, al limite attraverso l'ostensione dei simboli della fede, sia pur nei limiti (noti) del rispetto dovuto al buon costume in occasione della celebrazione dei riti (PERRONE 2015, 285 ss.).

Pertanto – per non rischiare di lasciarsi trascinare lontano – sembra di poter concludere che, se è vero che l'integrazione sociale presuppone l'ossequio ai principi fondamentali dell'ordinamento dato, tanto come effetto dell'adesione spontanea ad essi, per coloro che vi si riconoscono, quanto, per tutti gli altri, come conseguenza della loro portata normativa (BALDINI 2017), forse, occorrerebbe prestare alla lettura qui suggerita maggiore attenzione nel momento in cui anche quello di laicità rappresenta, in quanto principio supremo dell'ordinamento costituzionale, un canale primario di integrazione nell'odierna società multi-etnica e multiculturale, senza che, nei diversi contesti della vita sociale in cui esso può venire in considerazione, ciascuno debba rinunciare alla manifestazione più intima della propria personalità, qual è quella che involge l'espressione della propria coscienza in materia religiosa.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- BALDASSARRE A. – MEZZANOTTE C. (1986), *Introduzione alla Costituzione*, Roma/Bari-Laterza.
- BALDINI V. (2017), *Tutela dei diritti fondamentali e limiti all'integrazione sociale nello Stato multiculturale*, in *dirittifondamentali.it*.
- BARBERA A. (2007), *Il cammino della laicità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- CARIOLA A. (2012), *Linguaggi religiosi e laicità: a partire dai nuovi strumenti di comunicazione*, in *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, a cura di M. Villone – A. Ciancio – G. De Minico – G. Demuro – F. Donati, Aracne-Roma.
- CAVANA P. (2004), *La questione del crocifisso in Italia*, in *www.olir.it*
- CAVROIS M. L. (2011), *Le traitement des discriminations religieuses en France par la HALDE*, in *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, a cura di E.L. Abdelgawad T. Rambaud, Paris.
- CIANCIO A. (2012), *Principio pluralista e ordinamento democratico: le nuove "sfide". Premesse per una ricerca*, in *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli-Torino.
- CIANCIO A. (2018), *Integrazione sociale e laicità (traendo spunto da due casi recenti)*, in *dirittifondamentali.it*, n.2.
- DE MINICO G. (2016), *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli-Jovene.
- ELIA L. (2005), *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli-Jovene.
- FARAGUNA P. (2015), *Ai limiti della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*. Franco Angeli-
- FINOCCHIARO F. (1997), *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Dir. Eccl.*
- MARINOS A.N. (1999), *Il concetto di proselitismo religioso secondo la Costituzione greca*, in *Coscienza e libertà*, n.3.
- MORRONE A. – P. RONCHI (2018), *Libertà religiosa e simboli: è legittima l'esposizione del crocifisso negli spazi pubblici?*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova-Cedam, VII ed.
- ODDI A. (2004), *Il principio di "laicità" nella giurisprudenza costituzionale*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino-Giappichelli.
- OLIVETTI M. (2000), *Incostituzionalità del vilipendio della religione dello Stato, uguaglianza senza distinzioni di religioni e laicità dello Stato*, in *Giur. Cost.*

PAPASTATHIS C.K. (1996), *Stato e Chiesa in Grecia*, in *Stato e Chiese nell'Unione europea*, a cura di G. Robbers, Milano- Giuffrè.

PASTORE F. (2012), *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel "multi-level constitutionalism"*, Padova-Cedam.

PERRONE R. (2015), *"Buon costume" e valori costituzionali condivisi*, Napoli-Editoriale Scientifica.

PRISCO S. (2007), *Laicità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano-Giuffrè, vol. IV.

RANDAZZO B. (1998), *La Corte "apre" al giudizio di uguaglianza tra confessioni religiose?*, in *Giur. Cost.*

RICCA M. (2006), *Art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco- A. Celotto – M. Olivetti, Torino-UTET, vol. I.

TEGA D. (2018), *Il principio di laicità: l'ora di religione nelle scuole pubbliche*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova-Cedam, VII ed.

DE LA SOBERANÍA, LA AUTONOMÍA Y LA DESCENTRALIZACIÓN

Antonio Pérez Miras
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. A modo de introducción: la pluralidad territorial como premisa. – 2. De la soberanía y su función en un Estado compuesto. – 3. De la autonomía y, en concreto, de la autonomía territorial como facultad de ejercicio de la soberanía. – 4. La autonomía conlleva descentralización pero la descentralización no concede autonomía. – 5. Reflexiones finales a modo de conclusión.

1. A modo de introducción: la pluralidad territorial como premisa

Soberanía, autonomía y descentralización son tres conceptos que se interrelacionan cuando nos movemos en los ámbitos de Estados compuestos o descentralizados, hasta el punto de imbricarse en cuanto ejercicio del poder. Efectivamente, la forma en que se ejerce el poder en ese tipo de Estados es uno de los elementos nucleares del Derecho constitucional porque determina tanto su naturaleza como su caracterización; así, la delimitación conceptual de tales categorías y el alcance de su significado, nos permiten comprender la articulación territorial del entramado constitucional del poder y, por tanto, la comprensión misma del ordenamiento constitucional del Estado.

El propósito de este trabajo, que trae causa de mi tesis doctoral¹ y de unas pequeñas intervenciones al hilo del III congreso internacional del Seminario Ítaloespañol “Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización”, celebrado en la Universidad de Catania en 2016, no es sino el de deslindar los conceptos de soberanía, autonomía y descentralización en estos momentos en los que la cuestión territorial no sólo no se desinfla sino que, tras los acontecimientos acaecidos en el último lustro en Cataluña, sigue siendo uno de los problemas actuales a los que se enfrenta la política española². Ello requiere de una sosegada visión académica que ayude, desde el punto de vista constitucional, a evitar una deformación terminológica y permita, a su vez, extraer unas reflexiones sobre el alcance y repercusión de esos tres conceptos. No se pretende, pues, un estudio en profun-

¹ A. Pérez Miras (2012), *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. Tesis doctoral dirigida por el Prof. L. Mezzetti, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

² Para una profundización en este tema, me permito recomendar la lectura de G. M. Tueruel Lozano (2020), *Crisis Constitucional e insurrección en Cataluña: relato en defensa de la Constitución*, Madrid, Dykinson.

didad de cada uno de ellos, lo cual desbordaría el necesario limitado espacio de este capítulo llamado a insertarse en una obra colectiva, sino que se busca simplemente comprender sus distintos significados y la interrelación entre ellos. De aquí concluiremos en la naturaleza del Estado autonómico español en cuanto Estado compuesto. Para ello nos serviremos tanto de la doctrina española como italiana, dado que el Estado regional italiano presenta elementos que pueden servirnos de parangón en la justificación de estas páginas.

Tanto España como Italia son Estados compuestos cuya descentralización ha partido de un Estado unitario y centralizado, que en ambos casos se cohonestaba mal con sus realidades plurales. La riqueza y diversidad territorial de ambas penínsulas (e ínsulas) se manifiestan en diferencias geográficas, culturales, históricas y económicas que, en algunos lugares reflejan un relevante componente identitario que no puede soslayarse. Esto nos conduce a entender este pluralismo territorial como una premisa de la que partir, más que como un problema que solucionar. La aceptación de este carácter plural es la *conditio sine qua non* para comprender el sentido de la regulación constitucional y la admisión de la opción del Constituyente³.

El pluralismo territorial incorpora, de acuerdo con F. Balaguer Callejón, una nueva separación de poderes por la que se aumentan las posibilidades de control sobre las mayorías en cada nivel de gobierno. La tensión dialéctica que se produce en la democracia constitucional como consecuencia de diferentes niveles territoriales de gobierno favorece la conformación de diferentes mayorías con implicaciones tanto en el ámbito político como en el jurídico, lo que lleva a un aumento de la calidad democrática en todos los niveles⁴.

Es desde esta óptica que vamos a encuadrar la delimitación conceptual que vamos a realizar en las páginas siguientes. Ciertamente es que estos tres conceptos -soberanía, autonomía, descentralización- responden a situaciones jurídicas y políticas diferentes pero no podemos obviar, sin embargo, que se encuentran interrelacionados. Esto conlleva algunas veces la confusión de sus significados, bien unas por intencionalidades políticas expansivas que llevan a la fusión subjetiva de realidades objetivas dispares, bien otras por la reduc-

³ De acuerdo con J.J. Solozábal Echavarría (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, p. 211, «España se organiza territorialmente como un Estado autonómico, esto es, una organización cuasi federal que dota de importantes poderes a sus integrantes, de manera que nuestro Estado constitucional es un sistema político compuesto con dos niveles de autoridades, cada una con sus correspondientes competencias, y un sistema normativo jurídico complejo. Este entramado organizativo es la correspondencia del pluralismo territorial, a saber, dos realidades políticas que son la nación española y las nacionalidades y regiones que la integran.»

⁴ F. Balaguer Callejón (2019), *Federalism and Democratic Quality: The Contribution of Territorial Pluralism to Constitutional Democracy*, en A. López Basaguren; L. Escajedo San Epifanio (eds.), *Claims for Secession and Federalism*, Cham, Springer, p. 430.

ción lingüística de significantes diversos a una simple posición comparativa de una especie de categoría general explicativa. De ahí que podamos afirmar que ni la autonomía es la soberanía de los entes territoriales subestatales ni la descentralización conlleva el ejercicio de una verdadera y plena autonomía.

2. De la soberanía y su función en un Estado compuesto

La soberanía es una cuestión vieja⁵ cuyo concepto, científicamente multívoco, ha sido permeable a los cambios históricos de las formas del Poder⁶. Se atribuye su paternidad conceptual a Jean Bodin⁷, o Juan Bodino en su denominación castellanizada, quien, tras afirmar que una República es un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas, con poder soberano⁸, definió la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una República⁹. Se trataría, así, «de un poder no sometido a limitaciones de índole temporal [...] ni a condiciones - en el sentido jurídico de la palabra- ni a ningún tipo de autoridad, ni, por supuesto a las leyes civiles, tanto si son dictadas por el monarca como por sus antecesores»¹⁰. Ese poder absoluto y perpetuo consiste, de manera principal, en dar y derogar leyes. En un sentido similar, para Hobbes, soberano en la república es el único legislador y, por tanto, el único creador del Derecho; así, la soberanía es el «alma artificial» que mueve ese «cuerpo artificial» que es el Leviatán¹¹.

⁵ J.J. Solozábal Echavarría (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, p. 25.

⁶ Vid. el monográfico sobre soberanía y Constitución de la Revista *Fundamentos* 1/1998, *spec.* la primera parte. De manera más sintética, recomendando el recorrido histórico que de la cuestión hace el Prof. Solozábal en *ibidem*, pp. 28-35, así como A. Iglesias Ferreirós (1996), *Soberanía y autonomía: una consideración histórica*, en A. Iglesias Ferreirós (ed.), *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Madrid, Marcial Pons, Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, pp. 11-42. Este último autor, sin embargo, tras analizar el recorrido histórico de los conceptos de soberanía y autonomía, concluye su trabajo identificándolos; puesto que “la soberanía es aquel poder de darse leyes sin consentimiento de nadie y [...] la autonomía se identifica con la capacidad de darse leyes sin el consentimiento de nadie”. No será esta la tesis sostenida en las páginas siguientes.

⁷ J.L. Bermejo Cabrero en el *Estudio Preliminar* de la edición que realiza para el Centro de Estudios Constitucionales en 1992 de *Los seis libros de la República* considera a Bodino como «un genial precursor» del término, pero no inventor del mismo (p. 61), ofreciendo en la nota 73 evidencias de que el término soberanía ya se vendría usando anteriormente durante la Edad Media.

⁸ J. Bodino (1590/1992), *Los seis libros de la República. Traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*. Edición y Estudio Preliminar de J.L. Bermejo Cabrero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Vol. I, Libro I Capítulo I, p. 147.

⁹ Idem, Libro I Capítulo VIII, p. 267.

¹⁰ J.L. Bermejo Cabrero, *Estudio Preliminar...* p. 64.

¹¹ T. Hobbes (1651/1987), *Leviatán (o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil)*, 2ª ed., 3ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica.

De acuerdo con Solozábal, «personalización, formalización, voluntarismo son rasgos, entonces, del concepto de soberanía en sus primeras formulaciones»¹². Por ello, la cuestión de la titularidad de la soberanía no cobrará realmente sentido hasta el momento en que se fragüe el pensamiento que conducirá a la Revolución francesa. En este momento, la soberanía pasa del monarca absoluto a la nación o al pueblo, y de este modo la soberanía se objetiviza, de modo que es el ejercicio de la soberanía la que cobra una especial importancia en las nuevas democracias liberales. En los nuevos Estados constitucionales este ejercicio del poder soberano va a conformarse como uno de los elementos constitutivos del Estado, junto con la población y el territorio¹³.

Por tanto, cabe hablar de la titularidad de la soberanía, y así en muchas Constituciones hay una mención expresa a este asunto. Así por ejemplo, el art. 1.2 CE habla de la soberanía nacional que reside en el pueblo; o el art 1 *cost.* proclama que «*la sovranità appartiene al Popolo*». Esto hace que el tema de la soberanía se circunscriba a la esfera estatal, y la misma se predicará como una cualidad de los Estados, lo que a su vez generará problemas para con la existencia de una comunidad jurídica internacional; ello supone hoy entender el término de soberanía en un sentido relativo¹⁴. Por ello, la ligazón entre Estado y soberanía no debe entenderse como una afirmación jurídica de un poder absoluto sino como el reconocimiento de un efectivo ejercicio de poder, y de ahí que el tema de la titularidad se solventa con su adscripción al ente creado por una Constitución. Como señala De Vergottini¹⁵, es el Estado como ordenamiento¹⁶ el único poseedor de la soberanía; por un lado ésta indica «*la capacità del potere politico di fatto di divenire potere giuridico nell'ambito interno e internazionale*», por otro lado, «*indica la autosufficienza del potere politico statale una volta costituitosi in quanto in grado di giustificare con le proprie forze la sua esistenza, non dipendendo da altri ordinamenti*». Estas fáciles palabras encierran la esencia de los rasgos actuales de la soberanía. La soberanía puede ser ordinaria y extraordinaria, externa e interna y todas estas maneras encajan con la distinción entre Poder constituyente y

¹² J.J. Solozábal Echavarría (2004), *Nación y Constitución...* p. 30.

¹³ Vid. G. Jellinek (1905/2000), *Teoría general del Estado*, 2ª ed. alemana; traducido del alemán por Fernando de los Ríos Urruti, edición a cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares. Este notable autor estudió dentro del Libro III, en el cap. 13, la situación jurídica de los tres elementos que configuran el Estado: territorio, población y poder (pp. 385-426).

¹⁴ Cfr. H. Kelsen, *La transformación del concepto de soberanía*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 18, 2012. Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

¹⁵ G. De Vergottini (2010), *Diritto costituzionale*, 7ª ed., Padova, CEDAM, pp. 76 ss.

¹⁶ Téngase en cuenta la distinción tradicional que realiza la doctrina italiana entre *Stato-oggetto* y *Stato-soggetto*. Al respecto, en su relación con la soberanía, cfr. V. Crisafulli (1985), *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, pp. 89-146.

Poderes constituidos de un Estado, momento de distinción en el que esa visión clásica de la soberanía sí puede cobrar sentido¹⁷. Decíamos que tras la Revolución francesa la soberanía pertenece al Estado, que es ordenado objetivamente por la razón del Derecho, es decir, se dota de Constitución. El ejercicio de la soberanía (carácter ordinario) va a ser un ejercicio constitucionalmente limitado (esto es, por los Poderes constituidos), que en el ámbito interno va a mantener un carácter preeminente y unificador de los distintos órdenes autónomos que caben en el Estado-ordenamiento; y en el ámbito externo va a suponer la independencia del Estado en la comunidad internacional, lo que le garantiza, desde el punto de vista jurídico -pues otra cosa es el político- una posición de igualdad con respecto a los otros Estados. Esa independencia tiene necesariamente un momento fundacional que se corresponde con la soberanía extraordinaria y el Poder constituyente. Aquí sí estamos en presencia de un poder ilimitado, que mediante el Derecho y a través de una Constitución, está llamado a organizar el poder político e incluso la sociedad civil, y una vez fundados, desaparece, o mejor, queda latente, dando paso a su normal ejercicio a través de los Poderes constituidos.

Por otro lado, la soberanía conlleva una legitimidad de origen y otra de ejercicio. El Poder constituyente representa al pueblo en su conjunto pero es además el procedimiento democrático, en contraposición con el Antiguo Régimen, lo que fundamenta su Constitución que materialmente debe respetar el reconocimiento de los derechos fundamentales y la separación de poderes, *ex art. 16* de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Es el respeto a estos principios lo que supone la legitimidad de ejercicio de la soberanía.

Es, pues, a partir del entramado constitucional de un Estado compuesto que podemos comprender el mantenimiento de la idea de soberanía en su esfera general, y nada hay más general en un Estado compuesto que su propia Constitución de la que dependerán no sólo el Estado-ordenamiento sino también los territorios autónomos. De aquí que nos parezca muy acertada la idea del Profesor De Otto, «allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma»¹⁸. De esta forma, ejercer la soberanía es ejercer la Constitución, dado que la Norma Suprema no es un momento estático, un breve chispazo de ideas que enciende la bombilla de la democracia, sino que es dinámica, luz

¹⁷ Cfr. P. De Vega (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1ª ed., 4ª reimp, Madrid, Tecnos.

¹⁸ I. De Otto y Pardo (1987), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, p. 138. En contra de esta postura, aunque igualmente sugerente en su argumentación, R. Punset (1998), *En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)*, en *Fundamentos* 1/1998, pp. 329-359.

constante de libertades, derechos y políticas pero adaptable al trascurso histórico¹⁹.

Esta soberanía constitucional dota, pues, al Estado de una naturaleza unitaria, con independencia de su caracterización como Estado compuesto o unitario. En ambos casos su cualidad estatal viene dada por la existencia de una Constitución de la que se predica esa idea de soberanía. Sólo así se entiende su afirmación en los Estados de naturaleza federal o cuasi federal, como es el caso de España. Es cierto que la soberanía se había contrapuesto a los Estados federales clásicos²⁰, pero desde nuestra visión, aquí radicaría la diferencia con la idea de confederación, que también implica una unión de Estados de diferente naturaleza. El Estado federal, el Estado autonómico, el Estado regional... en tanto que Estados compuestos son Estados soberanos porque están dotados de una Constitución que así los caracteriza y, por tanto, la vocación constitucional implica unir lo diverso y, en consecuencia, esa pluralidad es compatible con una afirmación unitaria de la titularidad de la soberanía. Como señala Rovira Viñas, «mantener que el Estado es siempre unitario no quiere decir uniforme y centralizado porque no acaba con las peculiaridades. Cuando decimos unitario, decimos compuesto de unidades, y las unidades son contables, lo suficientemente distintas para ser muchas»²¹. Serán a estas unidades las que corresponda, pues, el concepto de la autonomía, que pasamos a estudiar.

3. De la autonomía y, en concreto, de la autonomía territorial como facultad de ejercicio de la soberanía

La autonomía tiene un valor plural. En palabras del Tribunal Constitucional, «es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio» (STC 4/1981, FJ 1). En la conformación de la propia individualidad, la autonomía es el referente normativo para crear espacios propios de autorrealización. A nivel personal, la autonomía es intrínseca al ejercicio de la libertad. Señala Silvina Álvarez que «a menudo, bajo el rótulo de la libertad personal, la autonomía sirve como fundamento jurídico de máximo rango consagrado en las constituciones de los Estados. Como tal, el

¹⁹ Solo en este caso cobraría sentido el carácter perpetuo de Bodino. De aquí la importancia de la regulación de la reforma constitucional en su propio Texto. Al respecto, vid. nuevamente J.J. Solozábal (2004), *Nación y Constitución...* p. 35; y *spec.* P. De Vega, *op. cit.*

²⁰ Vid. de nuevo, H. Kelsen, *op. cit.* y la crítica que realiza a la teoría de la soberanía compartida.

²¹ A. Rovira Viñas (1989), *Reflexiones sobre la estructura del Estado y las dificultades de operar con modelos de derecho comparado*, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 65, p. 67.

valor de la autonomía encierra un carácter universal u objetivo, prevalece ante cualquier concepción particular del bien que pudiera ser incompatible con ella y se concibe como garante de la individualidad y el autogobierno.» Sin embargo, continúa diciendo, «éste es un concepto que está muy lejos de contar con una definición o unos límites claros e incuestionables.»²²

Así, podemos entender la autonomía en sentido amplio, que de acuerdo con De Otto, «es el poder de individuos o entes colectivos para darse un ordenamiento propio en el marco de otro superior y más amplio»²³. Por su parte, Salerno la conecta con los tres principios básicos del ordenamiento constitucional: 1) respecto del principio liberal, sirve para expandir la concreta eficacia de la garantía de las libertades y los derechos fundamentales tanto si es por interés individual como por interés colectivo; 2) respecto del principio democrático, las autonomías permiten profundizar y ampliar el principio de separación de poderes, evitando así el monopolio en la formación de la voluntad; 3) respecto del principio social, puede coadyuvar a la participación de sujetos distintos de las autoridades públicas en la satisfacción de las necesidades de la sociedad.²⁴

Esas formas de autonomía constitucionales se pueden concretar en dos significados distintos pero conectados entre sí: a) Autonomía constitucional como posición de un sujeto, de un ente o de un órgano tutelada a nivel constitucional²⁵, esto es, una autonomía rígida protegida por un órgano de justicia constitucional capaz de invalidar los actos contrarios a dicha autonomía; entre esos sujetos, entes y órganos, señala Olivetti a las Regiones y a los Estados miembros de un Estado federal, cuya naturaleza jurídica viene descrita por esa autonomía constitucional²⁶. b) Autonomía constitucional como facultad de establecer su propia organización y definir su propia identidad siempre dentro de los límites implícitos y explícitos de la Constitución²⁷.

²² S. Álvarez (2002), *La autonomía personal*, en E. Díaz y J.L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, p. 153.

²³ I. De Otto y Pardo, *op. cit.*, p. 245.

²⁴ G.M. Salerno (2006), *Le autonomie e la repubblica*, en *www.federalismi.it* 3/2006, p. 11. Aunque aquí el autor se esté refiriendo al orden constitucional italiano, sin embargo me parecen sus palabras extrapolables a los ordenamientos democráticos liberales de nuestro entorno.

²⁵ Vid, entre otros, V. Sica (1951), *Contributo alla teoria della autonomia costituzionale*, Napoli, Jovene; T. Groppi (1994), *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*, Milano, Giuffrè; Idem (1998), *La garanzia dell'autonomia costituzionale degli enti locali: un'analisi comparata*, en *Le Regioni*, n° 5, p. 1021-1054; G. Rolla (2008), *L'autonomia delle comunità territoriali: profili costituzionali*, Milano, Giuffrè.

²⁶ M. Olivetti (2002), *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni, verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, Il Mulino, pp. 3-5.

²⁷ Como señala Olivetti, *op. cit.*, en el caso de Estados federados se entiende como la facultad de darse una Constitución propia, pero esta siempre va a resultar limitada por la

La correlación entre ambos significados, uno estático y otro dinámico, es evidente desde el momento en que el hacer de la segunda acepción se enmarca en el dejar hacer de la primera, que viene garantizado por la propia Constitución y que sirve de límite para el segundo caso. Podríamos decir que nos encontramos con dos momentos de un mismo fin, la autonomía territorial: para el significado a) dicha posición equivaldría a libertad, libertad básica y garantizada para su establecimiento -tanto la posibilidad de acceder a la autonomía mediante la federalización como a través de la descentralización-, a partir de la cual el significado b) cobraría sentido como ejercicio dentro de los límites de desarrollo de la propia autonomía. Esos límites de desarrollo de la propia autonomía no habría que entenderlos sólo como los límites implícitos y explícitos de la Constitución -límites externos o formales- sino que cabrían unos límites internos o materiales en función de las capacidades físicas, políticas representativas y reivindicativas de los diversos territorios.

No todo Estado debe reconocer autonomía territorial a distintas zonas geográficamente determinadas, dejando a salvo y aparte la autonomía local que para el caso que nos ocupa resulta cualitativamente distinta. Así, la decisión de consagrar la autonomía territorial se convierte en un acto genuino del Poder constituyente y, por tanto, de la Constitución nace el reconocimiento de la autonomía. En este sentido, su actuación es un ejercicio de soberanía, pero no del pueblo y territorio determinado sino una consecuencia de la voluntad colectiva expresada de manera general en la Constitución. En palabras de Ignacio De Otto, «[en] su sentido más comprensivo, autonomía se contraponen a soberanía por tratarse de un poder limitado por el ordenamiento que lo confiere y en cuyo marco ha de ejercitarse, y no de un poder supremo como el que la soberanía conlleva.»²⁸ De este modo, la autonomía es un poder constituido más, con una capacidad política geográficamente delimitada. A diferencia de la cesión de soberanía que se produce en el proceso de integración europea (nivel externo), a nivel interno no se reproduce una idea similar puesto que los entes territoriales autónomos existen por voluntad soberana de la Constitución, mas el ejercicio de su autonomía no implica cesión de soberanía.

Esta idea es fácilmente comprensible en Estados compuestos como el Estado autonómico o el modelo regional italiano²⁹. Cabe entonces preguntar-

Constitución federal, pues de lo contrario autonomía en este caso sería sinónimo de soberanía e independencia.

²⁸ I. De Otto (1987), *op. cit.*, p. 245.

²⁹ También sería predicable del Estado integral de la II República española; véase al respecto el interesante trabajo de F. Tomás y Valiente (1996), *Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978*, en A. Iglesias Ferreirós (ed.), *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Madrid, Marcial Pons, Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, en especial pp. 118 ss.

nos por los Estados federales clásicos; siguiendo al Prof. Solozábal, un Estado miembro de una federación, aunque pueda dotarse de una Constitución a través de un proceso constituyente, siempre será una Constitución limitada por las exigencias de homogeneidad impuestas por la Constitución federal sobre ciudadanía, organización y contenidos. La soberanía no resulta pues un concepto útil para entender la relación entre Estado federal y sus Estados miembros sino que la relación es de competencia, lo que lleva a la inclusión del Estado federal dentro de la categoría de Estado compuesto. La soberanía aquí sigue recayendo en el pueblo, y en las federaciones sólo cabe hablar de un pueblo, el del conjunto de la federación, lo cual clarifica la localización de la misma en el Estado federal. No cabe, en consecuencia, hablar de soberanía compartida, ni de soberanías parciales³⁰.

También al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que al poco de su instauración, tuvo la oportunidad de manifestar su doctrina de la autonomía como un poder limitado. Así, en la STC 4/1981 (FJ 3) de manera expresa se señala que «autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución». Los avatares políticos posteriores han hecho que el Tribunal Constitucional deba volver sobre esta idea y liga necesariamente la soberanía nacional del art. 1.2 CE con el principio de unidad del art 2 CE (STC 259/2015 FJ 4). Como consecuencia de la Constitución, estamos ante un «Estado único, común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales, siendo así el artículo 1.2 CE base de todo nuestro ordenamiento jurídico» (STC 114/2007 FJ4).

Más recientemente, el Tribunal se ha pronunciado sobre el entendimiento de la soberanía como conjunto de partes alícuotas pertenecientes a los pueblos autonómicos. Ya sobre el valor de estos pueblos referidos en los Estatutos de Autonomía, el Tribunal los entiende como una «clara vocación prescriptiva del principio democrático» por el que deben regirse los poderes ejercidos por las Comunidades Autónomas en el marco de sus Estatutos y de la Constitución (STC 31/2010 FJ 9). La Ley de las Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón ha ido un paso más allá al afirmar en su art. 2.1 que «Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés, del que emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón», apartándose del art. 1.2 EAAra que proclama que «Los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón emanan del pueblo

³⁰ Vid. Solozábal (2004), *op. cit.* pp. 35-40.

aragonés y de la Constitución». La falta de esa referencia expresa a la Constitución en la Ley y la pretendida afirmación de unos derechos históricos anteriores a la Constitución colocan al pueblo aragonés en un pie de igualdad con el pueblo soberano español, contraviniendo así tanto el art. 1.2 CE como el art. 1.2 EAAra. Para la STC 158/2019 (FJ 6), la concepción de que el pueblo aragonés cuente con una cuota alícuota de soberanía «lleva a despreciar el papel del estatuto de autonomía como norma institucional básica de la Comunidad (art. 147 CE)». Esta sentencia recuerda que ya en la STC 76/1988 (FJ 3) se afirmó que la «Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones ‘históricas’ anteriores». Con todo ello se evidencia, también a nivel jurisprudencial, el papel de la autonomía en un Estado compuesto, cuyo ejercicio alcanza una alta intensidad política sin que ello implique una equiparación al poder de la soberanía.

En Italia ocurrió un suceso parecido a raíz de la pretensión de Cerdeña de reformar su Estatuto especial con base en la “soberanía del pueblo sardo” y en la “soberanía regional” según los principios varios que se recogían en la l. r. Sar de 23 de mayo de 2006 n. 7 que instituía una Consulta para la redacción de un “nuevo Estatuto de autonomía y soberanía del pueblo sardo”. La sent. n. 365 de 7 de noviembre de 2007, declaró la inconstitucionalidad de la expresión “soberanía” de las partes impugnadas.

La sent. n. 365 del 2007 entra a analizar en un primer momento el concepto de soberanía (FJ 6) después de negar la posibilidad de comparación con las normas programáticas de los Estatutos ordinarios (FJ 4), según pretendía la defensa regional, para salvar la ley sobre la base del carácter cultural pero no jurídico de las referencias expresas a la soberanía. Según la Corte la soberanía «*assume significati profondamente diversi a seconda che [1] esprima sinteticamente le caratteristiche proprie di un ordinamento statale indipendente rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento internazionale, [2] o che distingua la originaria natura di alcuni ordinamenti coinvolti nei processi di federalizzazione o nella formazione dei cosiddetti “Stati composti”, [3] o che indichi la posizione di vertice di un organo costituzionale all'interno di un ordinamento statale*» (los números son añadidos míos).

Sobre la base del segundo significado, niega la sentencia cualquier relación entre las características del Estado regional prescrito en la Constitución y los elementos típicos del federalismo³¹. Así dispone que al ser la finalidad

³¹ Cfr. B. Caravita Di Toritto (2007), *Il tabù della sovranità e gli “istituti tipici statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento”*, en www.federalismi.it 22/2007

de la ley la redacción de un nuevo Estatuto especial, éste «*diverrebbe una fonte attributiva di istituti tali da connotare, per natura, estensione e quantità, l'assetto regionale in termini accentuatamente federalistici piuttosto che di autonomia regionale*». Y repite al final en el FJ 8 que «*le censurate disposizioni e la stessa rubrica della legge regionale n. 7 del 2006 assumano come possibile contenuto del nuovo statuto speciale istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale*». Por tanto, parece poner más énfasis en impedir que de la reforma estatutaria se desprenda una suerte de carrera federal que en negar la afirmación de la soberanía del pueblo sardo³².

De ahí que se entienda la idea de que, para un importante sector de la doctrina italiana, a la Corte le bastaba para resolver el asunto con acudir a los arts. 5, 114, 116 y 119 CI para deducir la innegable posición de autonomía y no de soberanía de las Regiones dentro del ordenamiento italiano, máxime cuando la Corte ya aprovechó la sent. n. 106 de 2002 para aclarar que la autonomía constitucionalmente garantizada no significaba un nivel de soberanía³³.

Chessa critica el binomio soberanía estatal – autonomía territorial que se desprende de la sentencia y la «resurrección» que de la misma realiza la Corte. Comparto su tesis según la cual la soberanía pertenece al pueblo (art. 1 CI); de esta forma el Constituyente ha separado en dos párrafos el artículo fundacional de la República de Italia con lo que el pueblo es soberano y en ejercicio de ese poder originario, ilimitado y extraordinario se crea la República democrática de Italia fundada en el trabajo, pero ésta no deviene por ello titular de la soberanía. En la lectura conjunta de este artículo con los arts. 5 y 114 CI, el Estado es parte constitutiva de la República pero no es la República. Que no sea ente autónomo *ex* art. 114, 2 CI -como sí lo son las otras partes constitutivas, esto es, Municipios, Provincias, Ciudades Metropolitanas y Regiones- no lo convierte por contraposición en depositario de la soberanía³⁴. El Estado, como ente general, será soberano en aquellas compe-

³² Por su parte, apunta O. Chessa (2008), *La risurrezione della sovranità statale nella sent. n. 365 del 2007*, en *Le Regioni* n° 1, nota 13 (p. 231) que «*da quanto sostenuto dalla Corte sembrerebbe che il suo obiettivo non sia quello di affermare un improbabile "divieto di federalismo", bensì quello di affermare il divieto di descrivere il nostro ordinamento come se fosse già di tipo federale*».

³³ Vid. B. Caravita Di Toritto (2007), *op. cit.*; P. Caretti (2008), *La "sovranità" regionale come illusorio succedaneo di una "specialità" perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, en *Le Regioni* n° 1, pp. 219-226; G. Passarelli (2008), *I concetti di sovranità e di autonomia nella forma di stato regionale*, en S. Gambino, *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*, Milano, Giuffrè, p. 451.

³⁴ Vid. O. Chessa, *op. cit.* Cfr., en contra, P. Caretti, *op. cit.* pp. 223-224.

tencias y funciones que le son atribuidas en el Texto constitucional que regula el ejercicio de la soberanía³⁵. Y como indica la citada sent. n. 106 de 2002, tras la reforma del art. 114 CI los entes territoriales se colocan en el mismo nivel que el Estado y participan igualmente del principio democrático y de la soberanía popular, soberanía que abarca todos los órganos representativos del conjunto de la República, lo que es perfectamente asimilable con la unidad e indivisibilidad proclamada en el art. 5 CI en cuanto que no hablamos de República como Estado-sujeto sino como Estado-ordenamiento³⁶.

4. *La autonomía conlleva descentralización pero la descentralización no concede autonomía*

La autonomía es un concepto polisémico. Una vez afirmada la diferencia entre soberanía y autonomía debemos seguir indagando en el sentido de ésta, y por ello es importante el calificativo que le acompañe. En especial tenemos que deslindar los conceptos de autonomía y descentralización, dado que ambos implican cierta relevancia de las partes territoriales de un Estado en el conjunto de las decisiones políticas. Pero evidentemente no podemos caer en la consideración de tratarlos como sinónimos, siquiera como altamente equivalentes. Por ello el objetivo principal de este epígrafe es mostrar sustancialmente su diferente conceptualización, para lo que partiremos del entendimiento de la autonomía como autonomía política.

Esta toma de postura se entiende por el contexto en el que nos estamos manejando, es decir, atendiendo al proceso histórico que han conducido a España e Italia a ser consideradas como Estados compuestos. Efectivamente, aquí nos encontramos con Estados compuestos formados mediante procesos centrífugos, es decir, la realidad fáctica de partida inmediatamente anterior a la instauración de democracias constitucionales respondía a los criterios de regímenes dictatoriales de corte centralista. En ambos países la consolidación democrática ha ido de la mano de un proceso de descentralización, que ha resultado vital y necesario para el acomodo de sus realidades plurales tanto políticas como territoriales.

El hecho de que la categoría de Estados compuestos también se conozca en la doctrina como Estados descentralizados no debe confundirnos en la calificación de la autonomía que rige en nuestros países. Este sentido se entiende bien, por ejemplo, en la definición que el Diccionario del Español Jurídico realiza de «descentralización» como «forma de organización del

³⁵ Vid. B. Caravita Di Toritto (2006), *Autonomie e sovranità popolare nell'ordinamento costituzionale italiano*, en www.federalismi.it 4/2006, p. 3.

³⁶ Sobre sus diferencias, vid. G. De Vergottini, *op. cit.* capítulo II, en especial pp. 74-80.

Estado basada en el reconocimiento de amplias potestades de autoorganización y actuación, sea de carácter político o de naturaleza administrativa a organizaciones infraestatales de carácter territorial como las comunidades autónomas, las provincias y los municipios»³⁷. Aquí se observa ese carácter ambivalente del término pero como decíamos, conviene separar el término autonomía y descentralización; así, la autonomía supondría un concepto político mientras que la descentralización configuraría un proceso técnico-administrativo³⁸. Por tanto, diferenciamos entre la autonomía política de que gozan las partes de un Estado y la descentralización como situación administrativa con que el Estado organiza sus entes territoriales. De esto último, podríamos entender, con Rovira Viñas, que un Estado centralizado es una utopía que nunca se habría realizado plenamente³⁹.

La autonomía, para el sentido que nos importa en este trabajo, es una autonomía territorial que supone capacidad de autogobierno, dictar normas con fuerza de ley propias dentro de los límites geográficamente determinados y la realización de políticas públicas diferenciadas y adaptadas a las realidades económicas, sociales y culturales del territorio determinado, de acuerdo a las competencias otorgadas, y siempre garantizada esa autonomía por una norma superior aprobada por los procedimientos constitucionalmente previstos y por los órganos encargados de dicha función con mandato constitucional.

Así es fácilmente entendible la diferenciación conceptual que estamos proponiendo. De este modo, por descentralización podemos entender tanto esa forma de organización administrativa de que están dotados los entes infraestatales como el proceso por el que se traspasan competencias desde un ente central a un ente territorial para su gestión diferenciada.

La clave está en entender que este proceso de descentralización de funciones no supone la correlativa e inmediata adquisición de autonomía política. Que un país la lleve a cabo no comporta que esos entes pasen a gozar de un mayor grado de autonomía en el sentido expresado; serán más autosuficientes en la toma de determinadas decisiones y verán aumentada su capacidad de actuación pero no gozarán de una fuente legislativa que permita una verdadera innovación y diferenciación política. Por el contrario, si un territorio accede a aquel tipo de autonomía necesitará de la actuación de los poderes centrales para poder ponerse en marcha mediante la asunción de funciones y competencias propias, es decir, requerirá de un proceso de descentralización para dotar de manera efectiva su propia organización, tanto en un sentido administrativo como, y especialmente, político.

³⁷ Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020, *Descentralización*, recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/descentralizaci%C3%B3n>.

³⁸ A. Rovira Viñas, *op. cit.* p. 65.

³⁹ *Ibidem*, p. 67.

Esta confusión es propia de Estados compuestos mediante procesos centrífugos, como ocurrió en España e Italia. Ello les convierte en un claro ejemplo de descentralización y acceso a la autonomía mediante el traspaso de los elementos jurídicos, materiales, técnicos y humanos necesarios para el desarrollo efectivo de la autonomía con proyección amplia. Otros países, en cambio, pueden haber vivido procesos de descentralización que no les haya conducido hacia la mutación en un Estado compuesto, como ocurrió en Francia tras la reforma constitucional de 2003. La V República ha sido tradicionalmente considerada como el paradigma de Estado centralizado; sin embargo esta idea debe matizarse desde el cambio constitucional por el que la República francesa se organiza de modo descentralizado, de acuerdo con su artículo primero⁴⁰.

Podemos en consecuencia diferenciar dos tipos de autonomías territoriales: las que suponen verdadera autonomía política, que es la que disfrutaban los dos países mediterráneos, y la autonomía administrativa, propia de los Estados que hemos denominado descentralizados o por la que, además, se rigen los entes locales en ambos países. Esta autonomía política se caracteriza principalmente por gozar de potestades legislativas y ejecutivas además de asumir una dirección política específica y diferenciada. De ahí que podamos afirmar que la autonomía conlleva descentralización pero la descentralización no concede autonomía política.

Estas diferenciaciones fueron apreciadas tempranamente por el Tribunal Constitucional, con la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas. La STC 4/1981 (FJ 3) distinguió meridianamente «la autonomía cualitativamente superior» con que están dotadas las Comunidades de la autonomía administrativa de los entes locales. Es decir, España es un Estado compuesto que desde la aprobación de la Constitución en 1978 ha vivido un proceso de descentralización con el que las Comunidades Autónomas han podido comenzar a ejercer su autonomía política al tiempo que se ha garantizado la autonomía administrativa de los entes locales.

5. Reflexiones finales a modo de conclusión

La España de las Autonomías es un Estado compuesto, formado tras la Constitución de 1978 mediante un proceso de descentralización que dio origen a la aparición de unos nuevos entes con autonomía política y, eviden-

⁴⁰ El art. 1 de la Constitución francesa proclama que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. *Son organisation est décentralisée.* » (cursiva mía)

temente también administrativa, al tiempo que se mantuvieron los entes locales, municipios y provincias, sobre los que hasta ese momento se organizaba territorialmente el Estado español. Aquí se comprende, pues, esa tríada terminológica que hemos abordado en este capítulo.

La soberanía es ese poder que la Constitución encierra y que deposita en el pueblo, del que emana toda la legitimidad democrática constitucional. Esto conecta irremediabilmente con el principio de unidad, que debe predicarse en la conexión trimembre entre los elementos del Estado: territorio, población y poder.

La autonomía, por su parte, es el reconocimiento para los territorios de la realidad plural, del que deriva una manifestación política con capacidad de autogobierno y de dictar normas con fuerza de ley propias dentro de los límites geográficamente determinados y la realización de políticas públicas diferenciadas y adaptadas a las realidades económicas, sociales y culturales del territorio determinado, de acuerdo a las competencias otorgadas, y siempre garantizada esa autonomía por una norma superior aprobada por los procedimientos constitucionalmente previstos y por los órganos encargados de dicha función con mandato constitucional.

La descentralización, en cambio, conlleva una autonomía administrativa, es decir, dota a los entes territoriales de actuaciones y medidas técnico-administrativas que no implican una diferenciación política. Por ende, la descentralización *per se* no es un proceso que conduzca de manera obligada al ejercicio de la autonomía política.

Con ello evidenciamos que la autonomía no es soberanía, ni éstas impiden que existan entes territoriales con una gestión administrativa descentralizada. En España, pues, la soberanía se predica de la Constitución, al tiempo que garantiza mediante los respectivos Estatutos la autonomía política de sus Comunidades y la autonomía administrativa de los entes locales. La descentralización permite la gestión diferenciada y un grado suficiente de autonomía a los distintos territorios para la gestión de sus respectivos intereses (art 137 CE), y una adecuación de la actuación administrativa de los Gobiernos central y autonómicos a los distintos territorios que inexorablemente conforman España en sus distintas cualidades y con sus peculiares características.

La tríada soberanía, autonomía y descentralización no hace sino evidenciar la complejidad de la articulación del poder sobre un territorio más o menos amplio y la necesidad de aunar las fuentes u orígenes de sus decisiones con la efectiva aplicación de las mismas en todo el espacio en que el Estado se asienta y debe, por ende, reafirmar la soberanía que la Constitución deposita en su pueblo, sin distinguir el lugar de procedencia y permanencia de los sujetos concretos que conforman la población en cada momento. Así, pueblo y población son realidades distintas: la primera es atemporal, o al

menos trasciende a las generaciones vivas; y la segunda es ese conjunto de personas temporal y actualmente determinables cuyos problemas y aspiraciones cotidianos requerirán de una respuesta estatal en su sentido amplio. En la normalidad del día a día necesitarán, en consecuencia, de un (buen) aparato administrativo descentralizado para poder hacer valer sus pretensiones jurídico-públicas. Y sin el fulgor de las grandes esencias y pasiones a las que determinadas afirmaciones pseudo patrióticas de la soberanía, e incluso de la autonomía, nos conducen, encaminándonos como funambulistas hacia un replanteamiento constantemente insoportable del pacto constituyente, en vez de una mejora de la cercanía del poder con la ciudadanía y su necesaria (buena) gestión administrativa. La complejidad existe pero puede comprenderse desde cada uno de los elementos con que tratamos de explicarla.

CONSTITUCIÓN, SOBERANÍA Y DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN*

Javier Tajadura Tejada
Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La secesión en el Derecho Internacional. – 3. La secesión en el Derecho Constitucional. – 4. La obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de mantener su integridad territorial. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Durante los días previos al referéndum sobre la independencia de Escocia del Reino Unido -celebrado el 18 de septiembre de 2014- el mundo contuvo la respiración. Estaba en juego no sólo la integridad territorial de la segunda potencia militar de Occidente, sino la estabilidad económica y política de toda Europa. El contundente triunfo del no (11 puntos de diferencia) supuso un alivio considerable. Desde Washington hasta Bruselas, pasando por Berlín, el fracaso del independentismo fue recibido con júbilo en todas las cancillerías. Los mercados reaccionaron también positivamente. Los efectos de la victoria de los partidarios de la conservación del Reino Unido se propagaron por toda Europa conjurando – a corto plazo y en un futuro inmediato – los riesgos de desestabilización general del continente europeo provocados por el irresponsable comportamiento del Primer Ministro británico. Sin embargo, la celebración del referéndum de autodeterminación se convirtió en un precedente digno de ser emulado por movimientos y fuerzas políticas nacionalistas de España, Italia, Bélgica, etc. La mera posibilidad de que el Reino Unido hubiera quedado fragmentado es un riesgo que ningún político sensato hubiera debido correr. Cameron no fue pragmático, fue arrogante. Si dos años antes hubiera planteado a los escoceses las propuestas de mayor autonomía que ofreció en las vísperas del referéndum, este podría y debía haberse evitado.

En el referéndum se impuso la sensatez. A pesar del contundente rechazo que suscitaban las políticas del gobierno conservador británico entre la población de Escocia (sólo 1 de los 60 diputados elegidos en los distritos elec-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (“Aproximación interdisciplinar a los lenguajes jurídico-políticos de la modernidad euroamericana. Dimensiones espacio-temporales”), HAR2017-84032-P y del Grupo consolidado de investigación de la UPV-EHU, Historia intelectual de la política moderna: conflictos y lenguajes jurídico-políticos, GIU18/215.

torales de Escocia pertenecía al Partido Conservador), la gran mayoría de los escoceses fue consciente de lo que realmente estaba en juego. Y lo que se votaba no era la aceptación o el rechazo de unas políticas concretas, sino el mantenimiento o la destrucción de una comunidad política que durante más de tres siglos había garantizado la convivencia en paz y en libertad.

El referéndum escocés supuso, en todo caso, la apertura de la caja de Pandora de la secesión. Apertura que llevó a la agenda política la posibilidad de fragmentar Estados con base en planteamientos – ideológicos y políticos – similares a los que hace exactamente cien años condujeron al suicidio de Europa.

Como es sabido, los efectos políticos disgregadores de “la ideología de la nación” se vieron reforzados por el presidente Wilson, con la introducción en 1919 del principio de autodeterminación de las nacionalidades en virtud del cual las “naciones culturales” debían convertirse en Estados independientes. Ese principio sirvió para destruir comunidades políticas potencialmente inclusivas como el Imperio Austro-húngaro, para erigir fronteras, crear conflictos y sumir a Europa, veinte años después, en una nueva orgía de sangre. Sobre los escombros de una Europa destruida, y con el deseo de evitar una nueva guerra, dirigentes políticos dotados de una gran altura de miras y con sentido de la responsabilidad histórica sentaron las bases del proceso de integración europea. Proceso que se configura como el principal baluarte político, jurídico y moral contra los peligros del nacionalismo (estatal, o infraestatal).

Por todo ello, resulta un tanto incomprensible que la Unión Europea no haya reaccionado con mayor firmeza y contundencia ante unos actos (el referéndum de Escocia, el del Véneto o el catalán) que, desde una perspectiva política y axiológica, suponen un ataque a su línea de flotación, a su razón de ser, y a sus valores fundacionales; y desde una perspectiva jurídica, una violación manifiesta de los artículos 3 y 4 del Tratado de la Unión Europea (entre otros).

En este contexto, los independentistas catalanes han convertido el referéndum escocés en un modelo digno de ser imitado. Y ante la lógica negativa del Gobierno español a admitir la celebración de un referéndum de autodeterminación, iniciaron en 2015 una escalada que –en el momento de redactar estas líneas- ha desembocado en una insurrección separatista que ha requerido, por parte del Gobierno, la aplicación, por primera vez en la historia, del mecanismo de coerción estatal previsto en el artículo 155 de la Constitución.

El objeto de este ensayo -realizado como consecuencia de la amable invitación de los profesores A. Pérez Miras y G. Teruel Lozano para participar en la obra que recoge los trabajos del III Seminario italo-español que tuvo lugar en Catania el pasado 2016 y que versó sobre soberanía y representación en el contexto de la globalización- es analizar la problemática de la secesión en España.

Expondremos las razones por las que un referéndum de autodeterminación como el celebrado en Escocia no tiene encaje en el Derecho Constitucional español. Y como tampoco puede ampararse en el Derecho Internacional. Para ello analizaremos sucesivamente su incompatibilidad en tres ámbitos jurídicos distintos: el Derecho internacional, el Derecho constitucional, y el Derecho de la Unión Europea.

2. La secesión en el Derecho Internacional

La secesión, como ha advertido De Miguel, es un fenómeno histórico: “desde que prácticamente, en los albores de la modernidad, se fueron configurando y construyendo los Estados, han existido movimientos políticos enfocados a conseguir la separación de la organización política de la que forman parte”¹. El concepto de secesión abarca, por tanto, procesos muy variados, que van desde las primeras segregaciones sufridas por los imperios coloniales británico y español durante los siglos XVIII y XIX hasta la dramática destrucción de Yugoslavia en la última década de la pasada centuria.

Tras la trágica experiencia de las guerras mundiales (los intentos del Tercer Reich y del Imperio Japonés de modificar las fronteras de Europa y Asia en los años 30 de la pasada centuria provocaron la muerte del 3 por ciento de la Humanidad), los Estados y diversas organizaciones internacionales – Naciones Unidas, Consejo de Europa, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, y la propia Unión Europea- se han enfrentado al problema de la secesión y lo han delimitado jurídicamente.

La secesión como derecho de una colectividad a independizarse de la comunidad política más amplia a la que pertenecen se identifica con el “derecho de autodeterminación de los pueblos”. Este derecho está reconocido por la Resolución 1514 de la Asamblea General de la ONU de 1960 pero su aplicación se limita a los territorios sometidos a dominación colonial².

¹ DE MIGUEL, J.: “La cuestión de la secesión en la Unión Europea: una visión constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014. Pág. 215

² “1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales. 2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. 3. La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia. 4. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional. 5. En los territorios en fidei-

Diez años después, la Resolución 2625 de 1970 amplió su alcance a ámbitos distintos del colonial, pero lo supeditó al respeto al principio de integridad territorial y restringió su aplicación a aquellas situaciones en que una parte de la población sufre discriminación. El derecho se proclama en estos términos: “En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”. El respeto a la integridad territorial de los Estados se presenta como su contrapunto: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

Esto quiere decir que, desde la óptica del Derecho Internacional, la existencia de un gobierno representativo “de la totalidad del pueblo perteneciente al territorio”, priva de fundamento jurídico a cualquier pretensión secesionista, y consagra el derecho a la integridad territorial del Estado en cuestión.

El principio del respeto a la integridad territorial de los Estados se configura así como el elemento central del orden jurídico internacional. Como contrapartida, las organizaciones mencionadas han ido elaborando un amplio y notable acervo jurídico orientado a garantizar que las minorías nacionales tuvieran un status adecuado dentro de los ordenamientos constitucionales internos. La autonomía (regional o federal) constitucionalmente garantizada es el expediente empleado por los distintos Estados para proteger de forma efectiva a las minorías nacionales allí donde existan.

comiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo, ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas. 6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. 7. Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”.

En este contexto, en la Europa de hoy, la única justificación que podría alegar una minoría nacional o cualquier otra colectividad, para reclamar la titularidad, y en su caso, ejercer el derecho de autodeterminación para separarse de un Estado y constituir otro independiente, sería que se tratase de un grupo de ciudadanos a los que se hubiese privado de sus derechos de representación y estuvieran, por tanto, sometidos a un régimen de opresión³.

Las meras demandas de reconocimiento político o simbólico, las reclamaciones fiscales o de determinado trato económico, no justifican en ningún caso la secesión. Es preciso que las minorías de que se trate sufran una situación de clara discriminación⁴.

En la medida en que para entrar en la UE es preciso que el Estado que se integre asuma en su ordenamiento y garantice efectivamente, los valores consagrados en el art. 2 TUE (democracia, Estado de Derecho, respeto a los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías) en ningún Estado miembro de la misma deberían concurrir nunca los supuestos que el Derecho Internacional exige para poder ejercer el derecho de autodeterminación y llevar a cabo una secesión. Si en la práctica se plantearan estas situaciones habría que acudir a lo dispuesto en el art. 7 TUE. Este precepto prevé mecanismos de ejecución federal en forma de sanciones para quienes no garanticen y respeten los valores consagrados en el art. 2.

De todo lo anterior podemos concluir que el Derecho Internacional General no sólo no proporciona cobertura jurídica alguna a la secesión de una parte de un Estado miembro de la Unión, sino que, por el contrario, consagra el derecho a la integridad territorial de los Estados miembros.

3. La secesión en el Derecho Constitucional

Si del Derecho Internacional descendemos al ámbito del Derecho Constitucional interno, la cuestión es si cabe todavía más clara. Secesión y Constitución son términos incompatibles. La secesión constitucional es un “oxímoro-

³ BUCHANAN, A.: “Self - Determination and the Right to Secede”, *Journal of International Affairs*, Vol. 45, no 2, 1992, p. 349.

⁴ BUCHANAN, A.: *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; KOSKENNIEMI, M.: “National Self – Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, n.o 2, 1994 ; WELLER, M. y METZGER, B. (Eds.): *Settling Self – Determination Disputes. Complex Power – Sharing in Theory and practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.

ron jurídico”⁵. Ningún Estado y ninguna Constitución pueden prever mecanismos que faciliten su propia destrucción. La inclusión del derecho de autodeterminación en una Constitución colocaría a esta en una posición de norma transitoria, cuya vigencia plena (sobre la totalidad del territorio y la población del Estado) quedaría condicionada a que los titulares del derecho de autodeterminación no lo ejerciesen. Esa configuración como norma provisional o transitoria es incompatible con la posición de supremacía que jurídicamente caracteriza a toda Constitución normativa.

Por otro lado, esa misma provisionalidad predicable del Estado es incompatible con su esencia. Ningún Estado se concibe como una comunidad política provisional. Antes bien, todo Estado, incluido el Federal, nace con vocación de perpetuidad. Por decirlo con las palabras utilizadas por el Tribunal Supremo para definir la naturaleza y caracteres de los EEUU: la Federación es “una Unión indestructible de Estados indestructibles”⁶.

Para quienes lo anterior no resulte evidente, basta recordar que, de los 195 Estados en que está dividido el mundo, sólo dos -Etiopía⁷ y San Cristóbal-Nevis (dos islas antillanas que comparten Estado⁸)- recogen en sus Textos Constitucionales cláusulas de secesión.

Todo lo anterior nos permite concluir que no existe la “secesión constitucional”. Al margen de los dos supuestos citados -verdaderas excepciones que cumplen la función de confirmar la regla contraria- la secesión es -por su propia naturaleza- un acto inconstitucional. Un acto cuya consecuencia es siempre la ruptura del Estado y la destrucción de la Constitución. Lo prime-

⁵ DE MIGUEL, J.: “El derecho a decidir y sus aporías democráticas” en Cuadernos de Alzate, núm. 46-47, 2013. Págs. 161-174.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de los EE. UU, Texas vs White (1869). REED AMAR, A.: “Of Sovereignty and Federalism” en The Yale Law Journal, Vol. 96, núm 7, 1987. Págs. 1425 y ss. DE MIGUEL, J.: “Secesión y Constitución en los Estados Unidos” en Cuadernos Manuel Gimenez Abad, núm. 8, 2014. Págs. 20 y ss.

⁷ El apartado 3 del artículo 47 de la constitución vigente en Etiopía—en vigor desde agosto de 1995- regula así el derecho de secesión: “The right of any Nation, Nationality or People to form its own state is exercisable under the following procedures: a) When the demand for statehood has been approved by a two-thirds majority of the members of the Council of the Nation, Nationality or People concerned, and the demand is presented in writing to the State Council; b) When the Council that received the demand has organized a referendum within one year to be held in the Nation, Nationality or People that made the demand; c) When the demand for statehood is supported by a majority vote in the referendum; d) When the State Council will have transferred its powers to the Nation, Nationality or People that made the demand; and e) When the new State created by the referendum without any need for application, directly becomes a member of the Federal Democratic Republic of Ethiopia.”

⁸ La constitución de 1983 de San Cristóbal y Nevis concede a la isla de Nevis el derecho a separarse de la de San Cristóbal y elaborar una constitución propia si la decisión obtiene una mayoría en el Parlamento de la isla de dos tercios y es ratificada también por dos tercios de la población de la isla mediante referéndum.

ro es difícilmente discutible. La secesión va a dar lugar a dos o más Estados donde antes sólo había uno. Respecto a lo segundo – que toda secesión supone la destrucción de la Constitución del Estado matriz- reina una cierta confusión. Detengámonos en esta cuestión.

Aunque toda secesión es inconstitucional, en la teoría y en la práctica es posible distinguir entre secesiones “unilaterales” y secesiones “pactadas o consensuadas”⁹.

Un supuesto de secesión pactada es el procedimiento previsto por el Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá en relación con Quebec. En su célebre decisión de 20 de agosto de 1998¹⁰, el Alto Tribunal canadiense, tras afirmar que el derecho de autodeterminación o secesión no existe como tal en el ordenamiento jurídico interno, construye un método por el que, a través del diálogo y la negociación, y mediante mayorías cualificadas sobre preguntas claras, podría lograrse la secesión. Se trata de una vía alternativa a la secesión unilateral, es decir, a la alcanzada mediante una Declaración unilateral de independencia. El caso escocés se configura también como otro supuesto de secesión pactada. El Parlamento británico convocó una consulta sobre la independencia, y se comprometió a negociar y pactar la ruptura, si en aquella hubiera triunfado la opción secesionista¹¹.

Frente a los casos mencionados (Quebec y Escocia) en los que la eventual secesión será el resultado de un proceso político de diálogo entre el Estado y la entidad separatista, tenemos los supuestos de secesión “unilateral”. El paradigma es Kosovo y cuenta con un marco normativo internacional propio: el Dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010. En esta controvertida resolución¹² la Corte declaró que es posible que un acto como la Declaración unilateral de independencia, no infrinja el derecho internacional, sin que ello constituya tampoco el ejercicio de un derecho que este le pudiera conferir previamente. Ahora bien, lo que resulta indiscutible es que toda secesión unilateral supone una violación de la Constitución del Estado matriz.

Las dudas surgen, únicamente, en relación con las eventuales secesiones “consensuadas” o “pactadas”. Para algunos autores, si la secesión se lleva a cabo conforme a Derecho, esta no sería “inconstitucional”. En esos casos no cabría hablar de destrucción de la Constitución del Estado matriz. Ahora

⁹ DE MIGUEL, J.: La cuestión de la secesión...ob. cit. Pág. 228.

¹⁰ CHACON, C., y RUIZ ROBLEDO, A.: “Comentario del Dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999.

¹¹ LOPEZ BASAGUREN, A.: “Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas” en *Cuadernos de Alzate*, núm 46-47, 2013. Págs. 127-141.

¹² *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 63, núm. 1, 2011; URBIOLA LOPEZ DE MONTENEGRO, J.: *El proceso de independencia de Kosovo Su incidencia en el principio de soberanía e integridad territorial del Estado*, CEPC. Madrid, 2013.

bien, si se acepta que la secesión no provoca la destrucción de la Constitución habría que admitir, al menos, que toda secesión implica una reforma de aquella¹³. Y ello porque sería absurdo sostener que la secesión no implica o significa cambio constitucional alguno.

Desde esta perspectiva, las secesiones pactadas no supondrían por ello la destrucción de las Constituciones respectivas de los Estados matrices sino que deberían abordarse como reformas de aquellas. Sin llegar a tanto, el Tribunal Constitucional de España apunta la posibilidad de encauzar las demandas secesionistas a través de la reforma constitucional¹⁴.

Sea de ello lo que fuere, la respuesta a esta cuestión dependerá de la posición que se mantenga sobre la existencia o no de límites materiales (y no sólo formales) al poder de reforma. La secesión pactada sólo es concebible como proceso jurídico (no meramente fáctico) si se admite la posibilidad de que a través del procedimiento de reforma constitucional se incluya en la Constitución una cláusula de secesión. Un sector de la doctrina y el Tribunal Constitucional defienden esa tesis. Se apoyan en que la Constitución de 1978 carece de cláusulas de intangibilidad, y en el rechazo a la teoría de los límites materiales implícitos a la reforma constitucional defendida por autores tan relevantes como Schmitt, Lucas Verdú, De Vega, Hesse o Zagrebelsky.

A nuestro juicio, esa comprensión del poder de reforma como un poder materialmente ilimitado impide diferenciar jurídicamente al poder constituyente del poder de reforma. Y sin esa distinción la idea misma de Constitución normativa deja de tener sentido. El concepto de Constitución normativa nos obliga a configurar al Poder de reforma como un poder constituido y, por ello, limitado no sólo procedimentalmente sino también materialmente. Y ello con independencia de que dichos límites hayan sido expresamente dispuestos por el constituyente en las denominadas cláusulas de intangibilidad. Como ha escrito Pedro de Vega en una obra ya clásica, y difícilmente superable, sobre este tema: “Si el principio jurídico de supremacía constitucional impone el reconocimiento de unos límites implícitos formales que se centran, básicamente, en las propias normas reguladoras del procedimiento de reforma, el principio político de soberanía popular condicionará, por su

¹³ Toda secesión supone una modificación (reducción) del ámbito de aplicación personal y territorial de la Constitución. La Constitución deja de aplicarse en un territorio y una parte de la población (la que habita el territorio que se independiza) deja de estar sujeta a la misma.

¹⁴ STC 42/2014, de 25 de marzo. FONDEVILA, M.: “Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014. Págs. 587-606. FOSSAS ESPALDER, E.: Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014. Págs. 273-300. TAJADURA, J.: “La STC 42/2014, de 25 de marzo: la introducción del ‘derecho a decidir’ en el ordenamiento jurídico español” en *La última jurisprudencia relativa al Parlamento, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz*, 2016, págs. 57-90.

parte, la obligada aparición de unos límites implícitos materiales, cuya fundamentación y desarrollo han de ser deducidos, desde la lógica de la legitimidad, como necesario correlato de los valores materiales y los supuestos políticos en que se inspira y se vertebra el moderno Estado constitucional”¹⁵.

En este sentido, no merece la pena discutir sobre si los principios y los valores legitimadores del ordenamiento constitucional forman parte o no de la realidad jurídica y tienen, por tanto, un valor normativo o no, en la medida en que, con frecuencia, y así ha ocurrido en el caso español, dichos principios y valores han sido expresamente recogidos por el constituyente (artículos 1 y 10). Por ello, lo que importa es subrayar que “lo que resulta incuestionable es que, bien cuando aparecen como elementos claramente definidos en los textos constitucionales o en los preámbulos de los mismos, o bien cuando se presentan como supuestos indiscutibles de la ideología social imperante, esos principios y valores legitimadores del ordenamiento, tendrán por fuerza que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a todo poder de reforma”¹⁶.

Entender que el artículo 168 otorga al poder de reforma la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que jurídicamente repugna a la lógica global del Estado Constitucional. Por ello dicho precepto, en el marco de una Constitución normativa, sólo puede ser interpretado en el sentido de que el poder de reforma puede alterar toda la literalidad de la Constitución siempre y cuando respete los mencionados principios y valores legitimadores del Estado Constitucional en general¹⁷, y los de la fórmula política del Estado español, en particular.

¹⁵ DE VEGA, P.: La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente, Tecnos, Madrid, 1991. Pág. 283-284. En este sentido, revisten también gran interés, las reflexiones del profesor Ruipérez que se sitúan en la senda marcada por su maestro el profesor De Vega: RUIPEREZ, J.: “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional” en Revista de Estudios Políticos, núm. 75, 1992. Pág. 233-258.

¹⁶ DE VEGA, P.: La reforma constitucional...ob. cit. Pág. 285. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Balaguer, uno de los más cualificados estudiosos de nuestro sistema de fuentes: “Existen límites materiales a la reforma que se derivan de la interdicción de desnaturalizar el orden constitucional vigente. La falta de explicitación de los mismos no impide su eficacia jurídica que se manifiesta en la imposibilidad de aceptar, bajo el régimen constitucional vigente y desde una perspectiva jurídica, determinadas reformas que desfiguren el núcleo esencial de la Constitución”. BALAGUER, F.: Fuentes del Derecho, Tecnos, Madrid, 1992. Vol. II. Pág. 39.

¹⁷ Existen unos límites materiales implícitos que operan en el seno de todo Estado Constitucional y son comunes, por tanto, a todos los ordenamientos. Dichos límites vienen configurados por los tres principios esenciales e inherentes a esta forma histórica de Estado: el primero de ellos, es el principio democrático según el cual la soberanía reside en el pueblo, titular indiscutido e indiscutible del poder constituyente; los otros dos encuentran su fundamento en aquél, y son el principio político liberal que se manifiesta en la garantía de la libertad mediante el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales de los individuos y en la organización del Estado conforme al principio de separación de poderes; y el principio jurídi-

Con estas premisas, entendemos que el principio democrático según el cual la soberanía reside en el pueblo, se configura como un límite material implícito a la reforma constitucional. Por lo que se refiere a la Constitución española, es el artículo 1. 2 el que contiene el principio democrático de la soberanía popular. La supresión del mismo ha escrito el profesor Pedro de Vega, no podría interpretarse como una operación de revisión, “sino como un acto revolucionario de destrucción de la Constitución existente”¹⁸.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, conviene recordar siguiendo también a De Vega que tres son los aspectos o dimensiones que la Reforma Constitucional presenta: a) en primer lugar es un instrumento para adecuar la realidad jurídica a la realidad política; b) en segundo lugar, es un mecanismo para articular la continuidad histórica del Estado, c) y, finalmente, en tercer lugar, es una institución básica de garantía¹⁹. Porque esto es así no hace falta demasiada agudeza para concluir que si la reforma sirve para articular la continuidad del Estado que es tanto como para preservar la continuidad del Constituyente para lo que nunca podrá ser utilizada es para la destrucción del Estado y del Constituyente. Este acto revestirá por fuerza, siempre, la naturaleza de un acto revolucionario²⁰. En definitiva y, como lúcidamente ha subrayado el profesor Ruipérez “el reconocimiento del *ius secessionis* (exigiría) que hiciese su entrada en escena un nuevo Constituyente como poder revolucionario, fáctico, político-existencial, absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad que es, en definitiva, el único sujeto que puede realizar la hipótesis de lo que Carl Schmit denominó ‘cambio de constitución’ o en su caso proceder a la aprobación de un nuevo Texto Constitucional”²¹.

Las denominadas “secesiones pactadas” no tienen cabida en el Estado Constitucional en general²², y en el nuestro, en particular. Los procedimien-

co de supremacía constitucional, que se traduce en la existencia de un procedimiento específico de reforma y de control de constitucionalidad de las normas.

¹⁸ DE VEGA, P.: La reforma...ob.cit....pág. 286.

¹⁹ DE VEGA, P.: La reforma constitucional...ob.cit. pág. 67. “Si frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía”. Pág. 69.

²⁰ Dicho con otras palabras, la reforma podrá afectar al acto constitucional pero para lo que no podrá nunca ser utilizada es para la destrucción o transformación del pacto social. Me remito a TAJADURA, J.: “El pacto social como límite a la reforma del acto constitucional” en (Roura, S., y Tajadura, dirs) La Reforma Constitucional, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

²¹ RUIPEREZ, J.: Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003. Pág. 321.

²² Los casos británico y canadiense se configuran como excepciones que sólo tienen sentido en el marco de un constitucionalismo flexible, en el que la vigencia del principio de soberanía parlamentaria permite eludir el problema de la reforma constitucional. Y aun ese marco

tos de reforma constitucional no son aptos tampoco para incluir cláusulas y procedimientos que conduzcan a la secesión. Únicamente el Poder Constituyente podría -en teoría- incluir una de estas cláusulas pero con ello renunciaría a cumplir con su función básica: constituir un Estado, puesto que lo que estaría alumbrando es una comunidad política meramente provisional.

En España, el procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 168 tampoco permite incluir en la Constitución una hipotética cláusula de secesión. Esta sólo podría establecerse en el supuesto de que se abriera un nuevo proceso constituyente para elaborar y aprobar un nuevo Texto Constitucional que reemplazara al vigente.

En definitiva, de la misma forma que el Derecho Internacional consagra el derecho a la integridad territorial de los Estados que, como España, cuentan con gobiernos representativos “de la totalidad del pueblo perteneciente al territorio”, y se opone por tanto a cualquier pretensión secesionista, el Derecho Constitucional impide también incluir el derecho de secesión en el ordenamiento interno.

Precisado así el significado y alcance de la secesión, en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional, vamos a examinar sus implicaciones en el marco de la Unión Europea.

4. La obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de mantener su integridad territorial.

La secesión unilateral de una parte del territorio de un Estado miembro nunca podría ser reconocida por los demás Estados y por la propia Unión puesto que dicho reconocimiento es incompatible con el respeto al principio de integridad territorial de los Estados miembros, y sería contrario al principio de lealtad o de cooperación entre los Estados miembros entre sí, y entre estos y la Unión. Por tanto, el problema surge, una vez más, al enfrentarnos a la hipótesis de las secesiones pactadas. ¿Tiene cabida en el ordenamiento comunitario europeo la secesión pactada o consensuada de una parte de un Estado miembro? ¿Qué consecuencias jurídicas se derivarían de una tal secesión?

Los responsables políticos de la Unión Europea – y singularmente, la Comisión – se han limitado a recordar que los nuevos Estados surgidos de un proceso de secesión territorial respecto a un Estado miembro (sea Escocia respecto al Reino Unido, Cataluña respecto a España, o cualquier otro) quedan fuera de la Unión, se convertirían en terceros Estados (en el supuesto de

resulta discutible puesto que una cosa es que el Parlamento de Westminster sea soberano y otra muy distinta que pueda disponer libremente de esa soberanía.

ser reconocidos como tales²³) y deberían pedir el ingreso, caso de querer formar parte de la Unión Europea²⁴. Que lo logran o no dependería del complicado proceso de adhesión regulado en los Tratados y que exige, en todo caso, la unanimidad de los Estados miembros. Estas advertencias han sido formuladas para rechazar las tesis de quienes sostenían – contra toda lógica jurídica – que un Estado surgido de la fragmentación de otro podía continuar en el seno de la Unión. Desde esta perspectiva, el recordatorio de lo obvio, esto es, de que abandonar el Estado (Reino Unido, España o el que sea) implica dejar de pertenecer a la Unión Europea, ha tenido efectos positivos. Pero, a pesar de ello, la posición oficial de la Comisión Europea da a entender que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la fragmentación de un Estado miembro es posible. Es decir, la Comisión sostiene que esa eventual fragmentación de un Estado miembro no sería contraria al Derecho Comunitario Europeo.

Desde esta óptica, la Unión Europea ha sostenido –y continúa haciéndolo– que los conflictos secesionistas son asuntos internos de los Estados miembros que ellos mismos deben resolver y que, como tales, no afectan a sus relaciones con la Unión. En consecuencia, la Comisión Europea – y el resto de instituciones europeas– se limitan a permanecer como espectadoras de unos procesos en los que no se consideran legitimados para intervenir. Esta peligrosa y sorprendente postura se fundamenta en el supuesto silencio que el Derecho comunitario guarda sobre la cuestión y en una determinada interpretación del artículo 4. 2 del TUE.

La retirada de un Estado miembro tiene una cobertura jurídica expresa en los Tratados. Sin embargo, el caso de la secesión de una parte de un Estado no tiene cobertura jurídica alguna. No está contemplado por los Tratados. Algunos deducen de esa omisión, esto es, de la ausencia de una prohibición expresa, que está permitido. Es decir, que la secesión del territorio de un Estado no es contraria al Derecho comunitario europeo y que, por tanto,

²³ La Unión Europea y los Estados miembros nunca podrían reconocer a un Estado surgido de un proceso secesionista respecto a uno de ellos (salvo que este eventualmente lo hubiera consentido). Un proceso de esa naturaleza constituye por definición un atentado al principio de integridad territorial (consagrado en el artículo 4. 2 TUE), que vincula a la Unión y a sus miembros, impidiéndoles reconocer al pretendido nuevo Estado.

²⁴ Esto fue señalado por primera vez con absoluta claridad por el Presidente de la Comisión, Romano Prodi, en febrero de 2004, ante el Parlamento Europeo: “cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de formar parte de ese Estado, por ejemplo porque se convierte en un Estado independiente, los tratados dejarán de aplicarse a este Estado. En otras palabras, una nueva región independiente, por el hecho de su independencia, se convertirá en un tercer Estado en relación con la Unión y, desde el día de su independencia, los Tratados ya no serán de aplicación en su territorio”. Añadiendo que el nuevo Estado podría presentar la solicitud de ingreso en la Unión, lo que sólo lograría “si es aceptado por el Consejo por unanimidad”.

si un Estado miembro consiente su fragmentación, y con ello la reducción del territorio de la Unión, no está violando el Derecho Europeo. Frente a esta tesis, considero que una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados conduce a entender lo contrario. Si los Tratados no prohíben los procesos separatistas es porque no se considera necesario hacerlo expresamente en la medida en que dicha prohibición se deduce de los valores, principios y fines de la Unión (artículos 2 3 y 4 TUE). Estos se sintetizan en la voluntad de alcanzar “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”. Es evidente que el fortalecimiento de la Unión es absolutamente incompatible con la fragmentación de los Estados miembros. El único precedente que se puede invocar en sentido contrario no es tal. Me refiero a la independencia de Argelia respecto a Francia y ello porque se trata de un territorio que está en otro continente geográfico.

Al ingresar en la Unión Europea en virtud del correspondiente Tratado de Adhesión, los Estados asumen el “acervo comunitario”, e incorporan así a su derecho interno el derecho comunitario europeo en su totalidad. Los Estados se comprometen a respetar el cumplimiento de ese derecho en la totalidad de su territorio y en relación a toda su población²⁵. El territorio de un Estado no es algo irrelevante para la Unión Europea. Antes al contrario, es el ámbito de aplicación espacial de su Derecho y de realización de sus políticas.

Si el Reino Unido o España -o cualquier otro Estado miembro- consiente la reducción de su territorio está afectando de forma negativa y grave a la Unión al fragmentar el espacio europeo: el mercado interior y el espacio de libertad y justicia. La secesión constituye una ruptura unilateral de la unidad de mercado y de la unión monetaria, implica la suspensión de la eficacia de los derechos y obligaciones derivados del acervo jurídico de la Unión y podría determinar también la retirada de la ciudadanía europea a los nacionales que viven en el territorio independizado. Por ello, desde un punto de vista jurídico, todo proceso secesionista (y a estos efectos tanto da que sea unilateral como pactado) implica la violación - manifiesta y grave - del artículo 4, apartado tercero, del TUE, auténtico pilar de la Unión Europea como Comunidad de Derecho:

“Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su mi-

²⁵ Por todos, ALONSO GARCIA, R.: Sistema jurídico de la Unión Europea, 4ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2014. Págs. 275 y ss.

sión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

En su dimensión negativa, el principio de cooperación/lealtad se traduce en la prohibición del ejercicio abusivo de las competencias estatales, en la obligación de no ir contra los actos propios, y en la interdicción de suspender la reciprocidad de las obligaciones derivadas del derecho europeo. En su faceta positiva, el principio supone el compromiso de facilitarse cooperación mutua y de mantener relaciones institucionales fluidas y cordiales ²⁶.

Aplicando este principio, la competencia de los Estados miembros sobre su propio territorio reviste otro significado. Esa competencia no puede ser ejercida de forma abusiva. Y a la luz de esa lealtad federal, resulta abusivo aquel ejercicio que causa un perjuicio real y grave a la propia Unión. Es un ejercicio abusivo y prohibido en tanto que todos los Estados miembros están obligados a abstenerse “de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”. La secesión es, sin duda, una medida de ese tipo.

La jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la primacía del derecho europeo sobre el derecho nacional debería disipar cualquier duda posible sobre esta cuestión. Desde el asunto *Flaminio Costa* (1964), el Tribunal afirmó que los Tratados prevalecen sobre cualquier norma de derecho interno incluso de rango constitucional. Un Estado no puede ampararse en su Constitución nacional para llevar a cabo un incumplimiento del derecho comunitario. Tampoco en una supuesta estructura constitucional que diera cobertura a la secesión (como se ha argumentado en el Reino Unido)²⁷. Si pudiera hacerlo, el derecho comunitario no podría ser concebido como un auténtico ordenamiento jurídico, o dicho con mayor rotundidad no sería derecho. Por la misma razón, nadie discute que el principio de primacía opera también frente a cualesquiera reformas constitucionales que pueda emprender un Estado. Con independencia del contenido y efectos de estas reformas nunca podrían ser alegadas para incumplir una obligación derivada del Derecho Comunitario.

En este contexto, la fragmentación de un Estado puede ser considerada

²⁶ BLANQUET, M.: *L'article 5 du Traité CEE: resserche sur les obligations de fidelité des Etats membres de la Communauté*. LGDJ, Paris, 1994.

²⁷ “Al Derecho nacido del Tratado – afirma el Tribunal de Justicia de la Unión – surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”; de ahí que “la alegación de los derechos fundamentales, tal y como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no pueden afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”. Asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (1970).

como el resultado de una reforma constitucional (para quienes conciben esta como una operación materialmente ilimitada) o como una destrucción constitucional (para los que defendemos que la reforma tiene unos límites materiales que no puede sobrepasar, y la unidad de la comunidad política es uno de ellos), pero al margen de ello, lo cierto es que para lo que nunca puede servir – desde el punto de vista del derecho europeo – es para dejar sin efecto el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho ordenamiento. Entender lo contrario supone admitir que cualquier Estado miembro utilizando el expediente de una reforma/destrucción de su Texto Constitucional podría romper el mercado único y el espacio europeo de libertad y justicia, consintiendo la secesión de parte de su territorio nacional. Sólo desde un formalismo extremo podría replicarse que no hay incumplimiento alguno puesto que en el resto del territorio, el Estado miembro sigue cumpliendo sus obligaciones. Ello supone olvidar que desde la perspectiva de los fines atribuidos a la Unión en el artículo 3, el mantenimiento de su unidad es ya una obligación de todo Estado miembro.

Por todo lo anterior, es posible defender que una interpretación conjunta de los artículos 3 y 4 del TUE permite deducir de ellos la obligación de todo Estado miembro de mantenerse unido y de adoptar todas las medidas necesarias para evitar su fragmentación (y la del ámbito de aplicación espacial del derecho europeo).

Desde esta óptica, la fragmentación territorial – al margen de las previsiones establecidas en los Tratados – implica un atentado contra el principio de lealtad federal reconocido en el art. 4. 3 TUE. Si un Estado miembro pactase la secesión de una parte de su territorio, estaría violando el art. 4. 3 TUE según el cual los Estados “se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”. Difícilmente puede coonestarse con la lealtad federal europea la cancelación unilateral de la eficacia de las relaciones jurídicas de los Tratados y el derecho derivado en una parte de los Estados miembros. “En este sentido – escribe De Miguel – van contra este principio de lealtad federal tanto las autoridades regionales que llevan a cabo una declaración unilateral de independencia, como los Estados miembros que permiten que una parte de su territorio alcance la secesión de acuerdo a sus normas constitucionales internas sin tener en cuenta las normas e intereses de la UE”²⁸.

De todo lo anterior se deduce que la secesión tanto unilateral como pactada es contraria al Derecho europeo. Una decisión nacional que implique la secesión de una región supondría un acto ilícito aunque no inválido, del derecho comunitario, en la medida en que no existe un poder de coerción de las instituciones europeas para castigar al Estado o territorio incumplidores.

²⁸ DE MIGUEL, J.: La cuestión de la secesión...ob. cit. Pág. 243.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional interno, la secesión –al no estar permitida por la Constitución– se configura como un acto ilícito e inválido, por lo que puede y debe ser desconocido por los poderes centrales del Estado que están facultados para emplear todas las medidas necesarias para restablecer la legalidad.

Ahora bien, que se trate de un acto ilegal no quiere decir que no tenga efectos. Los tendría, en el supuesto de que como situación fáctica lograra imponerse sobre el orden jurídico constituido. Por ello es preciso describir siquiera brevemente las consecuencias derivadas de una secesión para el Estado matriz y para el nuevo Estado.

A. En relación con el estado matriz se plantea la cuestión de si podrá seguir formando parte de la Unión o no. La sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional debe analizarse desde la perspectiva de las normas y la práctica de la organización internacional de que se trate. En el caso de la Unión Europea (y lo mismo cabe decir respecto a otras como la ONU o la Alianza Atlántica), la pérdida de la condición de miembro sólo se produciría si se extinguiera la personalidad jurídica internacional. Es decir, salvo que el Estado matriz en cuestión (Reino Unido, España, u otro) desapareciera como sujeto de derecho internacional, conservaría su condición de miembro de la Unión Europea²⁹. La extinción de la personalidad jurídica solo se produciría en el caso de disolución pactada del Estado (como ocurrió en Checoslovaquia en 1990³⁰) o cuando la fragmentación del estado matriz hiciera irreconocible la estructura estatal previa (Yugoeslavia).

En este contexto, si un Estado miembro de la UE (Reino Unido, España u otro) pierde una parte de su territorio y población como consecuencia de un proceso de secesión, mantendría su condición de Estado miembro³¹. Ahora bien, en el plano institucional se producirían importantes modificaciones. Dado que la población del Estado es un elemento fundamental para determinar la atribución de votos en el Consejo de la UE, la reducción del número de habitantes supondrá una pérdida de votos. El número de miembros en el Parlamento Europeo se verá reducido por la misma razón. Lo mismo ocurri-

²⁹ El Informe del Gobierno británico – elaborado sobre la base de los dictámenes de numerosos internacionalistas consultados – sostiene que – tras una eventual independencia de Escocia – el Reino Unido conservaría su condición de miembro de la UE y que no la eventual pérdida de población y territorio no alteraría sus derechos y obligaciones. CRAWFORD, J. Y BOYLE, A.: *Opinion: Referendum on the Independence of Scotland*. International Law Aspects. February, 2013.

³⁰ YOUNG, R.: “The Breakup of Czechoslovakia”, *Institute of Intergovernmental Relations*, Research Paper n.º 32, 1994.

³¹ ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, M. P. “Problemas actuales de la sucesión de Estados”, en VV.AA.: *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1995, p. 212.

rá con respecto al Consejo Económico y Social o el Comité de las Regiones. Estos ajustes requerirían reformas del derecho europeo. Como la requiere la adhesión de cualquier Estado. Esta reforma vendría a convalidar la secesión como situación de hecho. Reconocería la pérdida de población y territorio del Estado miembro y adaptaría el Derecho Europeo a la nueva situación. En todo caso, esta adaptación en modo alguno implicaría el reconocimiento jurídico del nuevo Estado.

B. El nuevo Estado – surgido de la separación del Estado matriz – tendría que lograr el reconocimiento de los demás para convertirse en un nuevo sujeto de Derecho Internacional. En el supuesto de que lo consiguiera ninguna duda cabe que los Tratados no prevén ningún tipo de posible reingreso automático en la Unión Europea. El nuevo Estado es un tercer Estado para la UE y en el supuesto de que desee adherirse a ella deberá solicitarlo formalmente. Su integración dependerá del cumplimiento de los criterios generales de Copenhague, de los que le fije el Consejo Europeo, y de la superación de los trámites procedimentales previstos en el artículo 49 TUE. Las decisiones relativas al ingreso de nuevos socios exigen la unanimidad de los miembros.

Conviene recordar, en este sentido, que el art. 50. 5 TUE exige que el Estado que se haya retirado de la Unión en ejercicio del derecho previsto en el mismo precepto, se someta al procedimiento formal de adhesión, si solicitare nuevamente su ingreso en la UE.

El eventual ingreso del nuevo Estado requeriría modificar los Tratados: para incluir su nombre en el art. 52 (relación de Estados miembros); su lengua oficial en el artículo 55; y sobre todo, regular su participación en las instituciones.

5. Conclusiones.

La principal conclusión que cabe extraer de este trabajo es que la secesión es un fenómeno que provoca inestabilidad e incertidumbre, tanto en el ámbito de los Estados como en el de la Unión Europea. En el constitucionalismo de la globalización al que está dedicado este Congreso, la secesión se manifiesta siempre como un proceso patológico y destructivo que por sus efectos desestabilizadores es preciso evitar.

En todo caso, los intentos de limitar sus potenciales efectos destructivos y disgregadores a través del Derecho no pueden hacernos olvidar que existe una incompatibilidad radical entre la secesión como categoría y el Estado de Derecho como paradigma (o Comunidad de Derecho en el caso de la Unión Europea). El presidente norteamericano A. Lincoln era plenamente consciente de esta incompatibilidad cuando al asumir la presidencia de los EE.

UU. recordó que “la secesión es la esencia misma de la anarquía, porque, si un Estado se separa, también puede separarse cualquier otro, hasta que no quede nada del Gobierno ni de la nación³²”.

En el caso concreto de España, hay que subrayar que, en el proceso constituyente, el intento de incluir en el Texto de 1978 el derecho de autodeterminación de partes del territorio nacional fue objeto de un rechazo expreso. La enmienda que, en este sentido presentó, el diputado vasco Letamendía suscitó el más absoluto de los rechazos. Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional no descarta que el derecho en cuestión pueda ser incluido mediante una reforma constitucional llevada a cabo según el procedimiento del art. 168. Cabría de esa forma dar cobertura y legitimidad a un referéndum pactado de autodeterminación. En este trabajo hemos expuesto nuestra oposición a esa tesis.

Otros importantes Tribunales Constitucionales europeos ven las cosas de otra manera. Así, por ejemplo, -y como bien saben nuestros colegas italianos participantes en este Congreso- la Corte Constitucional de Italia en su sentencia del 29 de abril de 2014 declaró que la soberanía “es un valor de la República unitaria que ninguna reforma puede cambiar sin destruir la propia identidad de Italia”. Cualquier actuación que suponga un quebranto de la unidad de Italia implica “subversiones institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República”. Y ello –subraya el Tribunal en una conclusión que nuestro Tribunal Constitucional debiera también asumir como propia –“la unidad de la República es uno de los elementos tan esenciales del ordenamiento constitucional que está sustraído incluso al poder de revisión de la Constitución”.

En términos similares se pronuncia el Tribunal Constitucional de Alemania que, ante una petición de celebración de un referéndum de independencia en Baviera, resolvió que “no hay espacio para aspiraciones secesionistas de un Estado federado en el marco de la Constitución: violan el orden constitucional”. Y ello porque en la República federal, como “Estado nacional cuyo poder constituyente reside en el pueblo alemán, los Estados federados no son dueños de la Constitución” (Auto del 16 de diciembre de 2016).

En su rechazo contundente y rotundo al reconocimiento de la posibilidad de secesión de una parte de su territorio coinciden los Estados Unidos y China. El Tribunal Supremo norteamericano se ha referido siempre al país como una Unión indestructible de Estados indestructibles. Y en el 19º Congreso del Partido Comunista de China celebrado en 2017, las palabras más aplaudidas del Secretario General Xi Jinping han sido las siguientes: “Defenderemos con resolución la soberanía y la integridad nacional y no tolera-

³² MUCHNICK, M.: “Lo que de verdad le importaba a Lincoln” en EL PAIS, 8 de noviembre de 2014.

remos de ninguna manera la tragedia de la división del país. Cualquier actividad dirigida a dividir la patria encontrará la oposición más firme del pueblo chino. Nunca permitiremos a nadie, persona, organización o partido político, en ningún momento y de ninguna forma, que separe un solo pedazo de territorio chino de China”.

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, la lectura que algunos hacen del Tratado según la cual, los procesos de secesión en el seno de los Estados miembros son asuntos internos de estos sobre los que ni las instituciones ni el derecho de la Unión tienen nada que decir, resultan tan sorprendentes como peligrosas. En este trabajo hemos expuesto también nuestra oposición a esa tesis “oficial”. Europa debería liderar la lucha contra el secesionismo.

En la Europa del siglo XXI, la ruptura de una comunidad política y la fragmentación de una sociedad no pueden presentarse nunca como un objetivo democrático legítimo. El derecho de secesión sólo puede justificarse – desde un punto de vista ético y jurídico- en el caso de comunidades cuyos miembros no vean respetados sus derechos fundamentales.

Ante acontecimientos tan graves y dramáticos como la insurrección de Cataluña urge dar una respuesta política y jurídica al problema de la secesión: ¿Qué puede hacer la Unión Europea para que no vuelva a repetirse un experimento con un potencial desestabilizador tan formidable como el sufrido en Escocia? En España, Bélgica, Italia, Chipre, Rumanía o Eslovaquia, por citar sólo algunos casos muy claros, fuerzas políticas independentistas apelan al precedente escocés como modelo. A partir de ahora, debería quedar muy claro que no es un modelo válido para la Unión Europea.

La Unión Europea debería recordar que los procesos secesionistas son contrarios a los valores y principios fundacionales del proyecto europeo. Y que esa incompatibilidad no sólo es política, sino que también lo es desde un punto de vista jurídico. Como he expuesto en las páginas precedentes la fragmentación de un Estado miembro por secesión de una parte de su territorio resulta incompatible con los artículos 3 y 4 del TUE. A la vista de la confusión existente y ante la gravedad de las amenazas que se ciernen en el futuro sobre el proyecto de integración europea sería conveniente que las instituciones europeas entraran al fondo del problema.

Lo deseable – una vez más – sería emprender una reforma de los Tratados que cerrase la vía – de forma clara y definitiva – a cualquier aventura o experimento secesionista. Se trataría de introducir en el Tratado una regulación expresa que no sólo prohibiera todo proceso de secesión en un Estado miembro, sino que garantizara también que, en el supuesto de que dicha prohibición no fuera respetada, el pretendido nuevo Estado nunca podría ser admitido en la Unión. En todo caso, y mientras no se plantee un proceso de reforma de los Tratados (que por otro lado la crisis de la eurozona hace de él

un objetivo ineludible) las instituciones – cada una en el ámbito de sus competencias – deberían contribuir a clarificar la situación y a conjurar las amenazas secesionistas.

El Consejo Europeo –por unanimidad- y el Parlamento Europeo – por una mayoría muy cualificada de representantes de los partidos europeístas –, deberían aprobar sendas declaraciones políticas recordando, por una parte, que el Derecho Comunitario implica la prohibición por parte de los Estados miembros de consentir cualquier secesión dentro de un Estado miembro; y formulando también, como advertencia general, la prohibición de ingreso de cualquier Estado surgido de la fragmentación de otro. Para ello habría que incluir esta advertencia en los denominados criterios de Copenhague. Al fin y al cabo resulta absolutamente incomprensible que, quien aspira a una soberanía propia e ilimitada, y para ello quiere independizarse de un Estado, sea admitido en una organización cuya razón de ser y finalidad es precisamente compartir la soberanía.

TENDENZE DEL FEDERALISMO IN EUROPA DOPO LA CRISI

Andrea Morrone*
Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dialettica dei valori nell'esperienza federale: il governo duale per l'integrazione politica. – 3. Il federalismo tra forma e sostanza: la pre-esistenza di comunità politiche portatrici di valori identitari. – 4. Processo federale e tendenze dello stato federale: i fattori di centralizzazione. – 5. Crisi economica e stato federale in Europa: il problema costituzionale della sostenibilità in un ordinamento in divenire. – 6. Note conclusive.

1. *Premessa*

Dopo un decennio dalla crisi economico-finanziaria è possibile svolgere un rendiconto sullo stato di salute delle nostre istituzioni. Mi concentrerò su un aspetto particolare per sostenere un punto di vista specifico: in questi anni sono venuti allo scoperto molti nodi critici del federalismo e delle forme federali di organizzazione politica. L'obiettivo che mi prefiggo è di evidenziare alcuni falsi miti che ricorrono nelle dottrine più in voga, propagatisi nelle culture nazionali, specie in quelle che lamentano nel tempo presente la crisi dello stato federale o dello stato regionale, come se esistesse in natura un modello unico destinato a vivere un'unica esperienza in ogni luogo e in ogni tempo. Il discorso, a questo riguardo, non può essere unico: è necessario distinguere le differenti esperienze, ma al fondo l'analisi permette di isolare alcune tendenze diffuse, che possono connotare il federalismo (e il regionalismo) di caratteri sostanzialmente unitari.¹ La specificità del processo federale in Europa rappresenta un banco di prova cruciale: è questo, infatti, l'ambito nel quale vanno commisurate le riflessioni scientifiche sul federalismo degli stati federali o regionali del vecchio continente.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Bologna; e-mail: andrea.morrone@unibo.it; web: <http://www.unibo.it/docenti/andrea.morrone>.

¹ In questo scritto assumo federalismo e regionalismo quali categorie che rimandano a fenomeni sostanzialmente analoghi, specie se si assume, come faccio, la prospettiva teorica di chi ha dimostrato che le forme politiche dello stato composto (federale, regionale, decentrato) tendono verso esperienze simili: cfr. Barbera 1973.

2. *La dialettica dei valori nell'esperienza federale: il governo duale per l'integrazione politica*

Se risaliamo alle origini della dottrina di Carl J. Friedrich sul processo federale, notiamo che il punto più significativo non è la pure importante rappresentazione di una dinamica a doppio senso – a seconda dei casi, centrifuga o centripeta, che, di conseguenza, permette sfumare, anche in sede teorica, i confini tra lo stato federale e lo stato regionale – ma la definizione di un preciso ed essenziale contenuto materiale che ne costituisce il fondamento *a priori* e ne consente la sopravvivenza.

Secondo il nostro Autore, il “federalismo è anche, e forse soprattutto, il processo di federalizzazione di una comunità politica; cioè il processo attraverso il quale un certo numero di comunità politiche separate entrano in un’organizzazione comune per raggiungere soluzioni, adottare politiche comuni, decidere insieme su problemi comuni; e, all’opposto, il federalismo è anche il processo attraverso il quale una comunità politica unita si differenzia in un tutto federalmente organizzato. Le relazioni federali sono per natura relazioni in continuo mutamento. Qualsiasi comunità organizzata federalmente deve quindi essa stessa provvedere agli strumenti che permettano la revisione ricorrente del suo modello o disegno. Solo in questo modo l’equilibrio instabile tra valori, tra interessi e credenze, condivise e diverse, può effettivamente riflettersi in relazioni più differenziate o più integrate” (Friedrich 1968, 3 ss).

L’aspetto significativo è, in particolare, che il “processo di federalizzazione accompagna, per così dire, lo sviluppo comunitario, nella forma della controparte organizzativa. Se i valori, gli interessi, le credenze presentano un modello stabile e strutturato, nel quale valori, interessi e credenze condivisi sono controbilanciati da valori, interessi e credenze specifici, anche se territorialmente diffusi, allora uno sviluppo federale diventa possibile” (Friedrich 2002, 265, 273).

Il federalismo come processo dinamico, condizionato da fattori storici, economici, politici, sociali, presuppone la formazione e la coesistenza di valori, comuni e diversi, riferibili a comunità territorialmente localizzabili, e deve potere realizzare continui bilanciamenti tra le esigenze dell’unità nazionale e le esigenze della specificità territoriale. Il processo federale, in altri termini, s’invera quando è in grado di esprimere una condizione di equilibrio dinamica, e non statica, tra valori locali e nazionali, tra pluralismo e unità. Secondo Daniel J. Elazar il “federalismo risponde al bisogno dei popoli e delle comunità politiche di unirsi per perseguire fini comuni, restando tuttavia separati per conservare le rispettive identità” (Elazar 1998 ma 1987, 28). Da questo punto di vista si può dire che il federalismo esprima, nelle sue manifestazioni concrete, una variante istituzionale del processo di integrazione politica (laddove il concetto di “integrazione” sia inteso nel senso di

una unificazione politica e non in quello riduttivo e sicuramente in contraddizione con il federalismo di una “uniformità” di trattamento). Nel contesto federale, perciò, autonomia e sovranità “si escludono reciprocamente” (Friedrich 1968), perché l’idea federale è che istituzioni e relazioni politiche vengono costituite mediante patti, accordi solenni, compromessi (Elazar 1998, 28; Friedrich 1968).

Gli Stati Uniti d’America, sempre secondo Friedrich, costituiscono un “archetipo” proprio perché il federalismo, in quella realtà, non si è concretizzato solamente in una “*consociatio*” di Stati ma anche nel governo di individui. Il “sentimento americano”, nato dalla guerra contro l’Inghilterra, si è aggiunto ai “vecchi patriottismi locali” (Albertini 1993, 52): i cittadini degli Stati Uniti d’America, infatti, appartengono a due comunità, quella statale e quella della nazione.

Governare interessi differenziati territorialmente, al pari di qualsiasi processo di integrazione pluralistica, è possibile solo se tutti i cittadini, non importa il luogo nel quale vivono, si sentono parte di un comune destino di vita, come avrebbe detto Ernest Renan (Renan 2004, 16). Il principio di omogeneità valoriale è la base di qualsiasi modello propriamente federale (Friedrich 2002, 287, 293): l’assenza di quel principio o rende impossibile il processo di unificazione federale o, laddove esiste già uno stato federale o regionale, conduce alla dissoluzione dell’unità politica e alla formazione di stati separati e “sovrani” (per usare una categoria ritenuta, da tempo, logorata ma, pur sempre, necessaria per spiegare i fenomeni di aggregazione politica). Solo in questa circostanza, quando vengono meno valori condivisi, può ritenersi legittima la “secessione”: diversamente, dal punto di vista del diritto costituzionale, quella domanda è solo il simulacro di un diritto, solo una pretesa di fatto priva valore giuridico.²

3. Il federalismo tra forma e sostanza: la pre-esistenza di comunità politiche portatrici di valori identitari

Il federalismo, nelle sue manifestazioni concrete, implica dunque comu-

² Non scalfisce l’assunto nel testo la vicenda relativa al referendum per la secessione del Quebec. La pure innovativa giurisprudenza della Corte suprema canadese (*Reference re Secession of Québec* del 1998, 2 R.C.S. 217), nel valorizzare il principio del consenso quale presupposto per addivenire ad un accordo costituzionale sul modo di coesistere dei diversi “popoli” del Canada, ha posto l’accento sul fatto che qualsiasi decisione concordata abbia riguardo ai valori fondamentali stabiliti dalla Costituzione federale. La decisione unilaterale di secedere, in altri termini, è illegittima, mentre solo un processo democratico e aperto sui contenuti dell’unità politica potrebbe condurre anche alla legittima possibilità che una parte del Paese si separi dal resto.

nità di individui che condividono valori *comuni* ma che sono, al contempo, portatori di valori *specifici*. Per usare un'espressione cara ad Adriano Olivetti, il federalismo è l'"ordine politico delle comunità"³, precisamente l'ordinamento di comunità diverse che si *integrano* mediante un "*foedus*", che trova la sua sanzione giuridica in una costituzione. La lingua tedesca permette di evidenziare la differenza *qualitativa* di questo processo quando contrappone lo *Staatenbund* al *Bundesstaat*. L'*integrazione* riguarda i modi di essere di un popolo e, quindi, la sua cultura. Seguendo Olivetti: la "comunità è il nucleo elementare di uno Stato che vuole mantenere un determinato livello di cultura e di valori che potrebbe andare perduto se essa assumesse la fisionomia di ente completamente autonomo. Compito di una civiltà è di conferire a tutti i suoi elementi la perfezione realizzata da taluni di essi. Soltanto uno Stato che avverta la necessità di un continuo trasferimento di valori dalla periferia al centro e dal centro alla periferia, può realizzare un alto grado di civiltà" (Olivetti 1945, 36).

Le forme istituzionali federali *seguono* il processo di formazione e di sviluppo dell'*integrazione* tra le comunità territoriali locali e la comunità nazionale, non lo precedono. Il federalismo, in quanto organizzazione, vuole già in essere una certa dialettica tra credenze, interessi, valori nazionali e locali. Il diritto può, forse, agevolare il consolidamento di valori comuni e di valori locali differenziati, attraverso la devoluzione di poteri e di compiti dal centro alle periferie e viceversa, a seconda del verso che assume il processo federale. Non può, tuttavia, arrivare al punto di crearli *ex nihilo*. Di questo – apparentemente semplice ma – essenziale dato di realtà non sempre sono consapevoli i *leader* politici e i legislatori, sia quando stabiliscono una costituzione federale, sia quando operano una revisione in senso federale della costituzione preesistente.

Excursus 1. L'esperienza della Repubblica italiana è emblematica: le regioni sono nate come Minerva dalla testa di Giove, senza avere nessuna o quasi nessuna radice in processi comunitari di formazione di interessi territoriali localizzati. L'esigenza di "fare l'Italia" nel 1860 aveva totalmente sacrificato qualsiasi pure timida velleità di "discentramento" amministrativo di dimensione regionale, da porre accanto al livello comunale e provinciale di organizzazione della cosa pubblica. Dopo la II guerra mondiale e dopo la guerra di liberazione che ha diviso il Paese a seguito dell'armistizio firmato l'8 settembre 1943, è stata l'esigenza di "fare gli italiani" che ha condizionato i lavori dell'Assemblea costituente, con la conseguenza che l'ordinamento dello "stato regionale" è venuto alla luce quasi per caso (frutto di un compro-

³ La comunità concreta, intesa come "società umana, solidarista e personalista", Olivetti 1945, 15.

messo tra democristiani e comunisti dopo la rottura dell'unità antifascista per finalità di garanzia reciproca) e, comunque, secondo un modello indeciso, sulla base tecnicamente di un compromesso dilatorio, che consegnava "un vaso vuoto con sopra la «targhetta» regione" (Salvemini 1949) o una "pagina bianca" (Giannini 1968) nelle mani libere del legislatore futuro. Le regioni corrispondevano agli antichi comparti statistici del Regno d'Italia: erano, dal punto di vista territoriale, inventate a tavolino e senza nessun riferimento concreto di tipo geografico, totalmente prive, tranne alcune delle cinque regioni speciali nelle quali erano presenti minoranze linguistiche omogenee, di qualsiasi elemento identificativo di una "comunità" locale.

Neppure *ex post* la storia del regionalismo ha conosciuto la formazione di comunità autonome in senso materiale: l'esigenza di realizzare un necessario e benemerito programma di integrazione politica e sociale di dimensione nazionale, sul quale convenivano le forze politiche egemoni, i colpevoli ritardi nell'attuazione dell'ordinamento delle regioni ordinarie, l'ipoteca rappresentata dalla deludente esperienza delle regioni ad autonomia differenziata, insieme ad una diffusa cultura accentuatamente centralista, che ha fortemente compresso i trasferimenti di funzioni dal centro alle regioni (in tutto tre in venticinque anni), e ha favorito una legislazione statale pervasiva anche al di là di quanto necessario a garantire condizioni di vita equivalenti; a una giurisprudenza costituzionale sostanzialmente adesiva alle scelte di politica nazionale e quasi del tutto insensibile alle ragioni dell'autonomia e del decentramento e, infine, alla cronica debolezza della classe politica e delle istituzioni territoriali locali, hanno reso le regioni solo una *formula* organizzativa, un'amministrazione diventata sempre più pesante e costosa, che si è aggiunta, spesso in concorrenza, a quelle di comuni e province e non, piuttosto, un ente di governo di interessi differenziati riferibili a comunità territoriali locali (Barbera 1973). Negli anni '90, la soluzione alla crisi del regionalismo viene trovata in riforme dirette a rafforzare l'autogoverno regionale e locale e i poteri legislativi delle prime come controparte della riduzione del ruolo e delle competenze dello stato. Viene così prevista l'elezione diretta dei sindaci, dei presidenti delle province e delle giunte regionali. Le riforme costituzionali varate tra il 1999 e il 2001, in particolare, hanno voluto realizzare una profonda trasformazione in senso federale. Due le traiettorie: alle regioni è stato affidato il potere di darsi una propria forma di governo (ben al di là di quanto consentito negli stati federali, dove vige un principio di omogeneità tra modello di governo nazionale e statali); si opera una devoluzione di competenze a favore delle regioni e degli enti locali (considerati, nell'art. 114 Cost., enti "costitutivi" al pari dello Stato della Repubblica italiana), secondo il criterio federale che assegna allo stato competenze enumerate e alle regioni tutte le altre. La riforma costituzionale "federale", per l'incompiutezza del progetto (il Senato delle regioni resta nella penna del legislatore), per i conflitti

istituzionali che ha determinato (difficile stabilire nel groviglio delle competenze chi fa cosa), ha palesato non solo la velleità di un progetto costituzionale varato soprattutto per finalità politiche – la maggioranza di centro sinistra voleva il federalismo per contenere la forza politica della Lega Nord, un partito nato e cresciuto sulla base della rivendicazione della secessione della “Padania”, coincidente con le regioni del Nord del Paese – ma anche la sua astrattezza rispetto alla realtà effettiva del regionalismo italiano, che, per le fratture sociali, economiche e politiche che storicamente dividono il Paese, richiede più cooperazione e solidarietà che non competizione e differenziazione tra tutti gli enti di governo (Morrone 2004 e Id. 2010).

4. *Processo federale e tendenze dello stato federale: i fattori di centralizzazione*

Vale la pena, tuttavia, di riflettere sul fatto che la dinamica federale tracciata nel modello di Friedrich sconta una certa dose di astrattezza. Se dal piano formale si scende a quello dell’analisi delle concrete esperienze federali o regionali, è possibile riscontrare alcune costanti che imprimono al processo federale un movimento che lo conduce verso un’unica direzione. Tra differenziazione pluralistica e integrazione politica, è quest’ultimo polo che tende in concreto a prevalere.

Tra i fattori che condizionano in senso *centripeto* il processo federale va considerata, innanzitutto, l’*omogeneità* valoriale presupposta dal federalismo. Se esistono valori comuni della comunità nazionale, questi si riferiscono normalmente ai beni più rilevanti per l’individuo, sia come persona sia come cittadino. I diritti fondamentali, politici, civili e sociali, più di ogni altro bene giustificano in astratto, e hanno permesso in concreto, l’*enlargement of functions* dei governi nazionali, riducendo gli spazi di autonomia dei governi regionali e locali. Oltre ai diritti, svolgono la medesima funzione unificante, anche beni pubblici o comuni come la sicurezza, la politica estera, la politica economica, l’ambiente ecc. Nelle esperienze federali nate da precedenti confederazioni di stati – come negli Stati Uniti d’America, in Germania, ma anche in Argentina – beni fondamentali originariamente riconosciuti come patrimonio di ciascun’entità federata (diritti, moneta, tassazione, ecc.), sono stati progressivamente acquisiti (dopo eventi storici “costituenti”, attraverso norme *ad hoc* o mediante interpretazioni avvalorate dalle corti costituzionali) tra le attribuzioni della federazione o dello stato nazionale. La tutela di “condizioni di vita equivalenti” e, quindi, il principio di eguaglianza, hanno svolto una fondamentale funzione integratrice.

In secondo luogo, l’integrazione politica federale si realizza mediante la presenza di partiti politici strutturati e di dimensione nazionale, che siano portatori di progetti generali di società. Mentre sono, in genere, i partiti re-

gionali o territorialmente organizzati a rappresentare interessi locali differenziati che, nelle situazioni più estreme, possono anche arrivare a pretendere formule politiche confederali o addirittura la secessione. Si tratta di tendenze, è ovvio: esistono infatti eccezioni rilevanti che non possiamo ignorare: basti pensare al caso del Belgio, così come alle vicende relative ai referendum per la secessione in Scozia e in Cataluña. Quello che m'interessa evidenziare è, però, che se il federalismo implica un'omogeneità valoriale, della quale si fanno portatrici forze politiche di carattere nazionale che non perseguono soltanto meri interessi frazionari, questi due fattori rafforzano l'integrazione.

Le cose non cambiano nelle situazioni di "crisi" che ciclicamente ricorrono nella vita di un ordinamento. Le grandi crisi (quelle causate da conflitti bellici, sociali, economici) costituiscono storicamente fattori di accrescimento dei poteri delle istituzioni centrali: tra questi, per l'importanza che riveste, il potere fiscale e il potere di spesa. Basti pensare al peso che hanno avuto le due guerre mondiali nella dinamica del federalismo fiscale americano. Per le crisi economiche, è sufficiente ricordare che la grande depressione del 1929 ha letteralmente trasformato i contenuti materiali dello stato costituzionale – non a caso è da quel momento che convenzionalmente si traccia la linea di cesura tra la forma di stato liberale monoclasse e la forma di stato liberaldemocratico pluriclasse – e, con esso, ha modificato in maniera evidente anche le formule federali di governo. L'esperienza statunitense del *New Deal*, con il programma federale di protezione sociale portato avanti, non senza aspri contrasti con la Corte suprema, da F. D. Roosevelt, resta paradigmatica.

La centralizzazione finanziaria è, comunque, un dato costante in tutte le esperienze federali o regionali. Il "predominio finanziario" dei governi centrali si rafforza, anche per la correlata e coesenziale funzione di redistribuzione della ricchezza del Paese tra le comunità che lo compongono (Wheare 1963, 187, 380). In questo modo l'integrazione federale assume pienamente i contorni di un'*integrazione politica* funzionale a realizzare la coesione sociale in senso nazionale. È importante sottolineare, tuttavia, che non sempre il potere di borsa dello stato centrale si risolve in una riduzione per le politiche di bilancio degli enti decentrati. I trasferimenti erariali, pur condizionando l'autonomia dei governi regionali o locali, permettono a questi ultimi di disporre di risorse necessarie per svolgere i compiti loro assegnati, spostando la questione della responsabilità finanziaria dal versante delle entrate a quello delle spese. Il federalismo fiscale, nella sua accezione più corretta, implica un complesso di relazioni: tra il centro, che normalmente determina i contenuti delle politiche di bilancio, e la periferia che ne organizza l'implementazione concreta. Il federalismo fiscale è radicato sul principio di *accountability* condivisa e, quindi, sul metodo dell'accordo tra tutti gli enti di governo territoriale.

Excursus 2. In questo senso può essere letta l'importante riforma sanitaria americana, nota come *Obamacare*, che ha rappresentato, dopo il New Deal e la *Great Society* di Lyndon Johnson (che segna un momento di enorme espansione delle competenze federali sia per le leggi contro la segregazione che invadono una materia tradizionalmente statale sia per la costruzione dello stato sociale con l'approvazione dei programmi *Medicare*, *Medicaid*, *Housing Act* ecc.), la più rilevante decisione dell'amministrazione federale diretta a restringere l'autonomia degli stati membri. Questi sono stati costretti, da un lato, a istituire l'*health insurance exchange*, una specie di mercato specializzato per la compravendita di polizze sanitarie, al fine di garantire a tutti i residenti negli Usa un "*minimum essential health coverage*", una copertura sanitaria per le prestazioni essenziali a tutela della salute pubblica, mediante l'acquisto individuale di polizze assicurative (*individual mandate*); e, dall'altro, a estendere il programma federale *Medicaid* per tutti gli indigenti, dietro minaccia della sanzione consistente nella perdita dei finanziamenti già erogati da precedenti leggi per quello stesso programma (*cross-over sanction*). La Corte suprema, con una decisione a maggioranza (decisivo è stato il voto del Presidente repubblicano Roberts), ha sostanzialmente salvato la riforma, sia pure reinterpretando la base di legittimazione dell'*individual mandate* (non il *commerce power*, ma il potere fiscale del Congresso, che, com'è noto, è svincolato dall'elenco dei poteri enumerati) e, nel caso del *Medicaid*, dichiarando incostituzionale il meccanismo della *cross over sanction*, ritenuto lesivo dell'autodeterminazione degli stati (Supreme Court 567, U.S., 2012, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, su cui Bologna 2013, 371 ss.). In questo modo, i giudici supremi non solo confermano il potere del Congresso di "regolare senza normare" (Bologna 2010, 287 ss.), ossia stabilire vincoli agli stati nelle materie di loro competenza attraverso la tecnica dei *conditional grants*, ma pongono un freno ai finanziamenti condizionati, che non possono risolversi, come nel caso del *Medicaid*, in pure costrizioni statali. Se la logica dei *conditional grants* è quella del contratto, gli stati devono aderirvi volontariamente e consapevolmente, per non vanificare il principio di responsabilità degli stati verso i propri cittadini.

Anche la crisi economico-finanziaria scoppiata nel 2007 ha profondamente cambiato le condizioni di vita di milioni di cittadini e mutato, pur sempre nel senso della centralizzazione dei poteri e della riduzione degli spazi di autonomia territoriale regionale e locale, le strutture di tutti i Paesi a base federale o regionale. La costituzione finanziaria degli stati, come nel 1929, si è adeguata alla realtà e non senza difficoltà; anche ora, come allora, le risposte all'eccezionalità della situazione sono arrivate proprio da decisioni "sovrane" dei governi centrali.

Tirando le fila del discorso, si può dire che quando i valori fondamentali

sono patrimonio comune del popolo di uno stato federale, il processo federale si svolge nel senso della centralizzazione delle politiche e degli strumenti necessari per implementarli, primo fra tutti il potere di borsa, con conseguente riduzione dei poteri degli enti decentrati a funzioni di amministrazione e di esecuzione. Del resto se John Stuart Mill affermava che “il potere può essere decentrato, ma la direzione deve essere centralizzata”, Alexander Hamilton riconosceva che “i mezzi debbono essere proporzionati al fine, e che coloro ai quali è demandato il conseguimento di un qualsivoglia fine devono possedere i mezzi per farlo” (Hamilton 1788, n. 23, 274). Ciò vale nei casi normali e *a fortiori* nelle situazioni eccezionali. Le crisi che attraversano la vita di uno stato costituzionale, però, non sono in sé la causa delle trasformazioni in senso centripeto della dinamica federale, ma semplicemente un fattore che può condizionarne gli esiti: o nel senso di favorire una più forte integrazione (come finora è accaduto e salvo ciò che si dirà per l'Europa) o nel senso della dissoluzione dello stato (verso cui tendono i movimenti secessionisti del tempo presente).

Excursus 3. Queste tendenze verso la centralizzazione possono ritenersi compatibili con una “costituzione federale”? Questa la domanda che agita la discussione costituzionalistica, specie nell'epoca della crisi economico-finanziaria. In teoria sì, se si assume del federalismo l'idea portante del processo (dinamico) di integrazione politica. In sede di diritto positivo, la risposta dipende dai singoli ordinamenti federali o regionali. Anche in questo caso, tuttavia, la questione teorica permette di trovare soluzioni interpretative *conformi* a Costituzione. Le spinte centripete sono legittime nella misura in cui sono coerenti col processo di integrazione federale previsto dalla Costituzione. Nei casi in cui, invece, non sono giustificate da questo obiettivo primario, risolvendosi in invasioni di competenze da parte del governo nazionale a danno dei governi regionali del tutto arbitrarie o prive di ragionevolezza, vanno ritenute *contra constitutionem*.

5. Crisi economica e stato federale in Europa: il problema costituzionale della sostenibilità in un ordinamento in divenire

La crisi economico-finanziaria dei nostri tempi offre un'occasione preziosa per porre una domanda teorica cruciale: quella relativa alla *sostenibilità* attuale dello stato costituzionale e, conseguentemente, circa la sostenibilità dello stato federale o regionale come modello di governo. È questo l'aspetto veramente importante, non tanto le questioni, conseguenti alla crisi stessa, sulla violazione della Costituzione federale, o quelle che postulano un grave *vulnus* alla democrazia nel fatto, in sé e per sé, della riduzione degli spazi

dell'autogoverno territoriale. La mia tesi è che la crisi economica ha portato allo scoperto gli effetti delle trasformazioni in atto nella vita di uno stato costituzionale, piuttosto che costituire, essa stessa, la causa di una nuova (l'ennesima) crisi di quella forma di organizzazione politica (Morrone 2014, 79 ss.).

Il fattore decisivo è la globalizzazione dell'economia e della finanza. Nel ridurre il potere di governo degli stati, la globalizzazione assume il volto di un autentico "antisovrano", nel senso che in questo complesso fenomeno vi sono tutti gli ingredienti per rovesciare i fondamentali dello stato costituzionale. Non posso approfondire il tema (Morrone 2012 e 2017 b), ma si tratta di cose ormai abbastanza note. Io credo che le trasformazioni (più che la crisi) dello stato costituzionale e, di conseguenza, delle forme di organizzazione federale o regionale, insieme alle risposte che i governi degli stati hanno dato nell'epoca della crisi economico-finanziaria dipendano proprio da quella causa. Detto in maniera più chiara: la tendenza recente verso l'accentramento dei poteri e delle funzioni in capo ai governi nazionali, sia pure con modalità ed esiti non sempre eguali (come è possibile evincere comparando gli Usa da un lato e i Paesi dell'Europa dall'altro) è espressione della reazione degli stati, l'ultimo vagito in ordine di tempo dell'antica ma insuperata "sovranità" statale, per contrastare la perdita di peso della politica e del diritto di fronte alla globalizzazione e ai conflitti che essa genera in concreto.

A differenza degli Stati Uniti d'America, dove la crisi economico-finanziaria è nata, ma anche dove è stata affrontata in maniera decisa e, comunque, tale da consentire a quel grande Paese di mantenere la tradizionale posizione di egemonia politica ed economica, l'Europa rappresenta un'anomalia e, quindi, un *case study*. Secondo il mio punto di vista, l'analisi del federalismo nel contesto europeo non può prescindere dalla situazione che caratterizza attualmente il processo di integrazione europea. Ciò è particolarmente rilevante se si considera che i Paesi *leaders* in Europa siano tutti dotati di un'organizzazione federale o regionale (Germania, Italia, Spagna) o, comunque, stiano attraversando un significativo percorso di riordino del governo territoriale locale (come la Francia e per certi aspetti anche il Regno Unito).

L'anomalia dell'Europa unita, se bene si riflette, deriva da contraddizioni tipiche di un processo federale: non essendo ancora un'unione politica, il processo federativo europeo oscilla tra spinte centrifughe e spinte centripete, volte talora a valorizzare il ruolo delle istituzioni europee (Commissione e Parlamento), talora i governi degli stati (insieme, nel Consiglio europeo o, piuttosto, isolatamente, a seconda della forza delle diverse cancellerie). In secondo luogo, le contraddizioni dell'*european process*, proprio per effetto dei collegamenti funzionali e istituzionali tra i Paesi dell'Unione europea, condi-

zionano inevitabilmente la politica interna e, quindi, anche il processo federale interno agli Stati membri. La formula “uniti nella diversità”, che rappresenta il motto dell’Unione europea, non esprime una condizione di equilibrio, ma finisce per coprire, in maniera goffa, una serie di contraddizioni evidenti. Sono tre i profili sui quali vorrei richiamare l’attenzione, perché dimostrano in maniera piana le anomalie del federalismo nel vecchio continente.

(i) Tutti i principali Paesi a struttura costituzionale federale o regionale hanno operato, specie negli ultimi due decenni, significative riforme della struttura organizzativa relativa ai rapporti tra centro e periferie. In breve: mentre in Germania il federalismo ha rafforzato il *Bund* e limitato i poteri dei *Laender*, riducendo la differenziazione territoriale a favore di una maggiore cooperazione e solidarietà, per completare il processo di riunificazione e il riequilibrio tra il differente grado di sviluppo tra l’Ovest e l’Est, in Francia, Spagna e, soprattutto, in Italia, le riforme hanno avuto come obiettivo quello di ridurre il peso dello Stato e, in parallelo, di aumentare l’autonomia degli enti di governo territoriale, anche attraverso significative modifiche del sistema di finanziamento, ispirate ai principi del “federalismo fiscale”, tradotte in soluzioni volte ad affiancare le maggiori spese regionali connesse alle devoluzioni di competenze con entrate corrispondenti (fiscali e non) di natura decentrata.

Excursus 4. In Germania la principale causa delle riforme del federalismo è stata la riunificazione dopo la caduta del Muro di Berlino (1993): l’allargamento dei confini dello stato federale ai *Laender* dell’ex DDR ha implicato ripetute revisioni costituzionali che, per esigenze di perequazione finanziaria tra le due parti della Germania, hanno ridefinito il federalismo tedesco, con ampliamento dei poteri degli organi federali e, parallelamente, riduzione dei poteri dei *Laender*, sia sul versante delle competenze legislative, sia in relazione ai poteri di veto riservati in precedenza al *Bundesrat* (il Consiglio federale).

In Spagna, Francia e Italia il regionalismo è stato sottoposto a profonde revisioni che, a differenza della Germania, sono andate nella direzione opposta di una maggiore autonomia delle comunità territoriali locali. La Francia ha operato una serie di misure volte a dotare le regioni di poteri normativi e finanziari sconosciuti rispetto all’istituzione di questo livello di governo avvenuta all’inizio degli anni Ottanta. In Spagna, la pressione secessionista della Cataluña, ha costretto i governi di Madrid a rivedere l’ordinamento delle comunità autonome, specie modificando il sistema di finanziamento e aumentando la differenziazione territoriale. La vicenda è precipitata durante il 2017, con un referendum controverso sull’indipendenza, ritenuto illegale dal

Tribunale costituzionale spagnolo e la successiva dichiarazione di indipendenza del Governo catalano, cui è seguita l'attivazione, da parte del Premier spagnolo, dell'art. 155 della Costituzione, con conseguente destituzione degli organi di governo regionale e l'indizione di elezioni anticipate.

Più complesso ancora il processo delle riforme territoriali in Italia. Il sostanziale fallimento dell'attuazione dell'ordinamento regionale operato a partire dal 1970, ha condotto a una serie di novelle legislative e costituzionali che hanno cambiato il volto delle autonomie. I punti più rilevanti sono stati: la legge sull'ordinamento degli enti locali (più volte modificata fino al testo unico del 2000); l'elezione diretta dei sindaci e dei presidenti delle province, cui è poi seguita l'elezione diretta del Presidente delle giunte regionali (legge n. 81/1993, legge n. 49/1995 e legge cost. n. 1/1999 e n. 2/2001); l'introduzione del "federalismo amministrativo" (legge n. 59/1997, n. 127/1997 e d.lgs. n. 112/1998) che, a costituzione invariata, ha rovesciato l'ordine delle attribuzioni tra stato, regioni e enti locali secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza; riforma, quest'ultima, che è stata completata con la revisione costituzionale del "Titolo V, della parte II della Costituzione (legge cost. n. 3/2001); la istituzione di un complesso meccanismo di riordino dei flussi finanziari tra stato, regioni e enti locali, secondo i principi di un "federalismo fiscale" coerente con la struttura dell'ordinamento tributario italiano, nel quale gran parte delle imposte sono erariali, e con le più estese competenze attribuite a regioni e enti locali (legge n. 42/2009, i cui principi sono stati in parte attuati con 10 decreti legislativi delegati). Questo progetto di modernizzazione, volto a realizzare maggiore autonomia e responsabilità per le amministrazioni territoriali, è rimasto in gran parte inattuato, anche se non ha mancato di causare conflitti istituzionali che, in assenza di soluzioni politiche condivise e adeguate, sono stati risolti, *case by case* e con molte forzature rispetto ai contenuti delle riforme costituzionali approvate, dalla giurisprudenza costituzionale. Proprio per ovviare alle conseguenze negative della riforma costituzionale del 2001, insieme all'esigenza di ridurre i costi della politica, in linea con gli impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, specie quelli conseguenti alle misure assunte negli anni della crisi economico-finanziaria, il governo presieduto da Matteo Renzi aveva presentato alcune significative riforme, alcune di carattere legislativo, altre costituzionali. Tra queste ultime: il superamento del bicameralismo paritario, con trasformazione del Senato della Repubblica in una camera di rappresentanza delle istituzioni territoriali; la ridefinizione delle competenze legislative, rafforzando i poteri di direzione dello stato e riducendo quelli delle regioni sulla base del criterio degli interessi (nazionali e regionali); il potenziamento dei poteri di governo della finanza pubblica del governo nazionale. La legge di revisione costituzionale, tuttavia, non ha superato il referendum popolare votato il 4 dicembre 2016. La conseguenza

non è stata solo la crisi di governo, ma il sostanziale congelamento della questione regionale. L'unico sussulto sono stati i referendum per l'autonomia differenziata votati nelle regioni del Veneto e della Lombardia, per attivare il procedimento devolutivo previsto nell'art. 116, comma 3, Cost. (che, invece, la regione Emilia-Romagna ha deciso di seguire senza previa consultazione popolare). Al di là di quest'ultima vicenda, tuttavia, il regionalismo italiano pare avviato ad un'ennesima stagione di stagnazione.

(ii) La crisi economico finanziaria ha causato un autentico shock nei processi nazionali di riforma del federalismo, specie nelle situazioni che già presentavano caratteri di debolezza strutturale. Specialmente gli Stati che avevano decisamente spinto nella direzione di un forte decentramento e di un'accentuata differenziazione delle politiche di governo territoriale locale, si sono trovati più esposti alle conseguenze della speculazione finanziaria e alla crisi dei debiti sovrani, di quanto non è accaduto in altri Paesi che, come la Germania, avevano già da qualche tempo avviato riforme nella direzione di una maggiore coesione territoriale e sociale, per un federalismo cooperativo e meno competitivo. La crisi del federalismo nazionale si è, però, aggravata proprio per la fragilità e l'incertezza della cornice europea di riferimento. Il fatto che l'Unione europea sia ancora un ordinamento "senza sovrano" ha inciso e continua a pesare, specialmente in quei Paesi in cui sussiste una cronica debolezza politica e organizzativa. In particolare, nella crisi dei debiti pubblici nazionali, l'Europa si è ritrovata *nuda*, disponendo di (limitati) poteri in materia di politica monetaria ma non di strumenti di politica economica comune (le politiche di bilancio restano nelle mani degli Stati), necessaria, per fronteggiare in maniera non contingente la crisi dei debiti sovrani e il rischio di *default* di molti Paesi (Grecia, Irlanda, Spagna, Portogallo, Italia). Quasi tutte le risposte assunte in sede europea sono state prese o ai margini o fuori del diritto europeo; hanno avuto carattere prevalentemente eccezionale e, come tali, sono state giustificate.⁴

Tra gli strumenti adottati durante gli anni della crisi⁵, nella prospettiva qui assunta, il Trattato sul c.d. fiscal compact (anticipato dal Patto *Europlus*) tenta di rendere *effettive* le politiche europee di stabilità e di crescita che, fin dal Trattato di Maastricht si erano concretizzate nei due parametri del 60% nel rapporto tra debito e Pil e del 3% relativo al tasso di *deficit* pubblico

⁴ Basti leggere la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Pringle* o del *Bundesverfassungsgericht* sul *fiscal compact* e sul fondo salva stati del 12 settembre 2012, cfr. Morrone 2014.

⁵ Cfr. il *Six* e il *Two Pack*, ossia i meccanismi di sorveglianza economica e di bilancio; i *fondi salva-Stati* contro il rischio di default; il processo diretto a istituire un'*unione bancaria*; l'*Outright monetary transactions* – OMT, ossia l'acquisto, da parte della BCE, dei titoli di stato sul mercato secondario anche in maniera "illimitata".

(rimasti fino a questo momento senza sanzioni), prevedendo una serie di vincoli per assicurare il rispetto di quegli standard.

Le principali novità riguardano l'imposizione agli stati della zona euro di adottare norme rafforzate, preferibilmente di tipo costituzionale, per assicurare il *pareggio di bilancio*, nonché procedure stringenti ma concordate, tra organi europei e autorità nazionali, di rientro dal debito pubblico. Anche se queste misure non hanno avuto effetti immediati sui mercati finanziari⁶, le principali conseguenze del nuovo "patto europeo di bilancio"⁷ sono state le revisioni costituzionali spagnola e italiana sul principio di "estabilidad presupuestaria" o di "equilibrio di bilancio"⁸.

Queste novelle costituzionali hanno accentuato i vincoli giuridici alle politiche di bilancio nazionale, regionale e locale, nel quadro delle traiettorie indicate in sede europea che, tra l'altro, impongono agli stati membri di rien-

⁶ Lo *spread*, che divide anche profondamente il valore dei titoli del debito pubblico soprattutto tra i Paesi del Sud Europa e la Germania e, quindi, la speculazione finanziaria sono stati ridimensionati in via di fatto, grazie alla minaccia, da parte della Banca centrale europea, di ricorrere alle operazioni monetarie definitive, OMT. Da questo punto di vista è, quindi, paradossale che questa cruciale decisione, solo preannunciata, ma con effetti stabilizzanti sulla speculazione finanziaria, sia stata contestata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, mediante un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea; ma, la reazione tedesca si giustifica considerando che le decisioni di politica economica, nel diritto dell'Unione, sono di competenza degli Stati (i giudici costituzionali ritengono, infatti, l'OMT una misura di questo tipo e non, invece, un mezzo di politica monetaria rientrante nelle attribuzioni della BCE). L'opinione della Corte di Giustizia è stata diversa (CG 16 giugno 2015, C-62/14). Confermando le conclusioni dell'avvocato generale P. Cruz Villalón (14 gennaio 2015), nel caso *Gauweiler* il giudice europeo ha stabilito che il programma delle OMT: 1) rientra nell' "area of monetary policy", anche se può avere effetti indiretti di "economic policy"; 2) l'illimitatezza è attenuata dalla condizionalità all'applicazione del MES e quindi dalla selettività dell'intervento; 3) non è un acquisto diretto non risolvendosi in una "measure granting financial assistance to a Member State", incompatibile col 123 TFUE, perché l'applicazione del programma avviene dopo l'immissione dei titoli sul mercato primario ed è comunque assicurato dalla condizionalità. La decisione della Corte di Giustizia ha superato positivamente la prova dell'opinione pubblica tedesca ed europea. In base ad essa si può arrivare a ritenere che, nella crisi economica, il problema della sovranità nazionale è destinato a cedere di fronte all' "higher objective" di realizzare il valore fondamentale di una responsabile solidarietà tra tutti gli Stati dell'Unione europea.

⁷ Va ricordato che questa riforma in Europa è stata propugnata soprattutto dalla Germania, che, come ricordato, già nel 2009 aveva provveduto a introdurre nel *Grundgesetz* regole ferree sul c.d. "freno all'indebitamento" e sulla corresponsabilità dei Länder nelle politiche economiche nazionali.

⁸ Cfr. la revisione spagnola del 2011 dell'art. 135 CE e quella italiana del 2012, che ha modificato gli artt. 81, 97, 117, e 119 Cost It.. La Francia, con il cambio al vertice dell'Eliseo di Hollande al posto di Sarkozy, ha abbandonato un analogo progetto di revisione costituzionale, non senza modificare comunque la legislazione interna sulla finanza pubblica per adeguarla alle norme europee. Cfr. Morrone 2013; Giupponi 2014.

trare dal debito secondo ritmi periodici molto stringenti (che, alla prova dei fatti, appaiono difficilmente realizzabili). L'aspetto più rilevante è che, sotto la pressione congiunta dei vincoli europei per la stabilità, e delle regole nazionali per realizzare il pareggio strutturale di bilancio, attraverso la contrazione delle spese finanziate con il ricorso all'indebitamento – fatti sempre salvi “gli effetti del ciclo economico” e “eventi eccezionali” che possono comunque giustificare deroghe ai vincoli generali – le politiche nazionali hanno conosciuto una virata netta rispetto alle riforme adottate fino a quel momento, nel senso del rafforzamento dei poteri di direzione e di coordinamento dell'amministrazione centrale (in stretto rapporto con le istituzioni europee), con conseguente contrazione degli spazi di autonomia regionale e locale. L'esigenza di fare quadrare i conti ha determinato una legislazione molto severa, sia per le *restrizioni poste alla spesa pubblica*, anche di quella sociale, con conseguente contrazione delle risorse destinate ai governi delle regioni e degli enti locali, sui quali incombe l'onere di concretizzare gran parte dei servizi sociali, sia per il *riordino forzoso imposto alle amministrazioni decentrate*.

Excursus n. 5. In Italia si è provveduto mediante la sostanziale abolizione delle province, imposta direttamente dalla Banca centrale europea con una missiva inviata al governo il 5 agosto 2011; il riordino dei piccoli comuni; l'istituzione *ex lege* delle città metropolitane in attesa di attuazione dal 1990; la riduzione dei costi della politica degli enti di governo regionali e locali mediante la riduzione del numero dei consiglieri regionali, l'irrigidimento dei controlli di gestione, ecc. In questo quadro si inserivano le proposte di revisione costituzionale poi fallite nel referendum popolare del 4 dicembre 2016 (*supra* excursus n. 4). In Francia, per fare un parallelo, si può ricordare la loi n. 2014-58 del 27 gennaio 2014 concernente la *modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*: adottata per far fronte alla crisi economica, sociale e politica, per «*une action publique efficace pour améliorer la compétitivité des ses entreprises, renforcer les solidarités entre ses territoires, ses générations*».

La virata verso la centralizzazione operata dalle legislazioni adottate dai governi nazionali ha superato sostanzialmente indenne la fase dei controlli: la maggior parte delle Corti costituzionali ha giustificato quelle legislazioni non solo quale mezzo *necessario* per affrontare la crisi economica, ma anche come *un altro modo* di assicurare l'*eguaglianza* nel godimento dei diritti fondamentali.⁹ Se si guarda ai contenuti delle norme e si leggono le decisioni dei Tri-

⁹ Cfr. per la giurisprudenza italiana: Corte cost. sentt. nn. 70/2012; 63 e 205/2013; 22 e 36/2014; 104/2013; 88/2014, in materia di equilibrio di bilancio. Ho discusso diffusamente questa giurisprudenza in Morrone 2017 a.

bunali costituzionali, ci si avvede che non sempre le misure assunte dal legislatore statale possono giustificarsi in nome di legittime esigenze di protezione dei cittadini di fronte alle conseguenze dell'emergenza finanziaria (e non mancano, infatti, casi, ancorché marginali, nei quali la giurisprudenza ha contrastato misure discriminatorie in nome del principio di eguaglianza – nel senso che i sacrifici imposti riguardino tutti gli appartenenti ad una medesima categoria senza distinzioni – nonché ha reagito a compressioni dell'autonomia regionale davvero macroscopiche); così come, tutto all'opposto, non tutte le soluzioni adottate realizzano una compressione delle competenze regionali (la riforma del bilancio in Italia, ad esempio, valorizza il ruolo di coordinamento finanziario della regione con riferimento al sistema di finanza locale, superando, almeno sulla carta, lo storico dualismo tra regioni e comuni).

Da un punto di vista generale, i fatti confermano l'assunto secondo il quale nelle situazioni di crisi, che mettono a repentaglio l'esistenza stessa dello stato costituzionale, il federalismo conosce una torsione in senso centripeto, con valorizzazione dei poteri dei governi nazionali e una collegata riduzione degli spazi delle autonomie territoriali, specie quelli ritenuti incompatibili con quell'obiettivo primario.

(iii) Le vicende in Europa, a differenza di quanto accaduto altrove, mostrano che l'incompiutezza del processo di unificazione politica sovranazionale ha reso più esposte le istituzioni nazionali nella morsa della crisi economico-finanziaria. Riflettiamo su alcuni paradossi. Da un canto, l'Europa ha una *moneta unica* – che però non è la divisa di tutti i Paesi dell'Unione – ma è “senza Stato” (Visco 2014, 3). Come si è visto, l'ordinamento prevede una drammatica asimmetria: tra l'unicità della politica monetaria e la molteplicità delle politiche nazionali di bilancio e strutturali. D'altro canto, l'irrigidimento dei vincoli stabiliti per garantire la stabilità e l'equilibrio di bilancio stanno letteralmente soffocando le economie nazionali: il controllo del debito e della spesa pubblica, senza poteri fiscali europei e senza una politica economica europea, si sta rivelando una soluzione che rallenta fortemente la crescita (in ripresa solo alla fine del 2017 almeno in Italia).

Al di là degli aspetti particolari, quello europeo è un caso problematico con un rilievo di carattere generale. La categoria del processo federale, applicata alla vicenda dell'Unione europea, consente di evidenziare chiaramente i limiti di un'integrazione “federale” *indecisa*, nella quale forze d'intensità diversa spingono in direzioni opposte. Istituzioni europee, governi nazionali e, laddove esistono, governi regionali e locali non hanno ancora raggiunto quella necessaria situazione di equilibrio, e regole strutturali corrispondenti, che possano dare compiutezza all'*european process* come un autentico processo federativo.

Basti pensare, oltre a quanto detto, alla natura solo “derivata” del bilancio dell’Unione (peraltro di dimensioni irrisorie rispetto alle esigenze concrete), finanziato con trasferimenti dei singoli stati membri; nonché al vincolo del pareggio di bilancio dell’Unione (art. 310 TFUE), che impedisce l’adozione di politiche espansive e anticicliche che compensino i vincoli imposti al livello statale; e, inoltre, alla mancata adozione di strumenti finanziari di mutualizzazione del debito degli stati, che ritarda irresponsabilmente la necessità di realizzare un’unione fiscale, trasformando la solidarietà *intergovernativa* attuale in un’autentica solidarietà *costituzionale*. Detto ancora una volta: senza un governo europeo dell’economia non è possibile superare l’attuale associazione di Stati in una comunità politica federale (Caruso, Morvillo 2014).

La crisi economico-finanziaria, quindi, ha confermato che nel vecchio continente il “federalismo fiscale”, se ha ragionevoli possibilità di funzionare, è destinato a spostarsi dalla dimensione statale a quella europea: se stiamo parlando di un “processo federale”, a questo livello devono essere definiti i contenuti delle politiche di bilancio, sia sul versante delle entrate sia su quello delle spese. Con le conseguenze che questo mutamento di prospettiva inevitabilmente può determinare nella cornice degli stati nazionali. Una simile trasformazione è solo agli inizi, come dimostrano il *fiscal compact* e la regola sul pareggio di bilancio; ma si tratta di misure che vanno nella giusta direzione del governo europeo dell’economia.

Anche le politiche dei diritti fondamentali devono essere rinnovate. L’Europa è un’esperienza costituzionale “a più velocità” – e non nel senso positivo in cui questa espressione è normalmente utilizzata – anche in ordine alla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali. Ciò non solo per la presenza di tre ordinamenti a protezione dei diritti potenzialmente in conflitto (l’Unione europea; la Convenzione europea dei diritti umani-Cedu; gli ordinamenti costituzionali statali). Il mercato comune europeo ha liberalizzato gli scambi, la circolazione delle persone, delle cose e dei servizi, ma non ha ridotto – anzi risulta accresciuto – il dislivello di protezione sociale, specie per le classi più esposte all’emarginazione e alla povertà, a causa di rilevanti fenomeni di *dumping* sociale, che si determinano naturalmente tra Paesi che, nonostante siano parte del medesimo processo costitutivo, hanno un differente grado di sviluppo economico, politico e culturale. Conosco bene l’obiezione: grazie alla Cedu, alla Carta dei diritti di Nizza e al dialogo tra i giudici si sarebbe già realizzato un livello europeo di integrazione materiale, proprio mediante l’azione congiunta delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali a tutela dei diritti, maggiore di quella formale. Vero è, invece, che la tutela multilivello dei diritti, celebrata dalla quasi totalità della dottrina costituzionalistica europea come la nuova frontiera del costituzionalismo incentrato su un’eterea “sovranità dei diritti”, non può sostituire, neppure in teo-

ria, un indispensabile processo politico di integrazione, potendo il criterio giurisprudenziale della “migliore tutela dei diritti” essere assicurato, nell’ipotesi più favorevole, solo caso per caso e, in genere, solo a vantaggio degli individui più dotati dal punto di vista dei mezzi e delle risorse. Non è un caso che, in alcuni ordinamenti statali, la giurisprudenza costituzionale sta assumendo posizioni marcatamente difensive, che alcuni direbbero “sovraniste”, rispetto ad applicazioni del diritto sovranazionale e internazionale ritenute eversive dell’ordine costituzionale.¹⁰

6. Note conclusive.

Il federalismo è *un processo a virtualità multiple*, che si svolge in maniera dinamica lungo l’asse accentrato-decentramento, nei confini di un ordinamento costituzionale. Non può essere ridotto a un modello puro: forma e sostanza, strutture organizzative e contenuti valoriali, sono coesenziali in qualsiasi processo federale. Il federalismo non è solo una sovrastruttura: esso presuppone una determinata realtà, costituita dall’integrazione di comunità d’individui, portatori di interessi differenziati ma che condividono un comune progetto di vita. A questa realtà il federalismo come organizzazione deve essere in grado di adattarsi. È questo dato materiale preesistente che predefinisce il contenuto dei modelli federali, mentre è solo frutto di astratto costruttivismo l’idea che i modelli possano *da soli* trasformare i valori, gli interessi e le credenze che danno identità alle forme sociali.

La problematica del federalismo fiscale segue alla lettera questo ragionamento: in qualunque traduzione empirica possibile, l’insieme delle regole che governano i flussi delle risorse fiscali e finanziarie tra centro e periferie, è anch’esso strettamente collegato alla struttura delle comunità territoriali che costituiscono lo stato regionale o federale. In ogni caso, anche quando esistono comunità territoriali molto differenziate, il processo federale richiede *equilibrio* tra le esigenze dell’unità e quelle della differenziazione.

La ricostruzione di una “società di eguali” (Rosanvallon 2011) e, quindi, la *coesione nazionale* è, però, *l’essenza dello stato costituzionale e, quindi, dell’organizzazione federale come sua variante strutturale*: essa può giustificare modifiche o interpretazioni del processo federale a favore di politiche nazionali con contrazione di quelle regionali o locali. Da questo punto di vista non

¹⁰ La vicenda relativa al cd. caso Taricco, ossia sulla compatibilità con i principi fondamentali della Costituzione italiana di disposizioni del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (in materia di procedimento penale per il perseguimento di reati fiscali) è emblematica: cfr. Corte cost. ord. n. 24/2017 e Corte di Giustizia c-42/17, 5 dicembre 2017; in sede teorica, si veda l’importante analisi di Barbera 2017.

coglie nel segno l'obiezione di chi sostiene che in queste situazioni, in parallelo alla riduzione degli spazi di autonomia, si ridurrebbero anche quelli della democrazia. Questa critica confonde la democrazia politica con una determinata *forma* di organizzazione politica, anzi solo con la *forma* di una *polis*. Il concetto di democrazia, invece, implica l'esistenza di valori comuni e la condivisione delle responsabilità imposte dal difficile compito di governare un popolo. Piuttosto: proprio la crisi dei nostri tempi ha mostrato che il *deficit* di democrazia che scontano le istituzioni pubbliche è figlio o dell'assenza o della debolezza della politica e del diritto di fronte alla globalizzazione e ai conflitti che ne conseguono. Per questo è auspicabile che la crisi economico-finanziaria rappresenti l'occasione affinché il "Leviatano" risorga, allo scopo di riappropriarsi delle leve dell'economia e del mercato, per svolgere il suo compito essenziale di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini, riducendo il potere tecnocratico delle istituzioni della globalizzazione che, nel vuoto della politica pubblica, hanno occupato uno spazio lasciato irresponsabilmente libero.

Oggi, in Europa, l'obiettivo della coesione sociale ha una dimensione più ampia di quella propria delle costituzioni nazionali. Ed è proprio il *deficit* istituzionale europeo, ossia la mancanza di una costituzione e di un governo europei – con l'inevitabile deriva tecnocratica che esalta poteri apparentemente neutri ma diventati necessari proprio per l'incalzare della crisi – che rappresenta il principale ostacolo alla democrazia e al federalismo, sia in Europa, sia all'interno degli Stati membri dell'Unione europea. In materia di diritti fondamentali, come dimostra l'esperienza comparata, la definizione del contenuto essenziale ha necessariamente carattere generale e quindi nazionale; mentre non è così in materia di attuazione-esecuzione delle politiche per i diritti, che, per questo, possono essere oggetto di differenziazione coerente con le strutture federali o regionali di uno stato. Questo giusto equilibrio tra definizione nazionale e esecuzione locale costituisce il metro caratteristico del processo federale di protezione dei diritti fondamentali. Si tratta, però, di uno schema di massima: anche l'esecuzione può contribuire a ridefinire il contenuto di un diritto fondamentale, incidendo sul livello essenziale di protezione. Con la conseguenza che pure in questo ambito, possono considerarsi legittime modifiche coerenti con l'obiettivo di un godimento eguale delle libertà fondamentali. Il federalismo è pur sempre a garanzia delle libertà di tutti i *cives* e non a protezione delle istituzioni regionali o locali o, peggio, di coloro che le governano.

È ancora possibile il federalismo o il decentramento territoriale in Europa? A questa domanda si può rispondere che tra integrazione europea e processi federali nazionali non c'è contraddizione solo nella misura in cui il federalismo statale sia reso *coerente* con il processo federale europeo. Oggi i principali nemici dell'unione politica in Europa sono proprio i governi degli

Stati membri: non solo quelli che ne hanno storicamente posto le fondamenta e realizzati gli sviluppi successivi; ma pure gli stati entrati nell'Unione dopo la dissoluzione dell'Europa comunista i quali, riacquisita la piena sovranità, vogliono ora disporre ampiamente (o comunque senza troppi limiti esterni). La cultura più sensibile ai temi del federalismo non deve limitarsi a denunciare le *trasformazioni* (non le “transizioni”) e, forse, la crisi di una formula di organizzazione politica, ma attivarsi per renderla possibile proprio nella cornice dell'integrazione politica europea. Le incertezze, le ambiguità, le contraddizioni delle esperienze federali degli stati europei dipendono soprattutto dalle incertezze, dalle ambiguità e dalle contraddizioni del processo federale europeo. È opportuno, tuttavia, che la dottrina del federalismo si muova nella direzione di ripensare le istituzioni federali nella cornice, auspicabile, di un governo unitario dell'Europa, nell'ambito del quale, in fondo, ci sarà più bisogno di autonomie territoriali decentrate che non di stati sovrani.

Riferimenti

Albertini, M. (1993), *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino.

Barbera, A. (1973), *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè.

Barbera, A. (2017), *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2017, pubblicato il 6 novembre 2017.

Bologna, C. (2010), *Stato federale e “national interest”: le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, Bononia University Press.

Bologna, C. (2013), *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in “Quaderni costituzionali”, 371 ss.

Caruso, C. e Morvillo, M. (2014), *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new European constitutionalism*, in “Diritto dell'Unione europea”, nonché in <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws12/w12-caruso&morvillo.pdf>.

Elazar, D.J. (1998), *Exploring Federalism* (1987), trad. it., *Idee e forme del federalismo*, Milano, Mondadori.

Friedrich, C.J. (1968), *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, Frederick A. Praeger Publishers.

Friedrich, C.J. (2002), *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, Il Mulino.

Giannini, M.S. (1968), *Regione e Stato moderno in Italia*, ora in Id., *Scritti (1963-1969)*, vol. V. Milano, Giuffrè, 2004.

Giupponi, T.F. (2014), *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in "Quaderni costituzionali", pp. 51 ss.

Hamilton, A. (1788), n. 23, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist*, trad. it., *Il federalista*, Bologna, Il Mulino, pp. 273 ss.

Morrone, A. (2004), *Lo Stato regionale nella transizione*, in S. Vassallo, S. Ceccanti (a cura di), *Come uscire dalla transizione*, Bologna, il Mulino, pp. 247 ss.

Morrone, A. (2010), *Per un progetto di regione*, in "Istituzioni del federalismo", pp. 67 ss.

Morrone, A. (2012), *Teologia economica v. teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in "Quaderni costituzionali", 829 ss.

Morrone, A. (2013), *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in "Lavoro e diritto", 3/2013, pp. 353 ss.

Morrone, A. (2014), *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in "Quaderni costituzionali", 1/2014, pp. 79 ss.

Morrone, A. (2017 a), *Constitutional Courts and Economic Crisis*, in "e-pública", A primeira Revista de Dereito público online em Portugal, www.e-publica.pt, vol. 4, n. 1, maio 2017, pp. 8 ss.

Morrone, A. (2017 b), *Globalizzazione e trasformazioni del diritto costituzionale*, in A. Zanotti (a cura di), *Quale futuro dopo la democrazia?*, Bologna, Bononia University Press, 91 ss.

Olivetti, A. (1945), *L'ordine politico delle comunità*, Ivrea, Nuove edizioni.

Renan, E. (1882), *Qu'est ce qu'une nation?*, Paris, Calmann Lévy Éditeur, trad. it., *Che cos'è una nazione*, Roma, Donzelli, 2004.

Rosanvallon, P. (2011), *La société des égaux*, Paris, Seuil.

Salvemini, G. (1949), *Federalismo e regionalismo*, in «Il Ponte», pp. 830, ora in Id., *Opere. Il Mezzogiorno e la democrazia italiana*, vol. IV.2, *Movimento socialista e questione meridionale*, Milano, Feltrinelli, 1961.

Visco, V. (2014), *L'uscita dalla crisi del debito sovrano: politiche nazionali, riforme europee, politica monetaria*, Lectio magistralis del Governatore della Banca d'Italia Vincenzo Visco, Pavia 25 marzo 2014, in <http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2014/visco-pavia-25-3>

Wheare, K.C. (1997), *Federal Government*, London, New York, Toronto, Oxford University Press (1963), trad. it., *Del governo federale*, Bologna, Il Mulino.

SEGURIDAD Y TERRORISMO COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA

Juan Francisco Sánchez Barrilao
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Comunidad y seguridad. – II. Terrorismo e integración europea. – III. Sobre el terrorismo como factor de integración constitucional. – IV. Terrorismo y crisis en la integración europea. – V. Consideraciones finales.

I. *Comunidad y seguridad*

Dice Bauman que en toda comunidad resulta implícita la idea de seguridad, el sentirnos protegidos por el grupo que la conforma y en el que nos encontramos; mas ello, con el precio que para nuestra libertad tal seguridad supone por cuanto que la seguridad conlleva, en mayor o menor medida, restricciones para la libertad al venir ésta a interactuar sistémicamente en la organización y funcionamiento del grupo en que se desenvuelve. Y así, consecuentemente, el surgimiento de una relación dialéctica entre seguridad y libertad, la comunidad y el individuo, ya que la seguridad requiere de acciones del grupo que inciden en los derechos de sus miembros (y de terceros) al hilo de su reconocimiento, ejercicio y efectiva garantía por aquél¹.

Este planteamiento no es nuevo, pues desde Hobbes, y al respecto del Estado (en cuanto que comunidad pública fundamental, al tiempo), la formación e integración de la comunidad supone un pacto (o adhesión expresa o tácita) de los individuos con el que garantizar cierta seguridad grupal de éstos frente a un entendimiento absoluto y arbitrario de su libertad; los individuos, de este modo, asumen expresa o implícitamente la restricción de su libertad y legitiman la acción de la comunidad, del Estado, y con ello del monopolio del ejercicio de la fuerza por y en torno a él, pero a cambio, eso sí, de que la convivencia y el poder (la misma fuerza) se organice y funcione en modo tal que efectivamente proteja a sus miembros².

Al margen de la trascendencia que se reconozca a dicho pacto (en cuanto que hipotético fundamento no sólo del poder público, sino al respecto de los

¹ Zygmunt BAUMAN, *Comunidad (En busca de seguridad en un mundo hostil)*, Jesús Albores (trad.), 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2006.

² P.e., *vid.* Angela María ARBELÁEZ HERRERA, “La noción de seguridad en Thomas Hobbes”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 110, 2009, pp. 97 y ss. Cuestión distinta es, obviamente, la consideración democrática, o no, del Estado.

mismos derechos y libertades reconocidos y garantizados por aquél)³, la referida relación dialéctica que se da entre seguridad y libertad, en tanto que relación de poder y conflicto, acaba por integrarse en el seno del constitucionalismo y del Derecho constitucional, pues, como ideología y ordenación jurídica del poder público-estatal, postulan la limitación del poder en relación con los ciudadanos⁴; y ello en su doble dimensión de garantía de la libertad de los ciudadanos, como al respecto de su misión de garantizar también su seguridad individual y colectiva⁵. Otra cosa es, claro, cómo se haya establecido constitucionalmente esta doble apreciación, y cómo dicha función de seguridad se ha configurado según que se desarrolle al interno de la comunidad, del Estado, o hacia fuera, ante otros Estados; y a su sombra, respectivamente, la distinción entre la seguridad pública y la defensa militar, como misiones constitucionalmente disociadas (en principio)⁶, y sin perjuicio de su diversa incidencia en los derechos y libertades de los ciudadanos (particularmente al hilo de sus limitaciones), en el establecimiento de deberes (esencialmente militares) e incluso al respecto de la previsión de situaciones de excepción constitucional (en uno y otro caso)⁷.

Con todo, esta distinción entre seguridad y defensa es que se desarrollara de manera conexas a la idea de soberanía, en cuanto que ambas funciones públicas, finalmente, se desplegaron al amparo del monopolio que de la fuerza han ejercido (o han pretendido ejercer) los Estados⁸. Mas ello, sin perjuicio de que: por una parte, tras la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional comenzara a propugnar cierta seguridad del orden mundial desde el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, lo que vendría a limitar entonces a los Estados a la hora de definir la relación entre libertad y seguridad⁹; por otra, y a nivel europeo, es que se iniciara también

³ Cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Manuel Martínez Neira (trad.), 4ª ed., Trotta, 2003, pp. 38 y ss.

⁴ Vid. Maurizio FIORAVANTI, *Constitucionalismo (Experiencias históricas y tendencias actuales)*, Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2014.

⁵ Nuevamente Maurizio FIORAVANTI, pero ahora *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Manuel Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2001, en especial Cap. 3.

⁶ P.e. Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, "Defensa, interés nacional y seguridad colectiva: acotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español", en AA.VV. *Constitución y Derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blach, Valencia, 1995, pp. 241 y ss.

⁷ De interés, Tommaso Nicola POLI, "Limitaciones específicas de derechos fundamentales", Leonardo Sánchez-Mesa Martínez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 305 y ss.

⁸ Desde esta perspectiva, vid. Antonio Nicolás MARCHAL ESCALONA, "Globalización y fuerzas de seguridad", *A distancia (UNED)*, núm. 2, 2001-2002, pp. 44 y ss.

⁹ De interés, vid. Matthias HERDEGEN, "La soberanía de los estados en épocas de globalización", *Inciso*, vol. 17, núm. 2, 2015, pp. 192 y ss.

un proceso de integración económica, política y jurídica en torno a un mercado único y libre cuya seguridad habría de garantizarse, si bien la garantía de los Estados y los ciudadanos quedaba, en principio, como función esencialmente estatal¹⁰; y finalmente, claro, la extensión de la globalización no sólo debilitando la capacidad de acción y decisión de los Estados¹¹, sino, y además, dando lugar a nuevas formas de agresión a la seguridad interna e internacional de los Estados al hilo de la aparición de fundamentalismos radicales y violentos¹². Pero asimismo con la globalización, y a la sombra del progreso tecnológico, la sociedad del riesgo¹³, y con ella la irradiación de la función de seguridad en múltiples y nuevas facetas, como son la seguridad alimentaria, medioambiental, sanitaria, ciberseguridad, etc., y llegando a entroncar con la misma defensa a tenor de cómo tales riesgos son capaces de plantear amenazas de transcendencia similar, o incluso superior, a las más clásicas militares (de nuevo, ciberseguridad, a tenor de cómo determinados ataques a Internet pueden, y desde un efecto cascada, afectar críticamente no sólo las relaciones sociales y económicas, sino servicios esenciales y básicos para los ciudadanos, como el mismo ejercicio de los poderes públicos y el sistema democrático)¹⁴.

Concretando ahora en relación con el terrorismo, y tras su pronta emancipación del Estado (en cuanto que inicialmente terror estatal)¹⁵, entendemos por tal aquella acción deliberadamente dirigida a dañar y debilitar el poder público establecido, a la par que colateralmente lesiva al respecto de los propios individuos, y todo ello, a su vez, buscando generar un estadio de inseguridad total o generalizado¹⁶. Y desde este entendimiento, entonces, que el

¹⁰ Sobre la limitada capacidad de las instituciones europeas en materia de defensa y seguridad en los primeros momentos de la integración, *cfr.* Paola BILANCIA, “Posibles desarrollos futuros de la Política Exterior de Seguridad Común después del Tratado de Lisboa”, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO (trad.), *Revista de Derecho constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 244-245.

¹¹ Entre otros, Ulrich BECK, *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Rosa Borràs y Bernardo Moreno (trad.), Paidós, Barcelona, 1998; también, ya, Juan Francisco Sánchez Barrilao, “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 y ss.

¹² Así, Mourad ZARROUK, “Orígenes del terrorismo global: Una propuesta de análisis”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, núm. 1, 2011, pp. 13 y ss.

¹³ Otra vez Ulrich BECK, pero ahora *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro *et alii* (trad.), Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

¹⁴ *Cfr.* Henning WEGENER, “Los riesgos económicos de la ciberguerra”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 162, 2013, en especial p. 184.

¹⁵ *Vid.* Carlos AGUILAR BLANC, “El terror del Estado francés: una perspectiva jurídica”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 7, 2012, pp. 207 y ss.

¹⁶ Para una preliminar aproximación al complejo y variado concepto de terrorismo, *vid.*, Paul WILKINSON, “Terrorismo”, en AA.VV. *Enciclopedia de las instituciones políticas*, Jesús Alborés *et alii* (trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 737 y ss.

terrorismo haya sido asumido públicamente como objeto de la seguridad colectiva en cuanto que protección del poder mismo y de los ciudadanos; e incluso, y a la vista de la relevancia alcanzada por aquél, que dicha asunción haya adquirido naturaleza constitucional en algún caso (como acontece con el art. 55.2 CE)¹⁷. Por otro lado lo normal ha sido que la protección y la acción ante el terrorismo se haya desarrollado como seguridad pública en sentido estricto (es decir, con carácter esencialmente policial y judicial)¹⁸, salvo que éste tuviera origen, apoyo o connivencia de otros Estados, de forma que entonces su lucha alcanzara a la defensa (de carácter militar)¹⁹. Otra cosa es, y como se ha avanzado más arriba, que la amenaza terrorista, en especial tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, haya alcanzado a la propia defensa, de forma que ambas acaben colaborando a fin de evitar y responder respecto a dicha amenaza²⁰. Y a la sombra del nuevo terrorismo que supone dicho atentado, la expansión de un nuevo tipo de amenaza que supera el impacto ya grave que éste venía suponiendo en la seguridad y en el propio sentimiento de inseguridad que se apodera de la ciudadanía (recuérdese, en nuestro caso, el terrorismo de ETA). Fenómenos actuales como la acción de *lobos solitarios* que se radicalizan mediante redes sociales, como las nuevas formas en que éstos actúan y organizan (según se ha adelantado), expresan un grado de potencial inseguridad difícilmente controlable por los Estados²¹;

¹⁷ Entre otros, y en relación al binomio normalidad-excepción constitucional al respecto de la normativa antiterrorista en España y el art. 55.2 CE, *vid.* Pedro CRUZ VILLALÓN, “Normalidad y excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 187 y ss.

¹⁸ Así, y para el caso de España, *vid.* Óscar Jaime JIMÉNEZ, “Policía y terrorismo en España (1976-1996)”, *Ciencia Policial: Revista del Instituto de Estudios de Policía*, núm. 43, 1998, pp. 85 y ss.

¹⁹ En este sentido, la adopción de acciones militares por los Estados Unidos contra Libia en los años ochenta y noventa (del pasado siglo), ante su apoyo a diversos atentados; *cfr.*, p.e., Juan Manuel URUBURU COLSA, “Las relaciones entre la Unión Europea y Libia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, en particular pp. 421 y ss.

²⁰ Sobre la participación de las Fuerzas Armadas en ámbitos propios de la seguridad pública, *vid.* Daniel SANSÓ-RUBERT PASCUAL, “La seguridad ciudadana y las Fuerzas Armadas: ¿Despropósito o último recurso frente a la delincuencia organizada?”, *Revista Criminalidad*, vol. 55, núm. 2, 2013, pp. 119 y ss.

²¹ Para una mayor aproximación a esta cuestión, *vid.* Miguel Ángel CANO PAÑOS, “Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009, pp. 1 y ss., en www.criminología.net (28/08/2018). También, más recientemente, y a la vista del ulterior terrorismo en Europa: Eugenia LÓPEZ JACOISTE, “La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 67, 2016, pp. 47 y ss.; e Inmaculada MARRERO ROCHA, “Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 555 y ss.

la resiliencia social y colectiva es entonces que se convierta en objeto de políticas públicas, ante el convencimiento de la imposibilidad de una garantía total ante un nuevo terrorismo global que se extiende amenazando la idea misma de comunidad (conforme se va a ver más detenidamente al respecto de Europa en estos últimos años)²².

II. *Terrorismo e integración europea*

Sobre el terrorismo y la integración europea ahora, ciertamente al comienzo de la misma tal cuestión tuvo una proyección muy secundaria pues la seguridad pública quedaba relegada al ámbito estatal (según se ha adelantado)²³. No obstante, y a la sombra de la progresiva creación de un mercado único con libertad de movimientos (de mercancías, capitales y trabajadores), es que finalmente desde los Estados y desde Europa se fueron articulando también diversos instrumentos con los que actuar a nivel europeo al respecto de delitos graves, como son precisamente el crimen organizado y el terrorismo: así la configuración ya en 1985 del espacio Schengen (con entrada en vigor en 1995)²⁴, y la creación en 1995 de la EUROPOL (como agencia de la Unión responsable de la cooperación entre los Estados miembros, y en especial en análisis e intercambio de información)²⁵ y del EUROJUST en 2002 (intensificado la lucha contra delitos graves, como terrorismo, delincuencia organizada, fraude y blanqueo de capitales, etc.)²⁶.

²² Federico AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, “Resiliencia y acción política. El binomio sociedad-Estado frente al terrorismo”, en AA.VV. *Resiliencia: del individuo al Estado y del Estado al individuo*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2018, pp. 109 y ss.

²³ P.e. Montserrat ABAD CASTELOS, “La Comunidad Europea: ¿hacia la consagración de un ámbito para la cooperación en la lucha contra el terrorismo?”, en AA.VV. *La cooperación internacional*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, pp. 43 y ss.

²⁴ Vid. Víctor Manuel MORENO CATENA, “El espacio judicial y penal en el marco del convenio de Schengen: Las medidas de investigación de delitos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 23, 1995, pp. 41 y ss.

²⁵ La EUROPOL (Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía, y el tiempo Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía), encargada de facilitar el intercambio de información, analizar la inteligencia y coordinar las operaciones entre los Estados miembros (en particular, y entre otras: facilita el intercambio de información entre los Estados miembros; reúne y analiza información y datos; comunica a los servicios competentes de los Estados miembros información que les concierne; y gestiona la recopilación de información informatizada). En <https://www.europol.europa.eu/about-europol> (12/08/2017), y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0025> (12/08/2017). También, al tiempo, art. 88 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁶ El EUROJUST (originariamente Decisión 2002/187/JAI del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves) tiene por

Y es que al hilo del desarrollo que de la globalización venía dándose desde finales del siglo pasado, la referida integración europea vino a dar un salto cualitativo en busca de un mejor posicionamiento de los Estados miembros con el que resolver los retos de la globalización²⁷; y con ello su conformación no sólo a nivel económico, sino progresivamente en un grado más político y abarcando expresamente la seguridad común y la cooperación reforzada en ámbitos de justicia y en asuntos de interior (segundo y tercer pilar de la Unión Europea conforme al Tratado de Maastricht, en 1992, y como espacio de libertad, seguridad y justicia con el Tratado de Amsterdam, en 1997)²⁸. Expresión de ese impulso del desarrollo europeo fue la búsqueda en tal momento de un nuevo marco jurídico con el que profundizar más en la cooperación entre los Estados miembros al respecto de la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal; y a su luz, la integración finalmente del acervo de Schengen en 1999 dentro del Derecho europeo²⁹, y de otro (y al tiempo), la celebración en 2005 del Tratado de Prüm (o Schengen III) relativo a “la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal”³⁰.

misión fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea respecto a las investigaciones y actuaciones judiciales relacionadas con formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza. En <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/es.aspx> (12/08/2017), y <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eurojust.html?locale=es> (12/08/2017). También, art. 85 Tratado Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁷ Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Diritto e giustizia nell’ordinamento costituzionale europeo”, en AA.VV. *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011b, pp. 31 y ss.

²⁸ Vid. José Javier FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “El Tratado de Amsterdam y la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión: análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 79 y ss.; o Marie-José GAROT, “Desde Schengen hasta Amsterdam, pasando por Maastrich: un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 24, 1999, pp. 279 y ss.

²⁹ Vid. José María MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los tratados de Amsterdam y de Niza: la libre circulación de personas y la integración de los acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 1, 2001, pp. 189 y ss.

³⁰ Sobre el mismo, y con carácter general, vid. Jacques ZILLER, “El tratado de Prüm”, Adoración Galera Victoria (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 21 y ss.; y de manera más concreta, sobre su incidencia en los derechos y libertades, Gregorio CÁMARA VILLAR, “La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm”, asimismo en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 97 y ss.

Con todo, entre Schengen y Prüm resultan aún hoy paradigmáticos los cambios que a comienzo de este siglo supondrían los referidos atentados del 11-S en Estados Unidos (2001), y también los de Madrid (11-M, 2004) y Londres (7-J, 2005) después. Y es que, y en relación con el primero, se asiste, con absoluta intensidad, a una nueva manifestación del terrorismo global (que no meramente internacional), en el que: su planeamiento, organización y actividad se extiende a múltiples países; su motivación responde o conecta con las contradicciones que subyacen dialécticamente en la propia globalización (como es, en especial, el fundamentalismo como reacción a la extensión de cánones globales que dejan fuera elementos identificativos de sujetos y comunidades); y sus consecuencias se hacen extensibles y visibles a todo el globo (llegándose a su propia retransmisión a nivel internacional en directo por los medios y las redes de comunicación)³¹. Pero también hablamos de un terrorismo propio de la sociedad del riesgo como consecuencia de la cada vez mayor accesibilidad a tecnologías civiles capaces de producir gravísimos daños, como el uso de la aviación (como en el 11-S), o de meros vehículos de transporte por carretera (más recientemente, camiones y furgonetas)³², u otros instrumentos no tan graves (como es un simple cuchillo)³³; y junto a ello, además, la puerta a potenciales ataques a infraestructuras o instalaciones tecnológicas tanto estratégicas para el normal desarrollo social y económico (el caso de Internet, y no ya como medio e instrumento de los grupos terroristas³⁴, sino como objeto de éstos³⁵), como otras idóneas de originar perjuicios masivos materiales, humanos o medioambientales (las instalaciones nucleares)³⁶, u otros de especial relevancia social, como los que supone la ame-

³¹ De interés, *vid.* Miguel Ángel CANO PAÑOS, “Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7, 2009, pp. 1 y ss., en www.criminologia.net (28/09/2017).

³² En el caso de camiones, p.e. el atentado en Niza, el 14 de julio de 2016; y en el de furgonetas, el de Londres el 3 de junio de 2017, o el de Barcelona el 17 de agosto de 2017.

³³ También en Londres el 3 de junio de 2017. Y ello por más que se califiquen de “baja intensidad” este tipo de amenazas terroristas, aunque su impacto social y sus resultados puedan ser elevados.

³⁴ Rodrigo LODEIRO CORRAL, “El uso de las nuevas tecnologías por el terrorismo yihadista”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, núm. 54, 2017, pp. 50 y ss.

³⁵ *Cfr.* Joaquín RUIZ DÍAZ, “Ciberamenazas: ¿el terrorismo del futuro?”, *Boletín IEEE.ES*, núm. 86, 2016, p. 3, en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO86-2016_Ciberamenazas_JRuizDiaz.pdf (28/09/2017)].

³⁶ Con lo que el ataque no tiene por qué ser nuclear, bastando una agresión a los muy diversos tipos de instalaciones que utilizan la energía nuclear; piénsese, sin más, en un hospital, una instalación de investigación científica o en depósito de residuos radioactivos. P.e., *vid.*: Guillermo VELARDE PINACHO y Natividad CARPINTERO SANTAMARÍA, “Terrorismo nuclear”, en AA.VV. *La Energía y su relación con la Seguridad y Defensa*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2007, pp. 407 y ss.; y Cristian MARTÍN CORRALES, “Terro-

naza de atentados biológicos (mediante el uso cepas de virus mutados artificialmente a fin de potenciar su peligro en los seres humanos)³⁷.

A la sombra de los atentados del 11-S es, entonces, que se iniciara una serie de cambios en relación con la seguridad y la defensa al respecto del terrorismo (según se ha adelantado), como en la asunción de éstos en el proceso de integración europea. En cuanto a lo primero, la seguridad pública-interna entronca así no sólo con la defensa a nivel internacional de una manera más intensa, sino que se constata la necesidad de una mayor colaboración y coordinación en la lucha contra este nuevo terrorismo global al respecto de los diversos instrumentos y organizaciones de seguridad y defensa en el seno de los Estados, como entre éstos, y viniendo así a reforzarse mecanismos de auxilio, colaboración y respuesta coordinada. De este modo, y de una parte, recuérdese, en réplica a los atentados de Nueva York, la guerra en Afganistán, en la que fuerzas internacionales lideradas por EE.UU. entran en guerra con uno de los Estados más pobres, pero que daba cobijo a un grupo terrorista (Al-Qaeda) que actuaba “a” y “desde un” nivel global³⁸; y de otra, como la promoción internacional de medidas de seguridad internas acabaron por incidir en la delimitación constitucional del binomio seguridad-libertad que se daba en cada uno de los Estados afectados, poniéndose asimismo de manifiesto la disparidad de regímenes constitucionales existentes al respecto, y en este sentido que a nivel europeo se acabara incluso declarando antijurídica la aplicación de algunas de dichas medidas por los Estados europeos, en cuanto que contrarias a Derecho de la Unión (asunto *Kadi*, STJUE de 3 de septiembre de 2008)³⁹.

Pero también dando lugar a concretas medidas a nivel europeo sobre terrorismo, como fue la previsión del Coordinador de la lucha contra el terrorismo⁴⁰, o con carácter más general el Sistema de Información de Schengen

rismo nuclear”, *Boletín de Información (Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional)*, núm. 301, 2007, pp. 17 y ss.

³⁷ De particular interés, *vid.* Benjamín RUIZ-LOYOLA, “Salud pública, globalización y censura científica”, *TIP. Revista especializada en ciencias químico-biológicas*, vol. 15, núm. 1, 2012, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-888X2012000100004 (28/09/2017).

³⁸ Al respecto, p.e., *vid.*: José María FUENTE SÁNCHEZ, “Terrorismo Global: Génesis y Respuestas”, *Boletín de Información*, núm. 308, 2009, pp. 7 y ss.; o Javier JORDÁN ENAMORADO, “El terrorismo global una década después del 11s”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 152, 2011, pp. 131 y ss.

³⁹ Entre otros, sobre tal asunto, *vid.*: Santiago RIPOL CARULLA, “Los asuntos ‘Kadi, Yusuf, Chafiq Ayadi’, cuestiones de derecho internacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82/2, 2008, pp. 253 y ss.; y Juan SANTOS VARA, “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿Un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, pp. 91 y ss.

⁴⁰ Su creación fue acordada por el Consejo Europeo de 25 de marzo de 2004 tras los aten-

(el llamado SIS II, para el intercambio de información sobre control de fronteras, además de delincuentes, personas desaparecidas y documentación de identidad robada)⁴¹ o, al tiempo, y como posible embrión de una auténtica

tados de Madrid (11.M), siendo su tarea principal la de coordinar la labor del Consejo de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo, así como mantener una visión general de todos los instrumentos a disposición de la Unión y supervisar la aplicación por ésta su plan de acción sobre la lucha contra el terrorismo internacional; no tiene, sin embargo, función de coordinación dentro de la Comisión o entre organismos de la Unión. En <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/counter-terrorism-coordinator/> (12/08/2017).

⁴¹ El SIS II (segunda generación) es un sistema de información común e informatizado que permite a autoridades de los Estados signatarios del Acuerdo de Schengen disponer de información compartida relativa a personas y objetos, incluidas descripciones (Reglamento (CE) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación). La base de datos SIS II está en Estrasburgo y a ella tienen acceso todos los Estados parte, mientras que cada uno dispone de una oficina SIRENE (*Supplementary Information Request at the National Entry*) para la preparación de expedientes para la introducción de datos en el SIS, el intercambio de información adicional y el servir de órgano de comunicación bilateral con las SIRENE de otros Estados [en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114544> (12/08/2017)]. En este ámbito de seguridad e inmigración, se reconocen también organismos como: el Centro de Información, Reflexión e Intercambio en Materia de Cruce de Fronteras e Inmigración (CIREFI), asistiendo a los Estados en relación con la inmigración ilegal, las redes de tráfico de personas y la falsificación de documentos [el CIREFI (creado por Decisión de los ministros responsables de la inmigración de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992, y Conclusiones del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, ampliando sus funciones) aglutina la obtención de información sobre inmigración legal, situaciones de residencia irregular, entrada de extranjeros a través de redes y la utilización de documentos falsos o falsificados; a tales efectos, tiene la misión de analizar dichas informaciones, extraer conclusiones y formular propuestas, así como fomentar el intercambio de información. Por otra parte, en mayo de 1999 se creó un sistema de alerta rápida para la transmisión de información relativa a inmigración clandestina y a redes (Resolución, de 27 de mayo de 1999, por la que se crea un sistema de alerta rápida para la transmisión de información relativa a la inmigración clandestina y a las redes de pasadores de fronteras). En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l33100> (08/08/2017)]; o la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX), ayudando a los Estados miembros (y a los asociados al referido espacio Schengen) en materia de fronteras exteriores y facilitando la cooperación entre las autoridades fronterizas [el FRONTEX (originariamente, Reglamento 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre), entre otras funciones, tiene encomendado: el análisis de riesgos (evaluando riesgos para la seguridad de las fronteras, elaborando modelos en migración irregular); y el intercambio de información. En https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_es (08/08/2017). Al tiempo, y en esta materia (Reglamento 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013), está también el Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR), a fin de aumentar la integración en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión].

agencia de inteligencia europea, el Centro de Análisis de Inteligencia (el INTCEN, con funciones de inteligencia en contraterrorismo)⁴².

III. *Sobre el terrorismo como factor de integración constitucional*

Esta última cuestión nos lleva a su vez a cómo el terrorismo ha incidido no sólo al respecto de una mayor integración en Europa en materia de seguridad, adoptando diversos instrumentos (aún en el ámbito de la cooperación, según se acaba de señalar), sino a fomentar la instrumentación constitucional de tal integración. Ciertamente dicha instrumentación constitucional de la integración deviene previa al 11-S, simplemente al advertirse que la profundización integrativa que requería ya la Unidad Europea ante la globalización suponía una mayor constitucionalización de la misma ante la evidente confrontación que ella conllevaría ante los Estados miembros al incidir en ámbitos de específica y profunda dimensión y sensibilidad constitucional como eran, precisamente, los derechos fundamentales y sus limitaciones⁴³; y esto, en especial, ante las advertencias previas de las jurisdicciones constitucionales de algunos de los Estados miembros (así, Sentencia *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, del Tribunal Constitucional Federal alemán, y de manera más matizada, la *Solange II*, de 22 de octubre de 1986)⁴⁴. En tal sentido, recuérdese no sólo el reconocimiento pretoriano que del patrimonio constitucional común en materia de derechos fundamentales haría inicialmente el Tribunal

⁴² El INTCEN, y originariamente como Centro de Situaciones (SITCEN, Declaración sobre la lucha contra el terrorismo del Consejo Europeo en su sesión de 25 de marzo de 2004), es un centro conjunto europeo para el análisis de inteligencia, a partir de la información proporcionada por la inteligencia de los Estados miembros; así, es un centro de intercambio de información y apoyo a las políticas de la Unión Europea, y emite análisis estratégicos de las amenazas con base a la inteligencia ofrecida por los servicios de inteligencia de los Estados miembros y la EUROPOL [en <http://eu-un.europa.eu/factsheet-on-eu-intelligence-analyses-center-intcen/> (13/08/2017)]. También está el Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea (IESUE), como organismo independiente que contribuye a elaborar y desarrollar la Política Exterior y de Seguridad Común; el IESUE se encarga, en especial, de hacer análisis y recomendaciones, actúa como intermediario entre los expertos europeos y las instancias decisorias en todos los niveles, y facilita análisis y previsiones a la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad [en https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/iss_es y <https://www.iss.europa.eu/> (13/08/2017)].

⁴³ Sobre los derechos fundamentales en Europa como factor de constitucionalización de la misma, *vid.* Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

⁴⁴ En general, sobre tal articulación de los derechos fundamentales en las jurisprudencias comunitaria y constitucional de los Estados miembros en tal periodo, *vid.*, entre otros, Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, Cap. VIII.

de Justicia como potencial parámetro de validez del Derecho comunitario (p.e. SSTJ *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, y *Nold*, de 14 de mayo de 1974), y su ulterior positivización en su Derecho originario (art. F.2 TUE, según Maastricht, y como 6 en Ámsterdam)⁴⁵, sino la aprobación luego de una auténtica Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mas para acabar únicamente como solemnemente proclamada y sin entrar en vigor (Niza, 2000)⁴⁶; y sin embargo tras el 11-S ahora, y al hilo precisamente de un pseudo-proceso constituyente que se abrió en Europa con el Tratado Constitucional⁴⁷, que dicha Carta, en cuanto que integrada en él (Parte II)⁴⁸ sí fuera entonces a gozar de normatividad originaria⁴⁹. Y es que el propio Tratado constitucional pretendía tal normatividad y supremacía a nivel general⁵⁰ como garantía de que la mayor integración política que sobre nuevas materias se daba (o en las que se profundizaba), como era precisamente la seguridad y al respecto del terrorismo, no tuviera el reparo constitucional de los Estados miembros de reduccionismo constitucional interno en dichas materias, y a la luz, así, de un Derecho constitucional compuesto, y complejo, europeo⁵¹. Además, y específicamente en relación con la seguridad y el nuevo terrorismo que se advierte a nivel global y en Europa en este momento (nuevamente, los atentados de Madrid, 2004, y Londres, 2005), es que la búsqueda de se-

⁴⁵ P.e., Gregorio CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 9 y ss.

⁴⁶ Sobre ésta, Paolo RIDOLA, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, Juan Francisco Sánchez Barrilao (trad.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 463 y ss.

⁴⁷ Entre otros, Agustín José MENÉNDEZ, “Ni Constitución ni Tratado, sino todo lo contrario (Un análisis del proyecto de Tratado Constitucional desde la perspectiva de la democracia deliberativa)”, en AA.VV. *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 85 y ss.

⁴⁸ Al respecto de ésta, p.e., Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos”, en AA.VV. *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: estudios sobre el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2004, pp. 179 y ss.

⁴⁹ Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, en especial pp. 112-113, y 120-122.

⁵⁰ Nuevamente Francisco BALAGUER CALLEJÓN, pero ahora “El sistema de fuentes en la Constitución Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, en concreto pp. 65-66.

⁵¹ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 115 y ss.

guridad ante el desamparo que genera la globalización (otra vez Bauman)⁵² y la sociedad del riesgo se conviertan en *leitmotiv* de la misma integración supranacional en cuanto que única respuesta posible a todos los retos que para la seguridad de los europeos se plantean con los nuevos tiempos; y ello tanto al respecto del terrorismo, en el que la actividad europea va paulatinamente progresando no ya desde su mera consideración nacional e interna-estatal (como tradicionalmente venía dándose), sino como fenómeno global de incidencia europea⁵³, como con relación al progreso tecnológico dado que motor de la sociedad del riesgo y peligro abstracto también para los europeos⁵⁴.

Sin perjuicio de que el Tratado constitucional finalmente fracasara⁵⁵, y que el ulterior Tratado de Lisboa formalmente ya no se reconozca como constitucional, lo cierto es que éste viene a recoger no sólo sustantivamente buena parte del contenido de aquél, como así acontece sobre seguridad y terrorismo⁵⁶, sino que adopta la dimensión constitucional de su regulación⁵⁷. Y es que no puede ser de otra manera cuando la integración requerida por la globalización resulta insoslayable, a la par que necesariamente compatible con el grado de constitucionalización existente al interno de los Estados miembros⁵⁸; y por ello, entonces, que podamos afirmar que el terrorismo y la nueva seguridad que éste requiere como respuesta colectiva y comunitaria se

⁵² Zygmunt BAUMAN, pero ahora: *Tiempos líquidos (Vivir en una época de incertidumbre)*, 5ª ed., Carmen Corral (trad.), Tusquets Editores, Barcelona, 2015; y *La globalización (Consecuencias humanas)*, 2ª ed. (1ª reimp.), Daniel Zadunaisky (trad.), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2017.

⁵³ Cfr. Fernando REINARES NESTARES, “Europa Occidental como escenario del terrorismo global”, en AA.VV. *Panorama estratégico 2010-2011*, Instituto Español de Estudios Estratégicos / Real Instituto Elcano, Madrid, 2011, pp. 137 y ss.

⁵⁴ Sobre cierta consideración negativa del progreso tecnológico por el Derecho europeo, vid. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 335 y ss.

⁵⁵ De interés, Peter HÄBERLE, “Consecuencias jurídicas y políticas del doble ‘no’ francés y holandés a la Constitución Europea”, Juan Fuentes Osorio (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 431 y ss.

⁵⁶ De un lado, Sergio CARRERA y Florian GEYER, “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, 2008, pp. 133 y ss.; y de otro, Miryam RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO, “El terrorismo en la evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, en especial pp. 551 y ss.

⁵⁷ Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 11 y ss.

⁵⁸ Vid. nuevamente Francisco BALAGUER CALLEJÓN, mas “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57 y ss.

convierta no sólo en factor de empoderamiento europeo (debiendo asumir entonces la Unión Europea mucho más poder)⁵⁹, sino en motor de su constitucionalización por cuanto que sólo desde su articulación constitucional cabe salvaguardar la tensión siempre presente en el binomio seguridad-libertad⁶⁰ al respecto del propio Derecho europeo, como en atención a la relación entre éste y el Derecho de los Estados miembros.

IV. *Terrorismo y crisis en la integración europea*

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) es que la Unión Europea haya venido profundizando aún más en su seguridad común, y en especial en materia de terrorismo⁶¹. Y sin embargo

⁵⁹ Precisamente, sobre la vuelta a idea de comunidad como monopolio de la fuerza, pero al respecto ahora de la Unión Europea, Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

⁶⁰ Otra vez Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, núm. 2, 2012, especialmente pp. 105 y ss.

⁶¹ Reglamento de ejecución (UE) núm. 1285/2009 del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento (CE) núm. 501/2009; Decisión 2009/1004/PESC del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 610/2010 del Consejo, de 12 de julio de 2010, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1285/2009; Decisión 2010/386/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Decisión del Consejo, de 26 de julio de 2010 (2010/482/UE), relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y el anexo del mismo; Decisión del Consejo, de 13 de julio de 2010 (2010/412), relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo; Decisión 2011/70/PESC del Consejo, de 31 de enero de 2011, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entida-

des a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 83/2011 del Consejo, de 31 de enero de 2011, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 610/2010; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 687/2011 del Consejo, de 18 de julio de 2011, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 610/2010 y (UE) núm. 83/2011; Decisión 2011/430/PESC del Consejo, de 18 de julio de 2011, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1063/2011 del Consejo, de 21 de octubre de 2011, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1063/2011 del Consejo, de 21 de octubre de 2011, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Decisión 2011/872/PESC del Consejo, de 22 de diciembre de 2011, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión 2011/430/PESC; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1375/2011 del Consejo, de 22 de diciembre de 2011, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 687/2011; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 213/2012 del Consejo, de 13 de marzo de 2012, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1375/2011 por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Decisión 2012/150/PESC del Consejo, de 13 de marzo de 2012, que modifica la Decisión 2011/872/PESC por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Decisión 2012/333/PESC del Consejo, de 25 de junio de 2012, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión 2011/872/PESC; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 542/2012 del Consejo, de 25 de junio de 2012, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1375/2011; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1015/2012 del Consejo, de 6 de noviembre de 2012, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 542/2012, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Decisión 2012/686/PESC del Consejo, de 6 de noviembre de 2012, que modifica la Decisión 2012/333/PESC, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se

aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Decisión 2012/765/PESC del Consejo, de 10 de diciembre de 2012, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2012/333/PESC; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1169/2012 del Consejo, de 10 de diciembre de 2012, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 542/2012; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1250/2012 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2012, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 646/2013 de la Comisión, de 4 de julio de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2580/2001 del Consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; 2013/395/PESC: Decisión 2013/395/PESC del Consejo, de 25 de julio de 2013, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2012/765/PESC; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 714/2013 del Consejo, de 25 de julio de 2013, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1169/2012; Decisión 2014/72/PESC del Consejo, de 10 de febrero de 2014, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2013/395/PESC; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 125/2014 del Consejo, de 10 de febrero de 2014, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 714/2013; Decisión 2014/483/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2014, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2014/72/PESC; Decisión 2014/483/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2014, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2014/72/PESC; Decisión (PESC) 2015/521 del Consejo, de 26 de marzo de 2015, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2014/483/PESC; Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2015, sobre las medidas de lucha contra el terrorismo (2015/2530(RSP)); Reglamento de Ejecución (UE) 2015/513 del Consejo, de 26 de marzo de 2015, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 790/2014; Decisión (PESC) 2015/1334 del Consejo, de 31 de julio de 2015, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y

con un resultado no del todo eficiente, tal como demuestra el nuevo terrorismo global que ha golpeado a buena parte de Europa en estos últimos años; de este modo, y desgraciadamente, los ataques del ISIS con las bombas en París el 13 de noviembre de 2015, las de Bruselas de 22 de marzo de 2016 o las de Manchester de 22 de mayo de 2017; o los atropellos masivos en Niza el 14 de julio de 2016, en Berlín el 19 de diciembre de 2016, en Londres el 22 de marzo y el 3 de junio de 2017, en Estocolmo el 7 de abril de 2017, o en Barcelona el 17 de agosto de 2017, etc. Aunque realmente dichos atentados no sean sino un nuevo “giro de tuerca” del terrorismo fundamentalista propio de la globalización y de la sociedad del riesgo (en los que viene a sustituirse aviones por camiones y furgonetas, según se ha adelantado)⁶², cierta-

4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión (PESC) 2015/521; Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión; Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1325 del Consejo, de 31 de julio de 2015, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/513; y Decisión (PESC) 2015/1334 del Consejo, de 31 de julio de 2015, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión (PESC) 2015/521.

⁶² Y ya tras los atentados de noviembre de París de 2015, Decisión (PESC) 2015/2430 del Consejo, de 21 de diciembre de 2015, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión (PESC) 2015/1334; Decisión (PESC) 2016/628 del Consejo, de 21 de abril de 2016, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se modifica la Decisión (PESC) 2015/2430; Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1127 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2425; Decisión (PESC) 2016/628 del Consejo, de 21 de abril de 2016, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se modifica la Decisión (PESC) 2015/2430; Decisión (PESC) 2016/1136 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión (PESC) 2015/2430; Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1127 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas diri-

gidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2425; Reglamento (UE) 2016/1710 del Consejo, de 27 de septiembre de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Decisión (PESC) 2016/1711 del Consejo, de 27 de septiembre de 2016, que modifica la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Decisión (PESC) 2016/2384 del Consejo, de 22 de diciembre de 2016, por la que se modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se modifica la Decisión (PESC) 2016/1136; Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2373 del Consejo, de 22 de diciembre de 2016, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1127; Decisión (PESC) 2017/154 del Consejo, de 27 de enero de 2017, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2016/1136; Reglamento de Ejecución (UE) 2017/150 del Consejo, de 27 de enero de 2017, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1127; Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo; Decisión (PESC) 2017/972 del Consejo, de 8 de junio de 2017, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y por la que se modifica la Decisión (PESC) 2017/154; Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 2017, por el que se crea el Grupo de expertos de alto nivel de la Comisión sobre radicalización (2017/C 252/04); Reglamento de Ejecución (UE) 2017/965 del Consejo, de 8 de junio de 2017, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/150; Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1420 del Consejo, de 4 de agosto de 2017, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/150; Reglamento (UE) 2017/2061 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo; Decisión (PESC) 2017/2073 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo; Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2064 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1420; Decisión (PESC) 2017/2072 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017, por la que se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posi-

mente éstos se producen en un momento de crisis en la Unión⁶³, y por tanto incidiendo en la misma (agravándola); me explico.

Si en 2004 y 2005 los atentados de Madrid y Londres justificaron, y legitimaron a nivel popular, una mayor cooperación europea en materia de seguridad común ante el terrorismo (según se ha mostrado más arriba), los nuevos atentados de París, Bruselas, Niza, Berlín, Londres, Estocolmo, Manchester o Barcelona se han producido en un contexto de crisis compleja para Europa; crisis compleja por cuanto no sólo económica, sino por cómo la crisis económica ha catalizado la crisis de valores, identidad y democrática que desde hacía años venía planteándose en Europa⁶⁴ y que finalmente ha desembocado no sólo en el *Brexit*⁶⁵, sino en la crisis de los refugiados sirios⁶⁶ y en el incremento populista de movimientos nacionalistas, xenófobos y anti-europeístas a la sombra de procesos internos de radicalización y enfrentamiento social, a la par que potenciados por los procesos de búsqueda de identidad nacional que la propia globalización impulsa dialécticamente⁶⁷:

ción Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se modifica la Decisión (PESC) 2017/1426; Decisión (PESC) 2017/1426 del Consejo, de 4 de agosto de 2017, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión (PESC) 2017/154; Decisión (PESC) 2018/475 del Consejo, de 21 de marzo de 2018, por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2017/1426; Reglamento de Ejecución (UE) 2018/468 del Consejo, de 21 de marzo de 2018, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1420. Al respecto de la última normativa europea y el terrorismo, *vid.*, entre otros: Fernando RUIZ DOMÍNGUEZ, “La rapidez de la Unión Europea en la lucha antiterrorista”, *Bie3: Boletín IEEE*, núm. 2, 2016, pp. 342 y ss.; o Andreea MARICA, “Medidas y cambios legislativos en la Unión Europea para intensificar la lucha contra el terrorismo global”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 10, 2018, pp. 13 y ss.

⁶³ En cuanto a cómo la crisis repercutió en la seguridad, *vid.* Antonio FONFRIA MESA, “La evolución de la crisis económica y su influencia en la seguridad”, en AA.VV. *Panorama estratégico 2010-2011... cit.*, pp. 39 y ss.

⁶⁴ *Cfr.* Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea”, *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, núm. 2, 2010, pp. 184 y ss.

⁶⁵ *Vid.*, p.e., Geoffrey EVANS, Noah CARL y James DENNISON, “El *Brexit*: las causas y las consecuencias de la decisión británica de salir de la UE”, en AA.VV. *Las crisis de Europa*, Alejandro Pradera (trad.), Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 547 y ss.

⁶⁶ Así, entre otros, Paul COLLIER, “Europa y los refugiados: una tragedia rayana en la farsa”, asimismo en AA.VV. *Las crisis de Europa... cit.*, pp. 331 y ss.

⁶⁷ P.e., Ayhan KAYA, “Populismo e inmigración en la Unión Europea”, Alejandro Lomba (trad.), *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2017, pp. 52 y ss.

una crisis así de la solidaridad en Europa, entre los propios Estados europeos y al interno, incluso, de los mismos Estados, ante la incapacidad de unos y otros a la hora de llegar acuerdos al respecto⁶⁸.

Es entonces que la integración europea, a la vista de los últimos atentados, no parezca (a los ojos de muchos europeos) que sea capaz de ofrecer el grado de seguridad que el nuevo terrorismo internacional exige, y que el terrorismo quepa ahora ser presentado (por aquéllos) como factor de involución bajo la aparente (y falsa) respuesta de una vuelta a la soberanía estatal. Y junto a ello, y a tenor del carácter fundamentalista de este nuevo terrorismo, la insidia de respuestas contrarias al multiculturalismo que exige, necesariamente, la integración de la diversidad europea: de este modo, la vieja respuesta colectiva frente al otro, y al diferente, como instrumento de seguridad colectiva y de hacer comunidad, en vez articular adecuados instrumentos interrelación cultural⁶⁹; pero también la respuesta, finalmente, de la exclusión, de los muros, e incluso de las cuarentenas, más propias de la Europa medieval, que aquélla que ha de enfrentarse al Siglo XXI. Si el terrorismo había venido actuando hasta ahora como impulsor de la integración (según se viene apuntando), hoy, en cambio, parecería actuar como freno de la misma, incluso como factor de su regresión.

Adviértase, además, que el tipo de riesgo que para la seguridad de los europeos supone este nuevo tipo de terrorismo resulta, como poco, difícil de evitar. Y es que una cosa es la activación de mecanismos de todo tipo a fin de responder ante la comisión o materialización de atentados (especialmente a nivel criminal y judicial), y otra, la impotencia en su prevención al requerir de altísimos costes no sólo políticos y económicos, sino jurídicos (en especial con relación a la limitación de derechos fundamentales, y de ahí su intensa dimensión constitucional), y sin llegar, en ningún caso, a garantizar una seguridad absoluta. Si el fomento de la resiliencia en la ciudadanía europea es entonces que se convierta en objetivo mismo de la seguridad común⁷⁰, difí-

⁶⁸ De un lado, sobre cómo la crisis migratoria ha mostrado falta de alteridad frente al extracomunitario, José DÍAZ LAFUENTE, “El derecho de asilo en la Unión Europea frente a la actual crisis de los valores de solidaridad, dignidad y respeto de los derechos humanos”, en AA.VV. *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad (Actas del III Congreso Internacional del PRADPI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 167 y ss.; y luego, ya, entre los mismos Estados, al respecto de la recepción de aquéllos, José María PORRAS RAMÍREZ, “El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 175, 2017, pp. 207 y ss.

⁶⁹ De interés, José María BENEYTO PÉREZ, “Identidad y conflictos culturales la nueva perspectiva de la Seguridad”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 135, 2007, pp. 17 y ss.

⁷⁰ De interés, sobre la tensión entre la referida crisis de solidaridad y la resiliencia, *vid.* Yves BERTONCINI, “Schengen: de la résistance à la résilience?”, *Question d'Europe, Fondation Robert Schuman (Policy Paper)*, núm. 471, 23 de abril de 2018, en <https://www.robertschuman.eu/fr/questions-d-europe/0471-schengen-de-la-resistance-a-la-resilience> (28/08/2018).

cilmente es, sin embargo, que llegue a cuajar ante la débil solidaridad europea mostrada con ocasión de la crisis económica, al haberse mostrada la Unión más preocupada por la sostenibilidad económica y financiera que por la difícil situación padecida por millones de europeos⁷¹. Es aquí, sin duda, donde, si no se cuajó la actual desafección que sobre la integración europea viene dándose, sí que la potenció exponencialmente⁷²; y al hilo de ella, la instrumentación populista, nacionalista y xenófoba del terrorismo y la seguridad ciudadana como factor deslegitimador de una Europa incapaz de proteger, efectivamente, a los europeos.

V. Consideraciones finales

De este modo es que volvamos a la reflexión inicial, a la comunidad como soporte de la seguridad y a la tensión entre ésta y la libertad. Si una comunidad (como es la Unión Europea) no ofrece suficiente seguridad, ¿nos salimos de la misma? (tal como muchos plantean, precisamente y hemos visto al respecto de la integración europea); ¿o bien profundizamos en la comunidad y en su capacidad de seguridad en detrimento de la libertad? Lo cierto es que la primera opción no lo es realmente, cuando sólo desde una comunidad potencialmente adecuada o correspondiente a la dimensión de una amenaza cabe resolver la misma; y por otra parte, cabría recordar que no siempre mayor seguridad requiere menor libertad, pues también cabe mayor eficiencia de las medidas e instrumentos adoptados al respecto. Me explico (nuevamente).

La constante tensión con la que el terrorismo somete a la seguridad en Europa (de forma que se pueda llegar a hablar de “estado de tensión”)⁷³, sin perjuicio de que responda a nuevas maneras de atentar difícilmente previsibles (según se ha visto), puede ser resuelta obviamente desde una mayor intervención pública en los derechos y en las libertades (eso sí, salvándose

⁷¹ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “Unión Europea y globalización: reivindicando una Europa de los ciudadanos”, en AA.VV. *Estudios en homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2016, pp. 147 y ss.

⁷² Asimismo, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “Tra identità: il futuro dell’integrazione europea nel contesto globale”, Valentina Faggiani (trad.), *Nomos*, 2018, en http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/06/Barrilao_anticipazioni.pdf (22/07/2018).

⁷³ De “tensión”, expresamente, nos habla Michel ROSENFELD, en “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Real Instituto Elcano*, ARI, núm. 109, 2005, en http://realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido/!ut/p/a1/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfuLsh0VAepxmvs!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%20109-2005 (20/09/2018).

éstas siempre a nivel constitucional desde la proporcionalidad de las limitaciones)⁷⁴, pero también desde respuestas más intensas al respecto de la coordinación y solidaridad entre Estados, como desde la propia Unión, a fin de procurar una mayor eficiencia de la seguridad colectiva, de todos.

De alguna manera esto se ha podido comprobar con ocasión de la crisis económica y de la limitada capacidad de acción inicial y unilateral de los Estados y de la Unión al respecto, además de centradas en la mera restricción del gasto público afectando a los derechos sociales, para finalmente no sólo adoptarse medidas de excepción desde las instituciones europeas (en especial, el Banco Central Europeo), sino llegar a aceptar la necesidad de garantizar a nivel europeo un mínimo marco común en políticas sociales (así, el llamado “Pilar europeo de Derechos Sociales”), como en la potencial profundización de mecanismos con los que garantizar la solidaridad financiera entre los Estados.

Si trasladamos la referida experiencia al terrorismo, se advierte la conveniencia de reforzar constitucionalmente la capacidad de la Unión sobre terrorismo y seguridad, a fin de alcanzar una más adecuada interrelación competencial entre los Estados y la Unión en pos de una mayor eficiencia y capacidad de respuesta del sistema en su conjunto; y ello, además, sin necesidad de incidir más y con carácter general en las libertades (sin perjuicio, claro, de que determinadas medidas puedan afectar a derechos y libertades), pues una incidencia de este tipo, sin más, tendería a lastrar potencialmente aún más la adhesión ciudadana al referido sistema europeo de seguridad, agravando su crisis. Incluso, el hecho de que la propia Unión Europea no tenga capacidad material y formal efectiva para su propia seguridad ante el terrorismo, dependiendo de los Estados, exige ya por sí una mayor capacidad de coordinación por la primera al respecto, como así ha venido a evidenciarse con ocasión de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo (y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo), y con la que se busca reforzar un marco jurídico común a todos los Estados miembros de la Unión a partir de una definición armonizada de los delitos de terrorismo que sirva como punto de referencia para el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades nacionales competentes⁷⁵.

⁷⁴ Además de en relación con el Derecho constitucional nacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁵ Sobre ésta, *vid.*, p.e., Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ, “La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 44, 2018, pp. 55 y ss. Y ello, en especial, a la sombra de las singularidades del terrorismo fundamentalista y del creciente fenómeno de los llamados “combatientes extranjeros”. En tal sentido, ya, Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 24 de septiembre de 2014, sobre amenazas a la paz y la

Naturalmente, y para terminar, la integración en seguridad únicamente puede seguir conformándose desde el Derecho constitucional, y en especial desde una auténtica Constitución europea en la que quede normativamente delimitada no sólo las diversas competencias que en seguridad conserven los Estados y las que potencialmente adquieran la Unión Europea, sino la relación misma entre seguridad y libertad, e indistintamente de los sujetos implicados (ya sea la Unión, los Estados, los terroristas y los propios ciudadanos). Una Europa, así, capaz de ganar la adhesión de la ciudadanía al respecto de la garantía de su seguridad, pero en un marco efectivo de libertad compartida desde la que entablar una mayor y auténtica resiliencia, solidaridad y fraternidad europea⁷⁶. Por supuesto que, con todo, no es posible garantizar hoy una seguridad absoluta ante el terrorismo, pero cabe mejorar constitucionalmente y desde la integración los mecanismos con los que responder preventiva y reactivamente ante aquél. Si el terrorismo internacional es hoy una amenaza que excede incluso a la capacidad integrada de los Estados en una Europa unida, más lo es al respecto de los Estados individualmente considerados; ¿cómo, entonces, poder buscar o postular respuestas unilateralmente soberanas con relación al terrorismo (cuando los Estados, por su parte, se encuentran en evidente retroceso ante la globalización misma)? Más Europa así, y sin embargo, como única solución constitucional, pero sin dejarnos caer en el abatimiento de la mera respuesta funcional a la integración constitucional, pues se ha de profundizar, también, en la legitimidad democrática y social de la Unión al respecto de los ciudadanos europeos (a fin de que éstos se sientan verdadero sujeto activo y receptor de las políticas europeas); no en vano somos, o deberíamos ser, los protagonistas (primeros y últimos) de la integración europea, y con ello del propio proyecto de comunidad política y jurídica que supone (y pretende) la Unión Europea hoy⁷⁷.

seguridad internacionales causadas por actos terroristas [en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178\(2014\) \(13/04/2018\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178(2014) (13/04/2018))]; a nivel europeo, el Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de mayo de 2015, a fin de facilitar la aplicación de la referida Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2178 (2014) sobre los combatientes terroristas extranjeros y, en particular, tipificar como delitos determinados actos definidos en la disposición operativa 6 de dicha Resolución; y a su vez en el seno de la Unión Europea (y como antesala de la mencionada Directiva), Decisión (UE) 2015/1914 del Consejo, de 18 de septiembre de 2015, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS n° 196) [en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2015%3A280%3ATOC \(14/04/2018\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2015%3A280%3ATOC (14/04/2018))].

⁷⁶ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “Fundamentalismos, identidades e integración europea” (en prensa).

⁷⁷ Otra vez Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “Globalización y Derecho europeo” (también en prensa).

LA BANCA CENTRALE EUROPEA: ISTITUZIONE TECNICA A “VOCAZIONE POLITICA”

Edoardo C. Raffiotta

SOMMARIO: 1. Prologo: verso una “tecnocrazia europea”? – 2. La Banca centrale europea e la sua indipendenza. – 3. I presupposti dell’Unione monetaria e la Bce come istituzione tecnica a “vocazione politica”. – 4. Regole tecniche e decisioni politiche: uno sguardo alle decisioni assunte in risposta crisi economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo. – 4.1. La definizione del tasso di cambio – 4.2. L’acquisto di titoli di Stato di economie in conclamata difficoltà. – 5. I prossimi interventi e il ruolo protagonista (quasi esclusivo) della Bce a contrasto della crisi: la definitiva prevalenza della tecnica sulla politica in Europa?. – Bibliografia.

1. Di recente in un efficace *saggio* sull’Unione europea (dal significativo titolo “nella spirale tecnocratica”) Jürgen Habermas si è interrogato se in Europa stiano sempre più prevalendo le istituzioni tecniche su quelle politiche, così affermando una tecnocrazia, invece di un (dai più) auspicato ordinamento democratico¹. Nel riflettere sul ruolo della tecnica e delle istituzioni tecniche sulla politica, al centro della sua critica vi è il mancato superamento nell’Unione europea del *deficit* non solo e non tanto democratico, ma, soprattutto, di competenze politiche a livello europeo che lascia sempre più spazio alle istituzioni tecniche, che divengono, appunto, tecnocratiche.

Tale riflessione, che si inserisce nell’ampio dibattito sulla c.d. tecnocrazia in Europa – come si tenterà di dimostrare nelle pagine a seguire – sembra essere la migliore chiave di lettura per comprendere il ruolo assunto in questi anni di attività dalla Banca centrale europea (da ora Bce) nel governo europeo dell’economia. Un ruolo spesso contestato e oggetto di critiche (tra gli

¹ Il governo dei tecnici o dei sapienti, generalmente sintetizzato attraverso il termine “tecnocrazia” trova le sue basi filosofiche già nel disegno utopico di Francis Bacon, *The New Atlantis*, 1624, per il quale un collegio di studiosi (la “casa di Salomone”) era incaricato di consigliare il governo. Il ruolo dei tecnici nel governo della cosa pubblica emerge con maggiore rilievo nel pensiero di Henri de Saint-Simon, *L’organisateur*, 1820, il quale esaltando la società industriale, riteneva indispensabile che la rappresentanza fosse assegnata a quote di tecnici, esperti. Tesi ulteriormente sviluppata da Auguste Comte (in particolare in *Sistema di politica positiva*, 1851) per il quale, come noto, il metodo scientifico doveva essere esteso nell’esercizio dei poteri pubblici, anche attraverso autorità di governo composte da amministratori delle scienze pure e applicate. Sul tema in generale cfr. J. Meynaud, 1966; D. Fisichella, 1997. In tema si vedano anche i recenti spunti di riflessione offerti da A. Morrone, 2012, 829; E.C. Raffiotta, 2014, 619 ss.

altri Pivetti, 2011; G. Grasso, 2012, 82), perché la Bce, istituzione europea – tecnica per definizione – senza alcuna legittimazione democratica ha assunto competenze di politica economica, interferendo in particolare nei periodi di crisi economico-finanziaria sulle politiche non solo economiche nazionali (A. Ciancio, 2014). Un'affermazione vera, quanto, però, la (oggettiva) constatazione che senza tali misure – seppur in alcuni casi assunte in via interpretativa – molte economie nazionali, ma ancor più l'eurozona, sarebbero state pregiudicate (G. Pitruzzella, 2012, 29).

Per comprendere il ruolo e le funzioni della Banca centrale europea, prima di giungere a facili accuse di invadere le competenze e la sovranità degli Stati, è bene riflettere sulle ragioni che hanno portato all'istituzione della Banca centrale, sulla sua missione principale, ma soprattutto sul contesto – spesso di forte crisi economico-finanziario – nel quale ha operato, tenendo sin da ora ben presente che l'attività della Bce, le regole tecniche che essa osserva, presuppongono una scelta politica in origine assunta dagli Stati membri e siglata nei vari trattati a partire da quello di Maastricht.

2. Sin da quando il Trattato di Maastricht ha istituito la Bce, essa è apparsa come un organo comunitario *sui generis*, non menzionato tra le Istituzioni europee (lo diverrà espressamente solo con il Trattato di Lisbona e il novellato art. 13 Tfu). La Bce viene posta a guida del Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), con lo scopo principale di definire e governare le politiche monetarie che come noto da quel momento vengono sottratte alla tradizionale e assoluta sovranità degli Stati. La disciplina di tale sistema – ripartita tra il Trattato e lo Statuto allegato, invero, parte integrante dello stesso e con il medesimo valore giuridico – dava avvio ad un processo, forse inizialmente non del tutto chiaro, volto a regolare le politiche monetarie tra i Paesi dell'Ue (anche quelli che non avevano aderito alla moneta unica). Parallelamente prendeva avvio un percorso che, a più tappe, avrebbe portato, successivamente, all'Unione monetaria e al c.d. Eurosistema ovvero l'insieme delle Banche centrali dei Paesi che avevano aderito alla moneta unica, le quali con la Bce avrebbero dato vita, più tardi, – dal primo gennaio del 1999 – al governo dell'euro.

Il governo della moneta nell'Eurosistema include tutte le tradizionali competenze legate a tale ambito – un tempo di esclusiva competenza nazionale – quali anzitutto: il potere di emettere la moneta autorizzando le banche centrali dei Paesi dell'area dell'euro a emettere banconote in euro; definire la liquidità, attraverso la fissazione dei tassi d'interesse di riferimento per l'area dell'euro nonché controllare la massa monetaria. Ma ancora: gestire le riserve in valuta estera dell'area dell'euro e comprare o vendere valute quando si presenti la necessità di mantenere un equilibrio tra i tassi di cambio; accertarsi che le istituzioni e i mercati finanziari siano adeguatamente controllati

dalle autorità nazionali, e che i sistemi di pagamento funzionino correttamente; monitorare le tendenze dei prezzi valutando il rischio che ne deriva per la stabilità dei prezzi nell'area dell'euro (Cfr. T. Padoa-Schioppa, 2000, 49 ss.).

Nello svolgere tali politiche, i Trattati – di Maastricht, prima, e di Lisbona, dopo – fissano un obiettivo primario e chiaro: la stabilità dei prezzi. Per cui l'art. 105, oggi confluito nell'art. 127 Tfu, prevede che “l'obiettivo principale del Sebc è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il Sebc sostiene le politiche economiche generali nella Comunità”.

Da tale breve disposizione derivano numerose implicazioni e limiti nell'azione e nei fini delle politiche monetarie assunte dalla Bce. Sul punto si tornerà, ma la questione principale è invero che l'interesse del Sebc non deve essere quello di perseguire vantaggi per un singolo Stato, ma tutelare la moneta dall'inflazione e dalle svalutazioni per raggiungere la stabilità dei prezzi e supportare “le politiche economiche generali” dell'Unione.

Al fine di evitare le interferenze degli Stati nelle politiche monetarie l'Eurosistema, così come istituito dal trattato di Maastricht, e di fatto continuato da quello di Lisbona, mantiene una – per quanto possibile – assoluta indipendenza e terzietà dalle Istituzioni politiche nazionali ed europee. Per tale ragione, tanto la Bce, quanto le Banche centrali nazionali sono istituite ed esercitano le loro funzioni assicurando la maggiore indipendenza possibile dalla “politica” (Articolo 130 Tfu, *ex* articolo 108 del TCE). Il confine delle competenze della politica monetaria europea, infatti, era un confine ben marcato, che organi, non politici, anzi, tecnici come le Banche centrali avrebbero dovuto governare senza influenza da parte di istituzioni politiche, le quali avrebbero potuto mutare o orientare le decisioni di governo della moneta a seconda delle differenti maggioranze elettorali, così, possibilmente, tradendo i fini convenuti originariamente nel Trattato.

L'indipendenza e la terzietà dell'Eurosistema emergono anche nelle disposizioni che disciplinano la composizione e l'operato delle sue Istituzioni. Sulla carta la Bce opera attraverso il Consiglio direttivo e il Comitato esecutivo (art. 129 Tfu). Al Consiglio spettano le decisioni di governo dell'Unione monetaria, ai sensi dell'art. 12 dello statuto, infatti, adotta gli “indirizzi” e le “decisioni” inerenti ai compiti del Sebc. Esso è composto – ai sensi dell'art. 283 Tfu (*ex* art. 112) e dell'art. 10 dello Statuto – dai governatori delle Banche centrali nazionali e dai membri del Comitato esecutivo.

L'attuazione degli indirizzi e delle decisioni assunte dal Consiglio spetta invece al Comitato, il quale impartisce alle Banche centrali nazionali o ai destinatari delle decisioni le istruzioni per l'attuazione. Il Comitato è composto dal Presidente, dal Vice-presidente, e da altri quattro membri, tutti nominati per un unico mandato di otto anni “tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario o bancario, dal Consiglio eu-

ropeo che delibera a maggioranza qualificata, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento europeo e del consiglio direttivo della Banca centrale europea” (art. 283 T_{fue}). Pur avendo funzioni principalmente esecutive delle decisioni assunte dal Consiglio, il Comitato ha svolto e svolge nella prassi un ruolo centrale nel coordinare e dirigere l'Eurosistema, un protagonismo spesso conseguente alla personalità del suo Presidente.

Del Sebc fanno altresì parte le banche centrali nazionali, le quali hanno un ruolo non secondario, spettando loro l'attuazione delle decisioni assunte a livello europeo, nonché alcune competenze esclusive come (almeno sino a ieri) la vigilanza bancaria². Il trattato sull'Ue, dunque, ha disegnato un sistema nel quale le decisioni sono accentrate nelle mani dell'Eurosistema, ma la loro attuazione è rimessa a livello nazionale, in ossequio al generale principio di sussidiarietà nella distribuzione delle competenze nell'ordinamento europeo. Tale sistema appare dunque come un ordinamento accentrato nel quale la politica monetaria è definita dal Consiglio ed eseguita dal Comitato esecutivo, anche, attraverso le banche centrali nazionali.

Il Consiglio, però, pur essendo composto da un rappresentante per ciascun Paese membro, questi non rappresenta e non risponde alle forze politiche del suo Stato, e per tale ragione che, anche a livello nazionale, i governatori delle Banche centrali sono figure di alto profilo e politicamente irresponsabili, e le procedure di composizione e funzionamento delle banche nazionali devono essere informate al principio dell'indipendenza dalla politica³. In ogni caso, al fine di evitare qualsiasi ipotetica e indiretta interferenza della politica e delle istanze dei governi nazionali nelle decisioni della Bce, rompe la connessione con gli Stati la composizione stessa del Consiglio con la presenza del Comitato esecutivo formato da “tecnici” di chiara fama compreso il suo Presidente. Da non sottovalutare, infine, la regola della maggioranza con cui il Consiglio, sin dalla sua istituzione, assume le sue decisioni, di fatto, regola, come noto, inizialmente eccezionale all'interno dell'ordinamento europeo, che riduce il potere di veto delle posizioni minoritarie.

Invero, negli scorsi anni molto è stato scritto sull'indipendenza e l'operato della Bce⁴. L'Eurosistema nel suo complesso è sempre stato oggetto di comparazione con i principali modelli di banche centrali, quali ovviamen-

² Tendenza di trasformazione già immaginata da F. Vella, 2002, pp. 150 ss., e oggi in fase di realizzazione, ma si vedano A. Baglioni, P. Bongini, M. Lossani, L. Nieri, 2012, pp. 313 ss.

³ Espressamente affermato dall'art. Articolo 130 T_{fue} e già presente nel precedente articolo 108 del TCE).

⁴ In tema, con una particolare attenzione all'indipendenza della Bce, tra i molti studi, si vedano F. Merusi, 1997, 89 ss.; S. Baroncelli, 2000, 209 ss. e 247 ss.; F. Sucameli, 2004, 694 ss.; L. Chieffi, 2005, 1085 ss. Più di recente, per un'aggiornata ricostruzione S. Antoniazzi, 2012, pp. 23 ss.

te l'originaria *Bundesbank* tedesca e la *Federal reserve* statunitense (Cfr. S. Baroncelli, 2000, *passim*). Del resto, come accennato, il modello della Bce a struttura "federale", caratterizzato dall'indipendenza dalla politica, è stato ispirato dall'ordinamento della *Bundesbank* tedesca, la quale a sua volta era stata realizzata, dopo il secondo conflitto mondiale, su indirizzo delle forze alleate, seguendo il modello della c.d. *Fed*. Inevitabilmente, dunque, non solo perché due modelli di rilievo, le connesse origini imponevano e impongono di analizzare la Bce alla luce delle due citate pregresse esperienze⁵.

Alla critica per cui la Bce sarebbe troppo influenzata nelle sue scelte dai governi nazionali e più in generale dalla politica⁶, si oppone quella di una eccessiva indipendenza dell'ente di governo dell'euro, che sempre più attraverso le sue decisioni di politica monetaria incide e interferisce nella politica non solo economica, più che dell'Ue, dei singoli Stati⁷.

Tuttavia, seppur tale comparazione tra modelli ed esperienze di banche centrali sembra utile e necessaria, essa non pare il migliore modo per comprendere il ruolo della Bce all'interno del complessivo ordinamento Eurounitario. Soprattutto, oggi, la comparazione tra le citate tradizionali banche centrali e l'Istituto di Francoforte sembra operare tra istituzioni assai differenti, o meglio, che operano in un contesto assolutamente diverso (Giovannelli A., 2014). Sul punto, però, è bene soffermarsi.

3. Il Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), guidato dalla Bce, come ricordato, nasce con un obiettivo ben definito governare l'unione monetaria e dunque la sua moneta che, a partire dal Trattato di Maastricht, a tappe, si sarebbe realizzata (Cfr. T. Padoa-Schioppa, 2000, 47 ss.)⁸.

⁵ Anche se – come notato da R. Bifulco, 2005, 43 – il testo originario del *Grundgesetz* non prevedeva in origine l'indipendenza della *Bundesbank*, essa fu stabilita inizialmente dalla legge sulla Banca federale tedesca del 26 luglio 1957, e solo successivamente costituzionalizzata con la revisione del 21 dicembre 1992 dell'art. 88 GG, a seguito del Trattato di Maastricht, al fine altresì di legittimare l'unione monetaria europea.

⁶ Questione già rilevata da S. Baroncelli, 2000, 171 ss. e più di recente ripresa da M. Furda, 2013, per il quale "la ripolitizzazione della politica monetaria attraverso le banche centrali nazionali mette a forte rischio un'ulteriore integrazione economica nell'area euro, così come politiche neutrali (sorde agli interessi nazionali) della moneta e del credito. La soluzione più logica è allora ridisegnare la Bce sull'esempio del *Federal Reserve System degli Stati Uniti*", la quale è ripartita in dodici *Federal Reserve Bank* regionali che coprono larghe parti di territorio che, però, non coincidono con i confini dei singoli Stati Usa.

⁷ In questo senso è stata letta, ad esempio, la nota lettera sottoscritta dai "due governatori" e destinata al governo italiano il 5 agosto 2011, per cui per una lettura critica, tra gli altri, M. Luciani, 2011; G. Grasso, 2012, 83; *contra* E.C. Raffiotta, 2013, 159 ss.

⁸ Invero, come noto, l'euro entrerà in vigore il primo gennaio del 1999, ma la fase preparatoria inizia molto prima già nel 1979 con l'introduzione del Sistema monetario europeo (SME) e successivamente con l'introduzione dell'*European Currency Unit* (ECU) utilizzata

Nell'anno della sigla del Trattato non si sapeva ancora se avessero aderito tutti i Paesi dell'Unione e neppure come si fosse chiamata la moneta (solo nel 1995 verrà denominata "euro"), si sapeva, però, che sarebbe dovuta essere una moneta stabile, non soggetta a inflazione o a politiche di svalutazione. Già il Trattato sull'Ue (art. 105, paragrafo 1), ma anche lo Statuto della Bce (art. 2), chiariscono che l'obiettivo principale del Sebce è il mantenimento della stabilità dei prezzi.

Tale regola ("tecnica") siglata nel Trattato, ha a sua volta una ragione politica, legata alle origini dell'Unione monetaria. Alle spalle dell'epocale decisione di costituire a livello europeo un'Unione monetaria vi era una lunga riflessione e mediazione politica tra gli Stati membri delle Comunità economiche europee, in particolare, iniziata dopo la fine degli accordi di Bretton Woods⁹, che avevano regolato e stabilizzato il sistema dei cambi internazionali dalla fine del secondo dopoguerra sino al 1971. La fluttuazione dei cambi delle rispettive valute dei Paesi delle Comunità rappresentava un concreto ostacolo per gli scambi all'interno del Mercato comune. Così il Rapporto Werner, prima, e poi, successivamente, quello Delors individuavano, tecnicamente, nell'unione monetaria l'unico strumento per favorire scambi e investimenti nel Mercato comune. Infatti, se l'omogeneità tra i cambi, limitando le fluttuazioni delle valute – come all'epoca degli accordi di Bretton Woods – avrebbe favorito il commercio tra i Paesi delle Comunità, invero, l'unico modo per compiere una concreta unità economica era quello di creare una moneta unica, che consentisse il passaggio dal Mercato comune al Mercato unico¹⁰.

Dunque, l'unione monetaria europea nasce e si fonda sull'accordo politi-

come unità di conto, moneta virtuale, in vigore sino appunto all'entrata in vigore dell'euro. È solo con la sigla del Trattato di Maastricht, però, che si realizza l'Unione monetaria e si gettano le basi concrete per creare la moneta unica europea.

⁹ Tali accordi prendono nome dalla Conferenza di Bretton Woods del 1-22 luglio 1944 (presso l'omonima località del New Hampshire), in cui, a conclusione del secondo conflitto mondiale, si stabilirono le regole delle relazioni commerciali e finanziarie tra i principali Paesi industrializzati del mondo per rilanciare l'economia in crisi. Tra queste principale era il sistema di regolazione dei cambi internazionali creando le condizioni per una stabilizzazione dei tassi di cambi rispetto al dollaro (eletto a valuta principale). A seguito di tali accordi, per rilanciare e regolare il nuovo scenario economico nacquero le prime "istituzioni globali" tra cui: General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), la Banca Mondiale (BM), ma soprattutto il Fondo Monetario Internazionale (FMI), ancora oggi protagonista nella governance economica globale, che secondo gli accordi di Bretton Woods aveva il ruolo principale di eliminare le condizioni di squilibrio determinate dai pagamenti internazionali. Per un maggiore approfondimento di tali accordi e la loro influenza nel sistema economico-finanziario globale si veda M. Moschella, 2013, 47 ss.

¹⁰ Il primo tentativo di rendere omogenee le valute dei paesi aderenti alle comunità europee fu l'istituzione del Sistema monetario europeo.

co di perseguire alcune scelte, potremmo dire, tecniche: anzitutto, quella di fondare una moneta unica tra gli Stati, premessa indispensabile per la creazione del Mercato europeo.

La moneta da sempre sinonimo di sovranità, viene, pertanto, ceduta dagli Stati all'Unione europea¹¹. Come noto, il Trattato disegna la futura moneta europea: una moneta fiduciaria, il cui prezzo non è legato a nessun valore reale (come ad esempio le riserve aure). La sua fiducia è pertanto strettamente connessa alla fiducia che i mercati avranno sulla credibilità delle politiche monetarie dell'UE. Essa però non è come le altre monete fiduciarie collegata ad uno Stato, ma un soggetto nuovo, non ancora ben definito, la cui credibilità è strettamente connessa a quella dei Paesi membri, ma che appunto devono creare una moneta che possa godere di una sua autonoma fiducia e credibilità (T.Padoa-Schioppa, 2000, 145 ss.). È per tale ragione che il trattato scrive nero su bianco il principio della stabilità dei prezzi, vietando politiche di svalutazione monetaria. Una scelta tecnica, di politica monetaria, che, invero, avrebbe determinato per il futuro delle assai rilevanti conseguenze di politica economica. Avere una moneta stabile, infatti, significa escludere qualsiasi ricorso alla svalutazione, la quale come noto in molti Paesi (come l'Italia) aveva rappresentato, per molto tempo, un frequente strumento di politica economica, al fine di favorire l'espansione delle esportazioni e, di conseguenza, determinare una diversa redistribuzione di vantaggi a favore delle imprese esportatrici, e quindi anche dei lavoratori, a svantaggio, del potere di acquisto dei percettori di redditi fissi di lavoro o, soprattutto, del risparmio (Cfr. L. Bini Smaghi, 1998)¹². È questo un principio che, potremmo dire, viene affermato in quella che inizia configurarsi come una Costituzione economica europea (G. Di Plinio, 2004, 1780 ss.); e che da quel momento si sarebbe affermato negli ordinamenti nazionali, anche in quelli nei quali non fosse espressamente menzionato. In Italia ad esempio, dove la maggior parte della dottrina ha escluso che tale principio fosse contenuto nella Costituzio-

¹¹ Insiste su tale aspetto come indicativo della tendenza costituzionale dell'Unione europea S. Ortino (in vari scritti, tra i quali 1990, 279 ss., 1992, 85 ss. 1993, 48 ss.). Ricorda T. Padoa-Schioppa, 1997, 80 ss., come da sempre il sovrano ha considerato il batter moneta come una funzione propria. Ne sono testimonianza le effigie dell'imperatore o del re sulle monete o i nomi delle monete, quali ad esempio Luigi, Sovrane, ecc.

¹² Indipendentemente dalle valutazioni sul merito di tali scelte, per anni Stati (come l'Italia) hanno fatto ricorso a politiche volte ad aumentare l'inflazione della valuta nazionale per sostenere la propria economia, ad esempio, favorendo il credito e le esportazioni. Come noto sulle cause e gli effetti dell'inflazione, le teorie economiche risultano in alcuni casi diametralmente opposte. La scelta europea sembra collegata alla cosiddetta "scuola monetarista" che fa capo a Milton Friedman, la quale ritiene che l'inflazione sia un fenomeno collegato alle politiche monetarie, che si realizza ogni qualvolta l'aumento della quantità di moneta sia eccessivo rispetto all'aumento della produzione di merci. In tema, per la ricostruzione delle varie teorie economiche si veda B. Salituro, 1994.

ne repubblicana del '48¹³. Dopo Maastricht tale principio è costituzionalizzato, di fatto, in tutti i Paesi della Eurozona, che cedono la loro sovranità monetaria e si rimettono alle decisioni della Banca centrale europea, mutando altresì l'ordinamento delle proprie Banche centrali, che avrebbero fatto parte del Sistema europeo (Sebc).

La garanzia che la futura moneta europea sarebbe rimasta stabile, evitando il ricorso a politiche deflattive, infatti, è assicurata dall'altra scelta – siglata nel Trattato di Maastricht – di sottrarre la politica monetaria alla competenza degli Stati e affidarla appunto al Sistema europeo delle banche centrali (Sebc), governato dalla Bce, che, come ricordato, avrebbe avuto il primario obiettivo di assicurare “il mantenimento della stabilità dei prezzi” nonché, altresì, di “sostenere le politiche economiche generali della Comunità”. La Banca centrale europea, come già ricordato, ha avuto tale principale fine, costruita come un organo tecnico, terzo, indipendente dalla politica, da scelte e interessi di singoli Stati, ma, soprattutto, non influenzabile da passeggere e mutevoli maggioranze elettorali. La sua struttura e il suo chiaro mandato avrebbero rappresentato la principale garanzia di stabilità della moneta europea. Quando in occasione del Trattato di Maastricht gli Stati firmatari decisero di cedere la loro sovranità monetaria – decidendo di avviare il percorso a tappe che avrebbe portato alla realizzazione della moneta unica – vennero convenute tali regole, principi, potremmo dire, scelte tecniche che, però, avrebbero conseguentemente comportato effetti sulle politiche economiche, in primo luogo, nazionali (enfattizza tale aspetto A. Predieri, 1998, 7 ss.).

Come noto tale modello di politica monetaria, sia con riferimento al principio assoluto di stabilità dei prezzi, sia la stessa struttura di governo attraverso un ente terzo come la Banca centrale, fu tradotto (*rectius* costituzionalizzato) nel Trattato sull'UE e nell'allegato statuto della Bce, riprendendo il modello costituzionale della Repubblica federale tedesca, ex art. 88 del GG volto ad evitare che in Germania si ripettesse quella super inflazione che negli anni '20 aveva portato il costo di un litro di latte a 360 milioni di Reichsmark¹⁴. Non a caso il *Bundesverfassungsgericht* nella nota *Maastricht Urteil* del '93 ha giustificato il ruolo della BCE osservando che il principio “di garantire la fiducia nella convertibilità di una moneta è ammissibile perché tiene

¹³ G. Bogneri, 1983, 129 ss. invero riteneva che la garanzia del risparmio contenuta nell'art. 47 vietasse politiche deflattive. Dalla stessa disposizione, inoltre, F. Merusi, 1980, 15 ss., faceva discendere una sostanziale indipendenza delle decisioni della Banca centrale dagli indirizzi politici, ancor prima dell'avvento dell'ordinamento europeo. *Contra* A. Predieri, 1963, 195 ss.

¹⁴ Ricorda S. Baroncelli, 2000, 8, come la stabilità dei prezzi e l'indipendenza della Bce fossero la condizione posta dalla Germania per aderire all'Unione monetaria europea. Per un'attenta comparazione tra il modello della *Bundesbank* e quello della Bce si rinvia a R. Bifulco, 2005, 41 ss.

conto della particolarità – sperimentata nell’ordinamento giuridico tedesco e comprovata anche dal punto di vista scientifico – secondo cui il valore del denaro, e quindi la base economica generale per la politica finanziaria dello Stato e per i piani e gli atti di disposizione dei privati nell’esercizio dei loro diritti di libertà economica, è garantito meglio da una banca centrale indipendente che non da organi pubblici che dipendono nelle loro possibilità di azione e nei mezzi essenzialmente dal volume e dal valore del denaro, nonché da un consenso limitato nel tempo da parte delle forze politiche”.

L’unione monetaria dunque nasce sulla scelta suggellata nel Trattato di Maastricht di realizzare una politica monetaria a sostegno della politica economica europea sottratta alla diretta gestione dei governi nazionali e affidata alla Bce, alla quale viene assegnata una funzione centrale quella di assicurare la regola della stabilità dei prezzi. Un’azione che la Bce avrebbe dovuto perseguire con la non trascurabile aggravante che le sue scelte di politica monetaria, dai confini indefiniti, non sarebbero state affiancate da un decisore politico comune europeo, essendo come noto le politiche economiche rimaste affidate agli Stati nazionali. Pertanto – considerata l’inevitabile influenza che le politiche monetarie hanno per definizione sulle politiche economiche – ponevano la Bce in una posizione particolare o meglio unica di ente terzo e indipendente, tecnico, sì, ma a forte “vocazione politica”¹⁵. Una vocazione, altresì, favorita dalla mancanza in parallelo di un organo politico unico europeo con competenze politiche paragonabili a quelle di politica monetaria (S. Baroncelli, 249 ss.).

Invero, sulle base della premessa sin qui esposta, che la Bce sia nata come un organo tecnico, ma a vocazione politica, derivante dall’invitabile influenza che le scelte di politica monetaria hanno sulla politica economica. Tale “vocazione” sembra essere stata sfruttata al massimo, nei periodi di crisi, quando, mancando una politica economica comune (non certo per sua colpa), la Bce è stata, come si dirà tra poco, in alcuni casi, in via di diritto, in altri, in via di interpretazione estensiva, l’unica Istituzione in grado di intervenire nell’emergenza e assumere decisioni con effetti diretti sulla politica economica, che, certo, seppur prive di alcuna legittimazione democratica, hanno consentito di salvare la solvibilità di singoli Stati, prima ancora che dell’intera unione economica e monetaria.

La prassi, più di qualsiasi altra riflessione teorica o esegesi normativa, pa-

¹⁵ In tal senso A. Predieri, 18-19, notava “La banca non è arbitro e in questo manifesta profonde differenze con un giudice imparziale che interpreta ed applica la legge che gli fornisce norme, che sono oggetto della sua attività e, insieme, vincoli alla decisione che la banca centrale non conosce. [...] L’attività della banca centrale, pur essendo di settore, investe tutto il paese, perché regola la domanda globale in modo più o meno raffinato, investe tutti i cittadini, tutta l’economia attraverso le determinazioni sui tassi, sulla stabilità dei prezzi, sulla stabilità del sistema bancario”.

re essere la migliore prova di questo sistema che ha, di fatto, spinto la Bce ad assumere decisioni di politica economica sotto la veste delle politiche monetarie, in modo ancor più rilevante rispetto alle precedenti esperienze delle Banche centrali (T. Padoa-Schioppa, 2000). Tale considerazione appare ancor più evidente da un'analisi degli interventi assunti dalla Banca centrale in occasione della crisi economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo, che, seppur brevemente, pare a questo punto utile richiamare.

4. Se si analizza la prassi delle decisioni assunte in questi anni dalla Bce in materia di politica economica, emerge chiaramente la sua “vocazione politica” e la tendenza a intervenire sempre maggiormente a sostegno delle economie nazionali, invero, al fine di sostenere l'economia europea e la moneta unica. Tale tendenza emerge chiaramente nei provvedimenti assunti a contrasto dell'ultima crisi economico-finanziaria, globale, oltre che europea¹⁶.

Come noto, le origini della crisi – nel contesto economico globale – derivano dal fenomeno dei prestiti *subprime* ovvero tutti quei finanziamenti eseguiti all'interno del mercato finanziario degli Stati Uniti d'America, così denominati perché concessi a debitori privi del merito creditizio usualmente richiesto per accendere un mutuo, assegnare una carta di credito o qualsiasi altro strumento finanziario a credito (G. Pitruzzella, 2014). Immediatamente dopo l'accentuarsi della crisi bancaria, si è concretizzata la preannunciata crisi dei debiti degli Stati sovrani¹⁷. La naturale sfiducia dei mercati, derivata dalla crisi, ha, infatti, determinato una tendenziale difficoltà dei Governi nazionali a finanziare altra spesa pubblica e, dunque, servizi pubblici, soprattutto, in presenza di alti livelli di debito pregresso. Di conseguenza, quella del fallimento dello Stato sovrano, che in passato era un'ipotesi poco frequente, ha rischiato di trasformarsi in una patologia diffusa anche tra i Paesi del “vecchio Continente” (cfr. G. Napolitano, 2010, 1303 ss.). In particolare, tra i membri dell'Eurozona la crisi del debito ha interessato Grecia, Irlanda, Italia, Spagna e Portogallo, ma non solo, la difficoltà a reperire creditori sul mercato internazionale – e dunque collocare titoli di Stato a interessi ragionevoli – è stata comune a tutti Paesi con alto indebitamento ed un contestuale basso livello di crescita del prodotto interno lordo¹⁸.

Mancando (nei Trattati) misure per contrastare quella che sempre più appariva come una speculazione finanziaria, anzi, essendo, sia l'UE, sia

¹⁶ La cronologia delle fasi fondamentali della crisi finanziaria e degli interventi assunti è rinvenibile su www.ecb.europa.eu/ecb/html/crisis.it.

¹⁷ Già l'11 dicembre 2006 la Banca centrale europea nel periodico *Financial Stability Review*, considerava il sistema finanziario dell'area dell'euro potenzialmente vulnerabile. Si veda su www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2006/html/pr061211.en.html.

¹⁸ Anche se le cause di tale crisi sono molte e assai più complesse, per chiaro quadro dei problemi si vedano L. Bini Smaghi, 2013, 133 ss.; G. Napolitano, 2012, 383 ss.

l'Eurozona, prive di una vera *governance* economica europea (si veda P. Bilancia, 2009), le misure introdotte sono apparse, a tratti, frammentarie e disarticolate: tra tutte basti osservare i vari “fondi di salvataggio” che in un breve arco di tempo si sono susseguiti, inizialmente privi di una copertura all'interno dei Trattati, che arriverà solo successivamente con la modifica dell'art. 136 Tfeue e la costituzione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes)¹⁹.

Mentre le Istituzioni europee, ma, soprattutto, i governi nazionali contrattavano e immaginavano varie soluzioni per evitare il fallimento di alcuni Paesi dell'area euro, la Bce adottava misure, che a distanza di tempo possiamo affermare, sono le uniche che efficacemente hanno posto termine alle speculazioni finanziarie e stabilizzato i tassi di interesse dei titoli di Stato (cfr. F. Nugnes, 2012).

Dopo circa quindici anni di operato, tra le numerose misure introdotte a sostegno della stabilità dei prezzi e dell'economia dell'Unione europea, due sono le competenze su cui pare utile riflettere, seppur in questa sede, in estrema sintesi, attraverso le quali la Banca centrale ha posto in essere vere e proprie azioni di politica economica: la prima, prevista dai Trattati, fissare i tassi d'interesse di riferimento dell'euro; la seconda – acquisita attraverso sue decisioni – l'acquisto di titoli di Stato di Paesi in conclamata difficoltà.

4.1 La “vocazione politica” della Bce risiede probabilmente, anzitutto, nella definizione del tasso di riferimento dell'euro (A. Predieri, 1998). L'aumento, o la riduzione, del tasso di riferimento, come noto, determina il costo del denaro e pertanto comporta vantaggi per alcuni operatori o gruppi sociali e, inevitabilmente, svantaggi per altri. La diminuzione del tasso è certo positiva per chi ha un mutuo a tasso variabile (che vede diminuire la rata), ma è, soprattutto, una “buona notizia” per gli istituti di credito che possono acquistare il denaro e impiegarlo – se lo ritengono – a credito ad un prezzo (spesso, parecchio) più elevato.

È questa una decisione con la quale la Bce può determinare davvero rilevanti effetti sulle economie nazionali oltre che su quella europea, a vantaggio di imprese, singoli cittadini o gruppi sociali.

All'inizio della crisi tra il 2007 e il 2008 il tasso era del 3,75 per cento, sotto la guida del Governatore di allora Jean-Claude Trichet, la Bce attese molto tempo prima di ridurre detto tasso, il fine sembrava quello di non favorire gli istituti di credito, che, come noto, erano tra i principali responsabili della crisi²⁰. Eppure gradualmente il tasso è sceso sino al 2011 all'uno per

¹⁹ Per una ricostruzione diacronica delle misure adottate si veda E.C. Raffiotta, 2013, 53 ss.

²⁰ Cfr. la tabella sulla variazione tassi d'interesse di riferimento per l'area dell'euro su <http://www.ecb.europa.eu/stats/monetary/rates/btml/index.en.btml>.

cento. Anche se gradualmente la Bce ha sempre ridotto il costo del denaro, tale tendenza sembra ulteriormente affermata dopo l'inizio del mandato del successivo Governatore Mario Draghi. Dal 2011 in poi, infatti, il tasso di riferimento è talmente diminuito da rasentare lo 0, o meglio lo 0,05 per cento fissato nell'ultima decisione del 4 settembre 2014. Evidentemente tali decisioni – come accennato – hanno prodotto considerevoli vantaggi a favore degli istituti di credito che hanno potuto così acquistare il denaro a un costo minimo e impiegarlo poi sul mercato a tassi ben maggiori (gli stessi istituti che erano stati causa delle crisi di molte economie nazionali).

Essendo, come noto, vietati gli aiuti di Stato alle imprese, così come qualsiasi forma di prestito diretto da parte della Banca centrale, è stato questo un modo – nelle intenzioni della Bce²¹ – per aumentare la liquidità, salvare gli istituti di credito e, indirettamente, sostenere l'economia reale, facilitando il credito alle aziende e ai cittadini (anche se nulla di questo si è realizzato)²². È evidente come tali misure, tecniche, di politica monetaria, abbiano determinato, visibili e consistenti effetti sulle politiche economiche nazionali e della Eurozona.

Va però enfatizzato come tale funzione di cui da sempre la Bce è stata titolare, sia stata “forzata” al fine di rispondere alla recente crisi economico-finanziaria. Tra tutti gli indizi uno più di altri pare dimostrarlo, ovvero la constatazione, che il tasso di riferimento rimasto stabile negli anni oscillando tra il 2 e il 4,25 per cento, sia fortemente sceso sotto tale soglia negli anni della crisi, sino appunto ad avvicinarsi allo zero.

4.2. L'altra competenza degna di particolare attenzione per gli effetti svolti a sostegno delle economie nazionali e a garanzia della stabilità della eurozona è la decisione di avviare un programma di acquisto di titoli di Stato di Paesi in conclamata difficoltà. Tale competenza, come noto, è stata acquisita dalla stessa Bce in via di prassi, non essendo esplicitamente prevista dai Trattati, anzi sembrerebbe violare il c.d. divieto di *bailout* espresso come principio generale all'interno dell'art. 123 Tfu, nonostante tale acquisto abbia sempre rappresentato una delle tradizionali funzioni delle Banche centrali (T. Padoa-Schioppa, 1997).

In un primo momento, con decisione del 14 maggio 2010, la Bce stabiliva di istituire un “programma di acquisto di titoli finanziari”, il quale consentiva alle banche centrali dell'Eurosistema di acquistare: “a) sul mercato secondario, titoli di debito idonei negoziabili emessi dai governi centrali o da enti pubblici degli Stati membri la cui moneta è l'euro; e b) sul mercato primario

²¹ Cfr. Le dichiarazioni del Presidente della Bce su <https://www.ecb.europa.eu>.

²² Per un quadro più ampio degli interventi adottati al fine di favorire l'erogazione del credito negli anni della crisi si veda G. Cerrina Feroni, 2009, 137 ss.

e secondario, titoli di debito idonei negoziabili emessi da soggetti privati costituiti nell'area dell'euro.”

All'apice della crisi (il 4 agosto 2011), la Bce avviò un programma di acquisto “indiretto” di titoli di Stato delle economie nazionali a rischio insolvenza (stressati dalla speculazione finanziaria) denominato “*long term refinancing operation*” (Ltro). Tale programma è definito “indiretto”, perché realizzato attraverso un prestito alle banche richiedenti di lunga durata (3 anni), attraverso cui la BCE rilevava, di fatto, i titoli di Stato di scarso o nessun valore (come quelli emessi dalla Grecia nel periodo in cui si era dichiarata insolvente) acquistati dagli istituti di credito nazionali.

A tale primo “indiretto” sostegno finanziario agli Stati membri in difficoltà, successivamente, è seguita la decisione della BCE – del 6 settembre 2012 – di sostenere direttamente, ma, soprattutto stabilmente, i debiti sovrani in crisi attraverso l'*Outright Monetary Transactions* (Omt). Un programma di acquisto diretto da parte della BCE di titoli di Stato a breve termine, emessi sul mercato secondario, al fine di sostenere i Paesi in difficoltà macroeconomica grave e conclamata. Come noto tale programma è stato oggetto di una recente decisione adottata a maggioranza del *Bundesverfassungsgericht* (BverfG, 2BvR 2728/13 del 14 gennaio u.s.) con la quale il tribunale tedesco ha sottoposto alla Corte di giustizia il dubbio sul contrasto della summenzionata decisione della Bce, in particolare, con gli articoli 119, 123, 125, 127 del Tfeue.

Come è stato notato (F. Vecchio, 2014), la questione sembra mettere in seria difficoltà i Giudici del Lussemburgo, fissando alcuni paletti entro i quali essi dovranno muoversi, facendo intendere, in caso di mancato accoglimento del ricorso, di vietare alla Banca centrale tedesca di partecipare ai futuri acquisti di titoli da parte della Bce.

Senza entrare nel merito della complessa questione, va detto che tale questione necessita a monte di chiarire non solo e non tanto il ruolo della Bce rispetto al diritto dei Trattati europei, ma più in generale imporrebbe un ripensamento delle funzioni e dei rapporti tra tutte le Istituzioni europee. Posto che la Bce, se convince la lettura sin qui proposta, è un'Istituzione tecnica a vocazione politica, in questi anni – specie nei più recenti – essa, in un contesto di assoluta emergenza, ha sopperito attraverso i suoi poteri, anzi acquisendone dei nuovi, alla mancanza di un livello politico titolare di funzioni di politica economica comune. Di fatto, nel bene o nel male, salvando l'Eurozona. Per tale ragione, al contrario di quanto sostenuto dal citato Tribunale costituzionale tedesco, questa è una questione di portata generale che può essere risolta solo politicamente e non con gli strumenti giuridici delle sentenze, affiancando all'organo tecnico un organo politico legittimato a definire e perseguire una politica economica europea.

5. Al di là delle forti resistenze della Banca centrale tedesca, prima ancora che del Giudice di Karlsruhe, non sembra esservi in Europa un evidente contrasto nei confronti della Bce e della sua azione, anzi, al contrario, in assenza di reali riforme per un governo europeo dell'economia (E.C. Raffiotta, 2013), la Bce sembra apparire come l'unica Istituzione in grado di operare con efficacia in contrasto della crisi economica.

Lo dimostrano le recenti riforme assunte a livello europeo finalizzate ad aumentare i poteri e l'azione di contrasto della Bce alle molte cause della crisi economica. Tra questi vanno sicuramente segnalati i nuovi poteri in materia di vigilanza bancaria²³, i quali rappresentavano una delle principali competenze rimaste alle Banche centrali nazionali. Infatti, la non efficace vigilanza, o meglio, in alcuni casi, l'inadeguatezza delle banche centrali nazionali nel vigilare gruppi bancari sempre più transnazionali, ha rappresentato una delle tante cause della crisi, essendo abbastanza frequenti operazioni finanziarie da parte di istituti, evidentemente non in modo adeguato vigilati²⁴.

Ancor più, però, sentore di continuità con il protagonismo sin qui descritto della Bce nel supporto, o meglio, quasi definizione di politiche economiche europee, appaiono le recentissime misure in fase di realizzazione e attuazione annunciate a temine dei vertici del Consiglio direttivo di Francoforte (in particolare il 5 giugno e 3 luglio 2014²⁵). Misure in chiara continuità con le ricordate precedenti *Ltro* e *Omt*, ma che appaiono, almeno nelle intenzioni, ancor più direttamente rivolte a sostegno delle economie domestiche, attraverso ulteriori interventi di c.d. *quantitative easing* o, in italiano, "allentamento monetario", attraverso le quali la Bce acquisisce generalmente beni, titoli o garanzie degli istituti di credito con denaro "nuovo", iniettando liquidità e incentivando investimenti e dunque sviluppo economico nazionale e di conseguenza europeo.

Come detto, ma è bene ribadirlo, molte di queste misure sono ancora in fase di definizione e adozione, ma già dalle dichiarazioni del Governatore Draghi sembrano delinearsi come interventi caratterizzati dall'intento prin-

²³ Decisi con il voto favorevole del Parlamento europeo il 12 settembre 2013 e in fase di attuazione, si veda <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0392&language=IT&mode=XML>. Per una ricostruzione nel dettaglio si rinvia a A. Baglioni, P. Bongini, M. Lossani, L. Nieri, 2012.

²⁴ Sul punto M. Onado, 2012, 19 ss., ha notato come le differenze "non derivino solo dal diverso impatto della crisi finanziaria sui vari sistemi bancari, ma anche da diverse scelte di *policy* operate dai singoli Governi [...] neppure all'interno di Eurolandia le soluzioni sono state uniformi, non solo per il diverso impatto immediato della crisi (modesto ad esempio nella fase iniziale in Italia) ma soprattutto per perché la frammentazione dei sistemi di vigilanza accentuava le asimmetrie informative e impediva una compiuta valutazione da parte del mercato delle situazioni delle varie banche".

²⁵ Su <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2014/html/index.en.html>.

cipale di sostenere direttamente le imprese e le famiglie, favorendo il credito e contrastando il c.d. *credit crunch* causa della perdurante depressione economica (G. Cerrina Feroni, 2009).

Due tra le altre misure previste sembrano di particolarmente rilievo. La prima annunciata lo scorso 5 giugno è l'avvio di un programma di acquisto di *asset backed security* (più noti come Abs), ovvero, semplificando al massimo, titoli finanziari legati a prestiti erogati alle imprese, simili a obbligazioni, cartolarizzati dalle banche e acquistati dalla BCE. È questo un tentativo finalizzato a ridurre la ritrosia delle banche a concedere prestiti.

L'altra misura per sostenere direttamente le economie domestiche è il c.d. *Targeted longer-term refinancing operations* (Tltro). Il nome richiama il programma avviato nel 2011, di cui si è detto, ma, a differenza di allora, il *target* è realizzare un sostegno alle imprese e ai cittadini europei, ancora una volta stimolando l'aumento dei prestiti. In questo caso gli istituti di credito potranno ottenere prestiti agevolati dalla BCE in proporzione ai crediti erogati a imprese e famiglie²⁶.

Dunque, ormai sfruttato al massimo il potere di riduzione dell'indice di riferimento, prossimo allo zero, a questo punto, la Bce dà una scossa senza pari nella storia dell'Eurozona, in continuità, però, con i precedenti programmi Omt e Ltro. Programmi, però, che ricordano sempre più gli interventi assunti dalla *Fed* statunitense per superare la crisi nel "nuovo Continente"²⁷.

Invero, come si è detto, ma a questo punto, appare ancor più evidente, la Bce abbia operato con una sostanziale differenza rispetto agli altri classici esempi di Banche centrali, come appunto la *Fed* o l'originaria *Bundesbank*. Esse hanno agito nelle loro rispettive, e assai differenti, esperienze, certo nella loro indipendenza, ma coordinate e indirizzate con una politica economica comune all'interno dei loro ordinamenti federali, nei quali ad una politica monetaria unica, ha sempre corrisposto una politica e un coordinamento economico altrettanto omogeneo. Le politiche monetarie che hanno inevitabilmente effetti sullo sviluppo economico, pertanto, si sono coordinate con la strategia generale ed unitaria dell'ordinamento nazionale, definite appunto da un livello di governo comune.

La Bce, al contrario, ha operato sfruttando quella che è apparsa sin da subito come una "vocazione politica", sopperendo alla mancanza di una sede europea di governo dell'economia. È questa la principale e radicale differen-

²⁶ Si vedano le dichiarazioni ufficiali del Governatore Mario Draghi su http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2014/html/pr140703_2.en.html.

²⁷ Basti confrontare i dati forniti da S. Corsaro, *Un bilancio del Quantitative Easing della Fed*, su www.finriskalert.it a cura del Laboratorio di Finanza Quantitativa del Dipartimento di Matematica del Politecnico di Milano.

za, che sembra descrivere l'irrazionalità nella quale ha agito la Bce, dovendo, soprattutto, nei casi di maggiore crisi economico-finanziaria, operare al limite delle sue competenze (in alcuni casi superando tali limiti) di fatto, supplendo alla mancanza di una politica – non solo, ma soprattutto – economica europea. Mancando una sede politica di decisione e soprattutto una competenza in materia economica dell'Ue, la Bce ha dovuto spesso surrogare e colmare tali competenze.

Quando la Bce è stata prevista dal Trattato di Maastricht, essa rappresentava qualcosa di nuovo e originale. Un sistema assai complesso, e dato più importante, in gran parte da realizzare, man mano che si realizzava l'Unione monetaria. Essa avrebbe dovuto governare – come spesso si diceva – una moneta senza Stato. Tale programma già in origine difficile da immaginare, una volta realizzatosi ha manifestato tutte le sue criticità, di cui le crisi economico-finanziarie di questi ultimi anni sono solo l'estrema conseguenza.

Come già anticipato nel prologo, è innegabile che l'azione della Bce assuma sempre più un ruolo tecnocratico nell'intervenire nelle politiche economiche nazionali ed europee, che poi inevitabilmente influisce su tutte le politiche pubbliche e soprattutto sulla sostenibilità dei diritti (A. Morrone, 2014, 74 ss.). E' questa però l'ineludibile conseguenza della mancanza di una sede democratica e, soprattutto, di un *deficit* di competenze piene delle Istituzioni europee in materia di politica economica. Certo passi avanti sono stati fatti in questi anni. Basti solo ricordare le novità introdotte dal c.d. *Fiscal compact* e dai c.d. *two pack* e *six pack* in materia di vincoli e disciplina di bilancio, o ancora al coordinamento a livello europeo negli istituzionalizzati *Eurosummit* delle politiche economiche nazionali, ma il problema è proprio questo: mancano politiche e sedi decisionali uniche europee. Senza una democrazia europea, qualcuno, soprattutto, nello stato di emergenza dovrà governare? Oggi chi – nel bene o nel male, suo malgrado – può decidere, almeno nell'Eurozona, non rappresentando i cittadini europei, bensì perseguendo il culto della stabilità monetaria, non risiede a Bruxelles o Strasburgo, ma a Francoforte.

Bibliografia

Antoniazzi S., *La Banca centrale europea tra politica montaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2012;

Baglioni A., Bongini P., Lossani M., Nieri L., *Verso l'Unione bancaria europea: disegno istituzionale e problemi aperti*, in *Banca impresa società*, 2012, n. 3, pp. 313 ss.;

Baroncelli S., *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Firenze, 2000;

Bifulco R., *Bundesbank e Banche centrali dei Länder come modello del si-*

stema europeo delle banche centrali, in F. Gabriele, *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del Mercato"*, Cacucci editore, Bari, 2005, pp. 41 ss.;

Bilancia P., *Perché una governance europea*, su www.astrid-online.it, 30/04/09;

Bini Smaghi L., *L'Euro*, Bologna, 1998;

Bini Smaghi L., *Morire di austerità. Democrazie europee con le spalle al muro*, Bologna, Il Mulino, 2013;

Bognetti G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983;

Cerrina Feroni G., *Crisi finanziaria e intervento pubblico a sostegno del sistema creditizio*, in *Percorsi costituzionali*, 2009, pp. 137 ss.;

Chieffi L., *Banca centrale e sviluppi della governance europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, fasc. 3-4, pp. 1085 ss.;

Ciancio A., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014;

Ciancio A., *Quali prospettive per l'integrazione politica in Europa dopo le elezioni?*, su www.federalismi.it, 28 maggio 2014;

Di Plinio G., *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, n. 3, pp. 1780 ss.;

Fisichella D., *L'altro potere. Tecnorazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997;

Furda M., *Modello Fed per la Bce*, su www.lavoce.info, del 09 luglio 2013;

Giovanelli A., *La nuova governance economica europea, un cantiere aperto*, in questo volume;

Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi, Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;

Habermas J., *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. di L. Ceppa, Roma-Bari, Laterza, 2014;

Luciani M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 28 ottobre 2011;

Merusi F., *Art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1980;

Merusi F., *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997 fasc. 1-2, pp. 89 ss.;

Meynaud J., *La tecnocrazia. Mito o realtà?*, tr. it. Antonella Dolci, Laterza, Roma-Bari, 1966;

Morrone A., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 74 ss.

Morrone A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità*

tà dello Stato e «diritto costituzionale globale», in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 829 ss.;

Moschella M., *Governare la finanza globale, Istituzioni, processi decisionali e politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2013;

Napolitano G., *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi, politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 383 ss.;

Napolitano G., *La crisi del debito sovrano e le misure di “riduzione dello Stato”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 1303 ss.;

Nugnes F., *L'Europa e la crisi. Gli interventi della Banca centrale europea e la creazione del Meccanismo europeo di stabilità*, 10 settembre 2012, su www.forumcostituzionale.it;

Onado M., *Banche e aiuti pubblici in Europa. Quali strumenti? Fino a quando? Quali contropartite?*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 19 ss.;

Ortino S., *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993;

Ortino S., *La Banca centrale nella costituzione europea*, in Aa.Vv., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, Cedam, 1992, pp. 85 ss.;

Ortino S., *Profili costituzionali della banca centrale europea*, in *Banca impresa società*, 1990, Fasc. 3, pp. 279 ss.;

Padoa-Schioppa T., *Il governo dell'economia*, il Mulino, Bologna, 1997;

Padoa-Schioppa T., *L'euro e la sua banca*, il Mulino, Bologna, 2000;

Pitruzzella G., *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 29 ss.;

Pivetti M., *La lotteria del capitalismo e il disastro dell'Europa*, su www.costituzionalismo.it, 19 dicembre 2011;

Predieri A., *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, fasc. 1, pp. 7 ss.;

Predieri A., *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963;

Raffiotta E.C., *La banca centrale europea tra regole tecniche e vocazione politica. Verso una tecnocrazia europea?*, in A. Ciancio, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, pp. 619 ss.;

Raffiotta, E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, Bononia University Press, 2013;

Salituro B., *Inflazione*, in Enciclopedia delle Scienze Sociali, Treccani, 1994, *ad vocem*;

Sucameli F., *L'indipendenza della Banca centrale europea tra separazione ed equilibrio istituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, fasc. 2, pp. 694 ss.;

Vecchio F., *La pagliuzza nell'occhio della Banca centrale europea e la trave nell'occhio del Bundesverfassungsgericht*, su www.diritticomparati.it, 25 marzo 2014;

Vella F., *Banca Centrale Europea, Banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area dell'euro?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, fasc. 2, pp. 150 ss.;

EQUILIBRIO DI BILANCIO ED EVOLUZIONE DELL'AUTONOMIA FINANZIARIA DEGLI ENTI TERRITORIALI

GIUSEPPE CHIARA

SOMMARIO: 1. Vincoli di bilancio e forma di Stato: un (breve) inquadramento storico. – 2. Il cd. federalismo fiscale nella riforma del 2001 e gli sviluppi normativi successivi. – 3. Vincoli di bilancio ed autonomia finanziaria degli enti territoriali. – 4. Conclusioni.

1. *Vincoli di bilancio e forma di Stato: un (breve) inquadramento storico.*

L'incidenza dell'interesse finanziario sugli sviluppi della forma di Stato (e di governo) è un dato facilmente verificabile alla luce di una, sia pure sintetica, indagine storica.

Le scelte compiute dall'Assemblea Costituente in ordine al diritto del bilancio risentirono notevolmente – come noto – dell'esperienza maturata in età liberale, caratterizzata da un livello di spesa pubblica piuttosto limitato, nonché da una concezione della natura della legge di bilancio in termini puramente formali, coerente con il “dogma” liberale di una finanza pubblica neutrale, essenzialmente intesa quale semplice rappresentazione di puntuali decisioni di entrata e di spesa¹. In tal senso, la nozione di legge formale risultava, nella cornice istituzionale dualista tipica della monarchia costituzionale, utile presidio delle prerogative della Corona nella definizione della politica di bilancio (si pensi al contributo decisivo offerto, a garanzia di questi assetti, dalla teoria della legge di bilancio come legge di semplice approvazione²).

¹ Sul dibattito svoltosi in Assemblea Costituente con riguardo alla formulazione del futuro art. 81 e sul peso che gli orientamenti elaborati in Germania e in Italia in epoca liberale ebbero sugli esiti di tale confronto cfr., per tutti, A. MACCANICO, *L'articolo 81 della Costituzione nel sistema delle garanzie costituzionali della spesa pubblica*, in AA.VV., *Studi sulla Costituzione*, III, Milano 1958, p. 517 ss.; M. STRAMACCI, *Contributo all'interpretazione dell'art. 81 della Costituzione*, in *Rass. parl.*, 1959, p. 151 ss.; V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano 1969, p. 151 ss.; S. BARTOLE, *Art. 81*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 76-82. La formazione delle leggi*, tomo II, Bologna-Roma 1979, p. 197 ss.; G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna 1996, p. 92 ss.; A. MUSEMECI, *La legge finanziaria*, Torino 2000, p. 27 ss.; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Roma 2007, p. 15 ss.; G. RIVOSSECCI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova 2007, p. 212 ss.; G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino 2015, p. 23 ss.

² Cfr. S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione* (1898), in *Scritti minori*,

Con l'evoluzione del sistema in senso parlamentare, essa mantenne, comunque, una sua utilità, favorendo la distinzione tra parlamento-legislatore e parlamento-amministratore, il cui operato, in questa seconda accezione, risultava limitato alla (sola) programmazione dell'attività finanziaria del Governo (secondo la nota ricostruzione della legge di bilancio come legge di autorizzazione³).

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, le limitazioni contenutistiche in precedenza fondate su una presunta difformità "per natura" della legge di bilancio furono trasposte sul piano del diritto positivo e costituzionalizzate: la legge di bilancio non avrebbe potuto consentire all'amministrazione spese riferite ad attività che questa non fosse già legittimata a svolgere sulla base delle normali leggi; né avrebbe potuto modificare o disattendere disposizioni contenute in altre leggi, essendo, pertanto, vincolata ad iscrivere negli stanziamenti importi corrispondenti a quelli individuati da disposizioni legislative dal contenuto finanziario puntuale.

Tali vincoli, comunque, non hanno mai fatto della legge di bilancio un atto meramente recettizio di altre leggi sostanziali, come confermato dalla lunga e consolidata prassi, instauratasi nel secondo dopoguerra, di bilanci espansivi della spesa pubblica, attraverso varie modalità (fondi speciali; ricorso all'indebitamento come strumento di finanziamento adottato con la decisione di bilancio, con aggravio degli esercizi successivi per fare fronte agli oneri di ammortamento). Non è stato infrequente, poi, il caso di spese riferite ad attività già autorizzate da altre leggi, le quali, però, rinviavano alla stessa legge di bilancio la definizione del relativo importo.

D'altra parte, neppure l'obbligo di copertura fissato dall'originario quarto comma dell'art. 81 Cost., ha, storicamente, sortito l'effetto di fondare il vincolo di un equilibrio sostanziale di bilancio, ponendo tale previsione – almeno secondo l'interpretazione prevalente – unicamente una regola procedurale in ordine alla contestualità tra la decisione di spesa e l'indicazione dei mezzi di copertura e consentendo, su queste premesse, anche il ricorso all'indebitamento o alla monetizzazione⁴. In mancanza di una configurazione

I, Milano, Giuffrè 1950, p. 42 ss.; nel dopoguerra, in continuità con questa tesi, cfr., *ex multis*, V. SICA, *Osservazioni sulla legge di bilancio (articolo 81 della Costituzione)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 54 ss.; ID., *Bilancio dello Stato e programmazione economica (profili giuridici)*, Napoli 1964, p. 34 ss.

³ Cfr. in tal senso, per tutti, D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, estratto dall'*Arch. giur. «Filippo Serafini»*, Modena 1903, ora in *Scritti di diritto pubblico* (raccolti a cura delle Università di Modena e di Padova nel XX anniversario della morte dell'Autore) I, Padova 1966, p. 389 ss.; C. ANELLI, *Natura giuridica dei bilanci pubblici*, Empoli 1967, p. 56 ss., ma *passim*.

⁴ Vigente il testo originario dell'art. 81 Cost., la lettura che vi individuava la base normativa del divieto di finanziamento della spesa pubblica con ricorso all'indebitamento, e la conse-

dell'equilibrio di bilancio in termini prescrittivi, l'obbligo di copertura fu declinato come semplice strumento di conformazione del processo decisionale delle normali leggi. Queste, ove avessero inteso vincolare il bilancio, avrebbero dovuto esplicitare i loro effetti in termini di spesa, restando comunque ferma la competenza del bilancio a fissare i saldi in termini macroeconomici.

In presenza di un'economia in forte espansione, questa proposta ermeneutica ben si accordava, peraltro, con il modello imposto alla legislazione di spesa dall'introduzione, nel secondo dopoguerra, dello stato pluriclasse e di un sistema democratico di integrazione di massa; un modello connotato da un diffuso riconoscimento, da parte delle pubbliche amministrazioni, «di utilità di contenuto economico in favore di grandi settori della cittadinanza, [...] assai refrattario ad essere governato, dal punto di vista finanziario, con il semplice vincolo della puntuale copertura degli oneri finanziari»⁵.

Sullo sfondo di tale ricostruzione si stagliava, poi, l'idea secondo cui l'istanza manifestata dalla legge di bilancio (rivolta all'individuazione di determinati equilibri finanziari complessivi) e quella espressa dalle altre leggi (la cura degli interessi degli ambiti materiali affidati alla loro disciplina), istanze veicolate attraverso processi decisionali distinti, potessero (e, anzi, dovessero) integrarsi e condizionarsi reciprocamente, ma non prevalere in maniera assoluta l'una sull'altra.

La storia della decisione di bilancio in Italia rivela costantemente questa tensione, ma anche il suo progressivo superamento a favore della priorità dell'interesse finanziario sugli altri.

I prodromi di questa tendenza sono ravvisabili, peraltro, già nell'introduzione, con legge n. 468 del 1978, della legge finanziaria, che avrebbe dovuto rispondere all'intento, ampiamente inattuato, di superare le rigidità della legge di bilancio, derivanti dai vincoli espressi dal terzo e quarto comma dell'art. 81 Cost., preservando, comunque, un utilizzo razionale e programmato delle risorse finanziarie⁶.

guente necessità, appunto, di un tendenziale pareggio sostanziale di bilancio, risultò minoritaria rispetto a quella, cd. relazionale, che coglieva in questa disposizione soltanto una regola procedurale, nei termini descritti nel testo. Nel primo senso, cfr., per tutti, G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano 1983, p. 283 ss.; ID., *La Costituzione economica italiana*, Milano 1995, p. 112 ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova 2003, p. 97 ss., ma *passim*; nel secondo, cfr., *ex multis*, V. ONIDA, *op. cit.*, *passim*; A. BRANCASI, *Governo della spesa pubblica e divieto di disavanzi eccessivi*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna 1998, p. 61 ss.

⁵ Così R. PERNA, *Le procedure di bilancio, fra Governo e Parlamento, in una democrazia maggioritaria*, in *Il Filangieri – Quaderno 2007*, pp. 153-154.

⁶ In riferimento alla citata legge n. 468 del 1978, basterà qui ricordare la previsione, accanto ad un contenuto necessario, di un contenuto eventuale, che, interpretato ed applicato estensivamente, consentì di innovare largamente la legislazione tributaria e di spesa, dando

Su questo itinerario, una tappa di rilievo è stata segnata, poi, dal cd. decreto taglia-spese (d.l. n. 194 del 2002, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 246 del 2002 e poi trasfuso nell'art. 17 della legge n. 196 del 2009). Esso interveniva sull'obbligo di copertura, in modo che le leggi che avessero previsto automatismi di spesa avrebbero dovuto contenere una clausola di salvaguardia operante ogni qual volta la spesa avesse superato quella a cui era stata data copertura; in mancanza di tale clausola, le suddette previsioni avrebbero perso efficacia al verificarsi dell'eccedenza. Il percorso di affermazione della priorità dell'interesse finanziario è stato successivamente sancito esplicitamente dalla legge di riforma della contabilità pubblica (n. 196 del 2009), il cui art. 21, comma 8, consentiva direttamente al bilancio di rimodellare le spese quand'anche il relativo importo fosse stato predeterminato da apposite leggi.

Queste disposizioni hanno offerto, evidentemente, una nuova qualificazione dell'obbligo di copertura, non più configurabile in termini procedurali, ma quale espressione di un vincolo sostanziale alla spesa, in vista del conseguimento di un preciso risultato finanziario.

Le profonde innovazioni sul versante dei rapporti tra leggi di spesa e decisione di bilancio vanno collocate, poi, nella più ampia cornice dei mutamenti intervenuti in ordine al regime vincolistico imposto all'indebitamento, in considerazione dell'incidenza di questo sulle politiche di bilancio statali. Un ruolo determinante in tal senso è stato svolto, come noto, sia dal cd. "divorzio" (nel 1981) tra Tesoro e Banca d'Italia, che interruppe la possibilità per il primo di determinare unilateralmente il costo del proprio indebitamento, potendo contare sul finanziamento della seconda attraverso la creazione di nuova moneta; sia, soprattutto, dalle misure di convergenza giuridica imposte, in previsione dell'introduzione della moneta unica, dal Trattato di Maastricht⁷. Quest'ultimo permise alle Banche centrali nazionali di fungere

luogo ad una confusione di ruoli tra la legge finanziaria e quella di bilancio e ad un implicito aggiramento del limite posto dall'originario terzo comma dell'art. 81 Cost. Tra le competenze necessarie delle legge finanziaria rientrava l'indicazione del livello massimo di ricorso al mercato, elemento che la poneva su un piano del tutto singolare, distinguendola da qualsiasi altra legge di spesa e sterilizzando di fatto, nei suoi confronti, proprio il limite di cui al quarto comma dell'art. 81 Cost. (nella versione originaria). A ciò si aggiunga che la collocazione della votazione del saldo netto alla fine del processo deliberativo, consentiva, comunque, di dare copertura, con il nuovo debito, a tutte le eventuali maggiori spese, prescindendo dalla qualità e continuità di queste. In dottrina cfr., per tutti, P. DE IOANNA, *L'obbligo di copertura (art. 81, 4° comma, Cost.) come vincolo procedurale per una decisione politica responsabile in materia di finanza pubblica*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1991, Quaderno n. 2, p. 95 ss.; N. LUPO, *op. cit.*, p. 82 ss. ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici; A. BRANCASI, *La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione*, in *Il Filangieri* – Quaderno 2011, p. 7 ss.

⁷ Il trattato – come noto – pose limiti all'indebitamento netto e al debito complessivo, assunti quali declinazioni del divieto di disavanzi eccessivi (cfr., ora, l'art. 126 TFUE).

da tesoriери dei singoli Stati e delle amministrazioni nazionali, ma vietò la concessione di scoperti sui conti intestati a questi soggetti, nonché di acquistare titoli del debito pubblico sul mercato primario, affrancando la politica monetaria nazionale, già prima dell'avvio dell'euro, dall'incidenza degli indirizzi di Governo, che avrebbero potuto compromettere proprio le esigenze di stabilità monetaria⁸.

Gli sviluppi successivi sono stati segnati dall'avvio di un'intensa attività di coordinamento, secondo criteri fissati a livello sovranazionale e dotati di una capacità di impatto crescente sulle politiche nazionali di bilancio. Dai noti meccanismi introdotti con il Patto di stabilità e crescita del 1997, ancora ispirati da una logica di integrazione tra il sistema normativo statale e quello sovranazionale, si è passato a strumenti, ben più intrusivi, di controllo preventivo sugli equilibri interni ai singoli bilanci statali⁹.

La stessa riforma dell'art. 81 Cost., realizzata con la legge costituzionale n. 1 del 2012 (e la relativa normativa di attuazione contenuta nella legge rinforzata n. 243 dello stesso anno), trae abbrivio dalla normativa comunitaria e in particolare – come noto – dalla clausola del trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact*), che ha fissato, per gli Stati aderenti, l'obbligo di introdurre la regola del pareggio di bilancio nei rispettivi ordinamenti, con disposizioni di carattere permanente, preferibilmente di livello costituzionale¹⁰, così dando luogo a quello che è stato definito un "intreccio di Costituzioni"¹¹, realizzato dopo il fallimento del progetto di Costituzione europea ed inteso a portare le istanze comunitarie di razionalizzazione della finanza pubblica all'interno della dimensione costituzionale degli Stati, ma attraverso «un in-

⁸ Sul punto cfr., diffusamente, A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)* in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano 2014, p. 167 ss., in particolare p. 173 ss.

⁹ In questa cornice si collocano, a seguito della crisi economica su scala globale del 2008, il cd. patto *Europlus* (2011), rivolto a contrastare i processi di indebitamento strutturale, anche attraverso l'impegno dei singoli Stati membri ad avviare riforme strutturali per la competitività, l'occupazione e la sostenibilità delle finanze pubbliche; il cd. *Six Pack* (2011), che, modificando il Patto di stabilità e crescita, ha introdotto un sistema di controlli posti in essere dalla Commissione europea a presidio dei dati macroeconomici di ciascun paese, in vista della riduzione del rapporto debito/PIL entro la soglia del 60%; il cd. *Two pack* (2013), formato da altri due regolamenti, intesi a fissare ulteriori elementi restrittivi sui bilanci, ampliando, contemporaneamente, i poteri di controllo delle istituzioni europee.

¹⁰ Oltre al vincolo del pareggio di bilancio, il *Fiscal Compact* (2012) ha previsto il limite dello 0,5 per cento del *deficit* strutturale; l'obbligo di mantenere entro il 3 per cento il rapporto tra deficit e PIL (secondo quanto già fissato dal trattato di Maastricht), al quale si aggiunge, per i paesi con un rapporto tra debito e PIL superiore al 60 per cento, l'obbligo di ridurlo di almeno un ventesimo all'anno, in vista del raggiungimento di questa proporzione.

¹¹ Cfr. A. MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano 1999, II, p. 945 ss.

gresso secondario coincidente con la via d'uscita di emergenza dalla crisi economica e finanziaria dell'eurozona»¹².

In verità, proprio lo strumento prescelto e l'ampiezza dell'intervento (coinvolgente, con difformità di accentuazioni, non solo l'intero apparato statale, ma anche il complesso delle pubbliche amministrazioni, comprese le autonomie territoriali, come si ricava dalla nuova formulazione dell'art. 97 Cost.), nonché la ricchezza e pervasività degli strumenti posti a presidio della sostenibilità del debito manifestano chiaramente l'intento di una stabile e profonda revisione degli assetti istituzionali, sul versante dei processi decisionali relativi agli equilibri di bilancio lungo l'asse UE-Governo-Parlamento¹³, come su quello, che qui interessa, dei processi di implementazione del principio autonomista.

2. *Il cd. federalismo fiscale nella riforma del 2001 e gli sviluppi normativi successivi.*

Nella riforma costituzionale del 2001, il riconoscimento di una più ampia autonomia politico-legislativa degli enti territoriali sub-statali si esprime, tra l'altro, nella forma di una maggiore autonomia di spesa, strutturata in modo da consentire il finanziamento delle funzioni attribuite ed esercitate a livello regionale attraverso "risorse proprie". Pur non potendosi ricondurre alla riforma costituzionale in oggetto l'introduzione di una autonomia impositiva in capo alle singole regioni, queste, in specie a seguito della legge delega n. 42 del 2009 sul cd. federalismo fiscale, avrebbero dovuto inserirsi in un sistema tributario articolato su tre livelli distinti (statale, regionale e locale), «tendenti ad assicurare a ciascun livello di governo l'acquisizione delle risorse necessarie per l'erogazione dei servizi pubblici»¹⁴.

Negli anni successivi, la crescita esponenziale delle spese regionali, congiunta ai primi segnali di una crisi economico-finanziaria globale, ha imposto

¹² In questi termini, D. CONTE, *La nuova governance economica europea e la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio: il Parlamento nazionale tra partecipazione al funzionamento dell'Unione europea e spinte autonomistiche*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, p. 239 ss., in specie p. 264.

¹³ Su questo profilo, assai complesso, che intercetta le profonde trasformazioni in atto del principio rappresentativo, ma che in questa sede non può essere neppure accennato, cfr., per tutti, G. LO CONTE, *op cit.*, p. 121 ss.; 171 ss.; G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *www.osservatoriocostituzionale.it* (4 febbraio 2016), p. 6 ss., ma *passim*; A. CIANCIO, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, 3/2016; R. IBRIDO, *Leggi di spesa, andamento del ciclo economico e trasformazioni della rappresentanza politica*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it* (29 maggio 2017), *passim*.

¹⁴ Così E. BONELLI, *L'ossimoro del regionalismo forte sotto controllo*, in *www.federalismi.it* (14 giugno 2017), al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia *ivi* citata sul punto.

l'avvio di una fase di contenimento della spesa pubblica, orientata al conseguimento degli obiettivi e dei principi fissati nei trattati a presidio di una sana gestione finanziaria.

Sul versante della funzione legislativa e del conseguente riparto di competenze tra Stato e regioni, ciò ha comportato il progressivo riaccentramento dei processi decisionali, valorizzando, a tal fine, le clausole di competenza trasversale e tra queste, in specie, quella relativa al coordinamento della finanza pubblica¹⁵. Si sono collocati in questa cornice i vari decreti legge anti-crisi, a partire dal n. 78 del 2010, i quali, nell'immediato, hanno dato luogo ad un intenso contenzioso costituzionale¹⁶. Definendo progressivamente una giurisprudenza ormai consolidata, la Corte ha escluso l'illegittimità di provvedimenti legislativi, con cui lo Stato fissi limiti anche puntuali di spesa nei confronti delle sue amministrazioni e che, al contempo, si configurino quali norme di principio cui soggiacciano le stesse regioni¹⁷.

¹⁵ Come noto, la legge costituzionale n. 1 del 2012 (su cui v. subito *infra* nel testo) ha riportato la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici nell'ambito della competenza esclusiva statale, compiendo una scelta condivisibile, in vista del superamento della confusione contabile cui aveva dato luogo la riforma del 2001 con l'attribuzione di tale settore alla potestà concorrente. Già prima, peraltro, sulla base dei principi fissati dalla legge n. 42 del 2009 (come modificata dalla legge n. 196 dello stesso anno), il d. lgs. n. 118 del 2011, integrato e modificato dal d. lgs. n. 126 del 2014, aveva fissato la disciplina contabile generale per gli enti territoriali, individuando gli strumenti di armonizzazione dei vari sistemi (dal piano dei conti integrato al bilancio consolidato). In argomento, per tutti, L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, 1/2017, p. 2 ss., che ritiene quello dell'armonizzazione dei sistemi contabili il più indovinato risultato della riforma attuata con la legge n. 42 del 2009, rimasta inattuata, invece, su molti altri fronti.

La stessa Consulta, peraltro, ha recentemente rilevato il nesso intercorrente tra armonizzazione contabile e coordinamento della finanza pubblica, osservando come la prima «si colloc[hi] contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica: infatti, la finanza pubblica non può essere coordinata se i bilanci delle amministrazioni non hanno la stessa struttura e se il percorso di programmazione e previsione non è temporalmente armonizzato con quello dello Stato (peraltro di mutevole configurazione a causa della cronologia degli adempimenti imposti in sede europea)» (sent. n. 184 del 2016, punto 2.1 del Considerato in diritto).

¹⁶ Cfr., *ex multis*, le sentenze n. 310 del 2010, n. 68, n. 69, n. 108, n. 122, n. 155 del 2011; n. 139 e n. 173 del 2012. In dottrina, sul coordinamento finanziario come strumento conformativo dell'autonomia (anche politica) degli enti locali, cfr., per tutti, G. RIVOSCECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, Milano 2014, p. 156 ss.; M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino 2016, p. 88 ss.

¹⁷ Sul punto, cfr. l'ampia analisi di G. RIVOSCECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 3/2016, in specie p. 11 ss.; ID., *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali*, in A. Ciancio (a cura di), *Le tra-*

In tal senso, la legge costituzionale n. 1 del 2012 ha, per così dire, posto un “suggerimento” su un tessuto normativo e giurisprudenziale caratterizzato da una sostanziale compressione dell’autonomia di spesa degli enti territoriali, avviata per fare fronte alle “emergenze” della crisi economico-finanziaria, ma assurta ben presto a tratto qualificante il nostro tipo di Stato e radicata, in ultima analisi, sui variabili vincoli finanziari sanciti a livello sovranazionale¹⁸.

In particolare, sul coordinamento finanziario, pur formalmente qualificato come di competenza concorrente, ha inciso considerevolmente l’attribuzione alla legge (rinforzata) statale del segmento normativo relativo alla «introduzione di regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e PIL nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica»¹⁹, previsione che ha offerto, con enunciati dal contenuto particolarmente ampio, se non vago, copertura costituzionale ad una diffusa potestà di intervento a presidio degli equilibri macroeconomici. Lo stesso limite dei principi fondamentali, cui andrebbe soggetta la competenza statale in materia di coordinamento finanziario, a presidio dell’autonomia di entrata e di spesa degli enti territoriali, ha, pertanto, ormai perso gran parte della capacità di connotare i rapporti tra livelli di governo.

Il processo di riallocazione delle autonomie territoriali in un più ampio sistema di coordinamento finanziario presieduto dallo Stato ha trovato, poi, ulteriore riscontro nel *corpus* di norme contenute nella legge rinforzata n. 243, destinate a declinare i vincoli comunitari in obblighi per i bilanci di regioni ed enti locali, ponendo limiti significativi al potere di spesa, come al ricorso all’indebitamento²⁰.

Con particolare riguardo al principio dell’equilibrio di bilancio, la legge n. 243 definiva per gli enti territoriali un regime diverso da quello riservato al bilancio statale, imponendo ad essi «un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate finali e le spese finali e tra le entrate correnti e le spese correnti, incluse le quote di capitale delle rate di ammortamento dei prestiti» (art. 9, primo comma). Si trattava, con tutta evidenza, di un vincolo particolarmente rigido, che si sostanziava nel conseguimento del

sformazioni istituzionali a sessant’anni dai Trattati di Roma, Torino 2017, p. 175 ss., in specie p. 195 ss.

¹⁸ Sul punto, cfr. l’ampia analisi di S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere pubblico*. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell’AIC, in *Rivista AIC*, 4/2013.

¹⁹ Cfr. l’art. 5, comma 1, lett. e) della cit. legge cost. n. 1 del 2012.

²⁰ Cfr. il Capo IV (artt. 9 ss.) della legge n. 243; sulla *ratio* di queste previsioni, individuata nel principio di responsabilità solidale delle autonomie territoriali chiamate a concorrere all’equilibrio di bilancio nazionale e alla sostenibilità del debito pubblico, cfr. D. CONTE, *op. cit.*, p. 271 ss.

pareggio nominale, senza la possibilità di apportare correzioni connesse all'andamento del ciclo economico e senza una disciplina degli eventi eccezionali che invece giustificano, a livello statale, il ricorso all'indebitamento²¹.

3. *Vincoli di bilancio ed autonomia finanziaria degli enti territoriali.*

Su questo complesso normativo è intervenuta la legge n. 164 del 2016, introducendo condivisibili fattori di attenuazione del regime vincolistico imposto ai bilanci regionali e degli enti locali. Le innovazioni hanno intercettato profili importanti: il conseguimento dell'equilibrio di bilancio; il ricorso all'indebitamento; il concorso dello Stato al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali e quello degli stessi enti territoriali alla sostenibilità del debito pubblico.

La semplificazione del sistema dei vincoli è stata compiuta in vista di un sostegno agli investimenti, che dovrebbe favorire una gestione delle risorse locali più dinamica. In questo senso va letta l'introduzione, in luogo del regime precedente, di un nuovo saldo di bilancio, non negativo, da conseguire in sede di previsione come di rendiconto, in termini di equilibrio di competenza, tra le entrate finali e le spese finali. Nella stessa direzione si colloca, poi, l'inserimento del fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa (destinato prevalentemente al finanziamento di spese in conto capitale) nel saldo fra le entrate finali e le spese finali, in vista del potenziamento dello *stock* di risorse rivolte ad investimenti da parte degli enti.

Sul versante del ricorso all'indebitamento, la legge n. 164 ha confermato il vincolo consistente nella possibilità di farvi ricorso soltanto per finanziare spese di investimento, subordinando le operazioni di indebitamento all'adozione di piani di ammortamento di durata non superiore alla vita utile dell'investimento, nei quali siano evidenziate l'incidenza delle obbligazioni assunte sui singoli esercizi finanziari futuri, nonché le modalità di copertura degli oneri corrispondenti. Le operazioni di indebitamento e quelle di investimento, realizzate attraverso l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti, sono effettuate sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale che garantiscano, per l'anno di riferimento, l'equilibrio complessivo a livello di comparto regionale, misurato in termini di compe-

²¹ Il solo dato che, offrendo una soluzione discutibile e comunque rimasta sostanzialmente inattuata, manifestasse una certa "sensibilità" nei confronti dell'incidenza degli andamenti del ciclo sul bilancio degli enti territoriali era offerto dall'art. 11 (oggi ampiamente rimaneggiato; cfr. *infra* nel testo), ai sensi del quale, nelle fasi sfavorevoli del ciclo economico e in caso di eventi eccezionali, lo Stato avrebbe contribuito al finanziamento dei servizi essenziali e delle prestazioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali, tenendo conto della quota di entrate proprie degli enti territoriali influenzata dal ciclo economico.

tenza. In tal modo, la regione viene a rivestire un ruolo centrale nell'individuazione dei meccanismi di compensazione tra gli enti locali compresi nel suo territorio, ponendosi come sede qualificata per l'individuazione degli equilibri complessivi di livello regionale, secondo una logica di rafforzamento dell'autonomia e della responsabilità degli enti territoriali.

La legge ha precisato, altresì, che qualora le operazioni di indebitamento e quelle di investimento non siano soddisfatte dalle suddette intese, esse possano essere effettuate sulla base di patti di solidarietà nazionali, dotando lo Stato di uno strumento sostitutivo, che consente di porre in essere meccanismi di compensazione degli obiettivi finanziari assegnati agli enti territoriali e di garantire la programmazione degli investimenti. Sono stati aboliti, invece, i cd. patti di solidarietà fra enti territoriali, che, nella cornice degli strumenti fissati dal Patto di stabilità interno, avrebbero dovuto favorire la realizzazione di politiche di compensazione fondate sulla cooperazione territoriale.

Nel complesso, tali interventi appaiono ispirati dall'esigenza, ampiamente condivisibile, di contemperare le ragioni di un'finanza non dissipativa con quelle della sussidiarietà e della collaborazione alla fase decisionale, facendo ricorso allo strumento partecipativo dell'intesa²².

Nonostante tali "correzioni", permangono taluni, non trascurabili, elementi problematici.

Con riguardo all'indebitamento delle regioni e degli enti locali, ad esempio, la potestà statale appare particolarmente significativa, prevedendosi il ricorso a fonti normative secondarie per l'individuazione dei criteri e delle modalità di attuazione della relativa disciplina²³. Tale soluzione ha ricevuto il sostanzialmente avallo della Corte costituzionale²⁴, con taluni correttivi, che probabilmente non hanno fugato completamente i fattori di criticità rispetto al progetto riformistico avviato nel 2001 e, in specie, rispetto alla previsione di cui all'art. 117, comma 6, Cost.

Un ulteriore elemento problematico è offerto, poi, dal regime relativo al concorso degli enti locali alla sostenibilità del debito pubblico, che la legge n. 164 ha profondamente rivisto, sostituendo una riserva di legge statale al mo-

²² Sul punto, cfr. D. CONTE, *op. cit.*, p. 276 ss.

²³ Cfr. l'art. 10, comma 5, della legge n. 243 del 2012, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. c, della legge n. 164 del 2016.

²⁴ Cfr. la sent. n. 88 del 2014, in cui la Corte ha ritenuto il rinvio ad una fonte secondaria dello Stato conforme a Costituzione soltanto se ad essa si demanda la disciplina di aspetti meramente tecnici, così censurando l'art. 10, comma 5, della legge n. 243 nella parte in cui non prevede la parola "tecnica" dopo le parole "criteri e modalità di attuazione" e prima delle parole "del presente articolo". La Consulta ha disposto, altresì, che l'adozione del DPCM sia preceduta dal coinvolgimento nel processo decisionale degli enti territoriali, attraverso lo strumento dell'intesa in sede di Conferenza unificata.

dello di stampo consensualistico previsto dal testo originario dell'art. 12 della legge n. 243, modello fondato su un'intesa realizzata in sede di Conferenza unificata per la ripartizione del contributo degli enti territoriali al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato. Si è così soppresso un significativo strumento di declinazione del principio di leale collaborazione, rispetto al quale, peraltro, non erano prospettabili neppure rischi di stallo decisionale, dato che la stessa Corte costituzionale aveva espressamente individuato nello Stato il decisore di ultima istanza, ma solo «in caso di dissenso e fatta salva la necessaria adozione di idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze»²⁵.

Il rafforzamento del ruolo dello Stato si manifesta, infine, con riguardo all'ampliamento della possibilità di un suo concorso al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali, che in precedenza era circoscritto al sopraggiungere di fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi di gravi crisi finanziarie o calamità naturali aventi ripercussioni sulla finanza dei singoli enti territoriali. L'estensione dell'ambito di intervento dello Stato, secondo modalità devolute, adesso, alla sua potestà legislativa²⁶, offre, certo, un presidio meno angusto alla salvaguardia di un segmento fondamentale del *Welfare*, sul quale pesa, peraltro, la perdurante assenza di una normativa che determini i livelli essenziali delle prestazioni socio-assistenziali e la vaghezza delle funzioni fondamentali riferite, ma senza ulteriori precisazioni, all'ambito dei diritti civili e sociali.

4. Conclusioni.

L'ampiezza dei vincoli al contenuto dei bilanci, a tutti i livelli di governo, che tanta incidenza ha avuto e continua ad avere sugli assetti istituzionali del nostro paese, è il portato di tensioni non risolte, di antagonismi mai sopiti tra politica ed economia, tra Stato e mercato, tra "costituzioni politiche" e "costituzione del mercato". Una dialettica antica, dunque, nella quale si cela la continua "tentazione" alla sopraffazione di una dimensione sull'altra, con lo strascico di conseguenze esiziali che tale esito comporterebbe sulla tenuta del *Welfare*. Con particolare riferimento alla ricerca di un equilibrio tra i vincoli in oggetto e l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, indicazioni utili possono essere ricavate, peraltro, dai principi espressi in alcune recenti sentenze dalla stessa Corte costituzionale.

²⁵ Cfr. la cit. sentenza n. 88 del 2014.

²⁶ Riformulando l'art. 11 della legge n. 243, l'art. 3 della novella ha soppresso il Fondo straordinario posto a garanzia del concorso medesimo.

Questa, ad esempio, pur riaffermando con vigore il ruolo di coordinamento della finanza pubblica spettante allo Stato e la discrezionalità di quest'ultimo nel porre riparo a situazioni di emergenza finanziaria, ha denunciato la carenza di un'efficace azione statale di vigilanza sui bilanci regionali, evidenziata, tra l'altro, dall'utilizzo di piani di riassorbimento dei disavanzi regionali proiettati su un arco temporale molto esteso, con il rischio di una grave compromissione dell'equità intergenerazionale²⁷.

In altra occasione, la Consulta ha formulato la fondamentale definizione del bilancio regionale come «bene pubblico», suscettibile, attraverso una tipizzazione della sua struttura, di realizzare un nesso funzionale con la «valorizzazione della democrazia rappresentativa, nell'ambito della quale deve essere assicurata ai membri della collettività la cognizione delle modalità con le quali le risorse vengono prelevate, chieste in prestito, destinate, autorizzate in bilancio ed infine spese». Si recupera, in tal modo, l'imprescindibile valenza democratica del bilancio regionale, cui va garantita la possibilità di scandire, attraverso le sue peculiari e non omologabili articolazioni, «la programmazione economico-finanziaria nelle procedure contabili e le modalità analitiche di illustrazione di progetti e di interventi»²⁸.

Appaiono di particolare interesse, poi, le sollecitazioni rivolte al legislatore statale ad un esercizio corretto del ruolo di custode della finanza pubblica allargata nel rispetto del principio autonomistico, a fronte di un quadro normativo talora «opaco ed autoreferenziale per quel che concerne le dinamiche applicative del riparto del gettito»²⁹; nonché quelle intese a superare un coordinamento finanziario compiuto soltanto, o prevalentemente, tagliando la spesa. La Corte ha sollecitato, piuttosto, azioni finalizzate a «riorientare» la spesa pubblica, per una complessiva maggiore efficienza del sistema³⁰, individuando la direzione di tale «riorientamento» nel principio di proporzionalità. Si tratta di un'indicazione molto opportuna, che introduce elementi di concretezza nella valutazione della ragionevolezza degli interventi statali di contenimento della spesa, da «calibrare» tenendo conto del carattere virtuoso (o meno) della condotta pregressa posta in essere dalla regione³¹.

²⁷ Cfr. la sent. n. 107 del 2016, punto 4.1 del Considerato in diritto.

²⁸ Le ultime due citazioni sono tratte dalla sent. n. 184 del 2016, punto 3 del Considerato in diritto.

²⁹ Così la sent. n. 188 del 2016, punto 4.4 del Considerato in diritto.

³⁰ Cfr. la sent. n. 272 del 2015, punto 3.1 del Considerato in diritto.

³¹ Cfr. la stessa sent. n. 272, cit., punti 3.2 e 3.3 del Considerato in diritto. Sull'introduzione di «criteri di virtuosità» quali declinazioni della responsabilità degli enti territoriali nel coordinamento della finanza pubblica, cfr., per tutti, M. SALERNO, *Le mitologie dell'autonomia tra equilibri di bilancio e principio di responsabilità degli enti territoriali*, in *Istituzioni del federalismo*, 1.2014, p. 81 ss., in specie p. 86 ss.

Su queste basi, le esigenze correlate ad una gestione finanziaria sana potrebbero ottenere nuove risposte, non ostante nei confronti di un rinnovato protagonismo delle autonomie territoriali, come avvenuto con i tristemente noti tagli lineari, ma fondate, oltre che sulla collaborazione tra i vari livelli di governo, su precise assunzioni di responsabilità.

LA FORMACIÓN DEL GOBIERNO EN ESPAÑA Y EN ITALIA: UNA REVISIÓN COMPARADA¹

Germán M. Teruel Lozano
Profesor contratado doctor de Derecho constitucional.
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La investidura del Presidente y la formación del Gobierno en España. – 3. La disciplina constitucional de la formación del Gobierno en Italia y su práctica. – 4. Reflexiones al albur de la comparación de ambos modelos: la forma de gobierno parlamentaria, formación del Gobierno y su relación con las dinámicas del sistema político. – 5. A modo de conclusión: perplejidades y lecciones para un español que observa la formación del gobierno en Italia. – 6. Bibliografía citada.

1. *Introducción*

Italia y España son dos países que se miran mutuamente, se siente su fraternal lazo. Algo que también se percibe en el continuo diálogo entre juristas de ambos países. Y, bien está recordarlo, estos han contado con una institución única que a lo largo de sus más de seiscientos cincuenta años de historia ha venido facilitando el mismo. Me refiero al Real Colegio de España en Bolonia.

Así las cosas, y tratando de participar de tan noble tradición que nos corresponde a quienes hemos tenido la oportunidad de ser bolonios, creo que resulta oportuno seguir avanzando en ese conocimiento mutuo y, precisamente en estos tiempos tormentosos desde la perspectiva política, este trabajo se propone estudiar de forma comparada la regulación constitucional y la praxis en la formación del Gobierno en ambos países para, como observador español, tratar de extraer algunas lecciones que quizá puedan alimentar nuestra imaginación a la hora de buscar respuestas constitucionales a la crisis de gobernabilidad que vive nuestro país.

Tanto Italia como España, al aprobar sus respectivas Constituciones tras la II Guerra Mundial que ahora acaban de celebrar su setenta y cuarenta

¹ El procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno en España tuvo la oportunidad de estudiarlo en mi trabajo “La regulación constitucional de la investidura de Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 1-33, que, con oportunas modificaciones, reproduzco parcialmente en especial en el epígrafe 2 de este capítulo. El presente trabajo se presentó para su publicación en septiembre de 2019, por lo que las referencias están referidas a ese momento.

cumpleaños respectivamente, optaron por mantener la forma de gobierno parlamentaria siguiendo la tradición de la mayoría de países europeos. En el caso italiano se optó por una República parlamentaria, decisión a la que se vio vinculada la Asamblea Constituyente tras el referéndum sobre la forma de la Jefatura del Estado celebrado en 1946; y en el caso español las Cortes Constituyentes consagraron como forma política la Monarquía parlamentaria, salvaguardando así a la Corona cuya “legitimidad bisagra” sirvió para transitar pacíficamente de la dictadura franquista al nuevo régimen democrático². Eso sí, la española se configuró como una monarquía republicana o, en otras palabras, como una república coronada³ donde el Rey –como podremos comprobar en relación con el procedimiento de investidura– tiene unos poderes no ya neutrales, sino definitivamente neutralizados⁴; mientras que en Italia en ocasiones ha parecido que se tratase de una república “monarquizada”, con un Jefe del Estado que ha llegado a asumir penetrantes poderes que le han permitido injerir en la dirección política, como también tendremos la oportunidad de estudiar. Asimismo, mientras que la forma parlamentaria que se constitucionalizó en España en 1978 está fuertemente racionalizada, no puede decirse lo mismo en la Constitución italiana de 1948, en la que, según ha destacado la doctrina, el Gobierno adolece de una débil posición institucional y su regulación constitucional es “una delle parti meno felici della nostra carta fondamentale”, en palabras de A. Barbera⁵. Y, sobre todo, a diferencia de España, donde el parlamentarismo encajaría en la subespecie de parlamentarismo de “canciller”⁶, en el caso italiano predominan los caracteres propios del “governo a tendenza assembleare”⁷. Ni siquiera en los últimos tiempos, cuando en España tenemos un Parlamento mucho más fragmentado, éste ha logrado compensar la preeminencia de la que goza el Presidente del Gobierno no sólo *ad intra* entre los miembros de su propio Gobierno, sino como eje fundamental de la dirección política del país. Hay más inestabilidad política, pero el Presidente sigue manteniendo una posición de extraordinaria autonomía y un peso institucional sobresaliente.

² GARRORENA MORALES, A, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2017, p. 117.

³ DE ESTEBAN, J., “¿Monarquía republicana o república coronada?”, *El Mundo*, 11 de junio de 2014. Texto accesible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/06/11/5398a93c268e3edc158b458d.html>

⁴ GARRORENA MORALES, A, *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 168.

⁵ BARBERA, A. y FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 2012, pp. 315-317.

⁶ Cfr. ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 29 y ss.

⁷ BARBERA, A., “Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana”, *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2011, p. 9.

Más allá, precisamente en el sistema político encontramos otra importante diferencia entre Italia y España que tiene indudables repercusiones en relación con la formación del Gobierno. Según veremos, como ha explicado M. Revenga, hasta las elecciones de 2015 en España habíamos disfrutado de un “parlamentarismo estabilizado” con una “acusada impronta bipartidista”, en el que prácticamente la noche electoral se podía intuir quién iba a ser el Presidente del Gobierno, ya que el cabeza de lista por Madrid del partido vencedor se presentaba como un “candidato natural” y la investidura a Presidente se desarrollaba en un “tracto perfectamente pautado”⁸. Nada que ver con la experiencia italiana donde el multipartisimo extremo que ha caracterizado a su sistema de gobierno “introduce como elemento permanente (o pressoché constante) la formazione di governi di coalizione”⁹, asumiendo una importancia capital las negociaciones entre los partidos.

Todo lo cual debe llevarnos a ser cautos a la hora de extrapolar regulaciones o siquiera prácticas de unos países a otros. Aunque, en la medida que el sistema político español parece estar cambiando, quizá nuestros vecinos italianos nos lleven alguna ventaja que pueda darnos pistas sobre cómo afrontar este nuevo contexto. En cualquier caso, comencemos antes por describir los procedimientos de formación del Gobierno en ambos países.

⁸ REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, p. 101. De este mismo autor puede verse también su ponencia “Crónica del desconcierto: el problema constitucional de la forma de gobierno en España” dictada en el XIII Congreso iberoamericano de Derecho constitucional en febrero de 2017 en la Ciudad de México.

⁹ CARUSI, V., “Artt. 92-95”, en CRISAFULLI, V. y PALADIN, L., *Comentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1990, p. 566. A este respecto, PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, en *Commentario della Costituzione*, Zanichelli E.d/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bolonia/Roma, pp. 27 y ss., presenta la coalición de gobierno como una necesidad institucional y estudia con un cierto detalle la evolución del sistema político y la formación de coaliciones en Italia. Véase también D’AMICO *et al.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, FrancoAngeli, Milán, 2018, pp. 263 y ss. En particular entre 1994 y 2008 (desde la XII a la XVI Legislatura), cuando por mor de la reforma de la ley electoral con corte mayoritario y que los partidos políticos se agregaron en dos coaliciones, la formación del Gobierno parecía facilitarse y el líder de la coalición (Romano Prodi primero y luego Silvio Berlusconi) venían predeterminados a ser los Presidentes del Gobierno italianos a la luz de los resultados electorales en 2006 y 2008 respectivamente, aunque luego las guerras intestinas en las propias coaliciones dieran determinaron varias crisis de gobierno. Tras las elecciones de 2013 el intento de P. Bersani de presentarse como el candidato también se vio frustrado y, como veremos, finalmente el Jefe del Estado tuvo que ejercer una notable actividad para facilitar el nombramiento del Gobierno Letta.

2. *La investidura del Presidente y la formación del Gobierno en España*

La formación del Gobierno que diseñó la Constitución española de 1978 tiene dos fomentos fundamentales: por un lado, el nombramiento del Presidente del Gobierno, al que se llega normalmente a través del procedimiento de investidura regulado en el art. 99 CE cuando se dé alguna de las situaciones también previstas por la propia Constitución¹⁰ o, de forma extraordinaria, como consecuencia de la aprobación de una moción de censura constructiva, de acuerdo con el art. 114.2 CE. Hasta el momento la única moción de censura que ha prosperado fue la presentada por Pedro Sánchez contra el Presidente Rajoy en 2018 y, de hecho, aunque formalmente respetó la letra de la Constitución lo cierto es que la misma tuvo poco de constructiva –no hubo una mayoría parlamentaria que mantuviera un programa de gobierno sino que ésta salió adelante con el objetivo único de cesar al Presidente Rajoy, como después se vio en el transcurso del mandato del Presidente Sánchez que terminó con la convocatoria adelantada de elecciones-. Por otro lado, el segundo momento en la formación del Gobierno es el del nombramiento de los restantes miembros, Ministros y en su caso Vicepresidentes (art. 100 CE). En relación con este último, los mismos son nombrados y separados por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. Para el Jefe del Estado se trata de un acto puramente formal en el que la totalidad de la doctrina coincide que no cabe ninguna intervención sustantiva. Incluso, parece difícil plantear que el Rey pudiera negarse a nombrar un miembro del Gobierno propuesto por su Presidente aun cuando se advirtiera la falta de los requisitos legales para ostentar el cargo¹¹. En otro orden de cosas, el hecho de que la formación del Gobierno descansa en dos procedimientos autónomos produce la paradoja de que cuando el Presidente de un Gobierno acce-

¹⁰ Estos supuestos serían después de cada renovación del Congreso, si perdiera una cuestión de confianza y por dimisión o fallecimiento del Presidente (arts. 99, 101 y 112 CE). Ni la Constitución ni la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno prevén qué ocurriría en caso de incapacitación del Presidente del Gobierno. De igual forma, queda abierta la duda de si la inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público por sentencia judicial firme dictada sobrevenidamente contra quien ostente el cargo de Presidente del Gobierno tendría que comportar jurídicamente su cese. O, rizando el rizo, si se diera alguno de los supuestos de falta de idoneidad que prevé la Ley 3/2015, de 30 de marzo.

¹¹ A este respecto, el art. 11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece los requisitos de acceso al cargo, entre los que se recogen: “ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme y reunir el resto de requisitos de idoneidad previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.”. Aunque esto no sea materia para estudiar en este momento, cabe plantearse si resulta adecuado constitucionalmente extender los requisitos de idoneidad de los altos cargos a todos los miembros del Gobierno.

de al cargo puede mantenerse durante un tiempo – normalmente breve – con Ministros del Gobierno anterior todavía en funciones y hasta que éstos no son sustituidos por los nuevos nombramientos. Y es que el Gobierno, como órgano constitucional, es permanente con independencia de quienes sean sus titulares y de que en determinadas situaciones pueda ver limitadas sus facultades por encontrarse en funciones.

Pues bien, centrándonos en el procedimiento de investidura, éste se encuentra regulado con un cierto detalle en el art. 99 CE y en el Reglamento del Congreso. El diseño constitucional de 1978 ha “eliminado cualquier vestigio de dualismo en la dependencia fiduciaria del Gobierno” y ha asumido un carácter “rigurosamente monista”¹², donde todo el protagonismo recae en el Parlamento –en concreto, en el Congreso de los Diputados-, sin desdoro para el Jefe del Estado cuya participación queda limitada al momento inicial y al nombramiento formal definitivo. Como se pasará a describir a continuación, se trata de una investidura expresa, previa, personalizada en el Presidente del Gobierno y positiva¹³.

Así las cosas, la primera fase del procedimiento de investidura es la propuesta regia de candidato, cuya única regulación está recogida en el apartado 1º del art. 99 que dispone: “*Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno*”. Es al Rey a quien le corresponde “activar los trámites incluidos en dicho procedimiento”, lo cual se fundamenta “en la posición de la Corona como órgano preservador o incitador del funcionamiento regular de las instituciones”¹⁴.

La Constitución se muestra flexible y no impone un plazo ni para la celebración de las consultas ni para la propuesta de candidato, lo cual, con sus “ventajas y sus peligros”¹⁵, ha sido generalmente valorado de forma positiva. En principio se ha venido entendiendo que las consultas regias debían celebrarse en un breve plazo desde que se verifica el hecho que abre la investidura, si bien, cuando la investidura trae causa de elecciones generales, parece haberse consolidado la práctica, sustentada en el art. 4.2 del Reglamento del Congreso, por la cual el Rey no da comienzo a las consultas hasta que se hayan constituido las Cámaras y elegido a su Presidente, siendo éste a quien

¹² REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 1988, p. 108.

¹³ GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., y NOHLEN, D., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 464 y ss.

¹⁴ REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 148.

¹⁵ BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99” en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1999, p. 272.

se dirige el Monarca para solicitarle el listado de representantes a los que habrá de consultar¹⁶.

De esta guisa, el Rey no se compromete a la hora de decidir a quiénes debe consultar¹⁷ y es el Presidente del Congreso quien se encarga de gestionar con los “*grupos políticos con representación parlamentaria*” quien será su representante¹⁸. No debe confundirse grupos con representación parlamentaria con los grupos parlamentarios, ya que no todos los que alcanzan representación tienen por qué reunir las condiciones para constituirse como grupos. De forma que deberá consultarse a todas las fuerzas políticas, tanto aquellas que concurrieron en listas de partidos como en agrupaciones de electores, siempre que hubieran obtenido al menos un escaño –siendo discutible si debe abrirse también a aquellos grupos con representación en el Senado pero no en el Congreso-¹⁹. Se trata de un “techo mínimo” que no cierra la puerta a que el Rey pudiera extender las consultas a otras personalidades²⁰, aunque por el momento los Monarcas, al menos formalmente, han ceñido sus consultas a este mínimo. Lo que sí que ha ocurrido es que algunas de las formaciones invitadas a las consultas han rehusado participar. Lo cual no desdibuja que las consultas se reconozcan como una formalidad necesaria, por mandato expreso de la propia Constitución, para que el Rey pueda pro-

¹⁶ Cfr. VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, pp. 274-275.

¹⁷ En el caso de que el Presidente del Congreso al elaborar la lista dejara fuera a algún grupo con representación parlamentaria, se ha llegado a plantear si esta decisión podría ser recurrida en amparo (así, VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 284). Para REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 137, esta posibilidad presenta “serias objeciones” por la dificultad de identificar el acto lesivo y por tratarse de un “acto de relación constitucional entre la Corona y el Congreso de los Diputados”, sujeto a control político pero no jurídico. Por mi parte, considero a este respecto que en la medida que se protege constitucionalmente frente a cualquier acción, omisión o vía de hecho de los poderes públicos que pueda lesionar un derecho fundamental, la exclusión de un grupo político con representación parlamentaria podría violar el art. 23 CE y, en consecuencia, no resulta descabellado plantear un recurso de amparo contra la comunicación del Presidente del Congreso al Rey en virtud de la cual aquel le traslada los representantes de los grupos políticos.

¹⁸ Normalmente el representante designado por los grupos coincide con el cabeza de lista, pero nada obliga a que sea así. Por ejemplo, tras la descomposición que vivió el PSOE en 2016 sobre la decisión de abstenerse para facilitar el Gobierno del Presidente Rajoy, fue el presidente de la Gestora que pasó a dirigir el PSOE, Javier Fernández, quien acudió a la ronda de consultas en representación de este partido.

¹⁹ Cfr. VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 277 y GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 469. Asimismo, algunos problemas se plantearon con diputados que no adquirieron la condición plena, como ocurrió con la exclusión de HB en las consultas de 1982, 1986, 1989 y 1996, o con coaliciones electorales o federaciones de partidos (así, con el PDP en las consultas de 1986).

²⁰ Así, VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 277.

ceder a la propuesta de candidato. En cuanto al orden de celebración, hasta 1989 y con la excepción de 1986 la Casa del Rey optó por recibir a los grupos de mayor a menor representación, mientras que desde 1993 se prefiere convocarlos de menor a mayor. No obstante, tendría poco sentido plantearse si se puede deducir de ello una convención constitucional toda vez que debe propiciarse una cierta flexibilidad.

Una vez celebradas las consultas, el Rey ha venido proponiendo de forma casi inmediata al candidato que, además, coincidía con el cabeza de la lista más votada, salvo en el transcurso de la I Legislatura con la investidura del Presidente Calvo Sotelo tras la dimisión de Adolfo Suárez en 1981, y en 2016 con la propuesta fallida de Pedro Sánchez como candidato ante la insólita situación generada después de que Mariano Rajoy rechazara la propuesta del Rey Felipe VI cuando su partido había sido el “ganador” de aquellas elecciones²¹. Esto evidencia como en España parece funcionar la lógica de los “*spitzenkandidaten*”, algo que sin duda había venido facilitando la posición institucional del Rey y había permitido acortar los tiempos en esta fase inicial.

Sin embargo, en un contexto como el que vivimos desde 2015, la práctica de que el Rey proponga de forma casi inmediata un candidato puede que no sea la más recomendable, por mucho que sea necesaria una investidura fallida para activar el reloj electoral. El Rey ha de poder (y debe)²² “jugar con el factor tiempo”²³, en un doble sentido. Puede retrasar la ronda de consultas para que las fuerzas políticas puedan negociar *ex ante* y llegar así a la entrevista con el Rey con los deberes hechos – si se permite esta expresión coloquial –; o puede hacer una primera ronda de consultas de “tanteo”, y cuantas otras consultas ulteriores considere necesario, atrasando la propuesta para asegurar su éxito. Lo importante es que el Monarca deje en todo caso margen a las negociaciones de las fuerzas políticas. Este prudente margen de elasticidad en el manejo de los tiempos evitaría, por un lado, que el Rey tuviera que apresurarse presentando un candidato cuando el consenso político en torno al mismo no está claro, por más que el propuesto fuera el líder de la

²¹ La Casa de S. M. el Rey emitió un comunicado dando cuenta de los resultados de la ronda de consultas celebrada tras la constitución de las Cámaras en enero de 2016, en el que revelaba que el Rey “ha[bía] ofrecido ser candidato” a Mariano Rajoy y que éste “ha[bía] declinado” dicho ofrecimiento, ante lo que el Rey había decidido abrir una nueva ronda de consultas. Cfr. Comunicado de 22 de enero de 2016 de la Casa de S. M. el Rey tras la ronda de consultas en virtud del artículo 99 de la Constitución.

²² Así se posiciona de forma muy contundente RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, *El País*, 16/03/1996. Texto accesible en: http://elpais.com/diario/1996/03/16/opinion/826930804_850215.html. También se suman a ello VINTRÓ CASTELLS, J., “El Rey y la investidura del Presidente del Gobierno”, *Agenda Pública*, 21/01/2016. Texto accesible en: <http://agendapublica.es/el-rey-y-la-investidura-del-presidente-del-gobierno/> y REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo...”, op. cit.

²³ VINTRÓ CASTELLS, J., “El Rey y la investidura del Presidente del Gobierno”, op. cit.

lista más votada. Ello por un doble orden de razones: en primer lugar, porque el candidato regio tendrá que proseguir con una intensa labor negociadora tras la propuesta para tratar de alcanzar los apoyos necesarios, lo cual puede terminar suponiendo una desautorización al propio Monarca en el caso de que no logre los votos, al tiempo que situaría al Presidente del Congreso en una posición comprometida en cuanto a la convocatoria del Pleno de investidura, como se verá. Pero, sobre todo, en segundo lugar, porque es indudable que, una vez se ha formalizado el encargo regio, el candidato goza de una evidente primacía negociadora que, en un contexto político fragmentado, puede excluir (o, cuando menos, postergar) opciones alternativas que podrían forjar sus propias mayorías. Así ocurrió en 1996 cuando, sin una mayoría clara, el Rey Juan Carlos propuso a José María Aznar como candidato a Presidente. Una situación que se ha vivido también tras las primeras elecciones en 2015, con un precipitado y fallido intento de propuesta de candidato que abocó a la segunda ronda de consultas e inmediata propuesta de otro candidato, y tras las elecciones en 2016 y en 2019 cuando el Rey Felipe VI propuso a Mariano Rajoy y a Pedro Sánchez respectivamente, sin que estos contaran con apoyos significativos fuera de su propio grupo.

Además, por otro lado, tampoco es deseable que la premura en la propuesta de candidato pueda terminar implicando “la formación de un Gobierno que no pueda gobernar con la continuidad y la firmeza indispensable para hacer frente a los problemas del país”²⁴. En este sentido se comprenden las exigencias del candidato Mariano Rajoy al reclamar unos apoyos mínimos que permitieran la gobernabilidad²⁵.

Y, por último, esta necesaria elasticidad también permite retrasar “el encendido de la mecha que ha de hacer explotar la bomba” del mecanismo de disolución automática²⁶. Porque, al final, “lo verdaderamente dañino, en coste político y en coste de legitimidad del sistema constitucional, es repetir elecciones”²⁷.

De ahí que deba valorarse positivamente la flexibilidad que permite la Constitución en el manejo de los tiempos que, según lo dicho, el Rey puede y debe aprovechar para que negocien las fuerzas políticas y asegurar así “en lo posible”²⁸ su propuesta. Algo que encaja “perfectamente con su función arbitral y moderadora del funcionamiento regular de las instituciones”²⁹.

²⁴ RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, op. cit.

²⁵ Como advertía TAJADURA TEJADA, J., “Incógnitas de la investidura”, *El Correo*, 19/07/2016: “La formación de esa mayoría es un presupuesto necesario para la investidura de un gobierno “materialmente” parlamentario, es decir, un gobierno estable que pueda afrontar las reformas imprescindibles que requiere el país”.

²⁶ RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, op. cit.

²⁷ REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo...”, op. cit., p. 110.

²⁸ RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, op. cit.

²⁹ REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo...”, op. cit., p. 110.

Asimismo, la doctrina española también se ha preocupado por acotar el papel del Rey en la búsqueda de candidato, sobre todo en aquellos casos en los que no hay un líder que goce de una mayoría clara para ser investido. A este respecto se ha señalado que el Rey debe orientar su propuesta a la “viabilidad parlamentaria de la misma y al teórico aseguramiento, dentro de lo siempre incierto del vaticinio, de la formación de un Gobierno estable, suficientemente respaldado en la Cámara”³⁰. Su intervención no es un acto personal³¹ y está sujeto a unos requisitos formales, en concreto, al refrendo por el Presidente del Congreso y a la celebración de las consultas con los grupos políticos³². Lo que la Constitución no impone son condiciones materiales que haya de reunir el candidato propuesto por el Rey³³.

En este marco, de acuerdo con la interpretación doctrinal, el Rey dispone para la propuesta de candidato de un discreto margen de maniobra³⁴, “fre-

³⁰ PORRAS RAMÍRES, J. M., “Monarquía parlamentaria, función regia y poder de reserva de la Corona en la Constitución” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997, p. 204.

³¹ Cfr. AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno. El caso español en el marco del Derecho comparado”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, n. 6, 1980, pp. 62-81.

³² Se asume pacíficamente que las consultas regias tienen carácter obligatorio y su celebración es necesaria por muy claro que fuera el panorama político (así, BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 264), de tal suerte que la preterición de las mismas por el Monarca viciaría formalmente la propuesta de candidato que realizara. El trámite debe entenderse cumplido aunque el grupo parlamentario no comparezca (en las últimas consultas, por ejemplo, no lo hicieron Esquerra Republicana de Cataluña ni Euskal Herria Bildu).

³³ Como se ha dicho anteriormente, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno sí que ha establecido unos requisitos para ser miembro del Gobierno, en principio extensibles al Presidente del mismo a pesar de la singularidad de su nombramiento y posición constitucional.

³⁴ En relación con el margen de apreciación del Monarca en la propuesta del candidato se han dado en doctrina distintas respuestas, que se sitúan entre quienes consideran que la discrecionalidad regia ha de entenderse limitada extrajurídicamente por la propia situación política o, más en concreto, por los resultados electorales, y vinculada a su objeto formal (así, entre otros, pueden verse BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., pp. 281-283; TORRES MUÑOZ, I., “El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 88, 1995, p. 152; AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno...”, op. cit.; o VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., pp. 288-289); hasta quienes, sin negar lo anterior, reconocen un “poder de reserva” último a favor del Monarca. Así, DE OTTO, I., “Sobre la Monarquía”, en AA.VV., *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, p. 59 o, más recientemente, PORRAS RAMÍRES, J. M., “Monarquía parlamentaria, función regia y poder de reserva de la Corona en la Constitución” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997, pp. 202-205, refiere este “poder de reserva”, de ayuda y suplencia, que se activa, de forma extraordinaria en los casos en que el mismo se muestra incapaz de autorregularse.

cuentemente ínfimo”³⁵, que se amplía cuando nos encontramos en “un contexto de fuerzas políticas poco clarificador”³⁶, sin que ello legitime al Rey a bajar a la “arena de la política activa”³⁷ y sin que pueda llegar a asumir el papel principal que corresponde a las fuerzas políticas³⁸. Ellas son las protagonistas, aunque esto no significa “que el Rey sea un testigo mudo del proceso”³⁹ y sin olvidar que la responsabilidad política por la decisión se traslada al Presidente del Congreso que es quien refrenda el acto⁴⁰. En este sentido, en un contexto

³⁵ GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 469. Como expresa REQUEJO PARGÉS, J. L., “Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, 2004, p. 80, la experiencia demuestra que el Rey en los distintos procesos de investidura no se ha convertido en “protagonista material de la formación de los Gobiernos” y las consultas han terminado por adquirir “un carácter apenas protocolario y nunca han comprometido la neutralidad institucional de la Jefatura del Estado, cuyas propuestas al Presidente del Congreso han respondido siempre al designio de las negociaciones cerradas entre el partido mayoritario y sus socios de legislatura o, sencillamente, a la lógica incontestable de la mayoría absoluta de un único partido”.

³⁶ GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 469.

³⁷ REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 107.

³⁸ Así, entre otros, VINTRÓ CASTELLS, J., “El Rey y la investidura del Presidente del Gobierno”, op. cit., y TAJADURA TEJADA, J., “Alcance y límites de la función arbitral del Rey”, *El Correo*, 26/07/2016. Expresivo de esta posición es TORRES DEL MORAL, A., “Lecciones de la pasada (no) investidura de Gobierno”, *El Mundo*, 22/07/2016. Texto accesible en: <http://www.elmundo.es/opinion/2016/07/22/5790fb15468aeb25508b4612.html>, para quien “cuando se sostiene que al Rey corresponde la tarea política de encontrar una solución positiva o, en su defecto, hacer ver que no la hay, se está desviando el punto de mira porque el protagonismo no corresponde al Monarca, sino a los líderes políticos consultados, que son los que negocian entre sí y alcanzan o no los apoyos necesarios para la investidura [...]. Las consultas regias deben desarrollarse en diálogos reservados en los que el Monarca anima la búsqueda de soluciones, sugiere vías, advierte sobre problemas, etcétera”. A este respecto, véase ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, p. 20, quien reconoce que “el Rey no puede ser activista”. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “La problemática constitucional de la formación del gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, p. 55, ha sostenido que “[l]a función del rey no es mediar entre los grupos políticos y operar como muñidor de acuerdos, sino exclusivamente la de constatar respaldos y pactos”. Más margen de intervención parecen reconocerle AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno...”, op. cit., p. 72, que se refiere al papel mediador o facilitador de acuerdos del Rey, y BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 264 quien asume que el Rey puede actuar como “verdadero catalizador” ante situaciones de bloqueo político.

³⁹ TORRES DEL MORAL, A., “Lecciones de la pasada (no) investidura de Gobierno”, op. cit.

⁴⁰ El hecho de que la propuesta se canalice y cuente con el refrendo del Presidente del Congreso, y no, por ejemplo, del Presidente en funciones, refuerza el carácter parlamentario del acto. No obstante, se discute en doctrina la posición del Presidente del Congreso ante el refrendo: si se trata de un mero refrendo certificante de la legalidad formal del acto, en cuyo caso “la negativa del refrendo sólo debería producirse en los casos de patente irregularidad de

donde no hubiera una mayoría clara y se prolongara la interinidad de un gobierno, comparto con Tajadura Tejada que el Rey “podría considerar, con toda lógica, que su función arbitral exige desbloquear cuanto antes la situación y poner en marcha el reloj electoral”⁴¹ y, a tales efectos, debería proponer candidato siempre que hubiera alguien dispuesto y presentara una cierta viabilidad⁴². Porque, y aquí está una de las claves del diseño constitucional que quizá exigiera revisión, de acuerdo con el art. 99.5 el plazo para la disolución de las Cámaras como medida para desbloquear la situación política sólo se activa a partir de que se haya producido una primera votación fallida. Por lo que si el Rey no encontrara candidato estaríamos ante una situación de parálisis que no encuentra respuesta en el texto constitucional⁴³.

Del mismo modo, en cuanto al status y la relación entre el Jefe del Estado y el candidato que recibe el encargo, la doctrina parece asumir que el Rey

la propuesta real” (SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1397. Véase también LÓPEZ GUERRA, L., “Investidura del Presidente del Gobierno”, en ARAGÓN REYES, M., *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho constitucional*. Tomo II, Civitas, Pamplona, 2011, p.185 y PORRAS RAMÍRES, J. M., “Monarquía parlamentaria...”, op. cit., 207.), dejando el juicio de fondo sobre la oportunidad de la propuesta al Pleno del Congreso sin que su Presidente pueda adelantarle mediante la negativa del refrendo; o si supone un límite material como “técnica de endoso de la responsabilidad y consiguiente transferencia del ejercicio efectivo de las competencias” (TORRES MURO, I., “El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno”, op. cit., p. 156.), o, con un sentido menos restrictivo, si se entiende que el Presidente del Congreso “ejerce un cierto papel supervisor del contenido material del acto regio, al menos en el sentido de evitar, en última instancia, una hipotética y remotamente posible extralimitación del Monarca en contra de la voluntad política de la Cámara” (BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 278. En sentido similar, véanse TORRES MURO, I., “El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno”, op. cit., p. 162 y REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 154.). También ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, op. cit., p. 23, considera que no se trata de un acto meramente formal, de forma que mediante el refrendo el refrendante participa en la decisión tomada por el refrendado. Acercando ambas posturas VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 291, ha hablado de un “refrendo de la legalidad constitucional”, en el que no sólo se comprueben los requisitos formales sino también la adecuación de la propuesta a la *ratio* del artículo 99 de la Constitución.

⁴¹ TAJADURA TEJADA, J., “Alcance y límites de la función arbitral del Rey”, *El Correo*, 26/07/2016.

⁴² Según TORRES DEL MORAL, A., “Lecciones de la pasada (no) investidura de Gobierno”, op. cit., “el Rey no debe hacer ningún encargo de formar Gobierno por si hubiera suerte, ni tampoco propuestas formales de tanteo, sino sólo a las que le ofrezcan seguridad o alta probabilidad de obtener la investidura”.

⁴³ Sobre las distintas alternativas de *constitutioe lata* ante una situación del género, permito remitirme a La regulación constitucional de la investidura de Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 1-33.

no puede revocar unilateralmente el encargo⁴⁴, pero el candidato sí que puede renunciar al mismo⁴⁵, ya que no caben candidatos “*malgré lui* o ‘por imperativo constitucional’”⁴⁶. De manera que la posición del Monarca queda fijada desde el momento en el que se formaliza su propuesta y a partir de entonces corresponde al candidato llevar a buen puerto su investidura y al Presidente del Congreso fijar la fecha del pleno de investidura, para lo cual éste también goza de un cierto margen de discrecionalidad⁴⁷.

En relación con este último punto ocurre que, a salvo de lo sucedido en 1996 cuando entre la propuesta regia y la celebración del pleno de investidura distó aproximadamente tres semanas, en el resto de Legislaturas el plazo transcurrido fue breve. Quien había sido propuesto por el Rey, bien fuera por contar con mayoría absoluta o bien por haber forjado acuerdos electorales suficientes, se tenía la seguridad de que iba a ser investido. Sin embargo, esta práctica se ha roto en las XI y XII Legislaturas en las que el Presidente del Congreso, Patxi López, en la primera de ellas dejó pasar entre el 2 de febrero de 2016, cuando fue propuesto Pedro Sánchez, hasta el 1 de marzo, fecha de inicio del pleno de investidura; y la Presidenta, Ana Pastor, convocó el inicio del pleno de investidura el 30 de agosto, cuando el candidato Mariano Rajoy había sido propuesto el 19 de julio. Más de un mes en este último supuesto y casi un mes en el primero. En la XIII Legislatura la Presidente Meritxell Batet también ha dejado transcurrir más de un mes desde que el 6 de junio fuera propuesto el candidato Pedro Sánchez hasta que el 22 de julio se celebró el pleno. Ello para facilitar que los candidatos pudieran negociar los acuerdos de investidura.

⁴⁴ La persona propuesta, como ha reconocido REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 151, adquiere el “*status* constitucional de candidato como formador del equipo gubernamental y responsable de la redacción del programa” y pasa a la fase parlamentaria en la que el Rey ha que quedar fuera.

⁴⁵ Así ocurrió, como se ha dicho, con Mariano Rajoy en 2016. Aunque, como ha destacado FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., “Las consultas del Rey y la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno”, *Elderecho*, 01/02/2016. Texto accesible en: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/consultas-Rey-candidato-presidencia-Gobierno_11_913555001.html, puede interpretarse que en sentido propio no llegó a haber declinación de la propuesta. Según esta lectura el líder del partido más votado, sabedor de que no contaba con apoyos suficientes, habría reconocido que no podía ser candidato antes de que se llegara a formular propuesta formalmente

⁴⁶ REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo...”, op. cit., p. 111.

⁴⁷ La Constitución guarda silencio en relación con el momento de celebración del Pleno de investidura y el Reglamento del Congreso tan sólo ha precisado que el mismo será convocado “*una vez recibida en el Congreso la propuesta de candidato*”, quedando a discreción del Presidente la fijación de la fecha concreta (art. 170 RC). Cfr. RIPOLLÉS SERRANO, R., “Artículo 170”, “Artículo 171” y “Artículo 172”, en Id., *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, p. 1173, con referencias a los plazos para la convocatoria del Pleno de investidura y los tiempos medios en las distintas ocasiones.

A este respecto, por mucho que se vea como positivo que haya una cierta flexibilidad en el manejo de los tiempos que facilite negociaciones de última hora⁴⁸, parece que el espíritu de la norma es que el Pleno sea convocado a la mayor brevedad y no corresponde al Presidente del Congreso esperar indefinidamente o de forma prolongada a que el candidato recabe los apoyos para ser investido⁴⁹. Ello sin perjuicio de que, en el caso en concreto y ante la precipitación de la propuesta del Rey, mejor esta opción que la de convocar de inmediato un Pleno de investidura seguramente fallido. Y, sobre todo, lo que no debe olvidarse es que la Presidencia del Congreso también está sujeta a un estricto deber de neutralidad política y a ella es exigible, en palabras del profesor Solozábal, una especial “diligencia institucional”⁵⁰.

Se llega así al momento central: el debate y la votación parlamentaria donde se fija la confianza del Parlamento en un candidato y en su programa de gobierno para ser investido Presidente del Gobierno. A este respecto la Constitución prescribe que el candidato exponga ante el Congreso su programa de gobierno en el Pleno de investidura (art. 99.2 CE), sin exigir expresamente un debate con el resto de fuerzas parlamentarias, aunque desde el año 1982 el Reglamento del Congreso contempla su celebración⁵¹. Hasta el momento se ha venido entendiendo que este programa tiene carácter personalísimo⁵², prueba del marcado presidencialismo de nuestro sistema de gobierno. Su contenido no está determinado, aunque lo usual es que en el mismo se recojan las principales líneas políticas que el candidato espera desarrollar si alcanza la Presidencia del Gobierno, basándose tanto en el programa electoral como, llegado el caso, en los acuerdos alcanzados para la

⁴⁸ Cfr. VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 292 y VINTRÓ, J., “Artículo 99: el procedimiento para el nombramiento del presidente del gobierno”, *Comentarios a la Constitución. XXX aniversario*, Casas, M.E., Rodríguez-Piñero, M., Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, p. 1660; RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, op. cit.; o BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 295. Más restrictivo se muestra por ejemplo SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, op. cit., p. 1399, para quien el Presidente no debe dilatar la convocatoria del Pleno.

⁴⁹ Así, REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo...”, op. cit. Para SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “La problemática constitucional de la formación del gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario”, op. cit., p. 58, el Presidente deberá actuar con diligencia institucional de forma que “la convocatoria del Pleno del Congreso para la investidura no se haga con prisas, pero tampoco se difiera *sine die*”.

⁵⁰ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “La problemática constitucional de la formación del gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario”, op. cit., p. 57.

⁵¹ Cfr. VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., pp. 299-301, con un análisis más profundo al respecto.

⁵² Así lo han calificado, entre otros, AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno...”, op. cit., p. 75.

investidura⁵³. En cualquier caso, con carácter general se entiende que “no se le puede asignar ninguna virtualidad jurídica”⁵⁴. Se trata de un compromiso político, de indudable relevancia ya que constituye la base de la confianza original concedida por el Parlamento, pero cuyos efectos no pueden trascender los de la responsabilidad política⁵⁵.

En cuanto a la votación parlamentaria la peculiaridad del diseño constitucional es el sistema de doble votación previsto (mayoría absoluta en primera votación y, si ésta no se alcanza, mayoría simple en una segunda votación transcurridas veinticuatro horas), el cual ha suscitado dudas en cuanto a su utilidad⁵⁶. Sin embargo, a mi entender éstas se despejan a la luz de los últimos procesos de investidura. A pesar de que la investidura no se lograra en la primera votación, ésta ha obligado a que las fuerzas políticas tuvieran que esforzarse en lograr mayorías más sólidas, como había señalado la mejor doctrina⁵⁷. Así las cosas, si se atiende a los comentarios políticos del momento, afrontar un primer debate de investidura y votación fallidos en los que no se alcanzaba la mayoría absoluta constitucionalmente exigida, era vivido como una penitencia para el correspondiente candidato. Por tanto, comparto que ese “buen deseo”⁵⁸ constitucional supone un acicate para las fuerzas políticas y expresa una clara orientación, un desiderátum constitucional que mueve a que éstas se esfuercen por lograr gobiernos con mayorías estables.

Por último, la Constitución de 1978 previó unas “cláusulas de utilización

⁵³ Cfr. VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 294, quien realiza un interesante estudio de los distintos programas de gobierno presentados.

⁵⁴ AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno...”, op. cit., p. 75. Véanse también, entre otros, BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 282 y REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., p. 165. Y, en términos generales, el estudio NICOLÁS MUÑIZ, J., “Programa político y legislativo del gobierno. Pactos de coalición y contrato de legislatura”, *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980, pp. 385-413.

⁵⁵ A este respecto, el programa político presentado por el Presidente puede reconocerse como uno de los “parámetros esenciales a partir de los cuales debe ejercerse el control parlamentario” (VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 302), incluso desde la perspectiva también de la dirección política del gobierno (PÉREZ FRANCÉS, J. L., “Investidura, programación y dirección política”, *Revista de Derecho Político*, n. 42, 1997, pp. 173-183), pero sin posibilidad de dar lugar a responsabilidades jurídicas.

⁵⁶ Se ha criticado que en la medida que se va a poder investir gobierno con mayoría simple la primera votación resultaría una “complicación innecesaria” y la mayoría absoluta quedaría como una exigencia “fútil” (SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, op. cit., 1401).

⁵⁷ Con carácter general, entre otros, GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 471; BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 298; o AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno...”, op. cit., p. 77.

⁵⁸ En palabras de GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 471, este sistema de doble votación implica “un buen deseo que nunca estará de más que la Constitución exprese; otra cosa es que su sólo texto tenga la virtud de convertirlo en realidad”.

subsidiaria”⁵⁹ ante una investidura fallida. La primera de ellas es la exigencia de que se tramiten “*sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores*” (art. 99.4 CE). Sin embargo, la dicción de este precepto deja dos cuestiones abiertas: en primer lugar, si el Monarca tiene la obligación de realizar “sucesivas propuestas” o puede ir a la disolución automática sin presentar otros candidatos alternativos; y, la segunda, si el Rey podía volver a proponer a un candidato ya fallido en ese proceso de investidura. Ambas cuestiones se resolvieron, a mi entender, de forma adecuada a pesar de que no existían precedentes a los que acogerse.

Así, en cuanto al primer problema, a pesar de la literalidad del precepto que parece terminante al afirmar que “*se tramitarán sucesivas propuestas*”⁶⁰, considero que puede valorarse positivamente la decisión del Rey Felipe VI de demorar la apertura de ulteriores procesos de consultas hasta el momento inmediatamente anterior a que concluyera el término de los dos meses para la disolución automática, una vez que ya se ha producido una investidura fallida. De esta manera se deja que los protagonistas de las negociaciones sean las fuerzas políticas y, sin descartar que el Rey realice discretamente labores de aproximación y mediación entre las fuerzas políticas, públicamente éste se mantiene al margen para evitar comprometer su posición⁶¹. Como Jefe del Estado cumple activando el procedimiento de investidura y presentando un candidato fallido para que se pusiera en marcha el “reloj electoral”; pero no le corresponde a él descender a la negociación política ni buscar

⁵⁹ GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 471.

⁶⁰ Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, op. cit., p. 1403, quien valora positivamente esta flexibilidad de que la Constitución no fije plazos para esas sucesivas propuestas.

⁶¹ En este sentido puede verse el Comunicado de 26 de julio de 2019 de la Casa de S. M. el Rey tras la audiencia a la Presidenta del Congreso de los Diputados, quien le ha trasladado oficialmente el resultado del debate de investidura. En el mismo el Rey le comunica a la Presidenta “su decisión de no iniciar, por el momento, nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, de manera que las formaciones políticas puedan llevar a cabo las actuaciones que consideren conveniente a los efectos de lo previsto en el artículo 99 de la Constitución.”; y reconoce que “mantendrá un contacto regular y permanente con la Señora Presidenta del Congreso en relación con el procedimiento contemplado en el artículo 99 de la Constitución, a los efectos de la convocatoria de nuevas consultas.”. Asimismo concluye que “En todo caso y antes de que finalice el plazo constitucional de dos meses desde la primera votación de investidura, Su Majestad el Rey realizará nuevas consultas con la finalidad de constatar si, de la disposición que le trasladen los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria, Su Majestad puede proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno que cuente con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados, en su caso, le otorgue su confianza; o, en ausencia de una propuesta de candidato, proceder a la disolución de ambas Cámaras y a la convocatoria de nuevas elecciones generales en el momento que constitucionalmente corresponda y con el refrendo de la Presidenta del Congreso.”. En sentido similar véanse los comunicados de 5 de septiembre de 2016 y de 7 de marzo de 2016.

candidatos alternativos y mucho menos proponerlos si los grupos parlamentarios no alcanzaban los consensos necesarios. En un contexto así, según ha advertido el profesor Torres del Moral, haber realizado una interpretación rigorista de la exigencia constitucional de la necesidad de plantear “sucesivas propuestas”, hubiera podido comprometer la posición del Rey y desgastar al propio Congreso⁶².

Del mismo modo, en cuanto a la segunda cuestión, tampoco creo que quepa formular crítica constitucional alguna a que el Rey proponga por segunda vez a un mismo candidato a la investidura, como hizo en la XII Legislatura con Mariano Rajoy. Donde la Constitución no ofrece una pauta clara debe apostarse por la interpretación que favorezca la mayor flexibilidad y la mejor prueba de ello es que se consiguió la investidura en ese segundo intento⁶³.

Por último, en relación con la disolución automática como segunda de las cláusulas de utilización subsidiaria, la experiencia ha demostrado su elevado costo, político y económico. Aunque el descenso de la participación en las elecciones de 2016 fue poco relevante en relación con las de 2015 (30,16% frente al 30,33%), puede convenirse que el clima político-social fue de hartazgo. Además, los resultados electorales tampoco presentaron variaciones sensibles y, de hecho, el entendimiento final que permitió la investidura con los votos a favor de PP y Ciudadanos y la abstención del PSOE podría haberse realizado con la composición parlamentaria derivada de las primeras elecciones. Por tanto, sin enjuiciar las razones políticas, lo cierto es que la variación en la composición del Congreso no fue un elemento significativo.

No obstante, al final se necesita articular un mecanismo último para evitar prolongadas crisis políticas⁶⁴ y, como reconocen Molás y Pitarch, la disolución “es la máxima sanción que prevé el ordenamiento constitucional, signo también de que la responsabilidad más grande de la Cámara es la de conformar y sostener esa mayoría parlamentaria-gubernamental en torno a un presidente y un programa de gobierno”⁶⁵. De ahí que esta fórmula haya

⁶² TORRES DEL MORAL, A., “Lecciones de la pasada (no) investidura de Gobierno”, op. cit.

⁶³ Como explica VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 307, el Rey puede volver a proponer a un candidato que hubiera fallado en una investidura previa, por un doble orden de razones: porque la Constitución guarda silencio y porque políticamente un candidato puede hacer propuestas programáticas alternativas con las que lograr las mayorías necesarias. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, op. cit., p. 1403, admite esta posibilidad pero sólo “excepcionalmente”.

⁶⁴ STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ. 6.

⁶⁵ MOLÁS, I., y PITARCH, I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 187.

justificado como mecanismo de presión para las propias Cámaras, cuyos parlamentarios querrán evitar el coste político y económico de unas nuevas elecciones⁶⁶, y como procedimiento democrático de cierre, aunque excepcional, ya que se recurre al cuerpo electoral para que sea éste el que dé la posibilidad de abrir nuevas mayorías para el desbloqueo y, en su caso, sancione a aquellas fuerzas políticas que lo producen⁶⁷. Además, se evita así comprometer en mayor medida al Jefe del Estado⁶⁸. Por lo demás, la cuestión que había suscitado más dudas para la doctrina era la justificación de que la disolución afecte a ambas Cámaras⁶⁹, aunque mayoritariamente se ha entendido adecuada la opción del constituyente puesto que ambas Cámaras nacen “de una decisión electoral unitaria y esperablemente homogénea”⁷⁰ y se asegura así un funcionamiento “armónico” del sistema⁷¹. Queda abierto, como ya se ha dicho, qué ocurriría si no se encontrara un candidato para presentarse a la votación de investidura y si, llegado el caso, cabría acortar el plazo de 2 meses para proceder a la disolución de las Cámaras. Algo que, a mi juicio, no puede sostenerse de *costitutioe lata* y el propio Consejo de Estado ya rechazó esta posibilidad en un caso análogo. Ello porque, si se adelantara el plazo de la disolución, “se incurriría en una patente vulneración de la finalidad perseguida [...], finalidad que requiere interponer un periodo de sosiego, reflexión, negociaciones, acuerdos... antes de que tenga lugar la solución más extrema, porque ésta –la disolución de la Asamblea– sólo puede entrar en juego cuando, en el plazo estatutario de dos meses, se haya explorado e intentado sin éxito todas las posibilidades que el sistema parlamentario brinda en conexión, naturalmente, con las circunstancias de la situación (el llamado “diálogo” entre los hechos y el Derecho)”⁷². Cuestión distinta es que se pueda plantear una reforma para que no sea necesario ir a una investidura fallida para que comience a contar el plazo para la disolución de las Cortes ante una situación de bloqueo.

⁶⁶ VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 308, siguiendo a Eliseo Aja en este punto.

⁶⁷ Cfr. GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 472.

⁶⁸ BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 302.

⁶⁹ En particular, SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, op. cit., p. 1404. Véase también la crítica que realiza REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno...*, op. cit., pp. 34 y ss.

⁷⁰ GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, op. cit., p. 472.

⁷¹ VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 308, y, en sentido similar, BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99”, op. cit., p. 302.

⁷² Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado n. 1985/2003, de 26 de junio de 2003.

3. *La disciplina constitucional de la formación del Gobierno en Italia y su práctica*

La Constitución italiana de 1948, como se ha señalado, contiene una regulación muy parca y en cierto modo deficitaria de la formación del Gobierno en los artículos 92.2, 93 y 94, lo que obliga a tener que recurrir al estudio de las convenciones constitucionales y prácticas que se han ido desarrollando para poder integrar la disciplina de este procedimiento⁷³. En concreto, el artículo 94.2 de la Constitución italiana (en adelante CIIt) dispone que “*Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri*”, ahora bien, el mismo hay que leerlo en relación con el artículo 94 que prescribe a su vez que: “*Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere. / Ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia mediante mozione motivata e votata per appello nominale. / Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia.*”. De acuerdo con el art. 93 el Presidente del Gobierno y los Ministros deben prestar juramento ante el Presidente de la República antes de asumir sus cargos.

De esta suerte, podemos concluir que también en Italia se opta por un modelo monista, donde el Parlamento debe conceder la confianza de forma expresa, aunque se trata de una investidura de confirmación, ya que el Gobierno ya ha sido previamente nombrado por el Presidente de la República. Es, además, una investidura colegial y positiva, donde los votos que cuentan son los que efectivamente respaldan al Gobierno, sin perjuicio de que de forma muy excepcional se hayan podido dar Gobiernos de “non sfiducia” o “delle astesioni”⁷⁴.

Así las cosas, tras las elecciones o cuando se produce una crisis de go-

⁷³ Como advierte CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., p. 567 estas reglas convencionales y prácticas constitucionales deben distinguirse “da meri comportamenti casuali, ovvero determinati da contingenti ragioni di opportunità”. Asimismo, cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 13 y ss., quien analiza con profundidad el Derecho constitucional, las convenciones y las costumbres constitucionales y la factualidad política en la formación del Gobierno italiano.

⁷⁴ En sentido estricto este tipo de Gobiernos no desvirtúan que se trate de un modelo de investidura positiva, ya que aunque la investidura salga adelante gracias a las abstenciones, al final hay más votos a favor que en contra y no se trata, por ende, de un sistema de investidura negativa o de no hostilidad en el que para ser investido se exige que los votos que rechacen su programa no equivalgan a la mayoría absoluta. En Italia un caso de Gobierno de “non sfiducia” fue el Gobierno Andreotti III, en 1976, cuando la confianza se obtuvo gracias a que los parlamentarios del Partido Comunista Italiano se abstuvieron y fueron suficientes por tanto los votos a favor de la Democracia Cristiana para alcanzar la mayoría.

bierno que lleve a que los miembros del mismo dimitan⁷⁵, se ha mantenido la tradición – que ya existía en tiempos del Estatuto Albertino – de que el Jefe del Estado – entonces el Rey y ahora el Presidente de la República – realice unas consultas entre las fuerzas políticas con el objeto de obtener indicaciones sobre la situación política y, en particular, sobre quien podría ser el candidato con más opciones de reunir una mayoría parlamentaria que sostuviera su gobierno. Estas consultas, aunque no están previstas en ninguna norma, la mayoría de la doctrina entiende que se han consolidado como una costumbre constitucional de obligado cumplimiento, al leer conjuntamente el art. 92 de acuerdo con el 94 CI⁷⁶. Los sujetos a quienes debe consultarse tampoco están definidos, si bien parece que únicamente debe entenderse como constitucionalmente obligatorias las consultas a los Presidentes de las Cámaras y a los presidentes de los grupos parlamentarios, aunque lo normal es que los Presidentes de la República reciban también a los exPresidentes de la República y a los secretarios de los partidos⁷⁷. Incluso pueden llegar a extenderse a otras personalidades más allá del arco parlamentario en representación de sindicatos y organizaciones sociales e institucionales⁷⁸.

También se es flexible con el tiempo que puede durar esta fase de consultas y con el número de consultas que el Presidente de la República puede desarrollar. Por ejemplo, en 2018 transcurrieron 89 días desde que se celebraron las elecciones hasta la formación del Gobierno y el Presidente Mattarella desarrolló un par de rondas de consultas. Lo importante es que se halle al candidato idóneo. Tanto es así que si el propio Presidente encontrara dificultades a la hora de identificar al candidato puede acudir a otras vías más allá de las consultas. En particular, puede confiar un “mandato explorativo” a una personalidad, normalmente el Presidente de la Cámara de Diputados o del Senado⁷⁹, para que éste, desde una posición *super partes*, pueda descender a intermediar hasta encontrar al candidato que pueda formar un Gobierno con una mayoría parlamentaria que lo sostenga o para identificar al menos cuál sería la mayoría parlamentaria que podría consensuar un pro-

⁷⁵ Véase el estudio que realiza PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 45 y ss. y MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., *Il Governo parlamentare in Italia*, G. Giappichelli Ed., Turín, 2017, pp. 296 y ss.

⁷⁶ Cfr. CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., p. 568 y MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 256 y ss.

⁷⁷ Así, MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., p. 256.

⁷⁸ A este respecto fue especialmente polémico cuando el Presidente Segni consultó a personalidades del mundo económico, al Gobernador del Banco de Italia e incluso al Comandante General de los Carabinieri en 1963, tras la crisis del Gobierno de G. Leone y antes del nombramiento del I Gobierno de A. Moro.

⁷⁹ Así, el Presidente Mattarella en 2018 al comenzar la XVIII Legislatura, confió dos mandatos exploratorios primero al Presidente del Senado, Alberti Casellati, y luego al Presidente de la Cámara, Fico, en ambos casos sin éxito.

grama aunque fuera limitado de gobierno. Otra opción ha sido la de recurrir al pre-encargo a la persona que el Presidente de la República considera que podrá terminar asumiendo la formación del Gobierno para que ésta, antes de recibir el encargo formal, compruebe si “è effettivamente in grado di coagulare una maggioranza che possa poi sostenere il Governo che lo stesso preincaricato si accingerà a presiedere”⁸⁰. Ejemplos recientes de pre-encargos pueden encontrarse en los realizados por el Presidente Napolitano a Marini en 2008, tras la crisis del Gobierno Prodi II, y a P. Bersani, tras las elecciones de 2013. E, incluso, tras el fracaso del pre-encargo a P. Bersani, el Presidente Napolitano llegó a nombrar una comisión de expertos para que elaboraran orientaciones para un programa de gobierno. Todo ello permite observar cómo los Presidentes de la República tratan de evitar encargar formar gobierno a quien no tenga unas altas expectativas de lograr luego una mayoría parlamentaria suficiente⁸¹. Lo contrario, cuando el Parlamento está fragmentado y existen mayorías alternativas, podría comprometer excesivamente la posición institucional del Jefe del Estado y plantearía hasta qué punto estaría injiriendo en política al favorecer un programa o a un candidato frente a otros, como luego se dirá. Porque, como explica G. Pitruzzella, “L’attività ed i poteri del Capo dello Stato sono definiti ed orientati dal principio costituzionale secondo cui il Governo deve avere la fiducia del Parlamento, ossia di una maggioranza formata dai partiti. Il suo compito fondamentale sarà, pertanto, quello di ricostituire, tutte le volte che si è interrotta, la funzionalità del circuito del indirizzo politico nominando un Governo che possa avere il sostegno di una maggioranza politica”⁸².

En este sentido, el Jefe del Estado, aunque ya haya identificado a la personalidad que podría llegar a reunir el consenso parlamentario, no procede a su nombramiento inmediato. Antes hay una fase previa de gran relevancia, no prevista expresamente en la Constitución, que es la del encargo formal. Se trata de una decisión del Jefe del Estado “«discrezionale in senso tecnico» in quanto vincolato dal fine di formare un Governo che abbia la fiducia delle due Camere”⁸³, si bien, como se viene diciendo, sus facultades se extenderán más o menos

⁸⁰ D’AMICO *et al.*, op. cit., p. 256.

⁸¹ No obstante, ha habido casos en los que el Gobierno no ha obtenido la confianza del Parlamento. Así, en De Gasperi VIII (1953), Fanfani (1954), Andreotti I (1972), Andreotti V (1979), Fanfani VI (1987). En los dos primeros casos los Gobiernos habían sido nombrados en un contexto de gran incertidumbre política, mientras que los tres últimos fueron Gobiernos que sólo tenían el objeto de gestionar las elecciones. Ese fue el cometido también del encargo que el Presidente Mattarella había dado al prof. Cottarelli en 2018, aunque finalmente se desbloqueó la situación política y éste renunció a su encargo antes de ser nombrado.

⁸² PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 49.

⁸³ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 63. En cualquier caso, como señala MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 259, ante la vaguedad del encargo y de sus contenidos, los

en función de que existan o no unas mayorías parlamentarias claras⁸⁴. El encargo desde 1958 viene haciéndose de forma oral y, según una práctica consolidada quien recibe el mismo lo acepta “con reservas”, las cuales no se levantan hasta que haya sido capaz de forjar, ya como encargado, un acuerdo en torno a su programa y una lista con los ministros⁸⁵. Esta práctica sirve para asegurar aún más que el Gobierno que vaya a nombrarse obtendrá la confianza parlamentaria y demuestra también cómo se trata de una investidura colegial, que se proyecta sobre todo un Gobierno y no solo sobre la persona de su Presidente⁸⁶.

Si el encargado observara que no es capaz de conseguir la mayoría parlamentaria para formar gobierno puede renunciar al mismo⁸⁷. De igual modo, la doctrina parece admitir la posibilidad extrema de que el Presidente de la República pueda llegar a revocar el encargo realizado⁸⁸.

Presidentes de la República han interpretado de forma muy distinta la forma y contenido del mismo, desde algunos encargos puramente ritualistas o formales, a otros vinculados a ciertas plataformas programáticas, como se dirá.

⁸⁴ En este sentido D'AMICO *et al.*, op. cit., pp. 262 y ss. estudia la elasticidad de los poderes del Presidente en el procedimiento de formación del Gobierno y distingue tres momentos de la historia republicana italiana. El primero, en el contexto de un sistema electoral proporcional (1948-1992), donde el rol de intermediación del Presidente de la República ha sido a todas luces decisivo ante las dificultades de los partidos para ponerse de acuerdo. El segundo en un contexto mayoritario y con dos grandes coaliciones (1994-2008) el cual facilitó, al menos al inicio de las legislaturas la posición del Jefe del Estado al identificar al cabeza de la lista más votada como el candidato de forma casi automática. Ello no evitó las crisis de Gobierno en el transcurso de las mismas, la última de las cuales fue la que llevó al Gobierno Monti en 2011. Por último, en la XVII y en la XVIII Legislaturas (2013-2018) el surgimiento de nuevos partidos y la evolución del sistema político ha vuelto a provocar situaciones de bloqueo que han llevado a que el Presidente de la República tenga que asumir nuevamente un rol intenso en la formación del Gobierno. También PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 69 y ss. revisa ampliamente la posición del Presidente en las distintas formaciones de Gobierno. Y véase MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., Cp. V y VI.

⁸⁵ Sobre la actividad del encargado y su naturaleza jurídica, cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 78 y ss., y sobre los acuerdos de coalición y su naturaleza jurídica, así como sobre la relación entre acuerdo de coalición y programa de gobierno, véanse las pp. 84 y ss. También sobre los programas y la fórmula de gobierno, véase MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 275 y ss.

⁸⁶ En el encargo a Prodi (1996), Berlusconi II (2001) y Prodi II (2006) el tiempo entre que se realizó éste y se levantaron las reservas fue muy breve. Y en Berlusconi IV (2008) éste aceptó sin reserva, presentando en ese mismo acto al Presidente de la República la lista de los Ministros. Esto fue posible porque había unas mayorías parlamentarias preconstituidas ante unos resultados electorales claros, algo como ya hemos indicado raro en la experiencia italiana. En Conte (2018) también se aceptó el encargo sin reservas pero como consecuencia de que ya previamente había asumido el mismo y había renunciado como consecuencia del veto del Presidente al Ministro de Economía propuesto.

⁸⁷ Así, puede recordarse la renuncia al encargo de Moro (1960 y 1979) o más recientemente las de Conte y Cottarelli (2018).

⁸⁸ Cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 82.

En situaciones de extremo bloqueo la Constitución no impone ningún plazo que obligue al Presidente de la República a disolver anticipadamente las Cámaras. Éste tiene plena discrecionalidad para valorar la situación política y, en función de la misma, recurrir a la disolución cuando no vea ninguna otra salida posible (art. 88 CI)⁸⁹. Incluso, como se ha señalado, lo cierto es que ha sido bastante común que el Presidente de la República haya desarrollado poderes bastante intensos en la formación de los Gobiernos ante un Parlamento fragmentado⁹⁰. Esto ha llevado a que algún Gobierno haya sido calificado, de forma en cierto modo impropia, como Gobierno del Presidente, para evidenciar de esta forma la influencia que el Jefe del Estado ha tenido en su formación. Pueden incluirse aquí tanto Gobiernos minoritarios o con una mayoría circunscrita a un programa muy concreto y con una duración determinadas (“di affari”, “tecnici”, “balneari”, “istituzionali”) y, entre ellos, los “governi elettorali” nombrados con el objetivo único de gestionar un proceso electoral⁹¹. Entre los ejemplos más reciente y quizá uno de los más evidentes ha sido el nombramiento del Gobierno Monti por el Presidente Napolitano en 2011⁹², quien se granjeó el apelativo como “il re” por esta

⁸⁹ En particular sobre la disolución anticipada de las Cámaras después de 1993, cfr. MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 308.

⁹⁰ En general sobre esta cuestión véase PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 48 y ss. para quien “il Capo dello Stato sembra assumere il ruolo di «tutore degli equilibri politici fondamentali su cui si fonda il sistema politico costituzionale». Soprattutto in momento di difficoltà e di accesa conflittualità politica può far valere la sua «forza coagulante» per superare le fasi di blocco” (cit. p. 50). Ahora bien, como advierte este mismo autor, al final le corresponde a los partidos la decisión última sobre la estabilidad y la formación de una mayoría de gobierno, por eso se exige la confianza, sin que se deba cargar en el Presidente de la República las expectativas de gobernabilidad que el sistema de partidos no es capaz de satisfacer (p. 50).

⁹¹ Cfr. CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., p. 569 y, especialmente, véanse las consideraciones críticas que realiza MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 277 y ss. a los que denomina “governi amministrativi”, quien advierte que los mismos no pueden ser hoy día gobiernos “antiparlamentarios” como existieron en el constitucionalismo decimonónico sino, más bien, como se ha dicho, serían gobiernos con apoyos parlamentarios muy limitados o circunscritos a un programa igualmente limitado. A este respecto, concluye este autor que constitucionalmente podrán admitirse Gobiernos con un programa más o menos limitado, pero deben rechazarse aquellos cuyo programa se limite a una medida concreta (por ejemplo, una serie de reformas institucionales) y, por lo demás, a la administración ordinaria, sin otro programa con orientaciones de dirección política. En particular, cuestiona a este respecto los gobiernos técnicos de G. Amato I (1992-1993), C. A. Ciampi (1993), L. Dini (1995-1996) y M. Monti (2011-2013). Véanse también las perplejidades que comenta PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 67 y ss. al respecto de estos Gobiernos del Presidente

⁹² Véase la descripción de las maniobras para el nombramiento de este Gobierno Monti en MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 382 y ss.

actuación⁹³. Una situación que ha llevado a algunos estudiosos a hablar de que en casos extremos parece instaurarse un modelo de “doble confianza” o un “semipresidencialismo de hecho”⁹⁴. No obstante lo cual, al final lo cierto es que todos los Gobiernos han de ser políticos y formalmente han de contar con el apoyo parlamentario, aunque sea un apoyo de “non sfiducia” o de “astensioni”. El art. 94 CIIt constituye así “un limite negativo all’elasticità della forma di governo”⁹⁵.

Más allá, una vez conferido el encargo, la persona que recibe el mismo es quien debe elegir los Ministros y decidir la fórmula para formar gobierno con una cierta autonomía⁹⁶. No obstante, en la medida que luego tendrá que obtener la confianza de las Cámaras, tendrá que tener en cuenta las sensibilidades de los grupos que van a apoyarlo. A este respecto la mayoría de la doctrina entiende que el Jefe del Estado en principio no debe tener intervención en esta fase, ya que no le corresponde a éste la dirección política⁹⁷, aun-

⁹³ Sirva como ejemplo el ensayo crítico TRAVAGLIO, M., *Viva il re! Il presidente che trovò una repubblica e ne fece una monarchia*, Chiarelettere, 2013.

⁹⁴ Así lo relata MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., p. 260 y, a este respecto, véase también FUSSARO, C., “La formazione del governo Monti”, *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2012, pp. 391-394 y “Ruolo del Presidente della Repubblica e forma di governo in Italia. L’ipotesi semi-presidenziale”, *IRENEE*, n. 30, 2013, pp. 3-30.

⁹⁵ VILLONE, M., “Art. 94”, en *Commentario della Costituzione*, Zanichelli E.d/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bolonia/Roma, p. 306. Este autor añade en su conclusión: “La necessità della fiducia, affermata dal primo comma, esclude che siano comunque consentiti governi privi dell’appoggio parlamentare (salvo le ipotesi residuali in precedenza esaminate). Non sono quindi ammissibili, nel sistema italiano vigente, «governi del Presidente». Inoltre, essendo le Camere fondate sui partiti politici, la necessità della fiducia coloca nella sfera decisionale dei partiti stessi le determinazioni concernenti l’esecutivo. Nell’impossibilità di configurare governi privi dell’appoggio parlamentare ed aprioristicamente svincolati rispetto ai partiti si individuano, dunque, i confini insuperabili posti dall’art. 94. Entro questi limiti sono invece possibili equilibri molteplici tra i soggetti politici ed istituzionali” (cit. p. 306-307).

⁹⁶ Como se explica en BARBERA, A. y FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, op. cit., p. 323, en el nombramiento de los Ministros se discute sobre la cuestión, más bien política que jurídica, del margen de autonomía que tiene el Presidente del Gobierno, y concluye que ésta es “autonomía giuridicamente piena con il solo temperamento di un eventuale radicale e incoercibile dissenso del capo dello Stato, da considerarsi del tutto eccezionale; autonomia politica variabile a seconda del contesto politico”. Y es que, hoy por hoy, parece claro que no corresponde al Jefe del Estado valorar la dirección política. Ahora bien, al descender a los motivos que pueden justificar en esos casos excepcionales el veto a un ministro, la doctrina se divide. Hay quienes entienden que el veto sólo puede sustentarse en razones institucionales o legales inherentes a la persona propuesta, y otros autores consideran que el Presidente de la República también podría vetar a un Ministro por sus ideas políticas cuando considerara que éstas pueden ser lesivas de intereses constitucionales (D’AMICO *et al.*, op. cit., p. 259). A este respecto véase también PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 97 y ss.

⁹⁷ Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el art. 95 CIIt la dirección política le corresponde al Gobierno, de lo que se deduce, como se viene diciendo, que el Jefe del Estado

que se encuentran ejemplos en los que el Presidente de la República ha presentado objeciones –incluso vetado– propuestas de Ministros⁹⁸ y en los que al realizar el encargo ha impartido algún mandato u orientación política⁹⁹.

Una vez que se levanta la reserva del encargo, el Presidente de la República puede proceder al nombramiento del Presidente del Consejo y de los Ministros de acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 400/1988, que dispone: “*Il decreto di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri è da lui controfirmato, insieme ai decreti di accettazione delle dimissioni del precedente Governo*”. Llama la atención que sea el Presidente del Gobierno que accede al cargo quien refrenda su propio nombramiento¹⁰⁰. Tras ello, con el juramento de los miembros del Gobierno ante el Presidente de la República, de acuerdo con el art. 93 CIt, se concluye con la fase de formación del Gobierno. No obstante lo cual, y a pesar de que tampoco aquí existe una regulación al respecto, la mayoría de la doctrina entiende que la corrección institucional impone que el Gobierno que se encuentra a la espera de obtener la confianza únicamente desarrolle actividades de administración ordinaria que no comporten ejercicio de dirección política. Se ha discutido también en doctrina si el nombramiento del Presidente y el de los Ministros se incorporan en un único procedimiento, aún articulado en dos subprocedimientos, o si son procedimientos diferenciados, si bien de la práctica parece imponerse la primera lectura ya que el desarrollo de la fase de encargo, como se ha visto, lleva a configurar la formación del Gobierno en sentido estrictamente unitario¹⁰¹.

Por último, como un procedimiento autónomo aunque ligado con el

deba mantenerse al margen en la elección de los ministros y en la formulación del programa de gobierno. Cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 79. Como mucho, tal y como afirma MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., p. 262, el Presidente de la República podrá hacer sugerencias y dar consejos ejerciendo su poder de influencia, pero parece difícil justificar que pueda dictar condiciones en sentido técnico ni que disfrute de una prerrogativa a este respecto.

⁹⁸ Recientemente el Presidente Mattarella en 2018 vetó al Prof. Savona por su posición crítica con la adhesión al euro lo que suscitó la dimisión del Presidente encargado. Sobre este suceso puede verse PÉREZ MIRAS, A., “Matarella y la custodia de Europa”, *Agenda Pública*, 30/05/2018. Texto accesible en: <http://agendapublica.elpais.com/matarella-y-la-custodia-de-europa/>. Otros ejemplos de vetos fueron el del Presidente Scalero a Cesare Previti, porque era abogado del Presidente del Consejo Silvio Berlusconi en 1994; el del Presidente Napolitano en 2014 al magistrado Nicola Gratteri propuesto por Renzi, si bien en ambos casos el Presidente encargado renunció a los nombramientos sin generar mayores tensiones institucionales.

⁹⁹ Cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 77-78.

¹⁰⁰ Sobre los problemas jurídicos que presenta la práctica de la contrafirma de los actos de nombramiento por el Presidente del Gobierno que accede al cargo, vid. CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., p. 570.

¹⁰¹ Cfr. CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., pp. 567, y PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 42 y ss.

nombramiento¹⁰², según lo prescrito por el art. 94.3 CIIt en el plazo de diez días desde su formación el Gobierno tiene que presentarse ante las Cámaras para obtener su confianza. Tal y como ha sido definida por la Corte Constitucional, “la fiducia è la necessaria valutazione globale sulla composizione e sul programma politico del Governo al momento della sua presentazione alle Camere”¹⁰³ y constituye el elemento que caracteriza al sistema de gobierno como parlamentario, porque a través de la misma las Cámaras toman posición sobre el Gobierno y su programa, en definitiva sobre la dirección política que el Gobierno tiene intención de desarrollar¹⁰⁴. En la práctica, desde 1980, el Presidente del Gobierno presenta su programa mediante un discurso que da en una de las Cámaras, alternándose una o la otra. El debate sobre el mismo se desarrolla en cada una de las Cámaras, seguido de una réplica del Presidente del Gobierno y de las declaraciones de voto de los grupos. Concluye en cada cámara con la votación de la moción de confianza, que por mandato constitucional debe realizarse mediante llamamiento nominal y ha de ser motivada, aunque normalmente la motivación de reduce a una referencia genérica a las declaraciones programáticas. Para que sea aprobada se exige únicamente mayoría simple en cada una de las Cámaras con un *quórum* de la mitad más uno de sus componentes¹⁰⁵.

4. Reflexiones al albur de la comparación de ambos modelos: la forma de gobierno parlamentaria, formación del Gobierno y su relación con las dinámicas del sistema político

En la descripción del diseño constitucional de la formación del Gobierno tanto de acuerdo con la Constitución italiana de 1948 como con la española de 1978 se ha observado como los caracteres estructurales que determinan los mecanismos de ejercicio del poder político definen una forma de gobierno parlamentaria, donde el Parlamento se erige como centro del circuito de legitimación que va desde el cuerpo electoral a los partidos, y de éstos al Parlamento a través de su representación en el mismo, donde a su vez han de ser capaces de formar mayorías que permitan constituir un Gobierno, superando las diferencias para agregar intereses y promover una dirección polí-

¹⁰² Cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., pp. 40 y ss.

¹⁰³ Sent. Cort. Cost. n. 7 de 1996, de 18 de enero.

¹⁰⁴ En particular cfr. MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., ob. cit., pp. 267 y ss., sobre la importancia de la presentación y debate parlamentario en torno al programa de gobierno, advirtiendo que su ausencia llevaría a una forma de gobierno asamblearia donde el Parlamento tendría que asumir la dirección política y sólo controlaría al Gobierno por sus concretos actos.

¹⁰⁵ Cfr. BARBERA, A. y FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, op. cit., p. 324, y D’AMICO *et al.*, op. cit., pp. 277 y ss.

tica. Al mismo tiempo, se reconoce una autonomía al Gobierno, especialmente ante condicionamientos provenientes del Jefe del Estado, pero también con respecto al Parlamento para no convertirlo en un puro ejecutor de las indicaciones asamblearias, sin perjuicio de que responda de sus actos ante el mismo e indirectamente ante los ciudadanos¹⁰⁶. Todo lo cual debe armonizarse por un *principium cooperationis* que debe guiar las relaciones entre órganos constitucionales¹⁰⁷. Un entramado que, además, según lo estudiado, se ve también profundamente afectado por la dinámica propia del sistema político, el cual de hecho introduce evidentes diferencias en el funcionamiento del modelo español y del italiano más allá de los dictados de las normas constitucionales.

Así las cosas, en el contraste de ambos modelos, lo primero que llama la atención es la escasa regulación del diseño constitucional italiano de la formación de gobierno y las importantes costumbres o prácticas constitucionales que se han ido forjado. Algo que le ha dotado de una cierta flexibilidad pero que, como apunta G. Pitruzzella, puede comportar inconvenientes si al final ocurre que “il diritto costituzionale sia ridotto, secondo una felice espressione, a «scienza della legittimazione dell’esistente»”¹⁰⁸. En España, por nuestra parte, contamos con una regulación que sin ser reglamentista sí que contempla los elementos y fases esenciales del proceso. Ahora bien, a diferencia de Italia, no hemos desarrollado unas prácticas que orienten adecuadamente la actuación de los órganos intervinientes en el proceso de formación de Gobierno y muy especialmente de los partidos políticos. O, por mejor decir, contamos con una serie de “querencias” que se han ido desarrollando en un periodo caracterizado por un bipartidismo muy estable pero que, en el nuevo contexto político más fragmentado, pueden incluso ser perniciosas al fin constitucional de facilitar la formación de gobiernos, como se verá en el siguiente apartado.

Entre los elementos que pueden destacarse en la comparación de ambos sistemas estaría la diferente posición que asumen los respectivos Jefes del Estado. A este respecto, en Italia se ha visto como el Presidente de la República tiene unas facultades que pueden estirarse como un acordeón en función del contexto político, llegando a asumir un gran relieve cuando los enfrentamientos partidistas dificulten el buen funcionamiento del circuito de legitimación antes referido. En tales casos el Jefe del Estado se presenta co-

¹⁰⁶ En este sentido, vid. BARBERA, A., “Fra governo parlamentare e governo assembleare...”, op. cit., pp. 22-23, quien estudia cómo en función de que falle una u otra variable la forma de gobierno puede inclinarse desde un esquema de parlamentarismo más puro a variantes asamblearias o de tipo de canceller.

¹⁰⁷ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 49.

¹⁰⁸ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 14.

mo un auténtico “contropotere di influenza” que opera como sujeto autónomo, poder político entre los poderes políticos, aunque no de partido, titular de un poder propio e independiente de dirección¹⁰⁹, en virtud del cual estimula la formación de los necesarios equilibrios políticos y puede hacer valer su fuerza coagulante para superar esas fases de bloqueo tan comunes en Italia teniendo en cuenta su complejo sistema político¹¹⁰. En España, por el contrario, hasta 2015 la posición del Jefe del Estado había sido muy cómoda, como un mero notario que constataba una mayoría parlamentaria clara y proponía como candidato al cabeza del partido que había obtenido más escaños. Pero también en el nuevo contexto mucho más fragmentado el Rey Felipe VI ha optado por limitar al máximo su intervención, a pesar incluso de que algún sector doctrinal ha sostenido que ante una situación de bloqueo el Rey disfruta de un cierto margen de maniobra para facilitar acuerdos políticos, como se ha señalado anteriormente. Sin embargo, salvo alguna discreta declaración pública y quien sabe si a través de alguna gestión informal, el Rey no parece haber intervenido para mediar ante la parálisis que vivió nuestro país en 2015-2016 y que se vuelve a repetir actualmente, tras la celebración de las elecciones en 2019. Se ha limitado a proponer un primer candidato de forma lo más inmediata posible para que así se activaran los mecanismos que en su caso llevan a la disolución automática de las Cortes, optando además por el cabeza de la lista más votada –salvo en 2016 que tuvo que dar paso al del segundo partido con más escaños, como ya se dijo-, esperando hasta el último momento hasta constatar si los partidos habían o no sido capaces de forjar los correspondientes acuerdos de investidura. De forma que también en este contexto fragmentado el Rey ha asumido un rol puramente “notarial”.

Por otro lado, como se ha estudiado, el Presidente de la República ha ido valiéndose de distintas fórmulas que aun no estando previstas constitucionalmente pueden ser útiles para identificar al candidato idóneo y facilitar los encuentros políticos, a la vez que se consigue limitar la exposición del propio Jefe del Estado: desde la posibilidad de encomendar mandatos explorativos a personalidades que gocen de una cierta *auctoritas*, a pre-encargos para que quien a priori está en unas mejores condiciones de ser nombrado explore más en profundidad las mismas, hasta la práctica de que el encargo se reciba “con reservas”. En España no se ha explorado ninguna vía similar, ni siquiera a través de una posición más activa del Presidente del Congreso.

De menor importancia me parece el hecho de que en el modelo español la investidura sea previa mientras que en el italiano es posterior. Una diferencia coherente con la diferente forma de la Jefatura del Estado, monárqui-

¹⁰⁹ BARBERA, A. y FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, op. cit., p. 305.

¹¹⁰ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 50.

ca en el primero y republicana en el segundo. Sí que ha podido tener mucha mayor influencia en el funcionamiento del sistema el bicameralismo compensado italiano y las dificultades que puede comportar obtener y mantener la confianza en dos Cámaras parlamentarias elegidas con fórmulas diferentes. En España la descompensación a favor del Congreso, que excluye al Senado de la concesión y retirada de la confianza al Gobierno, facilita notablemente estos procesos. Lo que resulta anecdótico pero no deja de ser simbólico del afán racionalizador del modelo español es que se exija mayoría absoluta para investir al Gobierno en primera votación, a diferencia de Italia donde basta con la mayoría simple desde el primer momento.

Asimismo, las diferencias tanto de diseño constitucional como de la dinámica del sistema político proyectadas sobre el procedimiento de formación del Gobierno también determinan las variaciones en la forma de gobierno parlamentaria de cada uno de nuestros países. A este respecto, el parlamentarismo español muestra una preeminencia – en cierto modo excesiva – del Presidente del Gobierno, tanto *ad intra* como en sus relaciones con el Parlamento, según ya se ha dicho en la introducción. Algo que, reitero, creo que se ve en buena medida determinado por el modelo de investidura, aunque no sea la única razón. En particular, por el hecho de que la investidura se centre en el Presidente, quien además tiene plena libertad para nombrar sus Ministros. Esta última se entiende no sólo como una prerrogativa jurídica, sino también política incluso en momentos en los que se necesita del concurso de varios partidos para formar Gobierno¹¹¹. Un marcado primerministerialismo que se ve aún más acentuado por el peso que adquiere esta figura cuando la persona del Presidente del Gobierno es también, como normalmente ocurre, el Secretario General o el Presidente de su partido, y aún más reforzado cuando ha ocupado el cargo como consecuencia de vencer en unas primarias en el propio partido. Por el contrario en Italia se acusa precisamente la situación contraria, un debilitamiento del Presidente del Gobierno, debido en parte tanto a cuestiones relacionadas con el diseño institucional como del sistema político¹¹², que acerca hacia un modelo de parlamentarismo más asambleario, según lo anteriormente estudiado.

Por último, y no menos importante como se verá a continuación, las di-

¹¹¹ Expresiva de esta visión son las declaraciones del exPresidente Felipe González en una reciente entrevista donde refiriéndose a la posibilidad de forjar un Gobierno de coalición reconocía tres reglas mínimas: “Que el presidente no deje de ser el presidente, que tenga la facultad de nombrar y de cesar al ministro que crea que tiene que nombrar y que cesar, porque es su responsabilidad, no de nadie más. Y que las decisiones sean del Consejo de Ministros.” (“Felipe González: ‘El capitalismo triunfante está destruyéndose a sí mismo’”, El País, 8/09/2019. Texto accesible en: https://elpais.com/elpais/2019/09/06/ideas/1567788069_700117.html).

¹¹² A este respecto véase CARUSI, V., “Artt. 92-95”, op. cit., pp. 566-567.

námicas del sistema político y la cultura política que se ha ido construyendo son también muy diferentes en España y en Italia. En lo que ahora más puede interesar, sobre todo en lo que se refiere a la predisposición de los partidos a forjar acuerdos. Mientras que en Italia, por muy inestables que hayan resultado, las coaliciones tanto prelectorales como postelectorales han sido la regla, en España parece que sean algo a evitar. Los subterfugios dialécticos que está usando el Presidente Sánchez para justificar que, de llegar a acuerdos con Podemos, no formarían un gobierno de coalición sino de cooperación son en mi opinión un ejemplo de ello. Parece no comprenderse que en nuestras sociedades plurales debe regir la lógica de las “democracias consensuales”¹¹³.

5. A modo de conclusión: perplejidades y lecciones para un español que observa la formación del gobierno en Italia

A la luz de lo estudiado podemos concluir advirtiendo que políticamente España se está italianizando y por ello quizá podamos aprender de su experiencia. Como se ha venido diciendo, desde 2015 España vive en un contexto multipartista con una fragmentación política inédita para nosotros. Y en esto los italianos nos llevan muchos años de ventaja. Desde 1978 en Italia han tenido 33 Gobiernos y 19 Presidentes del Gobierno distintos, todos ellos sustentados en distintas coaliciones de gobierno. En España en ese mismo periodo hemos tenido 13 Gobiernos y 7 Presidentes. De hecho, era fácil percibir como desde la Península itálica envidaban la estabilidad de los Gobiernos españoles. Sin embargo, las cosas parecen haber cambiado. En este momento, primeras semanas de septiembre de 2019, los italianos han sido capaces de solventar con una cierta rapidez la última crisis de gobierno generada por la ruptura de la coalición M5S-Lega-MAIE, logrando ahora una nueva coalición M5S-PD-LeU; mientras que en España estamos al borde de que se puedan repetir elecciones.

Pues bien, de la observación del funcionamiento del modelo y de las prácticas en la formación de Gobierno italiano la lección más importante que creo que como españoles podemos extraer es reconocer que, en un contexto de multipartisimo extremo, se necesita una figura que de forma más o menos

¹¹³ Cfr. PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 6 y ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, op. cit., p. 28, quien señalaba ante la crisis de 2015-2016 que a pesar de que finalmente se lograra la investidura, la incapacidad de las fuerzas políticas a la hora de forjar acuerdos que garantizaran una estabilidad y gobernabilidad del país, con la excepción matizada de Ciudadanos que apostó por llegar a estos pactos, evidencia que los mismos no comprendieron el sentido y las reglas políticas propias de un régimen parlamentario. Hoy día no podría decirse lo mismo ni siquiera de Ciudadanos.

intensa facilite el encuentro, que coadyuve a la integración y medie ante las fuerzas disgregantes – y diría también que litigantes – de los partidos. Según venimos sosteniendo, el buen funcionamiento de una democracia parlamentaria exige que los partidos asuman que, celebradas las elecciones, su primera función es la de facilitar una mayoría de gobierno. Pero esto no es fácil y los partidos suelen ser reacios a asumir las renunciaciones y sacrificios que ello exige, a abandonar la lógica y el tactismo electoralista – más aún cuando pesa la posibilidad de que vuelvan a celebrarse unas elecciones –. Por ello estoy convencido de que tiene que haber un poder de moderación que engrase esas negociaciones, que actúe como mediador político para tender los puentes que suelen quemarse en los periodos electorales. No se trata de rescatar teorías decimonónicas que presentan a esta autoridad encarnada en el Jefe del Estado como “reggitore dello Stato” en momentos de crisis, pero sí asumir que una figura con una cierta *auctoritas*, que se sitúa *super partes* con respecto a la arena política, puede ejercer una influencia beneficiosa para el buen funcionamiento del orden institucional¹¹⁴.

En Italia esa posición según lo visto la asume el Presidente de la República, pero incluso éste a veces tiene que recurrir a otras vías para salvaguardar su posición institucional. En el caso español, por mucho que se estiren las funciones del Monarca, no cabe justificar constitucionalmente una intervención del mismo tan activa. La prudencia del Rey hasta el momento es la mejor prueba de ello. Y es que una posición más activa podría erosionar fácilmente la figura del Jefe del Estado, más aún cuando éste es un Rey. Y por ello en los distintos países “se levantan cortafuegos”¹¹⁵. De esta suerte, creo que podría ser interesante que, ante situaciones políticas como la actual donde es evidente la incapacidad política de afrontar con un mínimo de honestidad las negociaciones para formar Gobierno, el Rey se valiera de alguna personalidad para darle un mandato explorativo, siguiendo la terminología italiana. Se trata, además, de una práctica normal en otras monarquías europeas¹¹⁶. La figura institucional más propicia para este empeño sería el Presidente del Congreso aunque para ello tendrían que actuar con exquisita neutralidad, algo que por el momento tengo serias dudas que hayan asumido quienes han ostentado el cargo. Desde la perspectiva jurídica, una práctica de este tipo creo que no necesitaría previsión constitucional expresa.

Del mismo modo, la experiencia italiana también nos enseña que el Jefe

¹¹⁴ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 51.

¹¹⁵ Así, MOLINA, I., “The King reigns but he does not rule: monarquías parlamentarias y formación de gobierno”, *Agenda Pública*, 07/03/2016. Texto accesible en: <http://agendapublica.es/the-king-reigns-but-he-does-not-rule-monarquias-parlamentarias-y-formacion-del-gobierno/>

¹¹⁶ *Ibidem*.

del Estado no debe apresurarse a la hora de proponer un candidato, siendo mejor buscar otras vías antes que encargar a alguno que no tiene todas las de salir con él. Por ello, como se ha dicho en el epígrafe dedicado a la investidura en España, el Rey podría jugar algo más con las rondas de consultas y sus tiempos y no proponer candidato hasta que los partidos hayan hecho sus deberes o hasta que el bloqueo sea tan evidente que resulte necesario proponerlo y forzar la votación fallida para activar el reloj electoral –a salvo de que finalmente se reformara este último punto-. Como advertía un reciente editorial de *El País*: “En la lógica del sistema español, no es el encargo del Rey el que debería abrir la puerta a las negociaciones entre grupos parlamentarios para investir a un candidato, sino que el mecanismo para recibir el encargo del jefe del Estado debería activarse solo cuando el candidato en cuestión ha culminado o está a punto de culminar esas negociaciones”¹¹⁷.

En este sentido, quizá tendríamos que cambiar la mentalidad que nos lleva a creer que el cabeza de la lista más votada es una suerte de presidente *in pectore*. No habría ningún impedimento jurídico para ello; es una cuestión de mentalidad. El problema es que en nuestro país durante años el sistema parlamentario ha funcionado como un modelo de democracia inmediata. Bien parecería que las elecciones son presidenciales. Los carteles de las campañas electorales sirven como prueba de ello, la mayoría con la efigie del candidato por Madrid. Por el contrario, en los sistemas parlamentarios debe asumirse con cierta normalidad que finalmente el candidato propuesto a Presidente no sea el cabeza de la lista más votada sin que ello implique un desdoro al pueblo que se expresó en las elecciones. Hemos de comprender que la lógica del parlamentarismo es que los ciudadanos elegimos a nuestros representantes en el Parlamento, incluso, siendo más sinceros, confiamos en unos partidos y les damos unas cuotas de poder¹¹⁸. A partir de ahí, confiamos en que ellos cumplan su primera función que es la de formar un Gobierno con un programa político sustentado en una mayoría estable. De hecho, que los partidos estuvieran dispuestos a renunciar a que su líder tenga que ser el Presidente del Gobierno podría abrir más aún las posibilidades de encuentro entre partidos. Recientemente con el Gobierno Conte en Italia encontramos un ejemplo.

De igual forma que si hay que renunciar a medidas programáticas prometidas en las elecciones. Los programas electorales no son un contrato a cumplir necesariamente y al que acogerse para negarse a negociar cuando el cuerpo electoral no ha dado una cuota de poder suficiente como para poder impulsarlo por uno mismo. Lógicamente a ningún partido le es exigible que

¹¹⁷ “Malas prácticas”, *El País*, 7 de septiembre de 2019. Texto accesible en: https://elpais.com/elpais/2019/09/06/opinion/1567791892_290365.html.

¹¹⁸ PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, op. cit., p. 2.

renuncie a sus pilares ideológicos básicos, pero el buen funcionamiento de una democracia parlamentaria, reitero, requiere cintura suficiente para construir programas de gobierno incluso con adversarios. Algo que en Italia sí que parece más claro, como hemos visto.

Ahora bien, para que estos acuerdos que facilitan la gobernabilidad no sean un cambalache antidemocrático es importante que se discutan en sede parlamentaria. No puede hacerse como el pacto del Nazareno entre Renzi y Berlusconi. Cuestión distinta es que para forjarlos sea necesaria mucha discreción. Pero luego el debate y puesta en conocimiento públicos son básicos. Incluso, comparto con Vintró Castells que podrían explorarse medidas para que los actores políticos tuvieran que dar cuenta pública de la aplicación del programa y acuerdos de gobierno y para que las minorías parlamentarias pudieran fiscalizar su cumplimiento. Como expresa este autor, “[d]e esta forma se contribuye a la legitimación funcional del parlamento y se configuraría un modelo de relaciones entre ejecutivo y legislativo cuyo eje central fuera el diálogo público, permanente y profundo sobre la orientación de la política general y la rendición de cuentas sobre los compromisos políticos a partir de los que el Gobierno tuvo la confianza inicial”¹¹⁹.

En este mismo sentido, si en España pasáramos a un sistema de investidura colegial como en Italia creo que se limitaría favorablemente el excesivo peso del Presidente del Gobierno y facilitaría la lógica de la formación de Gobiernos de coalición. No comparto la visión que se ha señalado de que nombrar con plena autonomía política a los Ministros sea una facultad irrenunciable del Presidente. Además, este cambio hacia una investidura colegiada podría avanzarse sin necesidad de reformas legales asumiendo la práctica de que el candidato a Presidente presentara ante el Congreso no sólo el programa de Gobierno sino también la lista de Ministros.

Y por muy deseable que sea formar un Gobierno lo que en mi opinión no debe reformarse es el sistema de votación para facilitar la investidura aun sin acuerdos¹²⁰. Al final, tan disfuncional puede ser no tener gobierno como tener un gobierno inestable que no cuente con mayorías para poder sacar adelante políticas y que pueda abocar a bloqueos institucionales durante la legislatura¹²¹.

Igual que considero que debe acogerse con muchas cautelas la experiencia de los gobiernos técnicos italiana, con un programa limitado a ciertas

¹¹⁹ VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno...*, op. cit., p. 353.

¹²⁰ Me remito a este respecto a lo expuesto en “La regulación constitucional de la investidura de Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 1-33.

¹²¹ Cfr. RUBIO LORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, op. cit. y ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, op. cit., pp. 25 y ss.

reformas puntuales. La complejidad de la sociedad actual obliga a que el Gobierno adopte constantemente medidas de calado político que deberían al menos a grandes rasgos estar comprendidas en un programa de gobierno validado por el Parlamento.

En conclusión, hay margen para que España aprenda de la cultura y práctica políticas italianas, igual que desde Italia en muchos casos han mirado a nuestro país en busca de una anhelada estabilidad. Hoy para nosotros el foco está en ser capaces de aprender a formar coaliciones que permitan desarrollar un programa de gobierno estable en un contexto de multipartidismo fragmentado. Los italianos en su historia republicana han dado prueba de lograr la primera parte del empeño –formar gobiernos de coalición–, y siguen teniendo dificultades para colmarlo con la necesaria estabilidad; en España todavía nos situamos en la primera etapa.

6. *Bibliografía citada*

AGUIAR, L., “La estructura del proceso de formación de gobierno. El caso español en el marco del Derecho comparado”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, n. 6, 1980, pp. 62-81

ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 15-34

ARAGÓN REYES, M., “Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 15-34.

BAR CENDÓN, A., “Nombramiento del presidente del Gobierno: artículo 99” en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1999, pp. 245-306.

BARBERA, A. y FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 2012, pp. 315-317

BARBERA, A., “Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana”, *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2011, pp. 9-37

CARUSI, V., “Artt. 92-95”, en CRISAFULLI, V. y PALADIN, L., *Comentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1990, pp. 564-602.

D’AMICO *et al.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, FrancoAngeli, Milán, 2018

DE ESTEBAN, J., “¿Monarquía republicana o república coronada?”, *El Mundo*, 11 de junio de 2014. Texto accesible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/06/11/5398a93c268e3edc158b458d.html>

DE OTTO, I., “Sobre la Monarquía”, en AA.VV., *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., “Las consultas del Rey y la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno”, *Elderecho*, 01/02/2016. Texto accesible en: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho.com/consultas-Rey-candidato-presidencia-Gobierno_11_913555001.html

FUSSARO, C., “La formazione del governo Monti”, *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2012, pp. 391-394

FUSSARO, C., “Ruolo del Presidente della Repubblica e forma di governo in Italia. L'ipotesi semi-presidenziale”, *IRENEE*, n. 30, 2013, pp. 3-3

GARRORENA MORALES, A., “Investidura”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., y NOHLEN, D., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 463-473

GARRORENA MORALES, A., *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2017

LÓPEZ GUERRA, L., “Investidura del Presidente del Gobierno”, en ARA-GÓN REYES, M., *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho constitucional*. Tomo II, Civitas, Pamplona, 2011, pp.183-186.

MERLINI, S. y BARBIERI, G. T., *Il Governo parlamentare in Italia*, G. Giappichelli Ed., Turín, 2017

MOLÁS, I., y PITARCH, I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987

MOLINA, I., “The King reigns but he does not rule: monarquías parlamentarias y formación de gobierno”, *Agenda Pública*, 07/03/2016. Texto accesible en: <http://agendapublica.es/the-king-reigns-but-he-does-not-rule-monarquias-parlamentarias-y-formacion-del-gobierno/>

NICOLÁS MUÑIZ, J., “Programa político y legislativo del gobierno. Pactos de coalición y contrato de legislatura”, *Documentación Administrativa*, n. 188, 1980, pp. 385-413

PÉREZ FRANCESCH, J. L., “Investidura, programación y dirección política”, *Revista de Derecho Político*, n. 42, 1997, pp. 173-183.

PÉREZ MIRAS, A., “Matarella y la custodia de Europa”, *Agenda Pública*, 30/05/2018. Texto accesible en: <http://agendapublica.elpais.com/matarella-y-la-custodia-de-europa/>

PITRUZZELLA, G., “Art. 92-93”, en *Commentario della Costituzione*, Zanichelli E.d/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bolonia/Roma, pp. 1-236

PORRAS RAMÍRES, J. M., “Monarquía parlamentaria, función regia y poder de reserva de la Corona en la Constitución” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997, pp. 194-209

PORRAS RAMÍRES, J. M., “Monarquía parlamentaria, función regia y poder de reserva de la Corona en la Constitución” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997, pp. 194-209

REQUEJO PAGÉS, J. L., “Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, 2004, pp. 73-89

REVENGA SÁNCHEZ, M., “La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 91-120

REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 1988

RIPOLLÉS SERRANO, R., “Artículo 170”, “Artículo 171” y “Artículo 172”, en Id., *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, pp. 1165-1189.

RUBIO LLORENTE, F., “Nuestra democracia parlamentaria”, *El País*, 16/03/1996. Texto accesible en: http://elpais.com/diario/1996/03/16/opinion/826930804_850215.html

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 99”, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 1388-1406.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., “La problemática constitucional de la formación del gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 35-61.

TAJADURA TEJADA, J., “Alcance y límites de la función arbitral del Rey”, *El Correo*, 26/07/2016

TAJADURA TEJADA, J., “Incógnitas de la investidura”, *El Correo*, 19/07/2016

TERUEL LOZANO, G. M., “La regulación constitucional de la investidura de Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 1-33

TORRES DEL MORAL, A., “Lecciones de la pasada (no) investidura de Gobierno”, *El Mundo*, 22/07/2016. Texto accesible en: <http://www.elmundo.es/opinion/2016/07/22/5790fb15468aeb25508b4612.html>

TORRES MURO, I., “El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 88, 1995, pp. 145-163

TRAVAGLIO, M., *Viva il re! Il presidente che trovò una repubblica e ne fece una monarchia*, Chiarelettere, 2013

VILLONE, M., “Art. 94”, en *Commentario della Costituzione*, Zanichelli E.d/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bolonia/Roma, pp. 237-320.

VINTRÓ CASTELLS, J., “El Rey y la investidura del Presidente del Gobierno”, *Agenda Pública*, 21/01/2016. Texto accesible en: <http://agendapublica.es/el-rey-y-la-investidura-del-presidente-del-gobierno/>

VINTRÓ CASTELLS, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007

VINTRÓ, J., “Artículo 99: el procedimiento para el nombramiento del presidente del gobierno”, *Comentarios a la Constitución. XXX aniversario*, Casas, M.E., Rodríguez-Piñero, M., Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, p. 1654-1663

“RUOLO NORMATIVO” DEL GOVERNO
E MARGINALIZZAZIONE DEL PARLAMENTO:
A PROPOSITO DI UNA RECENTE PRONUNCIA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Franca Meola
Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”

SOMMARIO: 1. Sul “ruolo normativo” dell’Esecutivo: qualche considerazione introduttiva a mo’ di premessa. – 2. Per una riflessione sul “paradosso” dei maxi emendamenti in chiave costituzionale. – 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di maxi-emendamenti e questione di fiducia: a proposito della tutela dei diritti di partecipazione al procedimento legislativo alla luce dell’ordinanza n. 17 del 2019.

1. La peculiare caratterizzazione dell’attuale compagine governativa, che non sarebbe sbagliato definire a guida tecnica e a “direzione duale dissociata”, e le cifre e le caratteristiche della produzione normativa dell’Esecutivo, significativamente più cospicua e contenutisticamente più rilevante delle leggi *medio tempore* approvate dalle Camere, hanno di recente richiamato nuovamente l’attenzione del giurista, ed in particolare del costituzionalista, sullo strettissimo nesso intercorrente fra l’assetto della forma di governo e il quadro delle fonti del diritto (A. Pizzorusso, 1981; L. Paladin, 1986). *Quid est*, sul peso che lo spostamento del baricentro dei rapporti Parlamento/Governo a favore di quest’ultimo riveste nella caratterizzazione dell’attuale produzione normativa, sempre più decisamente appannaggio delle sole forze politiche di maggioranza. Ovvero, secondo un diverso (ma complementare) angolo prospettico, sull’incidenza che il concreto dispiegarsi dei poteri normativi di matrice governativa esercita sul piano dei rapporti tra il vertice dell’esecutivo e l’organo parlamentare.

In effetti, i dati ad oggi raccolti relativamente alla produzione normativa frutto dell’attuale, ancor giovane legislatura, non attestano semplicemente l’approvazione di un numero di leggi (28) di gran lunga inferiore alla somma dei decreti legge (19), dei decreti legislativi (42) e dei regolamenti di delegificazione (5) fin qui emanati. In realtà, essi rimarcano soprattutto la matrice per lo più governativa della normazione adottata in questi ultimi mesi. E ciò non solo in ragione dell’imputabilità della relativa iniziativa al Governo, ma soprattutto nel senso della diretta riferibilità dei contenuti dei predetti atti alla volontà delle forze politiche di maggioranza. Il che, se da un lato consente di riferire anche all’Italia una più generale tendenza propria delle forme di go-

verno parlamentari contemporanee, nelle quali, oramai, la legislazione è, per la maggior parte, fisiologicamente conseguente all'azione dei Governi (S. Fabbrini, S. Vassallo, 1999), dall'altro offre argomenti utili a sostenere la tesi del graduale, ma deciso trasferimento dell'attività legislativa «dalle aule parlamentari alle diverse sedi governative» (U. De Siervo, 2010).

Indiscutibilmente, nella prospettiva di una più complessa analisi, incentrata a definirne il riflesso sul piano dei rapporti Parlamento/Governo quanto all'esercizio del potere normativo, tali dati rivestono un'indubbia centralità. Un'analisi del tipo indicato che volesse prescindere dalla prassi, limitandosi «a riflettere sulle disposizioni vigenti, a partire da quelle collocate nella carta costituzionale, e sulle loro possibili interpretazioni, ignorando del tutto quali applicazioni queste norme abbiano avuto nell'esperienza repubblicana», sarebbe infatti «fuorviante» (N. Lupo, 2010).

Tuttavia, sempre nella prospettiva indicata, quegli stessi dati, che pure confermano l'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo (E. Cheli, 1959), e paiono avallare la tesi della trasformazione del Governo in vero e proprio colegislatore (A. Predieri, 1975), non sono da soli sufficienti ad avallare conclusioni definitive in tema. Non si tratta semplicemente di apprezzarne l'aspetto qualitativo, oltre che quantitativo, pur certamente utile ad aggiungere tasselli significativi alla ricostruzione del "ruolo normativo del Governo" (N. Lupo, 2010). Piuttosto, occorre prendere atto che, ai fini di tale ricostruzione, è oggi necessario altresì tener conto del peso esercitato dal Governo nel procedimento legislativo, *quid est* del suo ruolo «in» Parlamento (A. Manzella, 1977; M. Olivetti, 1998; F. Biondi, S. Leone, 2012), riferendo quindi alle attuali dinamiche politico-istituzionali una riflessione di più risalente datazione riguardo al continuo ricorso da parte dell'Esecutivo alla questione di fiducia, al suo frequente abbinamento a maxiemendamenti, sia di iniziativa governativa sia di provenienza parlamentare, ed altresì alla prassi, assai frequente, di una sua posizione anche e soprattutto su leggi di conversione di decreti-legge, oltre che su disegni di legge in materia di bilancio (V. Di Porto, 2017). È infatti anche solo intuitivo che tale strumento, soprattutto nelle opinabili applicazioni di cui si è appena detto, possa costituire, come di fatto è accaduto, anche recentemente, un importante strumento di imposizione della volontà governativa nei confronti dell'assemblea parlamentare. Per certi aspetti, anzi, gli attacchi più insidiosi alla titolarità parlamentare della funzione legislativa vengono proprio da tale prassi. E ciò perché in grado, tra l'altro, di esasperare i molti profili di problematicità naturalmente insiti nel ricorso alla decretazione d'urgenza, ovvero di condizionare, nell'approvazione, quelle «fondamentali scelte di indirizzo politico» di cui si sostanzia la legge di bilancio annuale. L'analisi della prassi *de qua*, dunque, è fondamentale per comprendere il peso effettivamente esercitato dal Governo nel processo decisionale legislativo. Ovvero, al fine di intendere la neutralizzazione di senso della «partecipazione

parlamentare ai procedimenti di formazione degli atti normativi del Governo» (N. Lupo, 2010).

2. Tra l'altro, proprio nella prospettiva qui delineata, l'uso dei maxiemendamenti, specie in abbinamento alla posizione della questione di fiducia, si propone quale prassi talmente tanto peculiare, da aver già da tempo suggerito alla dottrina di guardare ad esso in termini di vero per proprio «paradosso». Ed, infatti, se è indubbio che il ricorso alla prassi *de qua* debba intendersi quale «forma estrema di esercizio del potere di emendamento», è altrettanto inopinabile che, attraverso essa, si finisce di fatto «per annullare ogni (ulteriore, ancorché temporalmente precedente) manifestazione del potere di emendamento riferita a quel progetto di legge» (N. Lupo, 2007). Il tutto, con chiare ed importanti ripercussioni sul piano costituzionale, in cui tale potere, pur non espressamente menzionato, è chiaramente radicato, a garanzia del diritto dell'organo parlamentare e dei singoli rappresentanti di partecipare al procedimento di formazione delle leggi, non solo nominalmente, ma anche e soprattutto in termini sostanziali.

In effetti, in prospettiva costituzionale, già l'art. 70, che attribuisce alle due Camere “collettivamente” l'esercizio della funzione legislativa, pare decisamente radicare in capo a tali organi un potere di partecipazione alla determinazione dei contenuti delle leggi in via di approvazione, che non potrebbe non includere la possibilità di emendare, stante la riferibilità del potere *de quo* «alla fase deliberativa del procedimento legislativo, ossia all'essenza stessa della funzione legislativa» (E. Spagna Musso, 1965). D'altro canto, l'art. 72, primo comma, Cost., laddove richiede che ciascun progetto di legge venga previamente «esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa», ovvero prevede che esso debba essere approvato «articolo per articolo e con votazione finale», sembra indiscutibilmente presupporre l'esistenza di un potere di emendamento. Ulteriori argomenti a sostegno di una presupposizione, a livello fondamentale, del potere di emendamento possono del resto ricavarsi anche dall'art. 94, quarto comma, Cost., ove esclude che «il voto contrario di una o entrambe le Camere su una proposta del Governo» importi, in capo a questo, un «obbligo di dimissioni». Il carattere sufficientemente (e volutamente) generico del riferimento che tale disposizione opera ad una “proposta del Governo” pare, infatti, tale da consentire una sicura inclusione in essa anche degli emendamenti, e ciò perché questi «prima di essere votati, e, eventualmente, approvati, sono qualificabili, appunto, come “proposte emendative” o “proposte di emendamenti”» (N. Lupo, 2007). Né, meno rilevante, nella prospettiva d'indagine qui scelta, è il contenuto dell'art. 81 Cost. Già con riferimento al testo originario, il tenore dei relativi lavori preparatori dimostra, infatti, piuttosto chiaramente, che i costituenti, nell'attribuire alle Camere la funzione di approvare ogni anno “i bilanci”, «davano per scontata la sussi-

stenza di un potere emendativo del parlamento anche con riguardo ad una legge per più versi assai peculiare come la legge di bilancio» (N. Lupo, 2007). Oggi, poi, tale assunto risulta indubbiamente confermato dall'obbligo di copertura che il testo revisionato impone rispetto a leggi che importino «nuovi e maggiori oneri». Tale obbligo, infatti, sembra innegabilmente tradursi non soltanto in «un freno all'emendabilità parlamentare del bilancio e delle leggi con effetti finanziari» (N. Lupo, 2007), ma anche in un «vincolo al potere di iniziativa delle leggi» (N. Lupo, 2007). Infine, allo scopo di dare copertura costituzionale al potere di emendare, altrettanto significativo risulta il disposto dell'art. 71 Cost. Secondo molti, infatti, la potestà di iniziativa legislativa in esso contemplata ricomprende in sé anche quella di emendamento.

In ragione di queste stesse disposizioni, che qualificano il potere di emendamento come «un *essenziale* della funzione legislativa» (A.A. CERRI, 1996), si spiegano peraltro anche i molti dubbi di costituzionalità sollevati dalla presentazione di maxi-emendamenti, specie in abbinamento alla posizione su di essi della questione di fiducia. Determinando «una sorta di abolizione di fatto del potere di emendamento», la prassi in esame finisce, infatti, per causare l'«alterazione di pressoché tutte le regole che informano il procedimento legislativo», e quindi per «intaccare in profondità», quando non addirittura per «vanificare», «quelli che sono tradizionalmente considerati “punti di forza” o comunque le caratteristiche tipiche del procedimento legislativo parlamentare, e che lo distinguono rispetto ai processi di produzione normativa i quali si svolgono integralmente all'interno del Governo: ossia la trasparenza-pubblicità e la partecipazione (anche) delle minoranze» (N. Lupo, 2007).

Ripensati in questa prospettiva, non meravigliano, dunque, i duri attacchi di chi al riguardo ha parlato di una «indecorosa e spudorata frode alla Costituzione» (G.U. Rescigno, 1998; M. Ainis, 2010), quando non addirittura di una prassi assolutamente incostituzionale (L. Cuocolo, 2004). Né, meno significative sono le prese di posizione di quanti, ancorché propensi a giustificare tale fenomeno nell'ambito del nuovo assetto politico instauratosi a partire dagli anni '90, a seguito della transizione dal sistema elettorale proporzionale a quello maggioritario (N. Lupo, 2007), ne evidenziano in ogni caso l'intrinseca problematicità (V. Lippolis, 2001), ovvero ne denunciano un uso in termini fortemente devianti rispetto al disposto costituzionale di cui all'art. 72 (P. Passaglia, 2006).

Né i molti dubbi di legittimità costituzionale sollevati da quei comportamenti, affermatasi in via di prassi, qui presi in esame, sono stati al centro della sola riflessione dottrinale. Piuttosto, a farsene interprete è stato altresì il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati. Valorizzando, in maniera assolutamente peculiare, il nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione, tale organo, infatti, è giunto infine a sostenere non soltanto che i limiti di contenuto individuati per i decreti-legge dall'art. 15 della

legge n. 400 del 1988 vadano riferiti anche ai disegni di legge di conversione di quegli stessi decreti, ma che l’inserimento, nella legge di conversione, di altre disposizioni, di carattere sostanziale, ovvero contenenti deleghe, non è assolutamente ammissibile, in quanto in grado di provocare delle storture nel relativo procedimento di formazione della legge, di fatto piegato a scopi estranei ed ultranei rispetto a quelli propri.

3. L’impostazione assolutamente severa del Comitato per la legislazione non trova tuttavia riscontro nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Nel confronto, anzi, questa pare molto meno garantista.

Ed infatti, il rigetto dei dubbi sollevati a proposito della conformità a Costituzione di tali prassi, ed in particolare le motivazioni addotte sul punto a fondamento della sentenza n. 391/1995, non valgono semplicemente ad escludere la possibilità che la posizione della questione di fiducia su maxiemendamenti si traduca in una violazione dell’art. 72, comma 1, Cost. Ancor più, esse paiono testimoniare la decisa volontà da parte della Corte di sottrarre al proprio sindacato scelte procedurali che devono restare unicamente «nell’alveo dell’autonomia del Parlamento». Il tutto, però, con evidente pregiudizio dei diritti di partecipazione al procedimento legislativo dei rappresentanti del corpo elettorale.

A dare riprova della bontà delle osservazioni qui svolte, soccorre, del resto, la distanza che, in seno alla stessa giurisprudenza costituzionale, separa la più ampia garanzia di tutela della libertà di voto dei cittadini, quale definita a mezzo dei principi espressi già nella sentenza n. 16 del 1978, da quella al contrario riconosciuta ai rappresentanti del corpo elettorale in occasione dell’impugnativa di un solo articolo di legge, contenente una molteplicità di commi, approvato con un’unica votazione a seguito della questione di fiducia posta su di esso dal Governo (sentenza n. 398 del 1998). Motivata sul presupposto che, nell’occasione, manchi chiarezza, da parte dei ricorrenti, sul modo in cui «tale vizio si risolverebbe in invasione o menomazione» delle rispettive sfere di competenza, tale sentenza, in realtà, pare perciò stesso assolutamente diversa e distante dalla giurisprudenza sopra richiamata in tema di ammissibilità dei quesiti referendari. In questa, «il requisito dell’omogeneità del quesito referendario è stato ricavato dalla Corte proprio appoggiandosi sulla considerazione che “un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso”». Conseguentemente, «non può non apparire contraddittorio che, con riferimento ai cittadini, la Corte reputi “manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.), mentre tale libertà non sia costituzionalmente garantita ai parlamentari, nella sede in

cui proprio il confronto tra le loro idee e le loro posizioni dovrebbe essere volto a produrre un testo legislativo» (N. Lupo, 2007).

Più di recente, le questioni ora poste sul tappeto hanno acquistato nuova centralità, in conseguenza di un'articolata decisione della Corte. Si tratta, nello specifico, dell'ordinanza (n. 17 del 2019) con cui il giudice delle leggi, pronunciandosi in camera di consiglio, ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni promosso da senatori che agiscono a titolo individuale, in qualità di gruppo parlamentare PD, nonché quale minoranza qualificata (pari ad un decimo dei componenti del Senato), in relazione alle modalità di approvazione del disegno di legge in materia di bilancio seguite lo scorso dicembre.

In particolare, nell'occasione, il ricorso, che denuncia la grave compressione dei tempi della discussione parlamentare, sollecita un intervento della Corte volto a far luce sull'incidenza che il perpetrarsi del ricorso a tale prassi esercita a danno delle prerogative costituzionali dei singoli (e delle minoranze) inerenti il procedimento legislativo.

Tali doglianze, tuttavia, vengono disattese dal giudice costituzionale. Come è noto, infatti, in sede preliminare e sommaria di ammissibilità, questi nega la ricorrenza dei requisiti oggettivi ed in parte soggettivi di un conflitto di attribuzione interorganico.

In tal modo, però, la Corte, che rimarca un atteggiamento tendenzialmente prudentiale nel ricoprire il ruolo di "giudice dei poteri", finisce per sacrificare a ciò una più attenta argomentazione delle motivazioni poste a base della decisione del conflitto sollevato dinanzi ad essa. E forse anche una maggiore audacia nella sua definizione. Il tutto, a danno della portata della pronuncia infine resa, certamente significativa, ma per molti profili altrettanto opinabile.

E così, sotto il profilo oggettivo, la Corte, che pure non mette in dubbio la «compressione dell'esame parlamentare» registratasi nella fase approvazione della legge di bilancio 2019, per effetto dell'abbinata fra maxiemendamento governativo e voto di fiducia, nega infine un abuso del procedimento legislativo tale da determinare quelle «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari» che, «rilevabili nella loro evidenza già in sede di sommaria deliberazione», assurgono a requisiti di ammissibilità del conflitto stesso. E ciò in ragione del peso in questo senso esercitato da alcuni «elementi procedurali e di contesto», trascurati invece dai ricorrenti.

Peccato che si tratti di elementi valutativi molto poco convincenti (A. Lucarelli, 2019).

Ancor prima, però, già solo il richiamo alla prassi, oramai consolidata, dei maxi-emendamenti approvati attraverso il voto di fiducia lascia alquanto perplessi. Nessun dubbio per la Corte che si tratti di una prassi dagli "effetti problematici", soprattutto perché, per effetto della questione di fiducia, «sono precluse una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina e impedito ogni possibile intervento sul test presentato

dal Governo». Eppure, tale problematicità finisce quasi per dissolversi a fronte del riconoscimento della risalente datazione della prassi *de qua*, e dell'uso frequente che, a partire dalla metà degli anni '90, ne è stato fatto anche per l'approvazione delle leggi di bilancio «da parte dei governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità» (A. Lucarelli, 2019).

Analogamente, sotto il profilo soggettivo, la pronuncia dei giudici costituzionali, che negano la legittimazione al gruppo parlamentare ed alla minoranza qualificata, ma l'ammettono a favore del singolo parlamentare, pone l'interprete davanti ad una decisione davvero difficile da intendere e giustificare. A sorprendere, in verità, è già la natura delle argomentazioni utilizzate allo scopo di avallare la possibilità per il singolo parlamentare di sollevare conflitto. Ma, ancor più opinabili sono le motivazioni con cui la Corte risolve in negativo la questione della legittimazione del gruppo e della minoranza (A. Morrone, 2019).

In effetti, fatte oggetto di accurata analisi, tali argomentazioni inficiano non poco la pronuncia della Corte, alimentando, per questi aspetti, non poche diatribe di carattere scientifico.

È indubbio, però, che, riletta in chiave politico-costituzionale, questa stessa ordinanza suggerisce ben altri scenari.

Indiscutibilmente, molti dei passaggi motivazionali su cui essa si struttura paiono chiaramente espressivi di una precisa scelta della Corte di ritrarsi ancora una volta dall'agone politico. Sarebbe tuttavia un errore interpretare tale ritrosia quale categorico e definitivo rifiuto da parte dei giudici costituzionali a vagliare, anche per il futuro, l'effettiva lesione di attribuzioni quali quelle poste, nell'occasione, a fondamento del ricorso per conflitto interorganico sollevato dinanzi ad essi.

Ad inverare la fondatezza di tale osservazione paiono concorrere una pluralità di dati. Certamente significative in questo senso sono anzitutto le motivazioni poste a base della negazione della legittimazione ad agire in capo al gruppo PD. Il “difetto “procedurale” dietro cui, nell'occasione, il giudice delle leggi si trincerava, sembra infatti chiaramente lasciare aperta la porta a successive e diverse definizioni della questione. Analogamente, le stesse argomentazioni che, sull'istante, rendono di fatto la legittimazione all'accesso a Corte del singolo parlamentare una «vittoria di Pirro» (S. Curreri, 2019), non pregiudicano, per l'innanzi, la possibilità di una differente risoluzione del conflitto costituzionale, laddove il singolo riesca a provare la ricorrenza di condizioni oggettive più gravi di quelle verificatesi nel caso oggi deciso dalla Consulta.

È proprio su questo punto, anzi, che la pronuncia *de qua* pare foriera di futuri, importanti rivolgimenti. L'accento agli “effetti problematici” della questione di fiducia su maxiemendamenti sembra infatti chiaramente richiamare precedenti giurisprudenziali, ancora recenti, in cui la stessa è stata defi-

nita una «problematica prassi», preclusiva di «una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina» oggetto di approvazione, ed ostativa della possibilità per le commissioni di svolgere l'esame in sede referente, come previsto dall'art. 72, primo comma, Cost.

Il rilievo di tale impostazione, già di per sé intuitivo, acquista peraltro ulteriore spessore in ragione di taluni passaggi della decisione in esame, in cui la Corte finisce per individuare e valorizzare «con convinzione una serie di principi costituzionali che il Parlamento è tenuto a rispettare nel procedimento di approvazione delle leggi». Si consideri quanto sostenuto a proposito della necessità che «il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale». E, di qui, l'avvertenza che «gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'*iter legis* che la Costituzione stessa esige siano rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa». Si tratta di principi che, come ben sottolinea la Corte, «sono volti a consentire a tutte le forze politiche, sia di maggioranza sia di minoranza, e ai singoli parlamentari che le compongono, di collaborare cognita causa alla formazione del testo, specie nella fase in commissione, attraverso la discussione, la proposta di testi alternativi e di emendamenti» (Lupo, 2019).

In questo senso, allora, le severe critiche che pure l'ordinanza *de qua* ha alimentato in molti riguardo al continuo tentativo della Corte di qualificare in termini di applicazione di norme regolamentari, per loro natura insindacabili, quella che, più correttamente, dovrebbe intendersi come violazione diretta delle norme sul procedimento legislativo di cui all'art. 72 Cost. e delle prerogative dei parlamentari ad esso attinenti (S. Curreri, 2019; A. Lucarelli, 2019), sembrano destinate, in futuro, ad essere superate dal riconoscimento della piena sindacabilità delle violazioni delle disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo, e dei poteri di partecipazione ad esso dei rappresentanti del corpo elettorale, da parte dei regolamenti e delle prassi parlamentari.

Quid ergo?

Indiscutibilmente, rafforzando un atteggiamento recentemente assunto anche rispetto ad altre questioni dedotte alla propria cognizione, la Corte, che anche in quest'occasione finisce di fatto per non decidere, pare qui volutamente optare per differimento di un suo più incisivo intervento, all'evidente scopo di responsabilizzare il Parlamento rispetto a scelte di sua stretta pertinenza.

Anzi, sotto tale profilo, la sentenza *de qua* avverte il legislatore della precipua necessità di «arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento

dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme di esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché a legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei principi e interessi in gioco».

Ovviamente, il monito rivolto dalla Corte al legislatore ai fini di un maggiore rigore nello svolgimento della fase parlamentare dei procedimenti «duali» non può dirsi una “ricetta” utile a curare tutti i mali delle Camere elettive.

Tuttavia, è indubbio che essa sia assolutamente utile ad evitare il perpetrarsi di usi normativi dagli effetti chiaramente discorsivi altresì a danno dei diritti di partecipazione al procedimento legislativo da parte dei singoli e dei gruppi rappresentativi dell’elettorato.

Al tempo stesso, è anche evidente come la somministrazione di tale cura non possa più essere né discussa, né ritardata e/o rimandata *ad libitum* dall’assemblea elettiva. Le probabilità che, in futuro, l’inerzia del legislatore possa contribuire nuovamente a determinare un abuso del procedimento legislativo, e che, a fronte di ciò, il giudice costituzionale possa continuare ad assumere un atteggiamento di *self restraint*, ritenendo non soddisfatte le condizioni di ammissibilità del ricorso, paiono davvero poche. Ad avvisare di questo possibile *revirement* della giurisprudenza costituzionale è la stessa Consulta. Laddove, infatti, nella chiusa della parte motiva della decisione di inammissibilità, si evidenzia come, nel caso di specie, nonostante l’abuso del procedimento legislativo, non risultino comprovate «quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari che assurgono a requisiti di ammissibilità» del ricorso, si intuisce distintamente la volontà dei giudici costituzionali di costringere gli effetti della pronuncia *de qua* entro limiti assai rigorosi, legati non solo alla particolarità del caso discusso, ma anche alle contingenze del tempo. Ed infatti, quasi a compulsare un controllore politico un po’ troppo assente ed indolente, la Corte, infine, conclude che «in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale potrebbe portare a esiti differenti».

AINIS M., *La legge oscura*, Bari, 2010.

BIONDI F., LEONE S., *Il Governo “in” Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, n. 1.

CERRI A.A., *Dal contrattualismo al principio di maggioranza: approccio giuridico ed approccio economico-matematico al processo politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, n. 3, p. 613 ss.

CHELI E., *L’ampliamento dei poteri normativi dell’esecutivo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, p. 492 ss.

CUOCOLO L., *I “maxi-emendamenti” tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 4753 ss.

CURRERI S., *L'occasione persa*, www.federalismi.it.

DE SIERVO U., *Cosa si intende per leggi «mal scritte»?*, in P. Caretti, M.C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, p. 279 ss.

DI PORTO V., *La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in Il Filangieri. Quaderno, 2017, p. 103 ss.

FABBRINI S., VASSALLO S., *Il governo. Gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 1999.

LIPPOLIS V., *Maggioranza, opposizione e governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, in L. Violante (a cura di), *Il parlamento. Storia d'Italia. Annali*, 17, Torino, 2001, p. 613 ss.

LUCARELLI A., *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale” è una violazione grave e manifesta?*, in www.federalismi.it.

LUPU N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione. Atti del convegno (Roma, 17 marzo 2006)*, Luiss University Press, Roma, 2007, p. 41 ss.

LUPU N., *Il ruolo normativo del Governo*, in Il Filangieri, Quaderno 2010, p. 81 ss.

LUPU N., *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in www.federalismi.it.

MANZELLA A., *Il Governo in Parlamento*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano, 1977, p. 87 ss.

MORRONE A., *Lucciole per lanterne. La n. 179/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in www.federalismi.it.

OLIVETTI M., *Il Governo in Parlamento*, in V. Atripaldi, R. Bifulco (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Torino, 1998, p. 266 ss.

PALADIN L., *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in Quaderni costituzionali, 1996, n. 1, p. 7 ss.

PASSAGLIA P., *Art. 72*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, Torino, 2006, p. 1379 ss.

PIZZORUSSO A., *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, nn. 2,3, p. 301 ss.

PREDIERI A., *Il governo colegislatore*, in F. Cazzola, A. Predieri, G. Priulla (a cura di), *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, 1975, VII ss.

RESCIGNO G.U., *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

SPAGNA MUSSO E., *Emendamento* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 828 ss.

DEMOCRAZIA PLURALISTA E POTESTÀ NORMATIVA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI*

FILIPPO DONATI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema della legittimazione dei poteri di regolazione. – 3. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti nell'ambito del diritto d'autore. – 4. Il fondamento dei poteri regolatori secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Qui di seguito svolgerò alcune considerazioni sui limiti costituzionali al potere normativo delle autorità indipendenti¹.

Com'è noto, le autorità indipendenti si collocano al di fuori del circuito della legittimazione democratica ed operano sulla base di legittimazione tecnocratica². È quindi inevitabile che il riconoscimento a queste autorità di po-

* Relazione predisposta per il seminario del 3 e 4 aprile 2017 su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, promosso dal Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Catania.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze. Contatto: filippo.donati@unifi.it.

¹ Il termine viene in questa sede utilizzato per indicare quelle autorità che, pur diversificate tra di loro sotto il profilo organizzativo e funzionale, presentano la caratteristica comune di esercitare funzioni amministrative, normative e "paragiurisdizionali" in posizione di autonomia rispetto agli indirizzi del Governo. Sulle molteplici questioni sottese alla qualificazione delle figure in questione come autorità o amministrazioni indipendenti si rinvia alle considerazioni di M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Padova, 1999, 187 ss., il quale ritiene opportuno utilizzare per esse il termine di amministrazioni, perché in linea con il carattere intrinsecamente amministrativo della loro attività. A chi scrive sembra, peraltro, preferibile parlare più genericamente di autorità indipendenti, trattandosi di organi che, pur esercitando poteri amministrativi, mal si prestino ad essere inquadrati negli schemi del potere esecutivo. Come ha giustamente osservato E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 13*, Torino, 2003, 78 il termine "autorità amministrative indipendenti" esprime un ossimoro, dal momento che "la qualità naturale dei soggetti investiti di poteri amministrativi è quella di dipendere dal potere politico dei Governi" ed occorre quindi, per forza di cose, privilegiare uno dei due aggettivi che si legano al sostantivo "autorità".

² Sul punto della legittimazione di queste autorità cfr. E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*.

teri normativi sollevi dubbi di compatibilità con i principi della democrazia rappresentativa³. Da qui un ampio e ancora acceso dibattito su come il riconoscimento di un potere regolamentare a queste autorità possa conciliarsi con i principi di legalità e di riserva di legge⁴.

In questa sede non intendo ripercorrere il dibattito sul tema della legittimazione delle autorità indipendenti⁵. Intendo piuttosto concentrarmi su al-

Quaderno n. 11, Torino, 2000, 130. Per G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, 30 sarebbe la particolare natura dei diritti costituzionali che rilevano in determinati settori (tutela del risparmio, privacy, concorrenza, pluralismo informativo ecc.) a legittimare una particolare attività di garanzia che non può essere svolta attraverso l'esercizio della normale azione amministrativa. Fondamento di legittimazione di queste autorità sarebbe la loro "neutralità tecnica" che esclude l'esercizio di discrezionalità amministrativa, per A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 109. Secondo altri autori, invece, non resterebbe che prendere atto della situazione esistente e riconoscere alle autorità indipendenti una legittimazione basata sul criterio dell'effettività, cfr. A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, cit., 338; cfr. altresì D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALIERI-G. DELLE VEDOVE-P. DURET, *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, 114.

³ Come da tempo ha segnalato M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994 e, più di recente, anche M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv.dir.cost.*, 2002, 3 ss.; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quad.cost.*, 2005, 321 ss. ai quali si rinvia per indicazioni sulle varie posizioni assunte dalla dottrina che si è occupata del tema.

⁴ Come ha evidenziato Paolo Caretti, l'analisi dei poteri normativi delle autorità indipendenti dimostra, tra l'altro, che anche autorità formalmente titolari di soli poteri provvedimentali (come l'autorità garante per la concorrenza e il mercato) hanno di fatto esercitato poteri sostanzialmente normativi e che in alcuni casi le autorità sono titolari di margini di discrezionalità così ampi da configurare vere e proprie deleghe in bianco, cfr. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, XIV ss. Pone in evidenza la frizione con il principio di legalità sostanziale anche L. CARLASSARE, *Regolamento (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, vol. XXXIX, Milano 1988, 614 ss.

⁵ Sul tema delle autorità amministrative indipendenti in Italia esiste ormai una vastissima letteratura, che ha analizzato le ragioni della loro istituzione e del loro "erompere" nel nostro ordinamento a partire dalla fine degli anni '80, i tratti caratteristici di questi organi, le questioni relative alla loro natura giuridica, alla loro compatibilità con i principi del nostro sistema costituzionale, al regime dei loro atti ed agli strumenti di tutela contro le loro determinazioni, ecc. Sul dibattito in materia, con ampi richiami dottrinali, cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv.dir.cost.*, 2002, 3 ss. Svolge un "bilancio" sulla attività di queste autorità M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il mulino, 2005, 15. Sul tema della loro legittimazione "è l'incidenza comunitaria la chiave per entrare nella problematica attuale delle autorità amministrative indipendenti" Cfr. F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, cit., 21. In questa prospettiva cfr. anche, fra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass.giur.en.*,

cune recenti decisioni giurisprudenziali che hanno affrontato il problema del fondamento normativo della autorità indipendenti, per verificare se esse abbiano portato un contributo per la soluzione del problema appena richiamato.

2. *Il problema della legittimazione dei poteri di regolazione*

Il tema in oggetto, com'è noto, ha un forte rilievo costituzionale. Enzo Cheli ha più volte evidenziato l'esigenza di prevedere per le autorità indipendenti un'apposita copertura costituzionale volta a superare la "sfasatura" tra il modello sancito dalla Costituzione del 1948 e quello venutosi ad instaurare con la prassi⁶. In questa direzione si sono mossi vari progetti di riforma costituzionale. Il progetto redatto dalla Commissione bicamerale istituita nella XIII legislatura prevedeva la possibilità per il legislatore di istituire autorità "per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione". Una previsione analoga era contenuta nel progetto di riforma costituzionale approvato nel 2005. L'unico progetto di riforma organica del nostro assetto istituzionale che non ha affrontato il tema della copertura costituzionale delle autorità indipendenti è quello di iniziativa Renzi - Boschi.

In mancanza di una copertura costituzionale, il problema della legittimazione delle autorità indipendenti e dei poteri esercitati dalle stesse non è di facile soluzione⁷. Il problema sussiste anche quando sono le istituzioni rappresentative a delegare poteri sostanzialmente normativi alle autorità indipendenti, come è accaduto ad esempio con l'art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici⁸, che ha attribuito all'ANAC ampi poteri di regolazione. Ovviamente, però, le difficoltà sono maggiori in presenza di un esercizio *extra ordinem* di poteri normativi da parte delle autorità indipendenti. Non è

1996, 294; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1998, 191 ss; M.V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, 1990, IV, 235.

⁶ Cfr. E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130.

⁷ Mette in evidenza V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, cit., che il costante rapporto tra le autorità indipendenti e le sedi democratiche rappresentative (si pensi alle relazioni annuali al parlamento sull'attività svolta o alle frequenti audizioni dei componenti delle autorità presso le commissioni parlamentari) può attenuare la violazione del principio democratico, ma non vale certo ad eliminare i problemi derivanti dall'inserimento di queste figure nell'assetto istituzionale delineato dalla Costituzione.

⁸ Cfr. art. 213, Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, Codice dei contratti pubblici, GU n.91 del 19-4-2016.

infatti sufficiente ipotizzare una sorta di tacito consenso da parte delle istituzioni rappresentative ritenendo che le stesse, astenendosi dal legiferare nel settore regolato dalle autorità indipendenti, ne avrebbero avallato l'operato. In questo caso, infatti, lo scostamento rispetto al modello costituzionale è ancora maggiore di quello che si verifica in presenza di una apposita delega di potere da parte delle istituzioni rappresentative.

Un esempio emblematico dei problemi appena richiamati è offerto dal regolamento sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AG-Com") con delibera 680/13/CONS⁹. Il provvedimento è stato accompagnato da un'accesa contrapposizione tra coloro che ricavano dai principi costituzionali in materia di libertà di informazione un divieto per il legislatore di limitare la circolazione dei dati sulla rete, che dovrebbe rimanere uno spazio libero da interventi del potere pubblico, e chi al contrario sottolinea l'esigenza di porre limiti alla libertà di informazione e di comunicazione a tutela del diritto di proprietà intellettuale garantito dall'art. 42 Cost.

Il regolamento adottato dall'AGCom è difficilmente contestabile nel merito, perché mira giustamente a combattere forme di pirateria in rete affidando all'AGCom la possibilità di adottare in tempi brevi e nel rispetto del diritto di difesa provvedimenti a tutela del diritto d'autore, lasciando ferma la possibilità per gli interessati di chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Non è dubbio però che la sede più appropriata per adottare una disciplina del genere, che effettua un delicato bilanciamento tra contrapposti diritti costituzionali, sarebbe stata il Parlamento. In questa prospettiva il TAR del Lazio, dinanzi al quale era stato impugnata la delibera dell'AGCom che ha approvato il regolamento in questione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di legge sulla cui base lo stesso è stato adottato¹⁰. Tali disposizioni sono state ritenute in contrasto con i principi di legalità sanciti dagli artt. 21 e 41 Cost., perché ingiustificatamente limitative della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica privata.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 247 del 2015¹¹, dopo avere escluso la possibilità di desumere dalle disposizioni di legge impuginate¹² il riconoscimento all'AGCom di un potere normativo a tutela del diritto d'autore contro le violazioni commesse on line, ha tuttavia dichiarato la questione inammissibile. La Corte ha infatti ritenuto di non poter intervenire in

⁹ Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013.

¹⁰ Tar Lazio, Sez. I, ordinanze nn. 1 e 2 del 26 settembre 2014.

¹¹ Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247.

¹² Artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del d.lgs. n. 70 del 2003 e art. 32-bis del d.lgs. n. 177 del 2005, introdotto dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44.

materia, essendo alla stessa preclusa l'adozione sia di una sentenza di accoglimento ablativa (perché la disciplina impugnata riguarda anche aspetti sostanziali della disciplina delle comunicazioni elettroniche e poteri dell'AGCom che non sono in discussione) sia di una pronuncia additiva, volta ad estendere alle comunicazioni in rete le garanzie previste dall'art. 21 Cost. per la stampa.

La Corte ha, quindi, lasciato irrisolto sia il problema relativo alla possibilità per il legislatore di delegare a un'autorità indipendente l'esercizio di poteri sostanzialmente normativi, sia quello relativo alla possibilità di un intervento normativo delle autorità indipendenti anche in assenza di una esplicita base legislativa.

3. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti nell'ambito del diritto d'autore

La decisione della Corte costituzionale, che ha escluso la possibilità di considerare le disposizioni individuate nell'ordinanza del giudice *a quo* come fondamento del potere regolamentare dell'AGCom, lasciavano presagire l'annullamento del regolamento in questione, per mancanza di una base normativa e quindi violazione del principio di legalità. Invece il TAR Lazio, di fronte al quale i ricorrenti avevano riassunto il giudizio, ha ritenuto di poter desumere da un'interpretazione sistematica di altre disposizioni di legge una base legale che giustifica l'adozione del regolamento in oggetto e, quindi, ha respinto i ricorsi volti ad ottenerne l'annullamento¹³.

Il TAR ha richiamato a tal riguardo l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-*bis* della legge n. 249 del 1997, che affida all'AGCom i compiti previsti dall'art. 182 *bis* della legge sul diritto d'autore (legge n. 633 del 1941). La norma attribuisce ad AGCom e Siae "nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge", e al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto di autore, precipui compiti di vigilanza. Secondo il Tribunale, una lettura coordinata del citato art. 182-*bis* con le disposizioni normative del d.lgs. n. 70/2003 porta a ritenere che "tali compiti si estendano anche al settore delle comunicazioni via internet". Il d.lgs. n. 70 del 2003 stabilisce infatti che il prestatore di servizi, quando viene a conoscenza di illeciti, deve informare l'autorità giudiziaria e quella di vigilanza. In definitiva, secondo il TAR, "una visione sistematica delle norme richiamate fa emergere la sussistenza in capo ad AGCom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a deter-

¹³ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenze nn. 4100 e 4101 del 30 marzo 2017.

minati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi”.

Il TAR Lazio ha così fatto applicazione della teoria dei poteri impliciti, assai utilizzata ai fini della ricostruzione dei poteri delle autorità rispetto alle quali il legislatore non specifica nel dettaglio i poteri conferiti ma si limita ad enunciare generici obiettivi da perseguire. Questa teoria permette il riconoscimento di competenze che, se pure non espressamente attribuite, sono ritenute implicite perché strumentali, necessarie e consequenziali rispetto agli obiettivi prefissati.

Riconosciuta l'esistenza della base legale che giustifica il potere regolamentare dell'AGCom, il TAR ha ritenuto di non poter sollevare una questione di legittimità costituzionale analoga a quella già sollevata, per l'impossibilità “di superare il profilo di inammissibilità rilevato dalla Corte”. Del resto, aggiunge il TAR, la protezione dell'opera di ingegno è posta anche a presidio della libertà d'espressione (art. 21 Cost.) e del diritto di sfruttare economicamente il frutto della propria creatività (art. 41 Cost.), ed ha pertanto un fondamento costituzionale.

La teoria dei poteri impliciti, se permette di individuare una base legale che giustifica l'esercizio dei poteri delle autorità indipendenti, non è però ancora sufficiente per giustificare la deroga ai principi della democrazia rappresentativa che discende dal riconoscimento di poteri normativi alle autorità indipendenti. Il mancato coinvolgimento della Corte costituzionale, che sul punto avrebbe potuto fornire importanti indicazioni, lascia dunque il problema ancora aperto.

4. *Il fondamento dei poteri regolatori secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato ritiene da tempo, con una giurisprudenza consolidatissima, che l'esercizio del potere regolatorio da parte delle autorità indipendenti si giustifica in forza dell'esistenza di un procedimento partecipativo, “inteso come strumento di partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria della struttura rappresentativa”¹⁴.

Più precisamente, due sono le condizioni che secondo questa giurisprudenza giustificano l'esercizio del potere regolamentare da parte delle autorità indipendenti: l'indicazione da parte del legislatore degli scopi di interesse pubblico da perseguire e la garanzia di partecipazione dei soggetti interessati¹⁵. In altri termini, “la dequotazione del principio di legalità sostanziale,

¹⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7972 del 2006.

¹⁵ In dottrina cfr. sul punto M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996,

giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di forme più incisive di partecipazione degli interessati¹⁶.

Questi principi, elaborati con riguardo all'esercizio del potere regolatorio da parte dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, sono applicabili anche alle altre autorità indipendenti come recentemente confermato dal Consiglio di Stato nei pareri sul codice degli appalti¹⁷ e sul correttivo allo stesso¹⁸ con specifico riferimento all'ANAC.

Il principio di partecipazione implica alcune conseguenze. La prima è l'obbligo dell'autorità di tenere conto, nella motivazione del provvedimento, di quanto è emerso nella consultazione¹⁹. La seconda conseguenza è che l'osservanza degli obblighi partecipativi rappresenta un presupposto necessario per la conformità a Costituzione del modello regolatorio; non è quindi ammissibile una valutazione contro-fattuale circa gli esiti che la partecipazione (in concreto omessa) avrebbe prodotto se fosse stata svolta²⁰. L'inadeguatezza del documento di consultazione rende illegittimo il provvedimento finale²¹. Infine l'autorità è chiamata a svolgere un'analisi di impatto della regolazione idonea ad analizzare le criticità operative sulla base di un adeguato lasso temporale e di sufficienti dati statistici.

Il TAR Lazio, nelle richiamate decisioni, ha però seguito una diversa impostazione. La delibera dell'AGCom che ha approvato il regolamento per la tutela del diritto d'autore *on line* era stata impugnata anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, in quanto il provvedimento finale adottato non ha tenuto conto dell'esito della consultazione pubblica svolta precedentemente dalla medesima autorità. Il TAR ha respinto la censura, osservando che "la lunga ed articolata consultazione avviata dall'AGcom resta un'attività di sostegno, ausiliaria rispetto alla competenza amministrativa svolta, diretta ad analizzare un dato settore al fine di individuarne le criticità ed i possibili

245 ss.; Id., *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, cit., 203 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, cit., 12. L'esercizio del potere delle autorità indipendenti troverebbe legittimazione proprio nel metodo del contraddittorio finalizzato a garantire la democrazia nell'ambito delle relazioni economiche secondo F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000, 26 ss.; Id., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 463 ss.

¹⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. II, sentenza 30 giugno 2016, n. 1629.

¹⁷ Cfr. Cons. di Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

¹⁸ Cfr. Cons. di Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2017, n. 782.

¹⁹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7972 del 2006.

²⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 1532 del 2015.

²¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. II, sentenza n. 1629 del 2016.

strumenti di intervento, e non può né confermare né negare le competenze di legge (e le responsabilità) dell'amministrazione²².

5. Considerazioni conclusive

È il momento di tirare le fila di quanto sin qui esposto. Non vi è dubbio che, ormai, esiste un generalizzato consenso sulla possibilità di riconoscere anche alle Autorità indipendenti l'esercizio di un potere normativo, a condizione che la perdita in termini di legalità sostanziale venga controbilanciata da una valorizzazione della cosiddetta legalità procedimentale.

La valorizzazione del momento partecipativo sembra però essere stata messa in discussione proprio dalle recenti decisioni del TAR Lazio, che pure hanno giustificato l'esercizio da parte dell'AGCom di un potere normativo su una materia di indubbio rilievo costituzionale, pur in assenza di una esplicita disposizione di legge attributiva del potere.

Il problema del fondamento costituzionale dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, in definitiva, non ha ancora trovato una soluzione a livello giurisprudenziale.

²² Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenza n. 1401 del 2017, punto 12 del considerato in diritto.

SOVRANITÀ DELLO STATO E DIRITTO DI RESISTENZA IN IMMANUEL KANT

Fabrizio Sciacca

Immanuel Kant afferma che l'origine del potere supremo non è oggetto di conoscenza da parte del popolo, in quanto destinatario della legge: «il suddito [*Untertan*] non deve sofisticare [*soll nicht vernünfteln*] attivamente intorno a quest'origine, come se si trattasse di un diritto dubbio rispetto all'ubbidienza che ad esso si deve (*jus controversum*)»¹. L'imperscrutabilità del potere sovrano porta innanzitutto Kant a giustificare l'obbedienza dell'individuo, come suddito, a prescindere dalla questione della legittimità dello stesso potere: il popolo «non può e non deve giudicare altrimenti da come vuole il sovrano dello stato attuale»².

Verso i sudditi, il sovrano in quanto tale ha perciò «soltanto diritti e nessun dovere (coattivo)»³. Non è quindi possibile alcun diritto di resistenza verso il sovrano, nemmeno quando il suo organo di governo, «il reggitore [*Regent*], agisse contrariamente alle leggi, se per esempio con imposte, reclutamento e simili egli violasse la legge dell'uguaglianza nella divisione degli oneri dello Stato»⁴. L'unica forma di dissenso possibile per il suddito è in questo caso la «querela [*Beschwerde*], ma nessuna resistenza»⁵.

Le argomentazioni di Kant sulla negazione del diritto di resistenza sono essenzialmente due: la prima di natura pratica, la seconda di natura etica.

L'argomentazione pratica è di tipo logico. Introdurre il diritto di resistenza equivarrebbe ad ammettere da parte dello Stato sovrano un altro potere sovrano, in grado di limitarne l'autorità; quest'ultimo dovrebbe possedere più o meno «altrettanta potenza di colui che è limitato»; dovrebbe quindi essere in

¹ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. di G. Vidari, riv. da N. Merker, Laterza, Roma-Bari 1989², I, § 49, *Nota generale sugli effetti giuridici derivanti dalla natura della società civile*, A, p. 148. Ed. or.: *Die Metaphysik der Sitten* [1797] = *Kant's gesammelte Schriften*, herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, I. Abteilung, *Kant's Werke*, Bd.6, Georg Reimer, Berlin 1907, pp. 203-493 [p. 318].

Nel presente saggio, che propone la rielaborazione di un argomento già presente nel mio *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 94-114, i numeri di pagina chiusi tra parentesi quadre si riferiscono alle edizioni originali precedentemente citate.

² *Ibid.*

³ *Ivi*, p. 149 [p. 319].

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

grado di comandare legalmente ai propri sudditi di opporsi. Ciò determinerebbe una contraddizione, perché si avrebbero così due supremi detentori del potere: e Kant pensa al potere *legislativo*. Perciò, uno Stato sovrano che legiferasse contro la propria sovranità cadrebbe in un'autocontraddizione performativa: «Affinché il popolo fosse autorizzato alla resistenza dovrebbe infatti esistere una legge pubblica che la permettesse, vale a dire la legislazione sovrana dovrebbe contenere in se stessa una disposizione secondo la quale essa non sarebbe più sovrana e il popolo, come suddito, verrebbe dichiarato, in un solo e medesimo giudizio, sovrano di colui al quale è soggetto». E «la contraddizione salta subito agli occhi se ci domandiamo chi debba essere giudice in questa controversia tra popolo e sovrano, dal momento che il popolo vuol essere giudice della sua propria causa»⁶. La contraddizione di cui parla Kant riguarda la sovranità di due poteri riguardo al foro *esterno*: non è certo paragonabile al modello medievale di duplicità del potere sovrano, Papato e Impero, in cui si dava coesistenza senza contraddizione, poiché nonostante fosse convergente il riferimento territoriale, era divergente l'oggetto dei due poteri supremi: il foro interno (*in spiritualibus*) e il foro esterno (*in temporalibus*).

L'argomentazione etica è di tipo politico. Lo Stato, in quanto titolare della sovranità, è un fine in sé. L'operare degli organi esecutivi – ministri, funzionari – è il compimento del bene dello Stato. Questa è l'unica finalità che essi hanno nello svolgimento delle loro funzioni. Pertanto, l'unica forma ammessa da Kant nei confronti delle azioni dei funzionari dello Stato riguarda proprio la *scopo* delle loro azioni. Ciò non configura una vera e propria resistenza positiva, ma una sorta di resistenza *negativa* [negativer *Widerstand*], «un rifiuto del popolo (nel parlamento) di consentire sempre a ciò che il governo domanda sotto il pretesto del bene dello Stato». Ed è un'opposizione auspicabile: «se ciò non accadesse, sarebbe un segno certo che il popolo è perduto, che i suoi rappresentanti sono venali, che il capo supremo del governo [*Oberhaupt in der Regierung*] fa del suo ministro uno strumento di dispotismo e che il ministro stesso è un traditore del popolo»⁷. Il funzionario statale che attua azioni contrarie al bene dello Stato non attua più le funzioni dello Stato, perché travisa e tradisce le finalità di esso (e tradisce anche il popolo, «alla legislazione del quale esso unicamente deve la sua esistenza»: la negazione del diritto di resistenza in Kant potrebbe essere configurata non solo come problema *politico*, ma anche come problema *giuridico*⁸).

⁶ *Ivi*, p. 151 [p. 320].

⁷ *Ivi*, p. 153 [p. 322].

⁸ *Ivi*, ann., p. 153 [p. 322].

La negazione del diritto di resistenza in Kant potrebbe essere configurata non solo come problema *politico*, ma anche come problema *giuridico*. Ne accenno brevemente, presentando due consonanze con le due argomentazioni kantiane.

Per quanto riguarda in generale l'*argomentazione logico-pratica* della negazione del diritto di

resistenza (in relazione all'unicità del potere sovrano), segnalò una consonanza tra la posizione kantiana e l'art. 247 del capo III del titolo III («Della ribellione, della disobbedienza e di altre mancanze verso la pubblica autorità») del Codice penale sardo del 1859, che definisce il reato di ribellione come «qualunque resistenza con violenze o vie di fatto contro la forza pubblica» e ogni tipo di violenza o resistenza volta a «impedire l'esecuzione di una legge, di una decisione, o di una sentenza, o di qualunque ordine di una potestà legittima». Significativamente, invece, il reato di abuso di potere veniva configurato altrove, al capo II («Della prevaricazione, e di altri reati degli uffiziali pubblici nell'esercizio delle proprie funzioni»), che rappresentava sì gli abusi di autorità contro l'interesse pubblico, i privati liberi e detenuti, ma non concepiva la possibilità di una legittima resistenza contro gli abusi della pubblica autorità. Invece, per il Codice penale tedesco – che trova origine nel Codice penale per l'Impero del 15.5.1871 (riformato diverse volte: l'ultima riforma di rilievo è la legge del 10.3.1987) – § 113 («Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte»), co. III, «Il fatto non è punibile quando l'atto dell'ufficio non è legittimo. Lo stesso vale quando l'agente erroneamente ritiene che l'atto dell'ufficio sia legittimo [*Die Tat ist nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Täter irrig annimmt, die Diensthandlung sei rechtmäßig*]».

Per quanto riguarda l'altro aspetto del diritto di resistenza in Kant, quello dell'*argomentazione etico-politica* (in relazione alle azioni dei pubblici funzionari che, quando contrarie al bene dello Stato, «tradiscono» la finalità di esso), una singolare consonanza con l'argomentazione kantiana ricorre nella motivazione della sentenza del Tribunale di Roma del 25.5.1936 in materia di resistenza a pubblico ufficiale, che adotta la teoria dell'abuso dell'atto d'ufficio come causa di esclusione dell'esercizio delle pubbliche funzioni. La sentenza, pp. 468-469, stabilisce che nei delitti di oltraggio «è necessario che *il fatto colpisca, attraverso la persona, l'esercizio della funzione*, tanto che [...] la tutela si riferisce sì alla persona, ma in vista della funzione, di maniera che tra l'offesa e la funzione, di cui è rivestito il soggetto passivo, deve esistere un nesso di causalità, mancando il quale, nonostante la qualità del soggetto passivo, potrà parlarsi d'ingiuria soltanto. Ma quando il pubblico ufficiale compie un atto abusivo, non compie un atto di ufficio, ma un atto privato, perché l'atto abusivo persegue una finalità diversa da quella per la quale soltanto il pubblico ufficiale agisce come organo dello Stato». La sentenza del tribunale di Roma acquista un rilievo particolare perché accoglie, a livello giurisprudenziale, un principio sancito dal codice Zanardelli (artt. 192 e 199) e non rinnovato dal codice Rocco, nel quale in origine le disposizioni in materia di oltraggio non venivano applicate (dando luogo a quelle previste in tema di ingiuria, come tra i soggetti privati) quando il pubblico ufficiale «ha dato causa al fatto con atti arbitrari» (p. 465) abusando delle sue funzioni. La sentenza del 1936, nella significatività del suo momento storico-politico, è da considerarsi, commenta nella relativa nota G. GUARNIERI, *Diritto di resistenza e oltraggio*, «Rivista italiana di diritto penale», 8 (1936), pp. 465-469, p. 468, «la prima che, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, adotta decisamente la teoria dell'abuso dell'atto d'ufficio, come causa di esclusione dell'esercizio delle pubbliche funzioni». Il principio venne reintrodotta in Italia con l'art. 4 del D.D.L. 14.9.1944 n. 288, riprendendo un'espressione della citata sentenza: «dare causa al fatto [...] eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni». Il non considerare l'azione del pubblico ufficiale come un'azione pubblica e trattare alla stregua di un privato tale azione non è tanto un risvolto «democratico», ma una salvaguardia dell'idea di legge dello Stato, assieme all'intento di proteggere il cittadino dai tentativi di travisamento delle finalità pubbliche da parte dei funzionari. In questo senso, esiste una consonanza con Kant: un'azione al di fuori delle finalità dello Stato è autocontraddittoria. L'espressione *Omnis auctoritas a Deo*, usata da KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., I, § 49, *Nota generale sugli effetti giuridici derivanti dalla natura della società civile*, A, p. 149 [p. 319], si spiega non come «fondamento storico [Geschichtsgrund]» della costituzione civile, ma come *fondamento ideale*: «un'idea come principio pratico della ragione».

Da un lato, quindi, Kant condanna metodologicamente la forma di cambiamento di costituzione attraverso una rivoluzione: ciò che invece deve avvenire attraverso una riforma legislativa della costituzione civile, l'unica compatibile con quella «saggezza politica»⁹ che caratterizza l'esercizio pubblico della libertà. Dall'altro, invece, Kant sostiene che una volta affermata la *neue Ordnung der Dinge*, il nuovo ordine politico, non ha più senso tornare indietro: anche nel caso in cui «con l'impeto di una *rivoluzione* provocata da una cattiva costituzione fosse stata ingiustamente raggiunta una costituzione più giusta, anche allora non si dovrebbe comunque ricondurre il popolo di nuovo all'antica»¹⁰. Nella sua teoria del diritto di resistenza, Kant introduce perciò un elemento politico decisivo, che colloca l'intransigenza della negazione di tale diritto non *ex ante* ma *ex post*, ossia sul piano del nuovo ordine, ancorché prodotto da un cambiamento «ingiusto».

Ma si tratta di una giustificazione pragmatica dei mezzi rispetto agli scopi? Indubbiamente, no. La «vera politica» deve essere orientata al progresso e al cambiamento, ma «non può fare alcun passo in avanti senza aver prima reso omaggio alla morale, e sebbene la politica sia di per sé un'arte difficile, l'unione di essa con la morale non è un'arte affatto: poiché questa taglia di netto i nodi che quella non riesce a sciogliere, non appena le due sono in conflitto»¹¹. Pertanto, «oggettivamente» (cioè *in thesi*) non esiste alcun conflitto tra morale e politica; *soggettivamente*, invece, tale conflitto *deve necessariamente* persistere, «poiché serve per rendere affilata la virtù, il cui vero coraggio [...] consiste nell'affrontare il cattivo principio [*böses Princip*] in noi stessi [...] e nel vincere la perfidia [*Arglist*]»¹². Anche qui, dunque,

⁹ I. KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico di Immanuel Kant*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 163-207, *Appendice*, p. 191. Ed. or.: *Zum ewigen Frieden* [1795] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I Abt., cit., Bd. 8, 1912 [pp. 341-386].

¹⁰ *Ivi*, p. 191 [p. 372].

¹¹ KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico di Immanuel Kant*, cit., *Appendice*, p. 198 [p. 380].

¹² *Ivi*, p. 197 [p. 379].

Il concetto di *Arglist*, «perfidia», è semanticamente affine a quello di *Tücke* in I. KANT, *La religione nei limiti della semplice ragione*, trad. di P. Chiodi, in *Scritti morali*, I, Utet, Torino 1995 (rist.), pp. 317-534, sp. pp. 345-359. Ed. or.: *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* [1793] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I. Abt., cit., Bd. 6, 1907, pp. 1-202, pp. 26-39. La «perfidia del cuore umano [*Tücke des menschlichen Herzens*]» è il terzo grado della colpa innata dell'uomo, l'unico ad essere considerato un grado di colpa premeditata, un *dolus malus*, a differenza dei primi due (la «fragilità [*Gebrechlichkeit*]» e l'«impurità [*Unlauterkeit*]»). Il primo grado è quello del volere senza la capacità della sua attuazione: si accetta *in thesi* il bene, ma *in hypothesi* il motivo è più debole. Il secondo grado è quello dell'azione conforme al dovere, ma non solo in vista di esso (la legge non è un movente sufficiente). Il terzo grado è quindi quello della malvagità (corruzione: *Verdehtheit*; o perversità: *Verkehrtheit*, del cuore, o «cuore cattivo [*böses Herz*]»). Questo è il livello della perversione dell'ordine mo-

Kant afferma il dovere come tensionalità, in quanto condizione di autenticità dell'essere-persona: 'la vera politica' [*die wahre Politik*] implica 'il vero coraggio' [*der wahre Muth*].

È significativo il concetto di 'virtù' usato qui da Kant: esso è infatti collegato, intimamente e inscindibilmente, tanto all'idea di dovere quanto all'idea di progresso. Nella *Metafisica*, Kant espone questo punto in un passo in cui riprende la diversità di dimensioni, noumenica e fenomenica: «La virtù è sempre *progressiva* [*im Fortschreiten*], per quanto con lei occorra ogni volta rifarsi *da capo* [*von vorne anheben*]. È sempre progressiva, perché, considerata oggettivamente, è un ideale irraggiungibile, a cui si ha però il dovere di avvicinarsi costantemente. E occorre ogni volta rifarsi da capo, perché dal punto di vista *soggettivo* l'influenza delle inclinazioni, da cui la natura dell'uomo è affetta, non concede un istante di riposo e di tranquillità alle massime della virtù ammesse una volta per sempre, ragione per cui la virtù, quando non è in progresso, inevitabilmente declina»¹³.

Il rapporto tra morale e politica può quindi essere condizionato o incondizionato. Nel primo caso, il dovere si manifesta come «amore degli uomini», nel secondo come «rispetto» per i loro diritti, perciò come supremo dovere. Nel primo caso, la morale, intesa come «etica», raggiunge un accordo perfetto con la politica, per «abbandonare il diritto degli uomini ai loro capi»; nel secondo, la morale, intesa come «dottrina del diritto», ha una su-

rale dei moventi del libero arbitrio: possono essere messi in pratica anche comportamenti buoni, ma il modo di pensare è cattivo, «corrotto alle sue radici». Kant, *ivi*, p. 359 [p. 38], auspica che questa slealtà [*Unredlichkeit*], che verso gli altri si manifesta come falsità [*Falschheit*] e inganno [*Täuschung*] e verso se stessi come indegnità [*Nichtswürdigkeit*] possa essere superata dalla «costituzione in noi di un'autentica intenzione morale [*Gründung ächter moralischer Gesinnung*]», ciò che altrimenti invererebbe «ciò che dice l'Apostolo»: «Qui non c'è più nessuna differenza, tutti sono egualmente peccatori: non c'è nessuno che faccia il bene (secondo lo spirito della legge), no, nessuno» [*Es ist hier kein Unterschied, sie sind allzumal Sünder – es ist keiner, der Gutes thue (nach dem Geiste des Gesetzes), auch nicht einer*].

Kant si riferisce a due passi tratti da Paolo, *Rm* 3, 23: «omnes enim peccaverunt et egent gloria Dei», e *Rm* 3,21: «non est qui faciat bonum, non est usque ad unum».

Kant cita, con qualche imprecisione, dalla traduzione di Lutero: «Denn es ist hier kein Unterschied; sie sind allzumal Sünder»; «Da ist nicht, der Gutes tue, auch nicht Einer» La lotta che la *moralische Gesinnung* deve sostenere contro le insidie delle inclinazioni [*Neigungen*] è descritta anche in KANT, *Critica della ragion pratica*, trad. di P. Chiodi, in *Scritti morali*, cit., pp. 127-315, p. 297-298. Ed. or.: *Kritik der praktischen Vernunft* [1788] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I. Abt., cit., Bd. 5, 1908/1913, pp.1-164 [pp. 147-148].

¹³ KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., II, *Introduzione alla dottrina della virtù*, XVI, ann., p. 263 [p. 400]. A questo proposito, C. CESA, *Una metafisica della morale?*, in AA.VV., *Kant e la morale. A duecento anni da «La metafisica dei costumi». Convegno della Società Italiana di Studi Kantiani presso la Scuola Normale Superiore di Pisa*, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, Pisa-Roma 1999, pp. 17-40, p. 33, osserva il gioco «tra il “progredire”, che implica continuità, e il “sempre daccapo”, che segnala invece un inizio incondizionato».

premia teoretica sulla politica, che davanti a quella «dovrebbe inchinarsi», cosa cui la politica potrebbe per «furbizia [*Hinterlist*]» evitare, mascherandosi nell'opacità della sua «ipocrisia [*Zweizüngigkeit*]», negando alla morale «ogni realtà» e riducendo «tutti i doveri alla pura benevolenza». Anche in questo punto, tratto dall'appendice al saggio sulla pace perpetua, torna il discorso sull'autenticità, che Kant identifica in una politica *coraggiosa*. Tutto il contrario di una politica autentica è una «politica che teme la luce [*Lichtscheue Politik*]», dedita all'esercizio della furbizia: ciò che potrebbe essere evitato «se solo la politica avesse il coraggio di concedere al filosofo la pubblicità» delle sue proprie massime. Una politica *coraggiosa* è dunque una politica *pubblica*. L'affermazione non è banale: essa sembra implicare il fatto che una politica pubblica, oltre che coraggiosa, possa essere anche *prudente*, ma non nel senso di una mera abilità di influire sugli altri in vista dei propri scopi, bensì come capacità di rappresentare questi scopi nella prospettiva (ma non nell'obiettivo) di un benessere stabile. Kant espone qui un altro *principio trascendentale e affermativo del diritto pubblico*: «Tutte le massime che *hanno bisogno* della pubblicità (per non mancare il loro fine) si accordano insieme con il diritto e la politica»¹⁴. Si tratta di un principio trascendentale, perché non verte sulla materia ma sulla forma della «legalità universale».

Il discorso sull'autenticità si riallaccia immediatamente alla tesi sulla negazione del diritto di resistenza. Nel saggio *Sul detto comune*, Kant torna al problema della dimensione trascendentale dello scopo supremo della politica. Se essa deve perseguire lo scopo della felicità (il benessere, la prosperità) dei cittadini, questo non deve (né può) essere lo scopo universale della politica: «quando il potere supremo emana leggi che mirano in primo luogo alla felicità [...], ciò accade non in quanto questo sia il fine dell'instaurazione di una costituzione civile, ma solo come mezzo per *assicurare lo stato giuridico*». Il legislatore può certo errare sulla prudenza, ma non sulla legalità: «non quando si domandi se la legge si accordi con il principio del diritto»¹⁵. Per questo, contro una legge si possono esprimere «giudizi generali e pubblici, ma non si può mai fare appello ad una resistenza in parole o in atti»¹⁶. La negazione del diritto di resistenza è l'affermazione del «supremo potere legislativo», contro «ogni istigazione a tradurre in fatti il malcontento dei sudditi»; un fatto di questo tipo è «il più duramente punibile tra i delitti del corpo comune, poiché ne distrugge le fondamenta»¹⁷. L'unicità del potere sovrano

¹⁴ KANT, *Per la pace perpetua*, cit., *Appendice*, p. 203 [pp. 385-386].

¹⁵ KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 123-161, p. 145. Ed. or.: *Über den Gemeinspruch: Das mag in Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* [1793] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I Abt., cit., Bd. 8, cit., pp. 273-314 [pp. 298-299].

¹⁶ *Ivi*, p. 151 [pp. 304-305].

¹⁷ *Ivi*, p. 146 [p. 299].

è da Kant espressamente riconosciuta con il divieto di sottoporre a revisione la forma costituzionale di uno Stato: «che la carta costituzionale contenga [...] una legge che autorizzi a rovesciare la costituzione esistente [...] è una chiara contraddizione»¹⁸; se così fosse, dovrebbe esserci una norma costituzionale attribuitiva di un «contropotere *pubblicamente istituito* [öffentlich constituirt *Gegenmacht*]», dunque anche «un secondo capo dello Stato che protegga i diritti del popolo contro il primo, e poi così anche un terzo, che decida da quale parte, tra i due, stia il diritto»¹⁹.

In sostanza, ammettere l'esistenza di un potere siffatto equivarrebbe ad ammettere la possibilità che la costituzione, in una sua norma, dicesse di sé: 'io sono illegittima'. Presumere l'infallibilità del potere sovrano non è l'obiettivo di Kant: a differenza di Hobbes, il sovrano per Kant può commettere un atto ingiusto, ma il rimedio non può essere quello della resistenza nei confronti di un atto di tirannia, come aveva affermato Achenwall, configurando una legittimazione della resistenza [*populus igitur tyranno resistere eumque coercere potest, ut se absteineat a tyrannide*]²⁰.

Una cosa, è affermare – come fa Kant – l'invulnerabilità del potere supremo; un'altra è santificarne – e Kant non intende farlo – l'infalibilità: «presupporre [...] che il capo non possa mai errare o essere inesperto di qualcosa significherebbe rappresentarselo benedetto da doni celesti ed elevato al di sopra dell'umanità»²¹. L'invulnerabilità del potere legislativo supremo è fuori discussione, sebbene sia sempre possibile fare rimostranze [*Gegenvorstellungen*], ma nessuna opposizione violenta, nemmeno nell'ipotesi estrema di nullità contrattuale originaria in cui l'imposizione della legge tendesse a conservare e a mantenere per sempre «certe forme di religione un tempo adottate» e a negare al popolo e alla sua discendenza «di progredire nelle vedute religiose [*Religionsansichten*] o di modificare certi antichi errori»²². La posizione di Kant è più

¹⁸ *Ivi*, p. 149 [p. 303].

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ G. ACHENWALL, *Juris naturalis pars posterior complectens jus familiae, jus publicum et jus gentium in usum auditorum* [1763] = *Kant's Gesammelte Schriften*, Bd. 19, III. Abt., *Kant's handschriftlicher Nachlaß*, de Gruyter, Berlin 1934, § 204, pp. 325-442, p. 415.

KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, cit., II, p. 147 [p. 301], critica, con un velo d'ironia, la posizione di Achenwall, «tanto accorto, preciso e modesto nella dottrina del suo diritto naturale», non volendo credere sino in fondo «che mai né *Achenwall*, né altri fra gli onest'uomini che hanno sofisticato in accordo con lui su questo punto, abbiano dato il loro consiglio o la loro approvazione, in un qualsiasi caso verificatosi, a imprese tanto pericolose [*zu so gefährlichen Unternehmungen*]». *Ivi*, p. 150 [p. 304]: il rimedio non può essere la legittimazione dell'atto di ribellione, quanto la «libertà della penna [die Freiheit der Feder], l'unico palladio dei diritti del popolo [*das einzige Palladium der Volksrechte*]».

²¹ *Ibid.*

²² *Ivi*, p. 151 [p. 305].

decisa nella *Metafisica dei costumi*: non si tratta di un'ingerenza dello Stato nella religione, in un «sentimento interno [*innere Gesinnung*]» (che non rientra nella «cerchia d'azione [*Wirkungskreis*] del potere civile»), ma negli «affari ecclesiastici», ossia nell'organizzazione del «culto pubblico per l'uso del popolo», nei cui confronti lo Stato ha «il diritto negativo di allontanare dalla comunità pubblica [...] l'influenza dei pubblici maestri che potrebbe essere dannosa alla pace pubblica, e in conseguenza di non lasciar mettere in pericolo la concordia civile [*bürgerliche Eintracht*] sia per i dissidi intestini, sia per le lotte tra le diverse Chiese, il che dunque è un diritto di polizia»²³. È possibile, come è stato sostenuto, che qui Kant si riferisca alla rivolta vandeana scatenata in nome della religione²⁴: di certo, l'intento di Kant è quello di affermare che l'autorità civile di uno Stato non può essere sottomessa ad alcuno principio *esterno*, nemmeno di carattere religioso.

Il problema del diritto di resistenza in Kant è dunque caratterizzato da una sorta di ambivalenza. Da un lato, ciò che emerge come opera morta è l'inammissibilità di qualsivoglia atto di opposizione contro il potere civile. Dall'altro, ciò che resta – per evidenti motivi politici – non apertamente dichiarato, è la posizione di Kant intorno alla Rivoluzione francese, implicitamente o esplicitamente richiamata nelle pagine sul diritto di resistenza: e nei cui confronti, il problema della negazione di tale diritto si porrebbe non *ex ante* ma *ex post*, funzionando cioè come causa di legittimazione dell'imposizione del nuovo stato civile, contro il quale non è più possibile opporsi. Questa sorta di «ambivalenza» è notata, già nel 1804, da Reinhold Jachmann, che ricorda come Kant tenesse ad un miglioramento della politica e della costituzione del paese, raggiunta per la via «più lenta» e «più sicura» del «perfezionamento morale dei cittadini», negando l'impiego di qualsiasi mezzo «ingiusto»; ma Jachmann inquadra pure e con chiarezza il riferimento di Kant alla Rivoluzione francese: «non c'è nulla che abbia suscitato tanto scalpore al mondo, nulla che abbia procurato a Kant tanti amici e tanti nemici»²⁵. Tuttavia, Jachmann indica il costante riferimento di Kant alla ragione, che vuole sempre «tendere verso una nuova costituzione politica [*nach einer neuen Staatsverfassung hinzustreben*]», e quindi verso una forma di governo capace di assicurare i «diritti umani [*Menschenrechte*]» e l'«uguale li-

²³ KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., I, § 49, *Nota generale sugli effetti giuridici derivanti dalla natura della società civile*, C, p. 159 [p. 327].

²⁴ D. LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, Bibliopolis, Napoli 1983, pp. 40-41.

²⁵ R.B. JACHMANN, *Immanuel Kant descritto in lettere a un amico*, trad. di E. Pocar, in L.E. BOROWSKI–R.B. JACHMANN–E.A. CHR. WASIANSKI, *La vita di Immanuel Kant: narrata da tre contemporanei*, a cura di E. Garin, Laterza, Roma-Bari 1969, pp. 117-213, XII, pp. 176-179. Ed. or.: *Immanuel Kant geschildert in Briefen an einem Freund* [1804], Aetas Kantiana, Culture et Civilisation, Bruxelles 1968 [pp. 125-132].

bertà dei cittadini [*gleiche bürgerliche Freiheit*]]²⁶. Per far questo, occorre una contrapposizione netta e distinta, ma anche un'interazione concreta tra il potere esecutivo e il potere legislativo, per assicurare quella dialettica del potere quale «termine medio [*mittleres Gewalt*]] tra la libertà e la legge che solo la forma repubblicana – non la forma democratica, ma uno Stato in generale – può assicurare. È quella tendenza verso il supremo «*bene intelligibile* [*Verstandeswohl*], la conservazione della *costituzione dello Stato* una volta stabilita»²⁷. Jachmann spiega l'interesse di Kant per la Rivoluzione francese non come un concreto impegno politico, ma come la passione del naturalista, dello scienziato che vuole «confermare un'importante ipotesi»²⁸. In questo senso, è possibile concordare con Jachmann: «Kant era tutt'altro che un rivoluzionario»²⁹. Il suo era un esperimento filosofico, il «puro interessamento di un filosofo cosmopolita e libero pensatore»³⁰ che tuttavia non avrebbe mai smesso di essere «un autentico patriota [*ein wahrer Patriot*]]»³¹, le cui «riflessioni filosofiche sulla politica non ostacolavano di certo i suoi sentimenti»³² verso uno Stato di cui era «orgoglioso di essere cittadino»³³. Conciliare un «libero cosmopolitismo [*freier Weltbürgersinn*]] con un «rigoroso patriottismo [*strenger Patriotismus*]]»³⁴, vuol dire quindi armonizzare il sentimento interno degli «innati diritti umani [*angeborene Menschenrechte*]]»³⁵ dell'uomo in quanto persona con i diritti di cittadinanza politica dell'individuo.

Ma l'atteggiamento politico di Kant nei confronti del diritto di resistenza, se non è certamente rivoluzionario, non è neppure reazionario, non appoggiando – anzi, rivolgendosi decisamente contro – i fautori dell'ideologia controrivoluzionaria. Kant non asserisce mai che il «capo supremo» sia giusto in assoluto: deve essere soprattutto «giusto *per se stesso* [*gerecht für sich selbst*]]», in quanto è egli stesso «un uomo»³⁶. E questo, in quanto compito affidato a una *persona*, è «il compito più difficile di tutti [*die schwerste unter al-*

²⁶ *Ivi*, p. 176 [p. 127].

²⁷ I. KANT, *Antropologia dal punto di vista pragmatico*, trad. di P. Chiodi, in *Scritti morali*, cit., pp. 535-757, § 89, p. 754. Ed. or.: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* [1798] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I. Abt., cit., Bd. 7, 1907, pp. 117-134 [p. 331].

²⁸ JACHMANN, *Immanuel Kant descritto in lettere a un amico*, cit., XII, p. 178 [p. 130].

²⁹ *Ivi*, p. 178 [p. 131].

³⁰ *Ivi*, p. 178 [p. 130].

³¹ *Ibid.*

³² *Ivi*, p. 178 [p. 132].

³³ *Ivi*, p. 178 [p. 131].

³⁴ *Ivi*, p. 179 [p. 132].

³⁵ *Ibid.*

³⁶ I. KANT, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 29-44, p. 35. Ed. or.: *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* [1784] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I. Abt., cit., Bd. 8, cit., pp. 15-32. [p. 23].

len]»³⁷. La legittimità è il suo potere, conferitogli da una «legittima [gesetzmäßig] costituzione civile»³⁸, non la giustizia. Come singolo uomo, il sovrano è un individuo: e l'individuo, come persona, può solo tendere verso la «sua destinazione nella propria vita [seine Bestimmung in seinem Leben]»; perciò non l'individuo può in concreto sperarlo, ma solo il «genere [Gattung]» umano³⁹. Nel sovrano, in quanto detentore del potere, sta la condizione di pensabilità dell'uomo (innanzitutto in quanto suddito, poi in quanto cittadino) come detentore di diritti, vale a dire come persona. L'uomo «abuserà sempre della propria libertà se non ha nessuno sopra di sé che eserciti [...] la forza secondo le leggi»⁴⁰. Per questo al capo supremo in quanto tale non è lecito opporre resistenza⁴¹. È sempre possibile trasgredire la legge, in quanto fatto rappresentato nella libertà dell'uomo: «il delinquente [Verbrecher] può commettere il suo delitto o prendendo per massima una regola considerata come oggettiva (come avente un valore universale), o soltanto facendo un'eccezione alla regola (dispensandosene accidentalmente). In quest'ultimo caso egli non fa che deviare dalla regola. [...] Ma nel primo caso egli rigetta l'autorità della legge stessa, di cui però non può negare il valore [Gültigkeit] di fronte alla sua ragione, e assume per regola di agire contrariamente alla legge; la sua massima è pertanto contraria alla legge non soltanto per difetto [...], ma come contrapposizione»⁴². Qui, pertanto, si profila l'antigiuridicità massima di un'azione: quando la legge non viene rigettata col proposito di eluderla, ma di rovesciarla. Kant, descrivendo la contraddizione

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ivi*, p. 36 [p. 24].

³⁹ *Ivi*, ann., p. 36 [p. 23].

⁴⁰ *Ivi*, p. 35 [p. 23]: «non si vede come l'uomo possa procurarsi un capo della giustizia pubblica che sia egli stesso giusto».

⁴¹ Si spiega il motto (tradizionalmente attribuito all'imperatore Ferdinando I d'Austria) *Fiat iustitia, pereat mundus*, fatto proprio da KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 196 [p. 378], poi tanto criticato da Hegel. In tale motto, Kant vede il principio dell'unicità del potere sovrano, stabilito in armonia con la negazione, a chiunque vi sia sottoposto – anche ai ceti privilegiati – di esercitare il diritto di resistenza. La parafrasi di questo «renommistisch, [...] aber wahre Satz», è: «Regni la giustizia, dovessero anche perire tutti i furfanti che abitano il mondo [Es herrsche Gerechtigkeit, die Schelme in der Welt mögen auch insgesamt darüber zu Grunde geben]». E il significato di questo «principio giuridico coraggioso [abschneidender Rechtsgrundsatz], che tronca tutte le tortuose vie tracciate dall'inganno o dalla violenza [alle durch Arglist oder Gewalt vorgezeichnete krumme Wege]», secondo KANT, *ivi*, pp. 196-197 [p. 379], è: «le massime politiche non devono derivare dal benessere e felicità che ogni singolo Stato si attende dalla loro attuazione, dunque non dal fine che ognuno di essi costituisce ad oggetto (dal volere) come supremo (ma empirico) principio della saggezza politica [Staatsweisheit], ma dal puro concetto del dovere di diritto (dal dover essere [Sollen], il cui principio a priori è dato dalla ragione pura), quali che siano le conseguenze fisiche che ne vengono».

⁴² KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., I, § 49, *Nota generale sugli effetti giuridici derivanti dalla natura della società civile*, A, ann., p. 152 [p. 321].

indicibile insita in questo rapporto tra popolo e sovrano, descrive l'esempio dell'esecuzione solenne [*formale Hinrichtung*], che a differenza del semplice regicidio [*Ermordung des Monarchen*], non è un'azione motivata da uno stato di contingenza, come può essere la paura di una punizione da parte del sovrano, ma è una figura *simbolica* del «completo rovesciamento [*völlige Umkehrung*] dei principi che regolano i rapporti tra il sovrano e il popolo (in quanto questo si costituisce qui a padrone del primo, alla legislazione del quale esso unicamente deve la sua esistenza), in modo che la violenza [*Gewaltthätigkeit*] cammina a fronte alta e si erige a principio al di sopra del più santo diritto»⁴³.

Quale che sia il vero fondamento della negazione kantiana del diritto di resistenza, questo non può essere il rifiuto della violenza in quanto tale: il caso dell'esecuzione solenne (Kant si riferisce a Carlo I e a Luigi XVI) non suscita orrore perché viola un ordine *estetico*, ma perché viola un ordine *morale* (perciò il sentimento che si prova nei confronti di un simile gesto non è «estetico», ma «morale»⁴⁴). Ed è un gesto che Kant condanna per ragioni politiche, perché equivale alla «proclamazione pubblica del diritto di resistenza»⁴⁵. Né può esserlo il rifiuto della sovranità popolare (il popolo è la fonte della sovranità: «il sovrano rappresenta la volontà generale»⁴⁶), o la giustificazione dell'obbedienza. Kant non descrive la violazione del potere sovrano in termini di ingiustizia, ma di illegalità: quando siano «violati i diritti del popolo, non si commette ingiustizia verso [...] il tiranno [...] detronizzandolo: su ciò nessun dubbio»⁴⁷. Ma se i sudditi dovessero soccombere nel conflitto e subire in conseguenza le punizioni più severe, allo stesso modo «non potrebbero gridare all'ingiustizia» per avere essi stessi per primi violato le leggi⁴⁸. Nessuna obiezione può sospendere la condizione giuridica della legge, nemmeno il «pretesto dei rivoluzionari [*Vorwand der Staatsrevolutionisten*] che, quando le costituzioni sono degenerate, appartenga al popolo di riformarle con la forza»⁴⁹.

La rivoluzione è un atto antinomico e uno strumento illegittimo. Ma, nel momento della sua imposizione, diventa nuova fonte del diritto ed è causa di

⁴³ *Ivi*, pp. 151-153 [pp. 320-322].

⁴⁴ *Ivi*, p. 152 [p. 321].

⁴⁵ L'espressione è di LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, cit., p. 55. Secondo Losurdo, non può essere il mero rifiuto della violenza in quanto tale la vera motivazione della negazione kantiana del diritto di resistenza: Kant è a favore della pena capitale, e non osteggia, a parole, la Rivoluzione francese.

⁴⁶ KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, cit., II, p. 150 [p. 305]. Su questo punto, LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, cit., pp. 63-65.

⁴⁷ KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, Appendice, p. 199 [p. 378].

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., I, § 62, p. 191 [p. 353].

legittimazione del nuovo ordine politico. Nella seconda parte del *Conflitto delle facoltà*, Kant si richiama esplicitamente alla «rivoluzione di un popolo ricco di spirito [*eines gestreichen Volks*]», che, al di là della sua inevitabile «miseria [*Elend*]» e della sua carica di «atrocità [*Greuelthat*]», determina negli osservatori esterni un sentimento di «partecipazione [*Theilnehmung*]» che può essere causata solo da una disposizione morale intrinseca al genere umano»⁵⁰. Non la rivoluzione in sé, ma la «partecipazione affettiva [*Teilnehmung mit Affekt*]», l'«entusiasmo [*Enthusiasm*]» che essa infonderebbe nell'animo degli spettatori non coinvolti, sarebbe in sé una forma di affetto particolare, «non del tutto da approvare» in quanto *affetto*; ma in quanto *vero entusiasmo*, direttamente proteso verso un che di «ideale», di «puramente morale come è il concetto di diritto»⁵¹. Il diritto al quale ogni uomo deve obbedire è sempre quello espresso da un governo [*Regierung*] «in cui il popolo partecipa alla formazione delle leggi», è un'idea attuabile a condizione che gli strumenti impiegati siano in accordo con la moralità, è un «santuario [*Heiligthum*]» che si eleva al di sopra di considerazioni utilitaristiche (il benessere, la felicità) che non hanno principio: «a un essere dotato di libertà non basta infatti godere il comodo della vita, che può essergli procurato anche [...] dal governo [...]; ma importa il *principio* in base al quale se lo procura»⁵². Kant distingue pertanto tra «Stato» e «governo»: occorre «regnare in forma autocratica» (in nome dell'unicità del potere sovrano), ma «governare in modo repubblicano» (assicurando al popolo la capacità di essere rappresentato): «ciò è quanto rende un popolo soddisfatto della sua costituzione»⁵³.

Kant non ammette quindi la resistenza: se questa venisse esercitata come *diritto*, produrrebbe un annullamento (o una sospensione temporanea) della condizione giuridica, facendo regredire la condizione umana a uno stato non civile, non-giuridico, ancorché sociale. La polemica con Achenwall torna nuovamente in gioco a questo proposito, perché Kant contrappone stato naturale [*natürlicher Zustand*] a stato civile [*bürgerlicher Zustand*]⁵⁴: Achenwall, invece, stato naturale [*status naturalis seu extrasocialis*] a stato sociale [*status socialis*]⁵⁵. Lo stato naturale per Kant non è uno stato extrasociale: anche nel-

⁵⁰ I. KANT, *Il conflitto delle facoltà*, a cura di D. Venturelli, Morcelliana, Brescia 1994, II, § 6, pp. 165-167. Ed. or.: *Der Streit der Facultäten* [1798] = *Kant's gesammelte Schriften*, cit., I. Abt., cit., Bd. 7, cit., pp. 1-116 [p. 85].

⁵¹ *Ivi*, p. 167 [p. 86].

⁵² *Ivi*, ann., p. 168 [p. 87].

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., I, § 41, p. 133 [p. 306].

⁵⁵ ACHENWALL, *Juris naturalis pars posterior complectens jus familiæ, jus publicum et jus gentium in usum auditorum*, cit., § 1, p. 332: «Consideravimus parte operis huius priori iura atque obligationes naturales, quæ in *statu* hominum singulorum extrasociali seu *naturali* obtinent: nunc ad eas, quæ ex *statu sociali* deducuntur, explicandas accingimur».

lo stato di natura possono esserci società legittime (di diritto privato: la società coniugale, ad esempio). Kant afferma piuttosto la derivazione del diritto pubblico dal diritto privato nello stato naturale, ed anche la derivazione da uno stato non giuridico ad uno stato propriamente giuridico: «uscire dallo stato di natura per entrare in uno stato di giustizia distributiva»⁵⁶; per questo, nello stato civile deve essere garantito «il diritto di essere cittadini [*Staatsbürger*] e non soltanto soci [*Staatsgenosse*]]»⁵⁷. Le leggi del diritto pubblico riguardano «soltanto la forma giuridica del convivere degli uomini tra loro (la loro costituzione), relativamente alla quale esse devono esser pensate come pubbliche»⁵⁸. Quando si verifica un evento come quello della ribellione, è pur sempre un fatto *sociale*, ancorché una degenerazione del popolo nello stato di natura, attraverso una volontaria privazione dei diritti civili di cittadinanza: dal «popolo» [*Volk*] alla «plebe» [*Pöbel*]. La seconda parte dell'*Antropologia* documenta con chiarezza questo passaggio: «Col termine *popolo* (*populus*) si intende l'*insieme* [*vereinigte Menge*] degli uomini raccolti in un paese in quanto esso costituisce un *tutto* [*ein Ganzes*]. Si chiama *nazione* (*gens*) quell'*insieme*, o gli elementi di esso, che per l'origine comune si riconosce congiunto in un'unità civile [*zu einem bürgerlichen Ganzen*]; la parte che si esclude da queste leggi (cioè la moltitudine indisciplinata [*wilde Menge*] del popolo) è detta *plebe* (*vulgus*) che, quando si assembla illegalmente [*gesetzwidrig*], dà luogo al *perturbamento* [*das Rottiren*] (*agere per turbas*), che priva il volgo della qualità di cittadino»⁵⁹.

⁵⁶ KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., I, § 42, p. 134 [p. 307].

⁵⁷ *Ivi*, § 46, p. 144 [p. 315].

⁵⁸ *Ivi*, § 42, p. 134 [p. 306].

⁵⁹ KANT, *Antropologia dal punto di vista pragmatico*, cit., § 89, p. 733 [p. 311].

Questa distinzione verrà ripresa anche da HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Laterza, Roma-Bari 1999, § 244, p. 188. Ed. or.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1820] = *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Edition und Kommentar in sechs Bänden von K.-H. Ilting, Bd. 2, *Die «Rechtsphilosophie» von 1820, mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825*, Fromman-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974 [p. 682]. Hegel infatti scrive: «la plebe, a differenza del popolo, è la conseguenza del «decadere di una grande massa al di sotto della misura d'un certo modo di sussistenza [*das Herabsinken einer großen Masse unter das Maaß einer gewissen Subsistenzweise*]», ed anche «il decadere alla perdita del sentimento del diritto, della rettitudine e dell'onore di sussistere mediante propria attività e lavoro [*und damit zum Verluste des Gefühl des Rechts, der Rechlichkeit und der Ehre, durch eigene Thätigkeit und Arbeit zu bestehen*]», ciò che parimenti determina «d'altro lato una maggior facilità di concentrare in poche mani ricchezze sproporzionate [*die hinwiederum zugleich die größere Leichtigkeit, unverhältnismäßige Reichthümer in wenige Hände zu concentriren*]» (*ibid.*).

Se la distinzione in Kant è incentrata più sulla legittimità della condizione politica e sullo stato giuridico, in Hegel viene utilizzata come argomentazione dialettica in funzione del rapporto tra diritto ed economia nella società civile, ed anche per enfatizzare il problema della povertà: un problema che nella società civile, per Hegel, è insanabile.

Non deve destare stupore, infine, l'osservazione secondo cui la Rivoluzione francese per Kant non avrebbe avuto nemmeno bisogno di essere legittimata o giustificata, sancendo la convocazione degli Stati generali da parte di Luigi XVI, di fatto, la volontaria sospensione della sua autorità, e quindi anche la sua potenziale cessazione⁶⁰. Un punto, questo, esposto nella *Metafisica dei costumi*⁶¹, e affermato con decisione nelle *Reflexionen*, riconosciuto come «regola generale»⁶²: «quando il sovrano si sente incapace di reggere lo Stato, e incarica il popolo di reggerlo mediante i propri rappresentanti [*und sie sich vollständig repräsentiren läßt*]⁶³. Anche in questo caso non c'è nessun contratto da rescindere, ma un incarico che è venuto meno, quello che faceva del sovrano un rappresentante del popolo. Se il popolo in tal caso si esprime legalmente, non viola nessuna regola contrattuale e nessun diritto, anche quando ciò porti a un sovvertimento dell'ordine vigente. Kant vuole semplicemente dire che dove esiste ancora il popolo, esistono lo stato civile e la legalità. Dove non esistono diritti segreti – se i diritti sono ancora certi – non esiste usurpazione: «geheime Rechte, die sich nicht in äußeren declariren lassen, sind Usurpationen»⁶⁴. In tal senso, Kant è coerente anche con il principio sancito nel 1794 dal *Landrecht* prussiano: «L'uomo è chiamato persona, in quanto gode di diritti certi nella società civile [*Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt*]⁶⁵».

Il problema della negazione del diritto di resistenza in Kant, al di là di complessità e contraddizioni, e al di là del suo reale significato storico, può essere affrontato con una sicura chiave interpretativa: *l'unicità del potere sovrano e la sovranità inalienabile – jus personalissimum – del potere legislativo*.

⁶⁰ LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, cit., p. 72.

⁶¹ KANT, *Metafisica dei costumi*, I, § 52, p. 176 [p. 341]: «Ma non appena un capo di Stato in persona (sia esso il re, la nobiltà o tutto il popolo intero, l'unione democratica) si fa rappresentare [*sich auch repräsentiren läßt*], allora il popolo riunito non rappresenta più soltanto il sovrano, ma è lui stesso il sovrano».

⁶² LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, cit., p. 72.

⁶³ I. KANT, *Reflexionen zur Rechtsphilosophie = Kant's Gesammelte Schriften*, cit., Bd. 19, III Abt., cit., 8048, pp. 443-654, p. 593: «Endlich fragt es sich, ob, wenn ein Souverain die ganze Nation zusammenberuft und sie sich vollständig repräsentiren läßt, er alsdann die Rechte eines Souverains in dieser Zeit behalte? Er [ist] war nichts mehr als Stellvertreter, Statthalter, mit welchem das Volk nicht Contract gemacht hat sondern ihm blos seine Rechte zu vertreten aufgetragen hat. So lange er dieses thut, kann er alle Bewegungen des Volks hindern, dadurch sie sich zu constituiren sie sich, so ist seine Autorität nicht allein suspendirt, sondern sie kann gar aufhören, wie das Ansehen eines jeden Repraesentanten, wenn sein Machtgeber selbst gegenwärtig ist».

⁶⁴ *Ivi*, 8051, p. 594.

⁶⁵ *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, mit einer Einführung von H. Hattenhauer und einer Bibliographie von G. Bernert, Luchterhand, Neuwied 1996, § 1.

THE ROLE OF COURTS IN THE 'ADMINISTRATION' OF FOREIGN RELATIONS

Angelo Jr Golia*

Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law,
Heidelberg

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Networks, foreign relations and GAL. –
3. A taxonomy and current trends. – 3.1. Review norms. – 3.2. Collision norms.
– 4. Conclusion.

1. *Introduction.*

Since the half of XX century, globalization processes have increased inter-connection and inter-dependency among States and non-State actors, from a social, economic and legal perspective. At the same time, the adoption of social-democratic constitutions and the rise of international human rights law (HRL) have strengthened the cosmopolitan values of domestic legal systems, especially in western jurisdictions. Therefore, the positivization of these values made them binding principles/directives of constitutional and international law. The combination of these elements radically changed the normative relationship between constitutional law and foreign relations (FR), based on the separation of powers model of liberal constitutionalism. Indeed, the constitutions of XVIII and XIX centuries – mirroring a clear distinction between domestic and foreign affairs, between internal and external sovereignty – dealt with FR in a limited and axiologically neutral way, i.e. for few procedural guarantees of involvement for Parliaments. Therefore, they did not impose any substantive (i.e. axiologically-oriented) obligation to the political branches of government in the management of FR. In this regard, Locke's understanding of federative power¹ was qualitatively different from the executive, insofar as it could not be subject to prior legal rules. In this scenario, a judicial review on the foreign policy was both unfeasible and conceptually inconceivable. Therefore, since the federative power was 'much less capable to be directed by antecedent, standing positive laws than the executive', it had to 'be left to the prudence and wisdom of those whose hands it is in, to be managed for the public good' (LOCKE 1689).

* The author thanks prof. Maria Pia Iadicco for her comments and suggestions.

¹ 'The power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth' (LOCKE 1689).

However, the positivization of substantive principles, directly or indirectly related to FR,² at international, constitutional or legislative level, and the blurring of the distinction between domestic and foreign affairs, between internal and external sovereignty (GIEGERICH 2011), altered this scenario, making possible the judicial review of FR. This constitutes the latest stage of a process, started with the modern era, of capture/formalization of political systems by law, which also leads to its judicialization (VALLINDER 1994; STONE SWEET 1999). This normalization of FR ‘exceptionalism’ (SITARAMAN & WUERTH 2015; VASQUEZ 2015) raises several questions, investigated by a growing scholarship, and caused the emergence of an interdisciplinary legal field, ie the ‘foreign relations law’ (FRL). This latter ‘governs how [a] nation interacts with the rest of the world’ (BRADLEY 2017 and 2019), and includes ‘those written and unwritten norms of the internal law of States and increasingly also international intergovernmental organizations which regulate these entities’ conduct of foreign relations, ie their relations with other subjects of international law. Although FRL is defined functionally rather than structurally, three macro-areas can be individuated: 1) treaty-making, -development, and -termination; 2) international and supranational integration; 2) use of military force (GIEGERICH 2011). More generally, FRL intersects the two main axes of contemporary constitutional theory: the relationship between domestic constitutional law and international/transnational legal systems (PETERS 2017); and the relationship between the judiciary and the political branches in axiologically-oriented constitutional systems. In this framework, judicial bodies play a significant role. First, facing similar issues in the field of FRL, courts of different jurisdictions may develop common and/or equivalent standards of review, to evaluate the legality/constitutionality of FR acts. Second, to the extent courts take into account affected actors in reviewing FR acts/conducts, they may also progressively develop ‘norms of collisions’ with external actors and systems. Further, in contemporary constitutional systems judicial bodies, either directly or indirectly, take part into the management of FR, contributing to its co-determination.

These insights explain why the ‘Global Administrative Law’ (GAL) offers theoretical tools to the conceptualization of FRL. The GAL project, referring to the procedural and substantive norms developed either formally or informally by ‘global administrative bodies’,³ ‘starts from the insight that

² At domestic level see eg arts 35(3) It Const. At international level see arts 55, 73, 76 UN Charter; 1 ICCPR; 15(4), 23 ICESCR; and the 1970 UN *Friendly Relations Declaration*, A/RES/25/2625.

³ «Formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference

much of the global governance can be understood in administrative terms, as global administration that operates in a 'global administrative space' in which the boundaries between the domestic and international spheres have largely broken down' (KRISCH 2010). It is interested in the 'mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies' (KINGSBURY *et al.* 2005).

2. Networks, foreign relations and GAL.

The GAL project deals with judicial bodies in two linked ways. First, they are reviewing bodies, checking the respect by networks of 'global administrative bodies' of some normative tenets (legality, participation, transparency, *audiatur et altera pars*, justification, proportionality) (SLAUGHTER 2004; KINGSBURY *et al.* 2005; BENVENISTI 2014; CRAIG 2015). Second, they are networks themselves, generating their own 'network norms' (SLAUGHTER 2004; BERMAN 2012), in the form of norms of collision (margin of appreciation; *Solange*-like doctrines; subsidiarity; deference/comity), in order to manage clashes among the legal systems and/or regimes where they operate respectively (NICOLAIDIS & SHAFFER 2005; CASSESE 2009; JOERGES, KJAER & RALLI 2011; MICHAELS & PAUWELYN 2012; MUIR-WATT 2016). Therefore, courts take part to the regulation of global spaces, and can be added to the plethora of 'GAL regulators' (D'ALTERIO 2011 and 2016). Looking at judicial networks through GAL lenses is useful, especially using result-oriented taxonomies, as they share some features of other information, harmonization and enforcement networks, and may promote convergence, compliance and cooperation among involved systems. Further, just like other networks, they arise as a result of two globalization paradoxes: 1) establishment of fragmented yet structurally coupled systems, at both functional/transnational and territorial/national level (FISCHER-LESCANO & TEUBNER 2004; YOUNG 2012); 2) expansion of global governance capacity without centralizing/centralized policy-making powers and third instances (SLAUGHTER 2004). Indeed, socio-legal analyses highlighted that hybrid networks emerge as 'deparadoxifiers' in multiple bind situations, typical of globalization scenarios.

However, there is a significant difference between judicial and administrative networks. While the latter are called to manage common concerns

to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particularly public significance» (KINGSBURY, KRISCH & STEWART 2005).

and problems (monetary and financial stability; corruption practices; food safety; etc.) based on administrative (result-oriented and strategic) rationality, the former solve legal questions and disputes, through rules and principles, based on a legal (procedure-oriented and parametric) rationality, not freely manipulable by judges (SOMEK 2010; MÖLLERS 2016). This difference remains, even acknowledging the creative rule-making function of jurisprudence, the growing use in contemporary judicial adjudication of consequentialist approaches, and the internalization of cognitive expectations into law, via principled legislation, argumentations based on balancing, proportionality, and reasonableness. Such difference is relevant, as administrative agencies are more likely to develop – either formally or informally – their own ‘network’ and ‘collision’ norms, for their mandate is functionally determined by the result to accomplish, in fields where they hold an almost exclusive expertise. Once stabilized, these norms may also be positivized in either international or domestic ‘hard law’ (MÖLLERS 2016).

In the field of FRL judiciaries find themselves in a typical ‘double bind’ situation, as they are ‘torn between, on the one hand, loyalty to the international and national rule of law and, on the other, allegiance to national or organizational interests’ (GIEGERICH 2011). However, in such field performing ‘deparadoxifying’ functions is more difficult. Unlike administrative agencies, judicial bodies are procedurally and substantially bound to the dispute pending before them, with which they must deal in a parametric way. Their institutional genetic code consists in *ius dicere* between conflicting parties, rather than accommodating their conflicting interests. Further, even conceiving constitutional principles as optimization commands, in the field of FR there is no single ‘common’ and functionally determined result to accomplish. On the contrary, different and conflicting results are determined by political branches of government, which in this domain are necessarily a large degree of discretion, mainly because in this field courts suffer a significant lack of expertise, due especially to the secrecy and the need for speed of some FR decisions (MÖLLERS 2016). However, while any ‘common language’ is probably doomed to stay under-formalized, this relative under-formalization seems a distinctive feature of ‘transjudicial dialogue’, which does not necessarily prevent ‘deparadoxifying’ functions (FONTANELLI & MARTINICO 2008). In the next section a tentative taxonomy of the forms that such ‘common language’ may take in FR, using the GAL theoretical tools, is outlined.

3. *A taxonomy and some trends.*

Since the scope of FRL is determined functionally rather than structural-

ly, drawing a clear-cut taxonomy of the judicial decisions in this field is extremely problematic (BRADLEY 2019). Indeed, precisely because of the growing porosity between domestic and foreign affairs, judicial rulings which seem to exclusively concern domestic issues have significant and unintended consequences on foreign affairs, and vice versa. For example, a US Supreme Court decision concerning copyright law⁴ may matter to manufacturers and consumers throughout the world, with economic impacts worth billions, thus generating diplomatic concerns and frictions. Similarly, a German Federal Administrative Court's ruling on an individual's legitimate conscientious objection may affect military cooperation policies.⁵ In this regard, not all internal legal norms which are related to or bear on foreign relations (eg provisions regarding the status of international law within the domestic legal system) belong to FRL in the strictest sense (GIEGERICH 2011). Moreover, States do not implement foreign policy through legislative acts only, but also through administrative measures, material conducts and informal and/or consensus-based agreements with no clear legal status, which make judicial review extremely challenging, even when a court having jurisdiction does exist. Further, in some constitutional systems (eg the US), executive and administrative bodies enjoy autonomous legitimation and have a specific constitutional mandate to act in FR. These factors, which challenge the 'capture' of FR by courts, are relevant especially from a comparative institutional perspective, in so far as judicial review systems vary significantly as to the means of access and the typologies of acts/conducts which may be reviewed,⁶ and to the normative grounds for considering a question as 'non-justiciable', thus deferring decisions to executive branches.

However, despite FRL's blurred boundaries and the institutional concerns, a major divide may be individuated: 1) rulings involving a certain qualification or the application of certain standards of review on FR acts (or of acts otherwise affecting FR); 2) rulings involving the coordination/cooperation with other systems in the field of FR, thus developing 'norms of collision'. Both categories may in turn have either (a) procedure or

⁴ See *Kirtsaeng v Wiley & Sons, Inc*, 133 S Ct 1351 (2013).

⁵ See BVerwG, 2 WS 12.04.

⁶ The Italian Constitutional Court (ICC) cannot be accessed directly by private lamenting violations of constitutional rights, and can only review legislative acts. Further, parliamentary minorities have no direct access to the Court, with the consequence that the Parliament never starts the 'conflict of powers' procedure, when its FRL prerogatives are not respected. In this regard, in recent years such procedure has been activated in FR by the judiciary rather than the Parliament, in cases concerning the affixing of State secret on evidence sources in criminal trials against intelligence officials: ICC decisions nos 164/2018, 40/2012, 106/2009, 425/2008.

(b) substantive grounds.⁷ These categories may overlap as, e.g., reasonableness and proportionality may enter considerations related to ‘international comity’.⁸

	(1) review/qualification of FR acts/conducts (‘review norms’)	(2) coordination/cooperation with other systems in FR (‘collision norms’)
(a) judicial procedure grounds	(1.a) Access/standing; Deference to executive’s interpretation/findings; Justiciability; (...)	(2.a) International comity; Extraterritoriality; Self-execution doctrines; (...)
(b) substan- tive grounds	(1.b) Legality/constitutionality; Human rights; Proportionality/reasonableness; Participation/representation; (...)	(2.b) Evaluation of other systems’ respect of human rights; (...)

Obviously, it is not possible to undertake here a thorough survey of the decisions falling under each sub-category. However, we can outline some trends.

3.1. *Review norms.*

The category 1(a), concerning the norms developed without resolving a case on the merits, includes *inter alia* rules on the access/standing of private parties, the deference towards executive branches (either on the interpretation of law or on factual findings), the justiciability of the question itself, etc. In this field it is possible to observe a slow, sometimes contradictory but constant process of expansion of the courts’ competence to autonomously adjudicate such questions, both in common law and in civil law jurisdictions.⁹ More importantly, domestic courts, sometimes under the pressure of

⁷ ‘Substantive grounds’ is used from a judicial perspective, to indicate issues to be resolved on the merits, and which may be regarded as procedural from an administrative perspective.

⁸ See eg ICC decision no. 238/2014, analysed in more detail below.

⁹ A spectacular expansion may be found in the case law of the Israeli Supreme Court: see eg HCJ 217/80, *Segal v Minister of Interior*; HCJ 1/81, *Shiran v Broadcasting Authority*; HCJ 910/86, *Ressler v Minister of Defense*. See also the 1995 *Chechnya* case of the Russian Constitutional court; the 1985 *CCSU* case before the UK House of Lords; the 1985 *Operation Dismantle* case; the 2010 *Khadr* case of the Supreme Court of Canada.

HRL,¹⁰ seem to increasingly reduce the use of 'exceptional' doctrines of *intrinsic* non-justiciability (such as the political question doctrine)¹¹ and/or of deference to executives' interpretations/findings. Indeed, even when they accord such deference, they rather offer their own *legal* justifications as to the reasons for doing so (e.g. executive expertise).

In this regard, in its latest decisions the US courts seem to reject the use in FR of the *Chevron* approach, a standard of review first elaborated in administrative law, that accords an almost exclusive deference to government's agencies in interpreting the statutes regulating the domains they are called to administer (WUERTH 2014). More generally, when they declare a question inadmissible, they progressively resort to 'ordinary' tools provided by judicial procedure, such as standing requirements (AMOROSO 2010; SITARAMAN & WUERTH 2015), although the evolutive interpretation of these latter seem to increasingly permit a greater access of privates to litigate FR issues.¹² This trend regarding category 1(a) shows that, insofar as judicial bodies increasingly address the merits of cases concerning FR, or declare them inadmissible using the same standards as for other fields, they show confidence in the possibility to legally adjudicate FR issues and to invalidate laws related to FR.

Moving to legal standards used on the merits (category 1(b)), it is possible to identify an expanding trend, as national courts increasingly use the same substantive criteria of evaluation as for domestic laws/issues. This trend, which varies in context and intensity, does not relate only to the application of constitutional/legislative specific rules on, e.g., the content of an agreement or the process of treaty-making – which in some cases may lead to the invalidation of a treaty as such –¹³ but also to the use of constitutional general principles.¹⁴ These latter include both the respect of constitutional rights, often interpreted in the light of international law,¹⁵ and general claus-

¹⁰ Concerning the deference towards executives, see eg ECtHR *Chevroil v France*, 13 Feb 2003.

¹¹ In the US see *Al Shimari v CACI Premier Tech., Inc*, 840 F 3d 147, 151 (4th Cir 2016), a case concerning alleged acts of torture committed by a private military contractor's employees towards Abu Ghraib prisoners, vacating the district's court dismissal based on the political question doctrine.

¹² See eg *Bond v United States*, 131 S Ct 2355 (2011) (*Bond I*), which seems to distinguish the standing required to raise Tenth Amendment challenges from the stricter 'legislative standing' required in *Raynes v Bird*, 521 US 811 (1997).

¹³ See eg ICC decision no 295/1984.

¹⁴ The Colombian constitutional court ruled against the constitutionality of bilateral investment treaties (BIT) signed with the UK and Cuba, on the grounds that they would have effectively deactivated fundamental provisions of the Colombian constitution (Decisions no C-358/96 and C-379/96).

¹⁵ See the *Pershing II* case of the German Constitutional court (BVerfGE 66, 39 2 BvR 1160/83); the UK Queen's Bench Division (Divisional Court) decision in *Hutchinson v Newbury Magistrates Court*, 2 Oct 2000.

es and standards such as reasonableness and proportionality. Examples going in this direction may be drawn from Italian, Spanish, British and US case-law, as well as from the CJEU (TROPEA 2012; MCLACHLAN 2014; SCHÜTZE 2014). In this regard, US federal courts used proportionality/balancing techniques in issuing/staying preliminary injunctions barring the enforcement of President Trump's 'travel bans', especially when compared to the more traditional 'plenary power doctrine'. Similar developments may be observed in the case-law related to the treatment of enemy combatants in the US 'war on terrorism'.¹⁶ Just like in domestic issues, in deciding the values/rights to balance, and the 'weight' to give to each of them, courts inevitably exercise some degree of discretion, which cannot but impact on a State's FR (TROPEA 2012). Further, when relevant domestic law, whether in the form of a constitutional provision, statute, judicial doctrine, or customary practice,¹⁷ does not explicitly provide for participatory rights or is unclear on that point, judicial review of FR acts may even come to impose them, in order to increase their legitimation. In this regard, however, there are still significant differences between the US and the European jurisdictions, probably rooted in the different 'age' of the respective constitutions.

Indeed, one of the fields where the US political question doctrine remains almost untouchable concerns the process of ratification. In 2001 a Court of Appeals, reversing a lower court ruling,¹⁸ dismissed as nonjusticiable political questions the petitions of labor organizations and a non-profit group promoting the purchase of American-made products, to declare unconstitutional the North American Free Trade Agreement (NAFTA), as it was never approved by the two-thirds majority of the US Senate (art. II sec. 2 US const). The court, relying heavily on the treaty-termination case *Goldwater v. Carter*,¹⁹ held that it lacked art. III jurisdiction, since it was up to the political branches to decide how to ratify a treaty, whether through the two-third majority, or a 'congressional-executive agreement', or a 'sole executive

¹⁶ See *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 553 US 723 (2008).

¹⁷ See arts 75, 78, 80, 87, 117 It const (constitutional allocation of FR power) and Laws no 124/2007 (affixing of State secret), 234/2012 (parliamentary and local participation to EU policy and law-making and -implementation), 145/2016 (parliamentary authorization of external deployment of the military); in UK the "Ponsonby Rule" and Part 2 of the 2010 Constitutional Reform and Governance Act (giving the House of Commons the authority to indefinitely block ratification); in Germany the 2005 Parliamentary Participation Act; in Japan the "Ohira Principles" (BRADLEY 2019).

¹⁸ *Made in the USA Foundation v. United States*, 56 F Supp 2d 1226 (ND Ala 1999) which had reached the merits of the case, thus excluding that the case presented a nonjusticiable political question.

¹⁹ *Goldwater v. Carter*, 444 US 996 (1979).

agreement'.²⁰ On the contrary, the UK Supreme Court has recently held that the Government was required to obtain authorization from Parliament before initiating withdrawal from the European Union. While the Court's reasoning was mainly based on the principle of parliamentary sovereignty, it also showed the belief that democratic consent mediated by (constitutional) law is necessary to take fundamental FR decisions affecting domestic affairs and involving 'fundamental change in the constitutional arrangements'.²¹ Such decision was coherent with the 1971 ruling concerning the British accession to the European Community, stating that it was beyond the jurisdiction of the Courts to perform a judicial review on Parliament's rightful exercise of its prerogative powers.²² Similar decisions were taken by the Irish Supreme Court, requiring a referendum for the Treaty of Lisbon to be ratified; and the German Federal Constitutional Court, which, in its famous Lisbon treaty ruling, alluded to the possibility that the German people as constituent power adheres to a future European Federal state through referendum, despite the fact that such institute is not foreseen by the German Basic Law.²³

3.2. *Collision norms.*

However, the expansion of judicial review does not necessarily imply greater coordination. On the contrary, it could lead to more disorder and unpredictability. Here we move to category 2, concerning the 'collision norms', governing the reach of conflicting and/or overlapping systems and the extraterritorial expansion of a legal system and the domestic enforcement/recognition of other systems' sources. Also in this case, courts base decisions on either procedural (category 2(a)) or substantive grounds (category 2(b)). The 'collision norms' include 'act of State' and sovereign immunity doctrines – limiting the circumstances under which courts examine the validity of foreign governments acts and the responsibility of sovereign actors – as well as several other doctrines of judicial abstention (international comity, *forum non conveniens*, margin of appreciation, subsidiarity, *Solange*, *controlimiti*), preventing judges from evaluating the merits of a claim or grant the recognition/enforcement of outer sources. In particular, in common law jurisdictions courts seem to explicitly take into consideration *lato sensu* polit-

²⁰ *Made in the USA Foundation v United States*, 242 F3d 1300 (11th Cir 2001).

²¹ *R v Secretary of State for exiting the European Union* (2017) UKSC 5.

²² *Blackburn v Attorney General* [1971] 2 All ER 1380.

²³ 2 BvE 2/08, paras 217, 228. On the contrary, the Constitutional Court of the Republic of Latvia, required by a complainant to rule in favour of a referendum, ruled in favour of the Lisbon Treaty, as in its view a referendum was not required by the constitution.

ical rather than strictly legal elements. While such attitude contributes to make their decisions more understandable, it also affects their capacity to generally orient the public. On the other hand, in European jurisdictions, where choice-of-law rules are generally less flexible,²⁴ such elements are hidden behind more formalist arguments.

This attitude is apparent in the evolution of the US ‘act of State’ doctrine. Since 1990²⁵ the Supreme Court has narrowed the scope that this doctrine previously enjoyed²⁶, limiting the case-by-case balancing in deciding whether to apply it, but the following federal jurisprudence did not have a much greater coherence. More generally, US courts increasingly adopt ‘reasonableness’ standards in deciding whether to extend the reach of domestic law. This ‘prescriptive comity’, consisting in the respect sovereign nations afford each other by limiting the reach of their laws,²⁷ does not coincide with the ‘judicial comity’, whereby judges decline to exercise jurisdiction over matters more appropriately adjudged elsewhere (eg the *forum non conveniens* doctrine).²⁸ Similarly, in the field of extraterritorial jurisdiction, there is a paradoxical double movement toward global coordination. While US courts seem to progressively narrow the extraterritorial reach of their jurisdiction,²⁹ the European integrated legal system(s) seem to progressively expand theirs.³⁰ In these cases reasonableness and proportionality are not applied to evaluate a FR act/conduct as such, but to extend or narrow the reach of a court’s own legal system. Consequently, substantive evaluations affect procedural decisions, which only apparently do not involve the merits of a case. Indeed, there is a silent shift towards substantive standards of review, hidden in the fabric of procedural decisions. This is quite apparent when courts, in deciding whether to assert their jurisdiction, explicitly refer to the respect of human rights (HRs) and/or justice in the system which would be competent. For example, before the CJEU judg. *Owusu* ruled that Regulation (EC) 44/2001 prevented its application, this was the case for the

²⁴ See Regulation (EC) No 864/2007 and Regulation (EU) 1215/2012.

²⁵ *Kirckpatrick & Co v Environmental Tectonics Corp*, 493 US 400 (1990).

²⁶ *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 US 398 (1964).

²⁷ See Scalia’s dissenting opinion in *Fire Ins Co v California*, 509 US 764, 817 (1993).

²⁸ *F. Hoffman-La Roche Ltd V Empagran, SA*, 542 US 155.

²⁹ *Equal Employment Opportunity Comm. v Arabian American Oil Co.*, 111 S.Ct. 1227 (1991); *Morrison v National Australia Bank*, 130 S Ct 2869 (2010); *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S Ct 1659 (2013); *United States v Vilar*, 729 F3d 62, 70, 2d Cir (2013). The US Supreme Court argued that presumption against extraterritoriality ‘serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord’.

³⁰ See eg the ECHR Grand Chamber judgment, *Al-Skeini and others v UK* (2011), and the CJEU judgment *Owusu v Jackson and others*, Case C-281/02, and their effects on the legal systems of Member States.

British *forum non conveniens* doctrine. In determining 'the more appropriate forum', English courts used to adopt a two-part test. First, considering the interests of the parties and the nature of the subject matter, a determination was made as to whether another forum was more appropriate. Second, the courts inquired as to whether 'substantive justice' would be achieved in that other forum. This second part differentiated the English test from the US one, whereby 'justice' is not such an explicit part of it.³¹ Similar considerations influenced the *Pinochet* case, where the UK House of Lords held that 1) allegations of torture and hostage taking 'pierced the veil' of the personal jurisdictional immunity granted to Heads of State, codified in arts. 28, 29 and 31 of the Vienna Convention of Diplomatic Relations and in part II of the 1978 State Immunity Act; 2) the act of State doctrine was inapplicable, as the Parliament, by enacting section 134(1) of the 1988 Criminal Justice Act defining torture and section 1(1) of the 1982 Taking Hostages Act, had shown that the conduct with which Pinochet was charged was a justiciable matter before the English courts.³²

In an opposite direction, domestic courts increasingly use balancing, reasonableness and HRs in recognizing or enforcing foreign sources, or in granting 'self-executing' status to international law. This profile is particularly explored in the European scholarship, as a consequence of the EU integration process. EU member States have developed equifunctional doctrines of 'constitutional resistance' (*Solange, controlimiti*), which deny the 'entrance' of external sources under certain circumstances, and whose effect has been the reflexive evolution of the EU system towards a greater respect of fundamental rights. These legal tolerance/resistance/jurisgeneration doctrines are increasingly applied outside the EU integration context, as general models to manage inter-systemic collisions.³³ An application of this model was the ICC judgment no. 238/2014, for which some background is needed. In the Italian jurisdiction international treaties hold a supra-legislative status, as they prevail over ordinary laws but are subject to the Constitution in its entirety.³⁴

³¹ See *Lubbe and others v Cape plc*, 4 All. ER 268 (HL).

³² *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, 2 WLR 827 (HL 1999).

³³ The most famous example probably remains the *Kadi* saga, a series of decisions whereby the CJEU annulled EU Regulations implementing UN Security Council resolutions imposing restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Al-Qaeda, for the violation of the affected persons' procedural rights. See in particular: CJEU Grand Chamber, 18 July 2013, *European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi* in Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P. A substantially identical case, with the same result, was the UK Supreme Court case *HM Treasury v Ahmed & others* [2010], UKSC 2.

³⁴ See art 117(1) const and ICC judgments nos 348 and 349/2007.

On the contrary, customary international law (CuIL) enters the Italian legal systems automatically, even without any specific act of execution, and enjoys a quasi-constitutional status,³⁵ i.e. it holds the same status as the Constitution, with the only exception of its supreme principles (*controlimiti*). Starting from the beginning of the 2000s, Italian ordinary courts³⁶ started ruling in favour of privates' civil claims against Germany for war crimes during the WWII, in violation of the customary international rule on the jurisdictional immunity of States for acts *iure imperii*. The obvious reaction of Germany was to resort to the International Court of Justice (ICJ) – whose rulings are binding upon UN member States adhering to the related Protocol – which in 2012 ruled in favour of Germany. The ICJ confirmed that State immunity is a CuIL rule and although the German acts constituted violations of *ius cogens*, they did not deprive Germany of its jurisdictional immunity. The jurisdictional immunity of states and the human right to a judicial guarantee operate on two distinct and parallel level. Further, in 2013 the Italian Parliament added to the law ratifying the 2004 New York Convention on Jurisdictional Immunities of States an *ad hoc* provision, explicitly excluding the Italian jurisdiction for war crimes committed by the Third Reich, even for pending proceedings. So, in 2014 three legally binding sources were in force: the CuIL rule on State immunity, having quasi-constitutional status; the ICJ ruling, binding according to the UN Charter, which is a ratified treaty, and therefore enjoys a supra-legislative status; and the *ad hoc* 2013 provision.

The ICC's argument followed three steps. First, it recognized the ICJ's interpretive monopoly on international customary law, proclaiming its incompetence to re-assess the scope of the State immunity rule, and how it relates to the human right to jurisdictional remedy. Secondly, it adopted a balancing approach, 'weighting' on the one hand the outright ineffectiveness of the right to an effective jurisdictional remedy, recognized by arts. 24 Const. and 6 ECHR and on the other hand, the State immunity recognized by international law, in this case shielding the commission of war crimes. Thirdly, it declared the unconstitutionality of the 2013 *ad hoc* provision, of the law ratifying the UN Charter 'to the extent it made the 2012 ICJ decision binding upon domestic judges', and denied the 'entrance' of the customary international norm into domestic system according to art. 10 Const. Thus, judgment no. 238/2014 generated both a 'review norm' and a 'conflict norm'. From the FR perspective, the ICC accorded a high deference to the ICJ: the ICC could have autonomously reassessed the scope of the norm on State immunity but argued not to be allowed to do so. However, in this case 'judicial comity' did not lead to 'legal comity' (D'ALTERIO 2011; KUNZ

³⁵ Art 10 const.

³⁶ See Cass no 5044/2004 (*Ferrini*).

2018). Further, the ICC explicitly took a position different from the political branches.³⁷ In its balancing it did not take into account, or did not give much weight, to other values at stake, eg the 'peace among nations' and the interest to friendly relationships among sovereign entities (art. 11 Const.): regardless of its legal form, this choice had a political impact. Finally, the ICC had an 'iurisgenerative' intent, aiming to influence international customary law, and change the scope of the State immunity norm: it recalled the role of the Italian and Belgian jurisprudence at the beginning of the XX century in overcoming the State immunity rule for acts *iure gestionis*. Moreover, the decision was intended to oblige the Italian Government to engage in further negotiations with Germany, in order to give satisfaction to the plaintiffs.

This judgment shows that judicial rulings may negatively affect otherwise friendly relations and the reciprocal trust among States. That is why the expansion of the judicial competence to adjudicate FR may be an obstacle to coordination and/or harmonization among systems, and the use of HRs or other substantive standards could even lead to greater disorder, especially because courts' decisions differ as regards their *hierarchization*. In other cases, political influence (rather than humanity) play a crucial role in developing 'norms of collision'. This is the case, for example, of the use of self-executing doctrines by US courts towards the rulings of the ICJ³⁸ and by the CJEU in the field of trade agreements.³⁹ Similarly, the US case law limited the extraterritorial reach mainly in the field of human rights, but narrowed it only slightly as regards the control of global economy.⁴⁰ In these cases, domestic courts, in denying the direct effect of international norms, seem more concerned with preserving their domestic judicial authority, and guaranteeing domestic interests.

4. Conclusions.

The expansion of judicial review shows a growing trend to conceive the management of FR in terms of 'administration'. Further, using the GAL theoretical tools helps to categorize the judicial decisions in the field of FR,

³⁷ After the judgement, the Government made its parliamentary majority pass an amendment to a pending bill, making impossible for privates to seize bank accounts held in Italy by foreign States.

³⁸ *Medellin v Texas*, 552 US 491 (2008) where the US Supreme Court took a stance opposite to the executive.

³⁹ See ECJ, *International Fruit Co. v Produktschap voor Groenten en Fruit*, C-21-24/72; *Germany v Council*, C-280/93; *Portugal v Council*, C-149/96; *Van Parijs*, C-377/02; and the Joined Cases C-300/98 and C-392/98, *Parfums Dior and Assco Gerüste* C-392/98.

⁴⁰ See the 2010 *Dodd-Frank Act* and the related case law (*Liu v Siemens AG*, No. 13-cv-4385, 2014 WL 3953672, 2d Cir Aug 14 (2014)).

and brings out the role of ‘global regulators’ of the courts in a domain where their impact is underestimated. Courts, either knowingly or unknowingly, contribute to the co-determination of States’ FR, and this role has become structural. Indeed, a GAL approach, in highlighting such role, may strengthen the self-awareness and responsiveness of courts. Moreover, judicial bodies around the world increasingly deal with similar issues and reciprocal interactions in the FR field. That is why a ‘global administrative law of foreign relations’ or a ‘global administrative foreign relations law’ may emerge, at least to some limited extent and with several exceptions.

However, the survey confirms that a greater role of judicial bodies, while having ‘deparadoxifying’ effects in some cases, may lead to disorder, conflict and de-stabilization in others. Indeed, networks’ anarchy seem to be higher in FR more than other fields. Put differently, the survey raises the question of *how and according to which normative tenets* it is possible to reduce the dangers of judicial networks’ ‘low formalization’ and ‘anarchy’ in FR. This situation constitutes a dilemma: humanization and democratization of FR leads to the expansion of judicial action, but this latter, without strong formalization and common frameworks, may in turn exacerbate the dangers for humanity and democracy. Here, the GAL does not suffice anymore. Indeed, according to its ‘modest’ ambitions, the GAL project does not offer strong normative guidelines, besides those related to the procedural guarantees. Since its early development, the GAL relied on the global spread of common and/or similar practices by national and international administrative bodies, upon which its normative tenets are based. From this perspective, the GAL retains a ‘soft’ normative value, through which a doctrinal project aims to bridge a relatively little gap between an ‘Is’ and an ‘Ought’ at global level, by expanding and strengthening the guarantees towards administrative action, where they have not been established yet. This ‘softness’ is less helpful when a stronger normative approach is needed, as in the FR field. In other words, the FR domain constitutes an extremely hard test for the the GAL project – not only to describe, but also – to prescribe and order the structures of global governance. Scholars supporting the GAL project are aware of these limits and claim that it is not rival to more ambitious approaches, related to foundational rather than limitational issues, and the hierarchy of values at global level. Unsurprisingly, their latest works focus on legitimacy issues and the normative bases for the law regulating global governance institutions (BENVENISTI 2014). Here, we do not discuss which ‘global constitutionalism’ approach would fit the FR domain. However, in order to meet such ambitions, any constitutional approach must face the foundational challenges defying the GAL in the field of FR, calling for a re-conceptualization of the legal-political tools of modernity, namely sovereignty (PETERS 2009; BENVENISTI 2014) and representation (BOGDANDY & VENZKE 2014).

Bibliographic references

- Amoroso, D. (2010). A Fresh Look at the Issue of Non-Justiciability of Defence and Foreign Affairs. *LJIL*, 23, p. 933.
- Berman, P.S. (2012). *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. CUP. Cambridge.
- Benvenisti, E. (2014). *The Law of Global Governance*. Brill. The Hague.
- Bogdandy, A. & Venzke, I. (eds.) (2014). *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. OUP. Oxford.
- Bradley, C. (2017). Foreign Relations Law as a Field of Studies. *AJIL*, 111: p. 316.
- Bradley, C. (forthcoming 2019). What is Foreign Relations Law?. In: Bradley, C. (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. OUP. Oxford.
- Cassese, S. (2009). *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Donzelli. Roma.
- Craig, P. (2015). *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*. CUP. Cambridge.
- D'Alterio, E. (2011). From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder?. *ICON*, 9: p. 394.
- Ead. (2016). Judicial Regulation in the Global Space. In: Cassese, S. (ed.). *Research Handbook of Global Administrative Law*. Elgar. Cheltenham: p. 303.
- Fischer-Lescano, A. & Teubner, G. (2004). Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Mich. J. Int'l L.*, 25: p. 999.
- Fontanelli, F. & Martinico, G. (2008). Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello. *RTDP*: p. 351;
- Giegerich, T. (2011). Foreign Relations Law. In: Wolfrum, R. (ed.). *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, IV. OUP. Oxford.
- Hirschl, R. (2008). The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annu. Rev. Political Sci.*, 11: p. 93.
- Joerges, C., Kjaer, P. & Ralli, T. (2011). A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation. *TLT*, 2: p. 153.
- Kingsbury B., Krisch N., & Stewart, R.B. (2005). The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemp. Probs.*, 68: p. 15.
- Krisch, N. (2010). Global Administrative Law and the Constitutional Ambition. In Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*. OUP. Oxford: p. 245.
- Kunz, R. (2018). Teaching the World Court Makes a Bad Case - Revisiting the Relationship between Domestic Courts and the ICJ. MPIL Research Paper No. 2018-12: <https://ssrn.com/abstract=3213345>.

- Locke, J. (1648). *Two Treatises of Government*. London.
- McLachlan, C. (2014). *Foreign Relations Law*, CUP. Cambridge.
- Michaels, R. & Pauwelyn, J. (2012). Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law. *Duke J. Comp. & Intl'L.*, 22: p. 349.
- Möllers, C. (2016). Constitutional Foundations of Global Administration. In: Cassese, S. (ed.), *Research Handbook of Global Administrative Law*. Elgar. Cheltenham: p. 107.
- Muir-Watt, H. (2016). Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival. *TLT*, 7: p. 313;
- Nicolaidis, K. & Shaffer, G. (2005). Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government. *Law & Contemp. Probs.*, 68: p. 263.
- Peters, A. (2009). Humanity as the Λ and ω of Sovereignty. *EJIL*, 20: p. 513.
- Id. (2017). Foreign Relations Law and Global Constitutionalism. *AJIL*, 111: p. 331.
- Schütze, R. (2014). *Foreign Affairs and the EU Constitution Selected Essays*. CUP. Cambridge.
- Sitaraman, G. & Wuerth, I. (2015). The Normalization of Foreign Relations Law. *HLR*, 128, p. 1897.
- Slaughter, A.M. (2004). *A New World Order*. PUP, Princeton.
- Somek, A. (2010). Administration without Sovereignty. In: Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*. OUP, Oxford.
- Stone Sweet, A. (1999). Judicialization and the Construction of Governance. *CPS*, 32: p. 147.
- Tropea, G. (2012). Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico. *Dir. amm*: p. 329;
- Vallinder, T. (1994). The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction. *IPSR*, 15: p. 91.
- Vasquez, C.M. (2015). The Abiding Exceptionalism of Foreign Relations Doctrine. *HLR Forum*, 128: p. 305.
- Wuerth I., (2014). 'Chief Justice Roberts: De-Chevronizing U.S. Foreign Relations Law', *Lawfare* (16 May 2014): <http://www.lawfareblog.com/2014/05/chief-justice-roberts-de-chevronizing-u-foreign-relations-law>.
- Young, M. (ed.) (2012). *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, CUP. Cambridge.

IL LATO OSCURO DELLA FORZA:
CORPORATIVISMO GIUDIZIARIO, STATO COSTITUZIONALE
E COSTITUZIONALISMO

THE DARK SIDE OF THE FORCE: JUDICIAL CORPORATISM,
CONSTITUTIONAL STATE AND CONSTITUTIONALISM

Fausto Vecchio
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato
Università Kore di Enna

SOMMARIO: 1. Premessa. Lo stato costituzionale di diritto e i pericoli di un nuovo dogmatismo in materia di giustizia. – 2. Il dibattito in Assemblea costituente e i compromessi raggiunti sulla collocazione costituzionale del pubblico ministero. – 3. Le questioni irrisolte e il parziale fallimento del tentativo di razionalizzazione della Corte costituzionale. – 4. I due orientamenti costituzionalmente possibili e l'atteggiamento prevalente in dottrina. – 5. Le posizioni della dottrina e l'estensione reale dei poteri dei pubblici ministeri: l'autoattribuzione dei poteri e la sostanziale deresponsabilizzazione. – 6. Le ragioni teoriche per dubitare dell'interpretazione oggi prevalente e dell'attuale assetto della pubblica accusa: l'inadeguatezza storica, i pericoli di consociativismo giudiziario e la miopia politica. – 7. Le ragioni pratiche: l'empirica incompatibilità dei poteri del pubblico ministero con il costituzionalismo. – 8. L'attualità e le ulteriori ragioni per abbandonare gli schemi del passato: lo scandalo Palamara e i problemi connessi alla Circolare Salvi. – 9. Conclusioni. Il paradosso di uno stato costituzionale lesivo dei principi del costituzionalismo: il lato oscuro della forza e la necessità di un intervento di riforma.

PAROLE CHIAVE: *corporativismo giudiziario, indipendenza del potere giudiziario, costituzionalismo, stato costituzionale*

KEYWORD: *judicial corporatism, Judicial independence, constitutional state, constitutionalism*

ABSTRACT: *I recenti scandali che hanno investito il mondo giudiziario impongono una riorganizzazione del sistema di giustizia funzionale ad impedire il ripetersi degli errori che hanno prodotto la situazione attuale. Diventa quindi essenziale tornare a riflettere sui problemi dell'organizzazione della giustizia.*

ABSTRACT: *The most recent scandals that have affected the judiciary have emphasized the need for a reorganization of the judicial system. Such reorganization appears relevant for fixing and avoiding those mistakes which have brought to the current situation. Therefore, it is essential to reflect on the organizational problems of the judicial system.*

1. *Premessa. Lo stato costituzionale di diritto e i pericoli di un nuovo dogmatismo in materia di giustizia*

È noto come, alla fine del secondo dopoguerra, preso atto del fallimento di un'idea di stato in cui il costituzionalismo è essenzialmente ridotto alla formalistica esaltazione del parlamentarismo e della rappresentanza¹, si è cercato di dare vita ad una nuova e più complessa teoria della Costituzione che, pur senza rinunciare all'affermazione della legittimazione democratica proveniente dalla sovranità popolare, si propone di farla convivere con forti istituzioni di garanzia contromaggioritaria². Come la dottrina più accreditata non ha mancato di sottolineare³, questo cambio di prospettiva rappresenta una delle trasformazioni costituzionali più rilevanti degli ultimi settanta anni di storia del diritto e come conseguenza più vistosa ha prodotto il passaggio dall'esperienza giuridica dallo «stato di diritto della tradizione» a quella dello «stato di diritto costituzionale⁴». Si tratta di una rottura con pochi precedenti: dalla teoria delle fonti alle modalità di tutela dei diritti fondamentali, non c'è in pratica un ambito del diritto costituzionale contemporaneo che non abbia subito importanti ripercussioni come conseguenza della nuova forma di organizzazione dello stato.

È con questo spirito che, già durante l'Assemblea costituente, si è scelto di affermare alcuni rivoluzionari principi capaci di differenziare l'organizzazione dei poteri del nuovo stato costituzionale da quella maturata tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo. Soltanto a titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, si può in questo senso richiamare l'opzione in favore di una rigidità del testo costituzionale (sconosciuta alle esperienze costituzionali precedenti e) orientata a rendere più difficile la possibilità di abusi ad opera di contingenti maggioranze parlamentari. Allo stesso modo, si può osservare la rottura realizzata con la creazione di un giudizio

¹ È quanto sottolinea, P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Vol II, Laterza, p. 737 ss.

² Sulla necessità che nello Stato costituzionale convivano legittimazione democratica e istituzioni di garanzia contromaggioritaria, G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in https://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2019/05/002_Pitruzzella.pdf, L'idea di una necessaria tensione è sostenuta anche da P. CARETTI, *I diritti tra giudice e legislatore*, in S. MERLINI, *Magistratura e politica*, 2016, Passigli, p. 81 e da G. TARELLO, *Chi ci salverà dal governo dei giudici*, in *Mondoperaio*, 1984, 3, p. 28.

³ Sulle implicazioni connesse all'affermazione dello stato costituzionale, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1997.

⁴ L'espressione è di M. FIORAVANTI, *Lo stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in S. MERLINI, *op. cit.*, p. 55.

di costituzionalità sulle leggi e con la connessa affermazione di un inedito principio di legalità costituzionale: introducendo un controllo giurisdizionale sull'attività legislativa, i costituenti si discostano nettamente dall'idea ottocentesca di un "legislatore onnipotente" e da quella connessa di un "giudice bocca della legge".

Al di là delle novità introdotte direttamente in sede di Assemblea costituente, si può in secondo luogo osservare come la volontà di prendere le distanze dal passato trovi conferme pure negli interventi di revisione costituzionale degli anni più recenti. A questo proposito, si può ad esempio ricordare come, in aperta contraddizione con la dimensione essenzialmente autarchica delle costituzioni tradizionali, l'idea di apertura dell'ordinamento costituzionale (prima desunta per via interpretativa sulla base dell'articolo 11) venga espressamente formalizzata con la nuova formulazione dell'articolo 117 introdotta dalla riforma del titolo V della Costituzione.

Per quanto rilevanti, tutte queste novità non esauriscono il panorama delle implicazioni prodotte dalla scelta di rompere con il modello dello stato di diritto tradizionale. Anzi, si può serenamente affermare che, al di là delle scelte che hanno trovato immediata trasposizione positiva, è stata la successiva opera di rielaborazione da parte della dottrina e da parte della giurisprudenza che ha prodotto le conseguenze più dirompenti. Detto in parole più semplici: prendendo spunto dalla decisione di dare vita ad uno stato costituzionale di diritto, la scienza giuridica e i giudici sono andati al di là della volontà esplicitata dai padri costituenti e hanno desunto una serie di "corollari"⁵ che, per la rilevanza delle novità introdotte, segnano un ulteriore allontanamento dalla tradizione giuridica dei centocinquanta anni precedenti. Volendo ancora una volta esemplificare si può in questo caso fare riferimento alle invasive tecniche di interpretazione creativa che sono generalmente desunte dalla necessità di ottemperare ai precetti costituzionali. Oppure alla possibilità di espandere il catalogo dei diritti fondamentali per via giudiziaria che è solitamente dedotta dalla peculiare configurazione dei rapporti tra organizzazione pubblica e Costituzione imposta dall'articolo 2 del testo costituzionale.

Il fondamento essenzialmente interpretativo di alcuni dei principi cardinali del nostro ordine costituzionale non deve in alcun modo meravigliare: a meno di non volere aderire a problematici approcci volontaristi che ineluttabilmente finiscono con il mitizzare gli enunciati e con il ridurre le norme a

⁵ Di "corollari" desunti dall'idea di stato costituzionale di diritto si parla anche in G. DI PLINIO, *Teoria del nucleo e costituzione vivente tra costituzionalismo 'occidentale' e 'costituzionalismo islamico'*, in *Percorsi Costituzionali*, 2015, 1, p. 245.

brutale comando⁶, occorre riconoscere che, non diversamente da quanto accade agli altri testi normativi, anche la Costituzione necessita di quell'attività di razionalizzazione e di integrazione operata dagli interpreti. Se così non fosse, diventerebbe tragicamente concreto il rischio di restare intrappolati dentro assetti costituzionali incapaci di interpretare la realtà del momento storico. Si può anche aggiungere che, in linea di principio, le operazioni ermeneutiche a cui si è appena fatto riferimento sono svolte sulla base di una metodologia di interpretazione perfettamente coerente con l'idea di limitazione del potere che è alla base del costituzionalismo moderno e della Costituzione italiana.

Tuttavia, per quanto certamente legittima sul piano generale, bisogna pure ammettere che, pur essendo spesso animata delle più "nobili" intenzioni⁷, non sempre l'individuazione dei corollari dello stato costituzionale è riuscita ad essere coerente con le sue premesse di razionalizzazione del sistema e con lo spirito più genuino del costituzionalismo moderno. Anzi, non pare per niente esagerato sostenere che, per lo meno in alcuni casi, pericolosi cortocircuiti possano essere prodotti proprio da un certo modo di intendere quei corollari interpretativamente desunti dalla forma costituzionale dello stato. Più precisamente, nel momento in cui se ne pretende l'osservanza a prescindere dal contesto storico in cui sono chiamati ad operare, questi corollari perdono la loro funzione strumentale e possono iniziare ad acquisire le fattezze di nuovi e pericolosi dogmi⁸. Così, non diversamente da quanto è accaduto nel momento in cui lo spirito pluralistico e democratico del costituzionalismo è stato tradito dall'esaltazione decontestualizzata di una rappresentanza e di una sovranità popolare fini a se stesse, un'impropria lettura dogmatica dei principi organizzativi del nuovo stato costituzionale può finire con il creare contraddizioni dello stesso tipo.

Una riflessione critica che continuamente si preoccupi di verificare la

⁶ Sui problemi determinati dall'approccio volontaristico il riferimento obbligatorio è alla magistrale ricostruzione nei tre volumi di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, recentemente ripubblicati da Laterza.

⁷ Parlando della supplenza del potere giudiziario, A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in <https://www.giurcost.org/studi/ruggeri115.pdf> afferma che «non regge l'obiezione che tutto ciò pur sempre si ha – quanto meno, il più delle volte – per una nobile causa, al fine cioè di dare fin dove possibile appagamento a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti che ne resterebbero altrimenti privi». Può essere interessante osservare che anche, M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 71 parla in termini di nobiltà della motivazione di garantire la «supremazia della Costituzione» e quella dei «diritti fondamentali».

⁸ G. DI PLINIO, *op. cit.*, p. 245 ss, sembra rendere l'idea di un atteggiamento dogmatico della dottrina quando equipara certe operazioni ermeneutiche alla *Shari'a* islamica.

perdurante ragionevolezza delle interpretazioni costituzionali che si sono affermate negli ultimi anni, con ogni probabilità, diventa quindi l'ultima frontiera di quell'opera di continua "manutenzione costituzionale"⁹ raccomandata qualche tempo fa da autorevolissima dottrina¹⁰. È con questa consapevolezza che il presente contributo intende tornare di nuovo a ragionare sulle dibattute questioni dell'inquadramento costituzionale della figura del pubblico ministero. Più precisamente, dopo una breve disamina delle posizioni emerse nel corso del dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione, si prenderà lo spunto da un caso recentemente emerso e si cercherà di mettere in evidenza alcune contraddizioni costituzionali. L'intento è quello di riuscire a sostenere che, nel momento storico attuale, si stanno manifestando dei segnali che dovrebbero indurre a rivedere alcuni profili di quella "felice anomalia" che caratterizza l'ordinamento italiano e che dovrebbero spingere la dottrina e la giurisprudenza a ripensare l'organizzazione della pubblica accusa in uno stato costituzionale¹¹.

2. Il dibattito in Assemblea costituente e i compromessi raggiunti sulla collocazione costituzionale del pubblico ministero

Per la delicatezza delle questioni che implica, sin dalla nascita delle istituzioni repubblicane, la configurazione della pubblica accusa è stata oggetto di un serrato confronto tra parti ispirate da differenti concezioni della democrazia¹². Infatti, già in sede di Assemblea costituente, prendono vita due

⁹ Sull'idea di una "manutenzione della Costituzione" si veda A. D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 1, p. 31 ss..

¹⁰ Commentando un progetto di riforma costituzionale del 2011, R. ROMBOLI, *La riforma nel quadro delle revisioni costituzionali: ancora una modifica della Costituzione non puntuale e «di maggioranza»*, in *Foro italiano*, 2011, 10, p. 241 ss., oltre ad indicare la via delle riforme condivise, suggerisce di procedere con il metodo della "manutenzione costituzionale" della giustizia. L'approccio opposto ai problemi della giustizia è invece individuato come più opportuno da N. ZANON, "Ordine" dei giudici, "ufficio" del pubblico ministero e Consigli superiori "gemelli": come raffigurare a livello costituzionale, in Italia, la separazione delle carriere, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/ordinamento_giudiziario/0009_zanon.pdf, secondo cui sono preferibili riforme di ampio respiro.

¹¹ A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/1090.pdf, parla della posizione del pubblico ministero in termini di "felice anomalia" per sottolineare le peculiarità dell'ordinamento costituzionale italiano nel panorama del diritto comparato.

¹² Per una dettagliata disamina della legislazione in materia di pubblica accusa precedente all'entrata in vigore della Costituzione e per un'analisi delle posizioni emerse in sede di As-

orientamenti che, pur essendo accomunati dal sincero desiderio di mettersi alle spalle la passata esperienza della giustizia fascista e pur manifestando la preoccupazione di creare un equilibrio tra i poteri compatibile con lo spirito del costituzionalismo¹³, imboccano percorsi in un certo senso opposti¹⁴. Per un verso, un primo atteggiamento è quello tenuto dalla Relazione “Sul potere giudiziario e sulla corte di garanzia costituzionale” che è stata presentata da Leone alla seconda sezione della seconda sottocommissione e che è stata utilizzata come spunto di partenza per la redazione delle norme costituzionali contenute nel Titolo IV della Seconda parte: sulla base di una concezione liberale di stampo ottocentesco, l’idea fondamentale è quella di sottoporre gerarchicamente il pubblico ministero ad un esecutivo soggetto al principio di legalità e di costituire una pubblica accusa che usi le sue prerogative di impulso dell’attività giudiziaria come contrappeso politico all’indipendenza dei giudici¹⁵. Per un altro, un orientamento molto differente è quello proposto

semblea costituente, si rinvia a A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero secondo la costituzione italiana*, relazione scritta dell’intervento tenuto in occasione dell’incontro al Consiglio superiore della magistratura (Roma, 12-14 settembre 2011) su *Ruolo e funzioni del pubblico ministero nella giurisdizione penale*, disponibile all’indirizzo <https://www.studiolegalecavallo.com/wp-content/uploads/2013/10/12.9.-p.m.-e-dib.pdf>. Sul dibattito in Assemblea costituente si veda anche F. LANCHESTER, *Note al d.d.l. costituzionale n. 4275. Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione*, in [https://www.constituzionalismo.it/la-riforma-epocale-della-giustizia-nel-ddl-costituzionale-ac-4275-continuita-o-rottura/](https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=18326&dpath=document&dfile=15062011114943.pdf&content=Note%2Bal%2Bddl%2Bcostituzionale%2Bn%2E%2B4275%2E%2BRiforma%2Bdel%2BTitolo%2BIV%2Bdella%2Bparte%2BII%2Bdella%2BCostituzione%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B e M. VILLONE, <i>La riforma epocale della giustizia nel DDL costituzionale AC 4275 continuità o rottura</i>, in <a href=).

¹³ S. SICARDI, *La magistratura nel sistema costituzionale secondo il d.d.l. n. 4275*, in *Foro italiano*, 2011, 10, p. 248 ss., tra gli elementi che accomunano i costituenti segnala la «volontà di voltare pagina rispetto ad un assetto (tipico dell’Italia monarchica, anche se estremizzatosi nel ventennio fascista) di debole tutela dell’indipendenza organizzativa e funzionale dei magistrati» e, al contempo, quella di «non fare della magistratura quella che allora si denominava (e paventava) una «casta chiusa», attraverso un sistema di raccordi (la presidenza del capo dello Stato, la composizione mista del Csm e la vicepresidenza affidata ad un «laico»; le competenze residue del guardasigilli) con gli altri poteri dello Stato che preservassero dalla separazione senza però attentare all’indipendenza».

¹⁴ In questo senso, A. GUSTAPANE, *op. cit.*, parla dell’influenza «determinante» di «contrapposte visioni».

¹⁵ Secondo l’articolo 12 della bozza predisposta da Leone nella sua Relazione «il Ministro per la grazia e giustizia esercita la vigilanza e la direzione sugli organi del pubblico ministero». Sempre nella Relazione, a proposito della pubblica accusa, si legge che «questa funzione rientra nell’ambito di attività del potere esecutivo» e che per avere un’equilibrata distribuzione del potere, è «indispensabile presso il potere giudiziario un organo del potere esecutivo, che si ponga come il momento di collegamento tra i due poteri».

dalla Relazione sul “Potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale” che Calamandrei presentò alla stessa sezione come seconda base di riflessione: preoccupato dai limiti della tradizionale concezione dello stato ottocentesco e certamente poco incline a restaurarne l’organizzazione in materia di giustizia, Calamandrei configura il pubblico ministero come un componente a tutti gli effetti del giudiziario, direttamente sottoposto al principio di legalità e dotato di tutte le prerogative che, in seguito alla sua approvazione, la Costituzione avrebbe riconosciuto alla magistratura giudicante¹⁶. Ai fini del ragionamento che si intende sviluppare può essere utile osservare che Calamandrei non si nasconde i pericoli che hanno portato Leone ad includere il pubblico ministero nell’orbita dell’esecutivo. Preoccupato anche lui dalla creazione di un potere giudiziario completamente svincolato dalle istituzioni rappresentative, in funzione di contrappeso politico ad una magistratura indipendente, affida alle istituzioni politiche il compito di nominare un Procuratore generale con funzioni di commissario per la Giustizia: in qualità di “organo di collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato”, il soggetto istituzionale immaginato ha responsabilità politica di fronte alle Camere e, assieme ad importanti funzioni di raccordo con le altre istituzioni, svolge anche la funzione di “capo degli uffici del pubblico ro”¹⁷.

Dopo un lungo e vivace confronto, la contrapposizione tra i sostenitori dei due modelli appena delineati trova una composizione soltanto parziale e non risolutiva di tutte le questioni implicate dalla definizione costituzionale della figura del pubblico ministero. In questo modo, emerge un testo costituzionale che in materia di pubblica accusa è caratterizzato da alcuni importan-

¹⁶ Secondo l’articolo 2 della bozza predisposta da Calamandrei nella sua Relazione «i giudici nell’esercizio delle loro funzioni dipendono soltanto dalla legge, che essi interpretano ed applicano al caso concreto secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione. La stessa indipendenza hanno i magistrati del pubblico ministero nell’esercizio dell’azione penale e delle altre funzioni ad essi demandate dalla legge».

¹⁷ Secondo l’articolo 19 della bozza predisposta da Calamandrei nella sua Relazione «il procuratore generale Commissario della giustizia è nominato dal Presidente della Repubblica tra i magistrati aventi il grado di procuratore generale di Corte d’appello o di Corte di cassazione, scegliendolo in una terna proposta dalla Camera dei deputati all’inizio di ogni legislatura. Esso è il capo degli uffici del pubblico ministero, dei quali vigila e coordina l’azione; fa parte di diritto del Consiglio Superiore della Magistratura; esercita l’azione disciplinare presso la Suprema Corte disciplinare; esercita l’ufficio di pubblico ministero presso la Suprema Corte costituzionale. È l’organo di collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato; e come tale prende parte al Consiglio dei Ministri con voto consultivo e risponde di fronte alle Camere del buon andamento della Magistratura. Rimane in carica per tutta la legislatura anche in caso di cambiamento del Gabinetto, ma deve dimettersi qualora una delle Camere gli dia uno speciale voto di sfiducia».

ti punti fermi condivisi sin dal principio dai due relatori e da una serie di mediazioni che valgono a caratterizzarlo rispetto agli altri ordinamenti¹⁸ e che rendono arduo ogni tentativo di lettura univoca dell'articolato costituzionale¹⁹. Così, dove ci sono evidenti punti di contatto tra i due modelli proposti emergono principi definiti abbastanza chiaramente: è questo il caso del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale che, tanto nella ricostruzione di Leone quanto in quella di Calamandrei, rappresenta un elemento distintivo dall'esperienza fascista e che, al netto di una serie di criticità non percepite al momento della redazione della Costituzione²⁰, avrebbe dovuto svolgere il ruolo di cardine del sistema penale²¹. Dove, invece, le posizioni sono più distanti la ricerca di un compromesso accettabile spinge a non definire la questione o, in alternativa, induce alla adozione di formulazioni vaghe o addirittura contraddittorie che richiedono appositi interventi di razionalizzazione da parte dell'interprete²². Così, un esempio di una certa indeterminazione e lacunosità delle prescrizioni in questa materia è offerto dalle norme sulla natura dell'organo: per un verso, l'articolo 102, affermando che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari», non distingue tra magistratura giudicante e magistratura inquirente e quindi, in linea con la mancata adozione di una proposta di Leone che avrebbe esplicitamente costituzionalizzato l'appartenenza al potere esecutivo, include anche quest'ultima all'interno del potere giudiziario; per un altro, riferendosi solo ai «giudici», la formulazione definitiva dell'articolo 101 si discosta dalla originaria formula-

¹⁸ Di una non contestata «originalità» di un «modello italiano di magistratura» che si differenzia tanto dai sistemi di *common law* quanto dagli altri sistemi di *civil law*, parla C. FUSARO, *Costituzione e terzo potere. Maranini e il modello italiano di magistratura*, in http://www.carlofusaro.it/io_la_penso_cosi/maranini_magistratura.html. Per una analisi in chiave comparata dell'organizzazione del potere giudiziario (e della magistratura requirente in particolare), fra i tanti, si veda L. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 50 ss..

¹⁹ In questo senso S. SICARDI, *op. cit.*, p. 248, parla di «non facili compromessi».

²⁰ Sui problemi connessi all'obbligatorietà dell'azione penale, si rinvia a F. VECCHIO, *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in corso di pubblicazione e alla più ampia bibliografia ivi riportata.

²¹ Secondo M. VILLONE, *op. cit.*, «sull'obbligatorietà dell'azione il consenso è ampio» perché in Assemblea costituente «il ricordo dell'uso politico della giustizia penale da parte del regime fascista è vivo».

²² In maniera assolutamente condivisibile, C. FUSARO, *op. cit.*, ricorda che «se, come ho anticipato, anche per certe ambiguità e soprattutto per la sua natura stessa non esiste un modello costituzionale di magistratura, certamente esiste un modello italiano di magistratura che si può ricavare, appunto: (i) dal testo costituzionale; (ii) dall'evoluzione legislativa; (iii) dalla giurisprudenza costituzionale; (iv) dalle prassi applicative e dai comportamenti concreti dei diversi soggetti istituzionali coinvolti».

zione di Calamandrei (che in origine parlava genericamente di «magistrati²³») e, non includendo i pubblici ministeri tra i soggetti istituzionali sottoposti esclusivamente alla legge, non pare di per se stessa escludere la possibilità di una soggezione al potere esecutivo o, per lo meno, ad una organizzazione gerarchica. Un secondo (e in qualche modo connesso) esempio di indeterminazione può essere tratto anche dalle norme in materia di garanzie riconosciute in favore del pubblico ministero: per un verso, l'estensione al pubblico ministero di «tutte le garanzie della magistratura» sembra esclusa dalla scelta dei costituenti di soppiantare l'apposita clausola originariamente prevista, in favore di una disposizione secondo cui «il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario»; per un altro, affermando l'«indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali» e «del pubblico ministero presso di esse», l'articolo 108 pare dare per scontato che tale indipendenza debba essere riconosciuta anche ai pubblici ministeri operanti presso la giurisdizione ordinaria. Un terzo esempio è fornito dalla disciplina in materia di organizzazione della pubblica accusa e in materia di poteri disciplinari: una volta esclusa la subordinazione al potere esecutivo e una volta esclusa la soluzione del Commissario per la giustizia, si è individuato nel Consiglio superiore della magistratura l'organo di vertice del sistema e, pur precisando che spetta a questa istituzione la gestione amministrativa delle procure e la competenza disciplinare nei confronti dei magistrati requirenti, con l'esclusione dell'azione facoltativa che spetta al ministro di giustizia, non è stato definito alcun profilo procedimentale. Attraverso le apposite riserve di legge contenute nell'articolo 105 e nel primo comma dell'articolo 107, si è invece preferito demandare al Parlamento la definizione delle questioni connesse alla concreta gestione dei magistrati.

3. Le questioni irrisolte e il parziale fallimento del tentativo di razionalizzazione della Corte costituzionale

In presenza di un quadro normativo tanto frastagliato, non meraviglia che sia toccato agli interpreti il compito di intervenire per razionalizzare il sistema e per riuscire a risolvere i concreti problemi di funzionamento della pubblica accusa.

In particolare, quando si è trovata a doversi misurare con questioni defi-

²³ Secondo quanto riporta A. GUSTAPANE, *op. cit.*, in sede di coordinamento del testo definitivo, fu il Comitato di redazione che, preso atto dell'approvazione della disposizione oggi contenuta nel quarto comma dell'articolo 104, ritenne di dover modificare la formula per evitare i contrasti.

nite in maniera precisa, la Corte ha sviluppato una giurisprudenza complessivamente lineare e, al limite, si è preoccupata di operare soltanto dei piccoli aggiustamenti gradualmente. Un primo esempio di questo modo di procedere è certamente offerto dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile dei magistrati che, pur non essendo direttamente e specificamente rivolta ai pubblici ministeri, è certamente rilevante per la disciplina della pubblica accusa: a partire dalla sentenza 2 del 1968, la giurisprudenza costituzionale è stata abbastanza costante nel seguire il principio secondo cui, anche se «la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione, super partes del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito ante litteram, condizioni e limiti alla sua responsabilità», ai magistrati si applica la responsabilità dei funzionari dello Stato perché «l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale»²⁴. Un secondo esempio di stabilità della giurisprudenza costituzionale rilevante per la collocazione costituzionale del pubblico ministero è offerto dalle pronunce relative alle regole procedurali da seguire nei casi di responsabilità disciplinare del magistrato: l'affermazione del principio secondo cui il procedimento debba svolgersi «con le garanzie che sono proprie e tipiche della funzione giurisdizionale»²⁵, ha trovato nel corso degli anni successivi ripetute conferme. Un terzo esempio riguarda invece la giurisprudenza costituzionale in tema di organizzazione del Consiglio superiore della magistratura: valorizzando le riserve di legge contenute agli articoli 105 e 107 della Costituzione e limitandosi nell'imporre vincoli all'azione del legislatore, la Corte, dopo aver affermato un principio di sostanziale libertà nella disciplina del Consiglio²⁶, si è limitata a disporre che, nella composizione della sezione disciplinare, occorre rispettare «almeno tendenzialmente» le proporzioni previste dalla legge²⁷ ed è addirittura arrivata a sostenere la legittimità costituzionale di un'ipotetica legge introduttiva della cosiddetta «separazione delle funzioni»²⁸.

²⁴ Così, la sentenza n. 2, dell'11 marzo 1968 della Corte costituzionale.

²⁵ Così, la sentenza n. 12 del 2 febbraio 1971 della Corte costituzionale.

²⁶ In questo senso, la sentenza n. 168 del 12 dicembre 1963 della Corte costituzionale.

²⁷ Così, la sentenza n. 12 del 2 febbraio 1971 della Corte costituzionale.

²⁸ Più precisamente, secondo la sentenza n. 37 del 17 febbraio 2000, «la Costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico "ordine", soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni. Mentre ogni altra considerazione, pur attendibile,

Al contrario, quando invece i giudici costituzionali sono stati chiamati a confrontarsi con questioni più problematiche le pronunce della Consulta hanno fatto registrare diversi *revirement*. È certamente questo il caso delle pronunce connesse alla esplicitazione della natura del pubblico ministero, della possibilità di equipararlo ai magistrati giudicanti e della possibilità di definirne le garanzie previste dalla Costituzione. In questo senso può rilevarsi come il punto di partenza sia segnato da un atteggiamento di estrema prudenza che, nel 1963, induce la Corte a non riconoscere esplicitamente la stessa natura giurisdizionale dei pubblici ministeri: preoccupandosi di enfatizzare le differenze tra giudicanti e inquirenti, la Corte, affermando che «il P.M., in quanto non ha potere di emettere provvedimenti decisori, non può sostituirsi alla detta autorità *giudicante* in quelle valutazioni, e non è, conseguentemente, legittimato a promuovere il giudizio di legittimità costituzionale²⁹», non si preoccupa in alcun modo di precisare che anche i pubblici ministeri appartengono al potere giudiziario. Nello stesso anno, la stessa prudenza trova conferma quando il precedente appena riferito viene richiamato e, quasi a voler enfatizzare le differenze, si aggiunge che la Costituzione «ha considerato il pubblico ministero come titolare della potestà di esercitare l'azione penale, che è diversa dalla potestà di giudicare³⁰». L'anno seguente, invece, si registra una svolta importante perché, oltre a superare la sua reticenza a riconoscere la natura giurisdizionale della pubblica accusa, giunge ad una piena equiparazione tra giudicanti ed inquirenti perché, senza operare alcuna ulteriore distinzione, statuisce che «il principio sancito nell'art. 101 della Costituzione non può non valere per chiunque eserciti funzioni giurisdizionali, pure se non veste la toga del magistrato ordinario³¹». Nel decennio successivo questo orientamento viene in qualche modo smussato: per un verso, si riconosce apertamente che «il pubblico ministero - anche se non è investito del potere decisorio onde non può qualificarsi giudice in senso stretto - è, comunque, anch'egli un magistrato³²»; per un altro, affermandosi che occorre non «confondere la posizione di lui con quella del giudice³³», ci si limita ad affermare solo la sua collocazione «in posizione di istituzionale indipen-

sull'esigenza che, a seguito dell'eventuale abrogazione referendaria, si pongano in essere gli interventi legislativi necessari per rivedere organicamente la normativa "di risulta", eliminandone disarmonie o incongruità eventualmente discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo o dall'assenza di discipline transitorie e consequenziali, non è tale da pregiudicare l'ammissibilità del referendum».

²⁹ Così, la sentenza n. 40 del 3 aprile 1963 della Corte costituzionale.

³⁰ Così, la sentenza n. 148 del 19 novembre 1963 della Corte costituzionale.

³¹ Così, la sentenza n. 43 del 4 giugno 1964 della Corte costituzionale.

³² Così, la sentenza n. 96 del 23 aprile 1975 della Corte costituzionale.

³³ Così, la sentenza n. 190 del 16 dicembre 1970 della Corte costituzionale.

denza rispetto ad ogni altro potere³⁴» e non si procede invece ad estendere in favore dei singoli procuratori il privilegio di essere sottoposto esclusivamente alla legge riconosciuto dall'articolo 101. Alla metà degli anni settanta, le distanze dalla decisione del 1964 si ampliano ulteriormente perché, facendo leva sull'ultimo comma dell'articolo 107 della Costituzione, si richiamano i precedenti giurisprudenziali per specificare che le previsioni delle «legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario (...) non possono essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui è più pronunciato il carattere impersonale della funzione, atteggiano a criteri gerarchici l'attività dell'organo³⁵». Nel 1979, lo stesso atteggiamento di chiusura porta la Corte a negare la legittimazione delle Procure a sollevare conflitto di attribuzione in quanto organi non «costituzionalmente investiti della funzione giurisdizionale in senso proprio³⁶». Negli anni novanta, infine, un nuovo ribaltamento che pare riportare la giurisprudenza costituzionale indietro ai tempi dell'affermazione della esclusiva soggezione di tutti i magistrati (e non solo dei giudici) alla legge e della piena equiparazione (ex articolo 101) tra magistratura inquirente e giudicante: dopo aver statuito che il pubblico ministero è «un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere³⁷», la Corte richiama «il principio di soggezione soltanto alla legge³⁸» e, ribaltando il suo precedente, afferma la legittimazione delle Procure a sollevare conflitti di attribuzione.

Sulla base di questa disamina pare quindi possibile affermare che, nel corso di questi anni, la Corte, consapevole della delicatezza della figura, ha operato con la stessa prudenza che ha caratterizzato l'azione dei costituenti e, pertanto, è riuscita ad individuare dei precisi punti fermi solo in relazione ad alcune delle molteplici questioni deferite. Per quanto riguarda le centrali questioni dell'inquadramento del pubblico ministero e della definizione delle garanzie costituzionalmente riconosciute, invece, occorre riconoscere che, a causa di quella complessità che ha spinto i costituenti a non avventurarsi nella costituzionalizzazione di una disciplina organica, la Corte costituzionale è riuscita solo in parte nella sua opera di razionalizzazione e di stabilizzazione di un quadro normativo segnato da tanti compromessi: fatto salvo il raggiungimento di alcuni punti di approdo difficili da contestare alla luce del testo normativo (ad esempio in materia di riconoscimento della natura giuri-

³⁴ Così, la sentenza n. 96 del 23 aprile 1975 della Corte costituzionale.

³⁵ Così, la sentenza n. 52 del 9 marzo 1976 della Corte costituzionale.

³⁶ Così, l'ordinanza n. 16 del 4 maggio 1979 della Corte costituzionale.

³⁷ Così la sentenza n. 88 del 15 febbraio 1991 della Corte costituzionale.

³⁸ Così, la sentenza n. 462 del 16 dicembre 1993 della Corte costituzionale.

sdizionale della pubblica accusa), la giurisprudenza periodicamente oscilla tra una visione che punta ad estendere i poteri del pubblico ministero equiparandolo al giudice ordinario ed estendendone le garanzie e una che, all'opposto, punta a ridimensionarlo limitandone le prerogative ed equiparandolo ad una semplice parte processuale³⁹.

4. I due orientamenti costituzionalmente possibili e l'atteggiamento prevalente in dottrina

Oltre che dalla lettura delle sentenze costituzionali, l'idea che il quadro normativo in materia di pubblico ministero non sia univocamente leggibile incontra un'ulteriore conferma anche nell'analisi delle posizioni emerse in dottrina nel corso degli anni: a fronte di una situazione in cui le diverse visioni presenti in Assemblea costituente hanno trovato riflesso in formule normative di compromesso e in una giurisprudenza costituzionale che non ha dato risposte definitive ad ogni problema interpretativo, anche la scienza giuridica per molto tempo ha assunto lo stesso atteggiamento ondivago che ha caratterizzato le pronunce della Corte costituzionale.

Così, un primo importante ribaltamento, si verifica già a distanza di pochi anni dal momento in cui Calamandrei, pur avendo ricordato la natura ossimorica di una figura caratterizzata dall'essere «avvocato senza passione, giudice senza imparzialità»⁴⁰, non ha esitato ad inquadrarla «fra gli uffici giudiziari» e ha quindi ribadito la natura giurisdizionale del «pubblico accusatore»⁴¹. Infatti, in anni in cui, in generale, le novità introdotte dalla Costituzione faticano a trovare accoglimento e la stessa Corte costituzionale non riesce neanche a statuire esplicitamente la natura giurisdizionale della pubblica accusa⁴², in diversi scritti emerge un orientamento che pare richiamarsi alla teoria dello stato di Leone e che, privilegiando il riconoscimento del legame tra l'accusa e il potere esecutivo, limita le prerogative del Pubblico ministero e lo inquadra come semplice parte del processo⁴³: ad esempio, dopo

³⁹ Di «oscillazioni giurisprudenziali» parla N. ZANON, L. PANZERI, *Art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, 2006, UTET, p. 1960.

⁴⁰ R. RORDORF, *Editoriale*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/1-editoriale-del-n-12018_08-05-2018.php, parlando del pubblico ministero, qualifica come ossimoro la sua natura di «giudice parziale» e di «parte imparziale».

⁴¹ Così, P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, Ponte alle Grazie, 1959, p. 56.

⁴² Si vedano le considerazioni svolte al paragrafo precedente.

⁴³ È questa la posizione di G. FOSCHINI, *Un errore pendolare l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, in *Foro italiano*, 1969, IV, p. 9 ss., P. GROSSI, *Indipendenza del pubblico ministero e soggezione dei giudici alla legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, p. 559 ss. e A.

aver fatto rilevare come la rivendicazione di un pubblico ministero soggetto soltanto alla legge è contraria «alla natura stessa delle cose» perché in essa «si annidino (...) errori (...) logici, sociologici e giuridici», un magistrato dell'epoca arriva ad affermare che «ogni sfiducia verso il p. m. rappresentante del potere esecutivo sotto la direzione del ministro della giustizia responsabile verso il Parlamento, è solo sfiducia verso il potere esecutivo, è sfiducia verso il Parlamento e in definitiva è sfiducia verso la democrazia⁴⁴». I perni del ragionamento sono da individuare in una interpretazione letterale del secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione e in una supposta ed inderogabile necessità di aderire ai modelli del processo accusatorio.

La veemenza con cui statuizioni di questo tipo vengono ribadite, non chiude la questione. In un ideale parallelo con i ripensamenti che nella stessa finestra temporale caratterizzano la giurisprudenza della Corte, a partire dalla metà degli anni Settanta, inizia a manifestarsi un nuovo orientamento maggiormente incline a tutelare l'azione della pubblica accusa. Più precisamente, in un momento storico in cui sono ormai entrate a pieno regime alcune delle più importanti innovazioni costituzionali e in cui si è dato il via ad un importante processo di ripensamento della magistratura e delle funzioni del potere giudiziario⁴⁵, c'è una decisa inversione di tendenza che trova due differenti manifestazioni. Per un verso, è importante sottolineare il cambiamento di opinione da parte di alcuni degli illustri autori che in precedenza avevano affermato la natura esecutiva delle funzioni di accusa: modificando radicalmente la posizione precedentemente assunta, autorevolissima dottrina costituzionalistica valorizza la disposizione contenuta all'articolo 112 e, rilevando la differenza tra la discrezionalità dell'azione amministrativa e l'obbligatorietà dell'azione penale, afferma che «lo status che il p.m. trova nell'ordinamento costituzionale italiano deve risultare distinto, sia da quello proprio degli organi amministrativi, sia da quello proprio degli organi giurisdizionali in senso stretto⁴⁶». Per un altro, altri studiosi, ponendo l'accento sul fatto che la formulazione originaria dell'articolo 101 parlava genericamente di “magistrati” e che solo in sede di coordinamento del testo era stato introdotto il più specifico riferimento ai “giudici”, hanno ricostruito estensi-

PIZZORUSSO, *Problemi costituzionali di una riforma del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, IV, p. 81 ss..

⁴⁴ Così, G. FOSCHINI, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵ In questo senso, R. ROMBOLI, *Alessandro Pizzorusso ed il suo apporto al diritto costituzionale italiano ed europeo*, in https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Romboli.pdf, sostiene che in quegli anni ci si confronta con «un contesto politico e normativo assai diverso».

⁴⁶ Così, A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO, *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, 1979, p. 69.

vamente la portata soggettiva del precetto costituzionale e hanno ritenuto che il beneficio dell'esclusiva soggezione alla legge potesse essere riconosciuto anche agli organi della pubblica accusa⁴⁷.

Peraltro, continuando a muoversi in parallelo con le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, dopo pochi anni la dottrina ritorna sulla questione e compaiono nuovi interventi che ridefiniscono la materia. Così, in un contesto in cui i più lungimiranti iniziano ad intuire con chiarezza che l'espansione del potere giudiziario può creare pesanti attriti con il circuito della rappresentanza politica, un altro passo in favore di un più generoso riconoscimento delle prerogative del pubblico ministero è compiuto da quella stessa dottrina che ha prima affermato e poi negato l'opportunità di una pubblica accusa legata al potere esecutivo. Ai fini del ragionamento che si intende sviluppare è importante segnalare che la scelta di configurare il pubblico ministero come organo dotato della più ampia sfera di indipendenza non è imposta da supposte esigenze del sistema costituzionale, ma, in maniera più pragmatica, è giustificata da una attenta lettura del quadro politico istituzionale del tempo: preso atto che «molte cose sono cambiate in meglio all'interno della magistratura e, in peggio, nel mondo della politica⁴⁸», si ritiene che sia opportuno rafforzare l'indipendenza per evitare che indebite ingerenze degli altri poteri possano causare lacerazioni più profonde del disegno costituzionale⁴⁹.

I risultati a cui arriva l'elaborazione dottrinale sono soltanto parzialmente stabili e, nel corso degli anni in cui il conflitto tra magistratura e politica esplose con una violenza prima sconosciuta, le questioni della giustizia penale ritornano al centro del dibattito. Infatti, se è vero che negli anni della Seconda repubblica si acquisisce per associata l'attrazione del pubblico ministero nell'orbita del potere giudiziario, è altrettanto vero che le vicende di un'attualità politica irredimibilmente caratterizzata dalle inchieste di Tangentopoli e dalle connesse riforme legislative (responsabilità civile del magistrato, responsabilità disciplinare e nuovo codice di procedura penale) e costituzionali (riforma dell'articolo 111 della Costituzione) stimolano importanti riflessioni sull'estensione delle sue prerogative, sulla gestione della sua carriera e sulla possibilità di configurare a suo carico qualche forma di responsabilità. Volendo in questa sede schematizzare un dibattito estremamente ricco e cer-

⁴⁷ In questo senso, V. CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA.VV., *La riforma del pubblico ministero*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 148 ss..

⁴⁸ Così, A. PIZZORUSSO, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 513 ss..

⁴⁹ È quanto sottolinea R. ROMBOLI, *Alessandro Pizzorusso*, cit..

tamente non privo di posizioni di compromesso⁵⁰, si può sostenere che in questa fase l'ormai insanabile contraddizione tra circuito della rappresentanza e Procure ha favorito il progressivo consolidamento di due orientamenti dottrinali contrapposti. Da una parte ci sono le posizioni di quella dottrina minoritaria che, facendo leva sulla riforma dell'articolo 111 e privilegiando il dato testuale offerto dal secondo comma dell'articolo 101 e dal quarto comma dell'articolo 107, tendono ad escludere la piena equiparazione tra giudici e pubblici ministeri e, pur senza astenersi dal precisare che anche in favore di questi ultimi sono previste garanzie costituzionali di indipendenza, individuano generosi margini di intervento per una riforma legislativa delle loro prerogative, della loro responsabilità e della gestione delle loro carriere⁵¹. Dall'altra, si collocano invece quanti hanno optato per una lettura sistematica che, al fine di ridimensionare la riforma dell'articolo 111 e al fine di bypassare gli ostacoli testuali frapposti dagli articoli 101 e 107 ad una piena espansione delle prerogative della pubblica accusa, ha di volta in volta valorizzato i più disparati appigli offerti dal testo costituzionale per rinforzare la posizione dei magistrati inquirenti: in questo senso, al di là del consolidato e diffuso richiamo all'obbligatorietà dell'azione penale⁵², si è cercato di far valere la clausola contenuta al secondo comma dell'articolo 102⁵³, quella contenuta nel primo comma dell'articolo 104⁵⁴, quella contenuta al terzo comma

⁵⁰ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/garanzie/dalcanto.html, ricorda l'esistenza di «tutta una serie di soluzioni intermedie».

⁵¹ In questo senso, N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, CEDAM, 1996, p. 16 ss. e I. NICOTRA, *Considerazioni problematiche sul Pubblico ministero in Costituzione*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, 1997, p. 199 ss..

⁵² Dopo aver riconosciuto la «stretta concatenazione» e la «concatenazione logica» tra l'articolo 112 e il quarto comma dell'articolo 107, E. BALBONI, *Ordinamento giudiziario e sistema costituzionale alla ricerca del fondamento*, in L. PEPINO, N. ROSSI, *Un progetto per la giustizia. Idee e proposte di rinnovamento*, Franco Angeli, 2006, p. 321, sostiene che «dal dibattito svoltosi alla Costituente e dall'insieme dei principi sulla magistratura approvati contestualmente alla disciplina delle garanzie del pubblico ministero emerge senza alcun dubbio che è il complessivo impianto di tutte le garanzie previste per la magistratura a doversi riferire a tutti i magistrati, ivi compresa la magistratura requirente».

⁵³ È quanto sostiene ad esempio, M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato*, in S. MERLINI, *Magistratura e politica*, 2016, p. 95.

⁵⁴ Secondo C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI, *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, 2010, «le ricadute di sistema derivanti dall'attenuazione dell'indipendenza del singolo magistrato

dell'articolo 107⁵⁵, quella contenuta al secondo comma dell'articolo 108⁵⁶ e quella contenuta nell'articolo 109⁵⁷.

Occorre ancora segnalare che, nel momento in cui si è tentato di intraprendere la via delle riforme costituzionali della giustizia (soprattutto in seguito a quella del 2011), l'orientamento maggioritario si è notevolmente consolidato. Per di più, in ragione dell'inopportuna aggressività con cui precisi settori della politica nazionale hanno attaccato le Procure, si è prodotta una sorta di radicalizzazione delle posizioni espresse da quella parte maggioritaria della dottrina naturalmente incline a schierarsi in favore dell'espansione dei poteri del pubblico ministero. Abbandonando quel costruttivo spirito di confronto che nelle fasi precedenti ha portato diversi autori anche a modificare la propria visione⁵⁸, in tempi più recenti, diversi studi costituzionali hanno reagito interpretando come indiscutibili dogmi quelle costruzioni dottrinarie che, a fronte dell'incerto quadro disegnato dalle norme costituzionali, erano state pensate per risolvere problemi pratici degli interpreti o per porre rimedio a situazioni politiche contingenti. Così, senza curarsi troppo

inquirente si spingerebbero sino all'incisione sul principio sancito all'art. 104, c. 1, Cost., evento nefasto che ridonderebbe anche sulla magistratura giudicante».

⁵⁵ In questo senso, C. SALAZAR, *op. cit.*, ricorda che «l'art. 107, c. 4, Cost. può essere letto in modo da completare (e non da contraddire) la disposizione immediatamente precedente: il principio per cui i magistrati si distinguono tra di loro soltanto per le funzioni svolte opera anche all'interno degli uffici del pubblico ministero, secondo le norme particolari fissate dalla legge sull'ordinamento giudiziario».

⁵⁶ Così, secondo M. BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-indipendenza-interna-del-pubblico-ministero_515.php, «l'art. 108, secondo comma, Cost. assicura l'indipendenza del pm presso le giurisdizioni speciali, con l'evidente corollario che essa non può quindi che spettare allo stesso magistrato ordinario insignito delle funzioni inquirenti. E quest'ultima, in quanto presidio innalzato direttamente dalla Costituzione, non si presta a essere annichilita dalla legge, ma ha una consistenza sostanziale sua propria, che il legislatore è tenuto a salvaguardare e attuare in idonee forme».

⁵⁷ Sul legame tra indipendenza del pubblico ministero e articolo 109, F. RIGANO, *I rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria: profili costituzionali*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/roma20090608/Rigano_aic.pdf, osserva che «l'art. 109 deve essere interpretato in modo da rispettare la sua ragione che è la finalità di sottrarre la polizia giudiziaria alle influenze dell'amministrazione, ponendola in ruolo ancillare ("a disposizione") alla magistratura» e che, «pertanto, la disponibilità della polizia giudiziaria serve a limitare le interferenze esterne e, in particolare, del potere politico sull'esercizio dell'azione penale: perciò è strumentale alla garanzia dell'indipendenza della magistratura».

⁵⁸ In questo senso non sarà superfluo segnalare che dopo le posizioni assunte negli anni precedenti (su cui vedi *infra*), anche A. PIZZORUSSO, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 513 ss., conclude in favore di una accezione molto ampia dell'indipendenza del pubblico ministero.

del fatto che sulla base delle norme costituzionali l'idea di indipendenza può essere declinata in maniere molto differenti tra loro, si è quasi inevitabilmente finiti con il rilevare una qualche contraddizione tra il principio in questione e le varie novità contenute nei diversi progetti di riforma della giustizia: a prescindere dalla loro effettiva entrata in vigore e a prescindere dal loro essere state proposte in sede di revisione costituzionale⁵⁹, sono state in qualche modo tacciate di ledere il principio di indipendenza della magistratura requirante praticamente tutte le proposte di modifica riguardanti la riforma di istituti processuali⁶⁰, riorganizzazione del CSM⁶¹, la separazione delle carriere⁶², la regolamentazione dell'azione penale⁶³, la responsabilità disciplinare⁶⁴, la responsabilità civile dei magistrati⁶⁵ e la regolamentazione dei rapporti con

⁵⁹ È davvero sterminata la letteratura scientifica stimolata dalla riforma costituzionale predisposta dal Presidente del Consiglio e dal ministro Alfano (DDL costituzionale 4275 del 7 aprile 2011). Tra i tanti critici, si veda R. ROMBOLI, *La riforma*, cit., F. LANCHESTER, *op. cit.*, G. AZZARITI, *Garanzie della giurisdizione e politicizzazione della magistratura*, in *Foro italiano*, 2011, 10, p. 247 ss., M. VILLONE, *op. cit.*, E. DOLCINI, *Giustizia e Costituzione: quale riforma?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 6, G. MARINUCCI, *Sulla progettata riforma della Costituzione (Titolo IV)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 8, M. PISANI, "Riforma epocale"?, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 15, C. E. PALIERO, *Il 'nuovo' statuto dell'accusa penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 37. Più prudenti le prime osservazioni sul progetto di N. ZANON, "Ordine" dei giudici, cit..

⁶⁰ Contrario all'introduzione di una norma limitativa della possibilità di impugnare le sentenze di proscioglimento, M. VILLONE, *op. cit.*

⁶¹ Pur aprendo alla possibilità di qualche limitata modifica, sostanzialmente orientato al mantenimento dell'assetto attuale del CSM, ad esempio, R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del Csm tra argomenti di ieri ed effettività dell'organo*, in *Jus*, 2019, 3, p. 1 ss., mostra delle perplessità sui progetti di riforma del CSM oggi in discussione e preferisce puntare sull'attuazione del disegno costituzionale.

⁶² Per una denuncia dell'incostituzionalità del progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario e della separazione delle carriere, si può vedere, tra i tanti, A. BURGIO, *Ancora sulle conseguenze e i presupposti della "riforma" dell'ordinamento giudiziario*, in L. PEPINO, N. ROSSI, *op. cit.*, p. 326 ss..

⁶³ Tra i tanti che hanno denunciato l'incostituzionalità dei tentativi di modifica delle modalità di esercizio dell'azione penale, E. BALBONI, *Ordinamento giudiziario e sistema costituzionale alla ricerca del fondamento*, in L. PEPINO, N. ROSSI, *op. cit.*, p. 309 ss..

⁶⁴ Per una critica a diversi progetti di riforma costituzionale del sistema disciplinare si veda M. VOLPI, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁵ Criticando le novità introdotte sul tema dal progetto di riforma costituzionale del 2011, M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale incostituzionale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 1, p. 63 ss., scrive che «alla luce di questa sintetica ricostruzione, appare evidente come lo scopo del legislatore costituzionale sia quello di eliminare ogni differenza tra i magistrati e gli altri funzionari e dipendenti dello Stato, superando una consolidata giurisprudenza costituzionale. Una totale equiparazione della responsabilità civile dei magistrati rispetto a quella del complesso dei dipendenti pubblici non potrà che costituire un vulnus al principio di indipendenza».

l'autorità di polizia giudiziaria⁶⁶. Addirittura, a fronte dei diversi e ricorrenti tentativi di modifica del testo costituzionale, si è ritenuto che i progetti di riforma della pubblica accusa fossero viziati da un inaccettabile eversione dei principi fondamentali dello stato costituzionale di diritto e si è, più o meno apertamente, finito con l'invocare l'applicazione dei controlimiti⁶⁷. È il caso

⁶⁶ In questo senso, ad esempio, la critica al progetto di riforma costituzionale dell'articolo 109 espressa da M. VILLONE, *op. cit.*.

⁶⁷ Soltanto a titolo di esempio si può segnalare come la legittimità costituzionale del tentativo di riforma del 2011 sia stata apertamente messa in dubbio da P. MOROSINI, *La trasfigurazione del modello costituzionale di magistratura italiana appunti sul disegno di legge per la separazione delle carriere*, in <http://www.ilforomalatestiano.it/wp-content/uploads/2019/08/La-trasfigurazione-del-modello-costituzionale-di-magistratura-italiana.-Appunti-sul-disegno-di-legge-per-la-separazione-delle-carriere-di-Piergiorgio-Morosini.pdf>, quando ha affermato che «i contenuti della proposta, quindi, sulla base delle stesse valutazioni formulate da molti esperti nel 2011, sarebbero nel complesso a rischio di legittimità costituzionale per violazione dei principi supremi, tra i quali rientra senza dubbio quello della autonomia e della indipendenza della magistratura».

Un'ipotesi di questo tipo pare essere lasciata aperta anche da M. D'AMICO, *op. cit.*, p. 63, quando afferma che «i costituenti, quindi, non blindarono i singoli articoli, ma vollero fondare la totale autonomia del potere giudiziario rispetto al potere legislativo e, soprattutto al potere esecutivo. La scelta di rinunciare di fatto all'obbligatorietà dell'azione penale, lasciando al potere politico, attraverso le leggi, il compito di stabilire quali siano i reati da perseguire e la disposizione che vorrebbe affidare totalmente al potere esecutivo il rapporto con la polizia giudiziaria, unita alla decisione di introdurre due CSM, indebolendo la funzione costituzionale dell'organo, comporta, nel complesso, un vulnus al principio supremo di organizzazione che riguarda il potere giudiziario, quello dell'autonomia e dell'indipendenza».

Pur realisticamente consapevole delle difficoltà che si sarebbero potute incontrare nel dichiarare l'incostituzionalità della riforma costituzionale del 2011, M. VILLONE, *op. cit.*, dopo aver ricordato che la «parità di fronte alla giurisdizione» è un «elemento fondativo dello stato di diritto (...)» e l'autonomia e indipendenza della magistratura *sono* parte decisiva degli equilibri costituzionali» afferma che «in ogni Costituzione vi sono norme che sono alla base dell'intera architettura della carta fondamentale. Anche nella nostra esistono norme che concorrono decisamente a definire l'Italia come Repubblica democratica. E la dottrina le individua come limiti al potere di revisione. Anche questi limiti concorrono a disegnare la differenza tra potere costituito e potere costituente. Su questa base, una legge ex art. 138 che non ne tenesse conto sarebbe suscettibile di una valutazione di non conformità, e conseguentemente di una dichiarazione di illegittimità da parte del giudice di costituzionalità». In altro passaggio, lo stesso autore contesta l'attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale segnalando che il «principio di parità davanti alla giurisdizione» è «uno dei pilastri dell'architettura costituzionale vigente (...) e fondamento indispensabile dello stato di diritto».

Si può anche segnalare come, in occasione della riforma dell'ordinamento giudiziario, a proposito di un tentativo di modifica relativamente marginale in materia di obbligatorietà dell'azione penale, E. BALBONI, *op. cit.*, p. 315, dopo aver sostenuto che «resta assodato che l'indipendenza e l'autonomia della magistratura – al proprio interno, cioè tra i singoli magistrati e verso l'esterno, cioè nei confronti degli altri poteri – sono un necessario elemento co-

di sottolineare che, seguendo questa via, si è abbandonata la strada della valutazione sull'opportunità degli interventi e, contestando in termini di legittimità costituzionale ogni tentativo di riforma (anche costituzionale) della giustizia, si è approdati ad una oltranzistica difesa degli equilibri attuali del modello istituzionale italiano.

5. Le posizioni della dottrina e l'estensione reale dei poteri dei pubblici ministeri: l'autoattribuzione dei poteri e la sostanziale deresponsabilizzazione

L'ampia nozione di indipendenza difesa dalla dottrina costituzionalistica ha imposto numerosi vincoli all'azione legislativa e quindi, in abbinamento alla prassi espansiva che i singoli pubblici ministeri hanno seguito nell'esercizio concreto delle loro prerogative, ha avuto un ruolo molto importante nel consolidamento di una figura istituzionale caratterizzata dalle relevantissime attribuzioni e dalla pochezza delle limitazioni che incontra la sua discrezionalità. Per un verso, nella sostanziale impossibilità di codificare regole sufficientemente precise e al contempo rispettose di un'accezione costituzionale ampia e abbastanza indeterminata di indipendenza degli organi della pubblica accusa, i magistrati si sono trovati nella condizione di poter definire da soli i limiti del proprio operato e hanno potuto espandere in sostanziale libertà i confini dei propri poteri. Per un altro, le difficoltà di tipizzare fattispecie di responsabilità compatibili con l'idea di indipendenza del pubblico ministero, ha determinato un quadro normativo molto poroso. Detto altrimenti, si sono create le condizioni per dar vita ad un sistema che si basa su una fiducia estremamente ampia nei pubblici ministeri e nelle loro capacità di *self-restraint*.

Le modalità di esercizio dell'azione penale rappresentano certamente un primo esempio della semplicità con cui gli organi della pubblica accusa possano autoattribuirsi delle prerogative perché di fatto si trovano nelle condizioni di poter esercitare scelte discrezionali non espressamente previste da alcuna norma. Nonostante la previsione costituzionale contenuta all'articolo 112 preveda il principio dell'obbligo di perseguire ogni condotta criminale, è ormai chiaro a tutti come, in presenza di un numero esorbitante di notizie di reato, gli organi della pubblica accusa si trovino di fatto nelle condizioni di

stitutivo e qualificativo dello stato costituzionale di diritto», ha ripreso un intervento del Presidente Ciampi e ha sostenuto che «uno spazio anche minimo di discrezionalità politica, riferito all'obbligatorietà dell'azione penale è del tutto inammissibile, pena l'incrinatura di quella benefica circolarità tra esercizio del potere e (...) soggezione ad esso che caratterizza la nostra forma di Stato democratico di diritto».

compiere alcune scelte. Così, in assenza di precise disposizioni scritte sui criteri da seguire per decidere quali reati perseguire e quali lasciare cadere in prescrizione, la prassi seguita dalle Procure è stata quella di affidare alle circolari interne redatte dai singoli Procuratori il compito di dettare le regole concrete da seguire⁶⁸.

Allo stesso modo, alcune previsioni relative alla disciplina dei tempi e delle modalità di gestione delle indagini, offrono un secondo esempio della semplicità con cui gli organi della Pubblica accusa riescono a ritagliarsi rilevanti margini di discrezionalità. Così, a fronte dell'articolo 355 del Codice di procedura penale con cui si dispone che «il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito», la Procura di Roma ha emanato una circolare sulla gestione delle notizie di reato, orientata ad escludere ogni automatismo e a dettare i criteri da seguire per procedere ad iscrivere nei registri le notizie e i nomi delle persone coinvolte⁶⁹. Analogamente, in relazione alla gestione di un atto investigativo garantito, i pubblici ministeri sono arrivati a sostenere che l'individuazione delle concrete modalità di esecuzione sia un loro potere discrezionale e che essi possano scegliere sulla base delle loro valutazioni se eseguire una «perquisizione con ampio schieramento di auto con lampeggianti, uomini armati in divisa e televisioni al seguito oppure perquisizioni disposte con modalità tali da assicurarne insieme la efficacia e la massima discrezione⁷⁰».

Un terzo ambito in cui si assiste ad una tendenza espansiva dell'azione del pubblico ministero riguarda le attività disposte dai pubblici ministeri in esecuzione di provvedimenti del giudice per le indagini preliminari. In questo senso, poteri penetranti sono stati rivendicati (ed esercitati) in materia di gestione delle intercettazioni e in materia di esecuzione delle misure cautelari e degli arresti⁷¹.

⁶⁸ Per maggiori ragguagli sulla Circolare Zagrebelsky e sulla Circolare Maddalena con cui si è avviata la prassi giudiziaria in esame si veda A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro cognitivo*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf.

⁶⁹ Sulla Circolare Pignatone, si veda D. STASIO, «No a iscrizioni frettolose». *Pignatone sfata la leggenda dell'atto dovuto*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/no-a-iscrizioni-frettolose_pignatone-sfata-la-leggenda-dell-atto-dovuto_17-10-2017.php.

⁷⁰ Così, E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-scelte-del-pubblico-ministero-obbligatorieta-dell-azione-penale-strategie-di-indagine-e-deontologia_507.php.

⁷¹ *Ibidem*.

Infine, si può riferire come pur riconoscendosi che «il *favor separationis* ispira il codice del 1989» e che «l'esperienza di maxi-indagini fortemente mediatizzate sfociate in interminabili maxi-processi» ha prodotto «mini risultati finali per l'ipotesi di accusa e maxi-danno per la credibilità della giustizia», si è difesa una pratica che mostra un utilizzo estensivo dei maxiprocessi e si è sostenuto che anche questo tipo di scelte siano rimesse agli organi della pubblica accusa⁷².

Ai fini del ragionamento che si intende sviluppare, non sarà certamente superfluo rilevare una peculiarità che caratterizza il sistema italiano di pubblica accusa. Più precisamente, sempre nel nome di una ampia accezione di indipendenza, la definizione di un chiaro quadro di regole sulla responsabilità non ha accompagnato questo processo di espansione che ha portato i pubblici ministeri ad intervenire discrezionalmente in ambiti segnati dall'esigenza di una tutela massima di basilari diritti fondamentali come la libertà personale, l'onore, la riservatezza o l'eguaglianza di fronte alla legge. Così, pure a fronte delle modifiche introdotte nel corso degli anni, si è tracciato un sistema di responsabilità civile estremamente protettivo nei confronti dei magistrati coinvolti⁷³: anche nel momento in cui si è scelto di eliminare il filtro processuale che aveva il fine di limitare le iniziative dei cittadini, rimane la protezione che, diversamente da quanto accade agli altri pubblici funzionari, lo stato offre in caso di condanna del magistrato. Allo stesso modo, anche i diversi interventi di riforma della responsabilità disciplinare e l'introduzione di un sistema di valutazione della professionalità, sono in qualche maniera controbilanciati da disposizioni che alleggeriscono in maniera significativa la posizione dei magistrati: nel sistema attualmente in vigore continuano a permanere un quadro sanzionatorio abbastanza leggero, l'esistenza di diverse lacune normative che non consentono di definire chiaramente i rapporti con le altre forme di responsabilità e un procedimento disciplinare in cui il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione può disporre sostanzialmente da solo l'archiviazione immediata della notizia di illecito⁷⁴.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Si può fare riferimento alla Relazione con cui V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile del magistrato*, tenuta al Convegno *Io non rispondo*, Firenze, 10 ottobre 2008 (riferita da L. ZILLETTI, *Il controllo sulle funzioni giudiziarie: libito fe' licito in sua legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 211, n. 9) ha in qualche maniera spiegato i problemi dell'istituto nei termini di una sorta di conflitto di interessi tra giudici che dovrebbero giudicare le condotte di altri giudici.

⁷⁴ In questo senso, le critiche di D. CAVALLINI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati tra innovazione e continuità (brevi osservazioni alla luce della riforma del 2006)*, in *Criminalia*, 2011, p. 158 ss..

6. *Le ragioni teoriche per dubitare dell'interpretazione oggi prevalente e dell'attuale assetto della pubblica accusa: l'inadeguatezza storica, i pericoli di consociativismo giudiziario e la miopia politica*

Pur essendo ispirato dal nobile intento di garantire la democrazia costituzionale, sul piano teorico, esistono più ordini di ragioni per dubitare del rigido approccio che la dottrina maggioritaria continua a seguire nei confronti delle questioni legate all'organizzazione della pubblica accusa.

In primo luogo, sul piano sociologico, già da molto tempo si è messo in evidenza l'ultradecennale percorso che ha prodotto profonde trasformazioni del mondo giudiziario. Per un verso, la crisi delle istituzioni rappresentative, in abbinamento alla cosiddetta "resa delle autorità sociali alla legge", ha creato i presupposti per un'autorità giudiziaria che svolge funzioni differenti rispetto a quelle tradizionalmente immaginate: lungi dal limitarsi a svolgere un semplice controllo di legalità, i magistrati hanno iniziato a svolgere una più pervasiva (e, almeno in potenza, più pericolosa) funzione di «controllo della virtù» dei protagonisti della vita politica e istituzionale⁷⁵. Per un altro, le stesse dinamiche che hanno inciso sulle funzioni svolte dalla magistratura italiana hanno anche favorito una sorta di modificazione antropologica degli stessi magistrati e sono potenzialmente in grado di generare pericoli differenti da quelli che attraverso le previsioni costituzionali si è cercato di prevenire⁷⁶: mentre nei primi anni della Repubblica il principale pericolo per un magistrato era rappresentato dal "conformismo" a vertici giudiziari entrati in servizio negli anni del fascismo⁷⁷, è stato giustamente rilevato che, nell'attuale

⁷⁵ È quanto sottolineato da A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, 1998, p. 40 e 62.

⁷⁶ Per maggiori considerazioni in questo senso si può rinviare a V. CAFERRA, *Il magistrato senza qualità*, Laterza, 1997.

⁷⁷ Secondo P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 1959, p. 259 ss., «Ciò che può costituire un pericolo per i magistrati non è la corruzione (...) È neanche son da considerarsi minacce molto gravi per la indipendenza dei magistrati le inframmettenze politiche (...). Il vero pericolo non viene dal di fuori: è un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica (...). La pigrizia porta ad adattarsi nell'abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi della umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra con gli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente di vivere dolcemente in dormiveglia. Anche le raccomandazioni, che non hanno presa sui magistrati desti, possono apparire a questi burocrati sonnacchiosi come una forma non sgradevole di collaborazione, che permette ad essi di adottare bell'e fatta una opinione altrui (quella dell'amico che raccomanda) senza dover faticare a fare una scelta propria (...). La peggiore sciagura che potrebbe

contesto di indipendenza, il rischio più grave è quello dell'«autoreferenzialità» dei singoli magistrati e della magistratura in generale⁷⁸.

In secondo luogo, sul piano storico costituzionale, sembrano evidentemente venute meno le motivazioni che nell'architettura costituzionale disegnata dall'Assemblea costituente hanno indotto i costituenti a definire certi equilibri e che hanno giustificato l'opzione contraria all'adozione di stringenti margini di controllo sui pubblici ministeri. Più precisamente, se nell'ottica dei costituenti è perfettamente comprensibile la scelta di configurare un sistema costituzionale di pubblica accusa che affidi alla legalità il compito di impedire gli abusi⁷⁹, appare ipocrita e contraddittorio continuare a difendere un simile assetto, in un contesto in cui è ormai chiaro a tutti che l'obbligatorietà dell'azione penale è un'utopia⁸⁰ ed in cui si è soliti giustificare l'espansione dei poteri giudiziari sulla base della crisi della legge penale⁸¹. Conclusioni dello stesso tenore possono poi essere desunte sulla base di quell'ampia letteratura giuridica che ha evidenziato la cosiddetta crisi del processo⁸². Allo stesso modo non sarà superfluo sottolineare come, in seguito alla riscrittura dell'articolo 68 della Costituzione e al correlativo riconoscimento della legittimazione ad attivare il conflitto di attribuzione tra poteri dello stato, gli equilibri interistituzionali siano profondamente mutati e c'è la possibilità almeno teorica di assistere a dinamiche di corporativismo giudiziario speculari a quel consociativismo del ceto politico che ha caratterizzato

capitare a un magistrato sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati che si chiama il conformismo. È una malattia mentale, simile all'agorafobia: il terrore della propria indipendenza; una specie di ossessione, che non attende le raccomandazioni esterne, ma le previene; che non si piega alle pressioni dei superiori, ma le immagina e le soddisfa in anticipo».

⁷⁸ Così, N. ROSSI, *Oltre la crisi*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/oltre-la-crisi_679.php.

⁷⁹ Questa interpretazione pare essere confermata anche dalla Corte costituzionale quando con la sentenza del 28 gennaio 1991, n. 88 ha statuito che «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale».

⁸⁰ Sui problemi dell'obbligatorietà dell'azione penale sia consentito il rinvio a F. VECCHIO, *op. cit.*, e alla ampia bibliografia ivi citata.

⁸¹ Per quanto riguarda la crisi della legge penale, tra i tanti autori, si può fare riferimento a D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss..

⁸² Del rischio di una «caduta di garanzie» parla L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, 1996, p. 69.

(e almeno in parte continua a caratterizzare) una certa fase della vita istituzionale italiana⁸³.

In terzo luogo, sul piano della teoria costituzionale, almeno in astratto, emergono pericolose crepe concettuali che, malgrado il dichiarato intento di salvaguardare le strutture dello stato costituzionale, possono valere ad allontanare l'attuale disciplina dai canoni fondamentali del costituzionalismo. Specie quando si insiste sulla non modificabilità del suo status, è certamente questa la situazione che si può determinare in relazione ad una figura istituzionale caratterizzata al tempo stesso da profili di responsabilità non effettivamente corrispondenti ai suoi poteri e dalla capacità concreta di incidere pesantemente sul corretto funzionamento delle istituzioni rappresentative e sul godimento di basilari diritti fondamentali⁸⁴. Detto più semplicemente, il rischio dell'attuale assetto è quello di idealizzare l'attività delle Procure e, non diversamente da quanto successo in età liberale con le assemblee parlamentari, di mettere in contraddizione gli assetti istituzionali dello stato costituzionale con i suoi principi sostanziali. Vista l'insistenza con cui l'argomento viene spesso ribadito nel dibattito dottrinario può essere anche il caso di puntualizzare che, se anche si vuole ritenere che la diffusione del potere della pubblica accusa valga ad escludere il contrasto tra questa e il principio democratico, una simile situazione non può certo valere in relazione al profilo dei diritti fondamentali⁸⁵: mentre la diffusione di un giudiziario orientato a controllare l'esecutivo è perfettamente coerente con l'idea di separazione dei poteri alla base del costituzionalismo e quindi non pare porre particolari problemi teorici sul piano dei rapporti tra i poteri, la teoria della costituzione alla base dello stato costituzionale può facilmente entrare in contraddizione con istituzioni che, pur operando sulla base di un'organizzazione diffusa, incidano sulla sfera dei diritti fondamentali.

Infine, sul piano della politica del diritto costituzionale, non si può tacere la miopia strategica di una rappresentazione caricaturale, che prescindendo dalla realtà di debolissime istituzioni rappresentative, continua a configurare

⁸³ Addirittura, seppur in un contesto normativo oggi superato, in una Delibera del 24 febbraio 2015, la Giunta dell'Unione delle Camere penali è arrivata ad equiparare il controllo preliminare del Tribunale previsto dall'articolo 5 della legge 117 del 1988 ad una sorta di «autorizzazione a procedere».

⁸⁴ Questa preoccupazione, già a suo tempo espressa da P. BARILE, *I nodi della Costituzione. Una «ricognizione» trent'anni dopo*, Einaudi, 1979, p. 49 ss., è stata in tempi più recenti riproposta da L. ZILLETTI, *Il controllo sulle funzioni giudiziarie: libito fe' licito in sua legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 209.

⁸⁵ Di «arbitrii, negligenze, ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l'ordine della comunità», si parla già in G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, il Mulino, 1974, p. 442.

un immaginario scontro tra una monolitica e oppressiva maggioranza e una disinteressata azione di resistenza giudiziaria a difesa del pluralismo. Più precisamente, è indubbiamente vero che, in diverse circostanze, i numerosi tentativi di riforma sono stati accompagnati da attacchi strumentali portati avanti da precisi settori della politica nazionale. Tuttavia, questo fatto non deve indurre alla frettolosa (ed erronea) conclusione che, per evitare il trapasso dello stato costituzionale e la deriva populista delle istituzioni, è assolutamente necessario il mantenimento dello *status quo*. Infatti, l'inopportunità dei modi con cui spesso le riforme sono state accompagnate, può anche testimoniare l'inquietante insofferenza che chi le propone nutre nei confronti di (necessarie) istituzioni di controllo, ma non può certamente escludere a priori che (al di là dei contingenti interessi che possono di volta in volta animarle) ci possano essere ulteriori ragioni strutturali meritevoli di considerazione. Al contrario, dal sistema italiano emergono diversi elementi che, al di là della contingenza delle occasioni che hanno generate le proposte di riforma, inducono a ritenere, già sul piano teorico, che interventi correttivi del sistema della pubblica accusa siano non solo necessari, ma addirittura urgenti: se anche si vuole continuare a ritenere di non dover prestare attenzione al consenso a volte schiacciante ottenuto da quelle compagini di governo che negli anni passati hanno fatto le proposte più contestate, non si può in alcun modo pensare di circoscrivere il malcontento nei confronti degli inquirenti ad una precisa minoranza di spregiudicati politici. Non si spiegherebbe altrimenti il fatto che le aspirazioni a riformare la magistratura requirente siano antecedenti alla ascesa politica di un certo ceto dirigente e siano sopravvissute al suo tramonto. Inoltre, non si spiegherebbe come sia stato possibile che, a prescindere dal colore politico, negli ultimi quaranta anni, qualsiasi livello dell'amministrazione sia entrato in rotta di collisione con le procure. Dovrebbero a questo punto essere chiare le dimensioni del problema: se si tiene a mente la più recente esperienza comparata⁸⁶, ci si rende conto del fatto che, a fronte di aspirazioni abbastanza diffuse da generare ampio consenso e abbastanza consolidate da sopravvivere alle maggioranze che le rappresentano, il rischio di una deriva populista delle istituzioni costituzionali non è minimamente ridotto dall'ostinato manicheismo di chi, per ingenua adesione ideologica o per interesse, continua a negare i problemi del sistema della giu-

⁸⁶ Per una analisi di esperienze costituzionali straniere in cui l'ostinato rifiuto di ascoltare richieste sociali, in abbinamento a certi atteggiamenti del potere giudiziario, ha prodotto effetti populistici, sia consentito il rinvio a F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, 2013 e ID., *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. RAFFIOTTA - G. TERUEL LOZANO - A. PEREZ MIRAS, *Constitucion y integración europea*, Dykinson, 2017, p. 297-310.

stizia e a ridurre i preoccupanti scontri di potere a cui oggi si assiste, ad una improbabile lotta tra il bene e il bene⁸⁷. Anzi, almeno sul piano teorico, esiste il rischio che la difesa delle attuali forme organizzative della magistratura inquirente possa alimentare quei fenomeni di populismo giudiziario funzionali all'affermazione del populismo politico⁸⁸.

Alla luce delle considerazioni appena svolte dovrebbe essere chiaro perché pare preferibile prendere le distanze da quell'orizzonte dottrinario maggioritario che, in presenza dell'incerto quadro normativo che emerge dal testo costituzionale, interpreta in maniera molto ampia l'indipendenza del pubblico ministero e individua vincoli stringenti per eventuali piani di riforma del sistema della giustizia. Se si tiene in considerazione il fatto che l'unica giustificazione sostanzialmente adottata è la necessità di proteggere una struttura indispensabile per lo stato costituzionale, l'impressione è che la scelta dottrinarie di irrigidire il sistema e di 'congelare' per sempre un certo assetto della giustizia corra il rischio di essere storicamente inadeguata a governare i problemi di un contesto istituzionale profondamente mutato, pericolosamente contraddittoria per il suo lasciare esposti i cittadini a poteri potenzialmente arbitrari e politicamente miope per la sua pretesa di affidare ai magistrati il compito di arginare la minaccia populista.

7. Le ragioni pratiche: l'empirica incompatibilità dei poteri del pubblico ministero con il costituzionalismo

Le considerazioni appena svolte sono destinate a trovare ulteriore sostegno non appena si distolga l'attenzione dall'analisi delle ragioni teoriche e si passi invece ad osservare le conseguenze pratiche che sono state determinate da una ricostruzione dottrinarie che ha riposto una fiducia probabilmente eccessiva nella magistratura inquirente e nella sua capacità di autolimitarsi.

Innanzitutto, occorre rilevare come già da molto tempo diversi studi empirici abbiano messo in luce quanto siano concreti i rischi evidenziati dalla riflessione teorica. Più precisamente, le analisi sui dati connessi al principio di obbligatorietà mostrano quanto margine di discrezionalità residui in capo

⁸⁷ Assai più sensata la proposta di G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in <https://www.giurcost.org/studi/moschella3.pdf> che invece suggerisce una condivisibile riflessione sulla necessità di ripensare la forma partito come antidoto alle derive plebiscitarie e populiste

⁸⁸ Sul populismo giudiziario e sulla sua possibile influenza sul populismo politico si G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss. e A. MORELLI, *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in M. BLANCATO, G. DI ROSA, *La sovranità in Europa*, Quad. di Notabilis, 2019, p. 106 ss..

ai titolari dell'azione penale: nel corso degli anni passati, fino al settanta per cento dei procedimenti avviati sono andati in prescrizione già durante la fase delle indagini preliminari, senza che per molti di essi il Pubblico ministero titolare abbia mai compiuto atti di indagine. Addirittura, è stato rilevato come «una percentuale tra il settanta e l'ottanta per cento dei procedimenti si prescrive per cause non specificate, mentre per una percentuale residua di essi la prescrizione si giustifica per la tardiva ricezione della notizia di reato o per l'eccessivo carico di lavoro»⁸⁹.

In secondo luogo, gli studi sulla responsabilità civile dei magistrati (e quindi anche dei pubblici ministeri) mostrano in maniera abbastanza evidente gli effetti di sostanziale deresponsabilizzazione prodotti dalla sovrapposizione tra un quadro normativo generosamente flessibile e la «reazione corporativa»⁹⁰ che ha caratterizzato l'operato degli organi responsabili dei procedimenti. Sotto questo profilo, per quanto riguarda la responsabilità civile occorre distinguere: mentre si deve rilevare che nel sistema in vigore tra il 1988 e il 2015 sono state intentate 410 cause civili (una media di sedici l'anno) contro i magistrati (giudicanti e requirenti) e solo 7 risarcimenti sono stati concessi⁹¹, la riforma introdotta dopo la condanna del sistema ad opera della Corte di giustizia⁹², pur essendo stata definita come «una pseudo-riforma della giustizia che appare intenta più a punire i magistrati e il controllo di legalità, che essi sono chiamati quotidianamente a svolgere, che a soddisfare le necessità del servizio giustizia» e come «un vero e proprio attentato all'indipendenza esterna della magistratura»⁹³, secondo le statistiche raccolte nei primi anni della sua vigenza ha determinato un modesto incremento nel numero delle denunce⁹⁴.

In terzo luogo, numeri che confermano un certo atteggiamento corporativo emergono pure dall'analisi di quelle valutazioni di professionalità dei

⁸⁹ È quanto segnala A. CIANDRI, *Riforma della giustizia: la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalle Camere Penali sulla separazione delle carriere in seno alla magistratura ordinaria*, in *Archivio penale*, 2019, 2, p. 23.

⁹⁰ Seppur in un contesto storico differente anche P. BARILE, *op. cit.*, p. 49 ss., auspicando l'approvazione di una legge sulla responsabilità dei magistrati, manifesta il timore di una «reazione corporativa».

⁹¹ Così, L. ZILLETTI, *op. cit.*, p. 211, commentando i numeri prodotti dalla vecchia legge Vassalli, ha icasticamente sostenuto che un'eventuale ricerca di sanzioni è destinata a mostrare «il paesaggio monotono del pietroso deserto dei Tartari».

⁹² Si fa riferimento alla legge n. 18 del 27 febbraio 2015.

⁹³ Così, A. REALE, *Pseudo-riforme in materia di giustizia e normalizzazione della magistratura*, in *La magistratura*, 2015, 1 – 2, p. 8.

⁹⁴ C. CERASA, *Responsabilità civile, i numeri segreti*, in <https://www.ilfoglio.it/articoli/2016/02/26/news/responsabilita-civile-i-numeri-segreti-93127/#:~:text=I%20numeri%20sono%20significativi,media%20di%2016%20all'anno.>

magistrati che, almeno secondo le intenzioni di chi le ha introdotte, avrebbero dovuto contribuire a responsabilizzare le condotte degli operatori della giustizia. Tra il 2008 e il 2016, solo lo 0,65% (cioè 104 su un totale di 16.097) delle valutazioni espresse sono state “negative” e solo l’1,14% (cioè 183 su un totale di 16.097) sono state “non positive”⁹⁵.

In quarto luogo, per quanto riguarda invece i diversi profili della responsabilità disciplinare, si può cominciare con il rilevare che la Procura generale di cassazione archivi quasi il novantacinque per cento delle notizie di violazioni disciplinari⁹⁶. Dubbi di compatibilità con un assetto costituzionale autenticamente ispirato dalla tutela dei diritti fondamentali emergono anche dall’analisi dei percorsi argomentativi seguiti nel corso di quei pochi casi che superano il filtro della Procura generale e arrivano ad essere effettivamente oggetto di procedimento disciplinare: al Pubblico ministero che determina un ritardo di 15 mesi nella scarcerazione di un soggetto sottoposto a misura cautelare viene irrogata solo un’ammonizione in ragione dell’«unicità della condotta» e per gli «ottimi precedenti della persona incolpata»⁹⁷; a fronte di un ritardo di 105 giorni nella scarcerazione, si afferma che «una singola dimenticanza, sia pure nella delicatissima materia della libertà personale», il comportamento del magistrato è “del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare”⁹⁸. Atteggiamenti di questo tipo hanno determinato un quadro complessivo in cui, negli anni passati, su «47 procedimenti riguardanti persone che hanno subito l’ingiustificata protrazione del proprio stato detentivo solo 4 si sono conclusi con la condanna del magistrato che non ha provveduto alla scarcerazione»⁹⁹. Pure il quadro delle sanzioni concretamente irrogate induce a non ritenere effettivo il meccanismo della responsabilità disciplinare: a fronte delle quattro situazioni processuali in cui è stata accertata un’ingiustificata lesione della libertà personale, ci sono soltanto tre ammonizioni e una perdita di anzianità¹⁰⁰.

Infine, per completare il quadro della riflessione empirica sui dati della pubblica accusa che destano maggiore preoccupazione, occorre poi sottolineare che, sotto la comoda protezione della sostanziale irresponsabilità offerta da un’ indefinita e intangibile idea di indipendenza del potere giudiziario, le singole Procure hanno sottoposto la pubblica amministrazione ad una

⁹⁵ I numeri ufficiali delle valutazioni sono reperibili sul sito del CSM all’indirizzo <https://www.csm.it/documents/21768/137951/Valutazioni/06706f39-ce6a-432c-bea2-45726330b9a4>.

⁹⁶ *Ivi*, p. 159.

⁹⁷ È quanto riporta, L. ZILLETTI, *op. cit.*, p. 216 - 217.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Sono questi i dati segnalati da D. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

ininterrotta e costituzionalmente inaccettabile azione di interferenza. Già nel 1995, è stato documentato uno squilibrio assai significativo tra procedimenti penali contro i pubblici amministratori e sentenze di condanna: 34.539 procedimenti a fronte di 85 condanne (con un tasso del solo tre per mille)¹⁰¹. Numeri dello stesso tipo trovano conferme in tempi più recenti visto che per il 2017 i dati parlano di 57 condanne a fronte di 6500 procedimenti per abuso in atti di ufficio¹⁰² e che pochi mesi fa lo stesso Procuratore di Roma ha riconosciuto l'esistenza di un problema in questo senso¹⁰³.

8. *L'attualità e le ulteriori ragioni per abbandonare gli schemi del passato: lo scandalo Palamara e i problemi connessi alla Circolare Salvi*

Le argomentazioni e le statistiche riportate nei paragrafi precedenti non rappresentano certamente una novità. Tuttavia, quando non vengono semplicemente omesse, esse sono in generale tenute in scarsa considerazione dalla riflessione costituzionalistica perché si è soliti sostenere che rappresentano costi accessori necessari per il mantenimento dell'ordine costituzionale liberal - democratico. Anche a fronte dei non frequenti casi in cui le condotte degli esponenti del potere giudiziario sono state ricondotte a fattispecie di rilevanza penale si è stati soliti sostenere che si tratta di situazioni marginali che non intaccano la credibilità di un ordine nel suo complesso sano e funzionante. Anzi, sostenendo che la diffusione sia una garanzia di pluralismo e che un sistema diffuso possa meglio provvedere a controllare l'operato dei singoli, proprio da questi episodi si prende lo spunto per sostenere l'opportunità di rafforzare ulteriormente l'indipendenza dei singoli magistrati dai loro colleghi e per ribadire la necessità di dare vita ad un sistema diffuso in cui a ciascun esponente della pubblica accusa spetta il potere di parlare a nome dell'intero sistema.

Sennonché, dopo i ripetuti e gravissimi scandali che negli ultimi anni hanno visto come protagonisti diversi esponenti del potere giudiziario e in particolar modo della pubblica accusa, pare che davvero non ci possano essere più margini per continuare a riproporre questa rappresentazione "ireni-

¹⁰¹ Il dato è riportato da L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰² Il dato è riportato da G. L. GATTA, *Sulla riforma del delitto di abuso d'ufficio ad opera del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (art. 23)*, in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/riforma-abuso-dufficio-decreto-semplificazioni-commento-abolizione-del-reato>.

¹⁰³ In questo senso si vedano, anche i numeri riportati da G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa* del 14/06/2020.

ca” di dinamiche cruciali per gli equilibri costituzionali¹⁰⁴. Infatti, nonostante non manchino letture caratterizzate dal tentativo di continuare ad interpretare la situazione attuale con gli schemi del passato¹⁰⁵, dall’attualità emergono alcuni nuovi fattori che mostrano in maniera solare, sia la distanza tra l’idea di stato costituzionale e la pratiche realmente seguite dai rappresentanti della pubblica accusa, sia il fallimento della pretesa di affidare al *self restraint* dei singoli pubblici ministeri e alla diffusione del potere giudiziario il compito di impedire gli abusi.

In alcuni casi, l’interpretazione di questi elementi di novità è pacifica e ha portato anche autorevoli esponenti della dottrina maggioritaria e diversi settori (tra cui gli stessi vertici delle istituzioni giudiziarie) della magistratura ad invocare alcuni correttivi per un sistema della giustizia incapace di essere all’altezza di uno stato costituzionale degno di questo nome¹⁰⁶. Così, ad esempio, nessuno dubita seriamente che i semplici numeri emergenti dalle cronache mostrino il fallimento di un sistema costruito attorno al *self restraint* e impediscano di continuare a ribadire l’idea di un ordine sano e di eccezionali comportamenti devianti: per un verso, il numero degli scandali emersi in questi ultimi anni è ingentissimo¹⁰⁷; per un altro, bisogna ricordare che, soltanto in relazione ad una soltanto delle tante vicende aperte (il cosiddetto scandalo Palamara dal nome del pubblico ministero protagonista), il Procuratore generale della Cassazione e sei Consiglieri togati (cioè un terzo)

¹⁰⁴ L’idea di un «costituzionalismo irenico» che, in contrapposizione ad un «costituzionalismo polemico», tende ad occultare l’esistenza dei conflitti è di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html.

¹⁰⁵ Ad esempio, M. GUGLIELMI, *Crisi della magistratura e rischi per la giurisdizione*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/crisi-della-magistratura-e-rischi-per-la-giurisdizione#_ftntitolo, dove, ignorando completamente i danni prodotti dalla attuale autoreferenzialità, si bocchia preventivamente (e generalisticamente) ognuna delle possibili proposte di riforma e, riprendendo quell’atteggiamento che ha avuto un ruolo nella creazione delle contraddizioni attuali, si parla di «resa dei conti attraverso umilianti soluzioni e proposte “punitive”, volte a scardinare le basi del nostro sistema di rappresentanza e dell’assetto forte di indipendenza della magistratura: riforma del CSM e sorteggio per la scelta dei componenti, riforma per la separazione delle carriere, superamento del principio di obbligatorietà dell’azione penale».

¹⁰⁶ È emblematico rilevare la presa di posizione in favore di una riforma della legge elettorale al Consiglio superiore della magistratura di G. SILVESTRI, *Nebbia e notte sulla magistratura italiana*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/notte-e-nebbia-sulla-magistratura-italiana_12-06-2020.php.

¹⁰⁷ Per una panoramica giornalistica di tutti i casi degli ultimi anni in cui, a diverso titolo, sono stati coinvolti esponenti del mondo giudiziario si rinvia a E. FITTIPALDI, *Magistratura dipendente, al servizio dei politici*, in <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/06/12/news/magistratura-dipendente-1.335767>.

del Consiglio superiore sono stati costretti a rinunciare all'incarico e, in attesa di ulteriori possibili sviluppi, circa un centinaio di casi sono già stati sottoposti all'attenzione degli organi disciplinari¹⁰⁸. Allo stesso modo, senza entrare nei dettagli di vicende troppo complesse per essere affrontate dettagliatamente in questa sede, è pacifico che, in seguito ai dettagli che emergono dalle inchieste, non si può continuare a negare (come si è finora fatto) l'influenza delle correnti della magistratura e un certo ruolo di coordinamento che, a dispetto dell'idea del potere diffuso, queste hanno finora esercitato e che ha loro consentito di interferire pesantemente sull'azione delle istituzioni rappresentative.

Probabilmente meno pacifico è invece segnalare come, al di là della rilevanza di quanto finora riferito, l'elemento più dirimpente che emerge da una stagione contrassegnata dagli scandali è la resilienza di un certo atteggiamento corporativo del potere giudiziario e la problematica attitudine di quest'ultimo a piegare i limitati strumenti di correzione attualmente previsti dall'ordinamento. Emblematici in tal senso sono ancora una volta i riflessi che la vicenda Palamara proietta sull'intero edificio costituzionale. A fronte di un quadro normativo che, per quanto poroso, è certamente ispirato dalla manifesta volontà del legislatore di limitare l'irresponsabilità degli esponenti del potere giudiziario, la Procura generale della Cassazione, chiamata a dover valutare la rilevanza disciplinare delle condotte di alcuni magistrati intercettati con Palamara, ripropone iter argomentativi precedentemente elaborati dalla suprema corte¹⁰⁹ e, con una discussa circolare contenente le direttive per garantire un esame omogeneo delle singole posizioni¹¹⁰, interpreta in maniera estremamente restrittiva le fattispecie di responsabilità¹¹¹. Più precisamente, una volta puntualizzato che «l'ordinamento contempla (...) l'esistenza di diversi rimedi all'interno di un complessivo sistema» in cui si intrecciano i «cinque diversi piani» della responsabilità «penale, deontologica, professionale, disciplinare e (...) civile¹¹²» e una volta specificato che pertanto non spetta alla Procura generale «ogni considerazione ulteriore rispetto a quella necessaria ad accertare se le condotte emergenti (...) siano riconducibili ad una delle fattispecie di il-

¹⁰⁸ È quanto si apprende dall'articolo di L. MILELLA, https://www.repubblica.it/politica/2021/01/13/news/giustizia_un_archiviazione_e_una_nomi_na_di_troppo_di_matteo_richiama_all_ordine_il_csm-282314707/.

¹⁰⁹ In particolare, ha rilevanza la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 6827 del 2014.

¹¹⁰ In questo senso si veda p. 1 della Circolare.

¹¹¹ Cfr. N. ROSSI, *Oltre la crisi*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/oltre-la-crisi_679.php, che invece ritiene che la Circolare rappresenti un primo segnale di ritorno alla normalità.

¹¹² Così, p. 6. della Circolare.

lecito disciplinare tipizzate¹¹³», il documento in questione, esplicitando la preoccupazione per la salvaguardia della «*privacy*¹¹⁴» ed esplicitando la preoccupazione che un pernicioso «diritto penale etico¹¹⁵» possa spingere verso un'interpretazione «etica» delle fattispecie disciplinari e possa portare a calpestare i principi di «offensività» e di «tipicità¹¹⁶», giunge alla conclusione secondo cui si debba procedere all'archiviazione d'ufficio (per «particolare tenuità del fatto¹¹⁷») in relazione alla «attività di autopromozione effettuata direttamente dall'aspirante» ad una promozione «anche se petulante (...)»¹¹⁸ e alle «valutazioni di carattere politico che incidono anche fortemente sull'immagine di imparzialità ed equilibrio¹¹⁹» del magistrato. Per quanto ben argomentato sul piano formale e per quanto abile a sfruttare le incertezze di un titubante quadro normativo che nel timore di intaccare l'indipendenza non ha avuto neanche il coraggio di dare rilievo disciplinare ad un codice etico scritto dall'Associazione nazionale dei magistrati¹²⁰, l'elegante ragionamento proposto dalla Circolare non fa che alimentare i dubbi sulla sostenibilità costituzionale dell'attuale assetto: invece di valorizzare il dato costituzionale che, in ragione della cruciale funzione svolta dai magistrati, dovrebbe imporre (almeno sul piano disciplinare) l'utilizzo di un metro di valutazione assai più rigoroso di quello fin troppo elastico che i pubblici ministeri applicano quotidianamente per accusare i pubblici funzionari, il coinvolgimento di un elevato numero di magistrati induce a ricorrere al massimo garantismo e ad un approccio formalistico che si spinge sino a tributare omaggio all'arcaica mitologia del «sillogismo giuridico¹²¹» e che, in ultima analisi, produce l'effetto di sottrarre al pubblico scrutinio e di condonare condotte vevolevoli l'incriminazione per abuso in atti d'ufficio o per traffico di influenze illecite. Se a queste considerazioni si aggiunge anche che, senza essere mai stato smentito, Palamara lancia precise accuse di «autopromozione» nei confronti di quello stesso Procuratore generale che ha redatto la Circolare in commento, si capisce l'inedita dimensione paradossale e l'inaudita gravità di una situazione che meriterebbe ben altri tipi di

¹¹³ Così, p. 8 della Circolare.

¹¹⁴ Così, p. 3 della Circolare.

¹¹⁵ Così, p. 11 della Circolare.

¹¹⁶ Così, p. 10 della Circolare.

¹¹⁷ In questo senso, si veda l'articolo 3 bis e il 5 comma bis dell'articolo 16 del decreto legislativo 106, n. 109.

¹¹⁸ Così, p. 9 della Circolare.

¹¹⁹ Così, p. 10 della Circolare.

¹²⁰ Si noti che alcune delle condotte (ad esempio, l'autopromozione) ritenute disciplinarmente irrilevanti dalla Circolare Salvi rientrano nelle fattispecie deontologiche del Codice etico adottato dall'Associazione nazionale dei magistrati (si veda l'articolo 10).

¹²¹ Si veda p. 8 della Circolare.

strumenti di controllo¹²².

9. *Conclusioni. Il paradosso di uno stato costituzionale lesivo dei principi del costituzionalismo: il lato oscuro della forza e la necessità di un intervento di riforma*

Gli ultimi scandali giudiziari, oltre a confermare la fondatezza di certi sospetti di corporativismo che i giuristi più sensibili hanno manifestato da tempo, mostrano chiaramente con quanta facilità alcuni segmenti della magistratura (e della pubblica accusa in particolare) possano esercitare i loro poteri in violazione dei principi base del costituzionalismo. Innanzitutto, nonostante si sia soliti ribadire che una certa organizzazione della pubblica accusa sia funzionale alla garanzia dell'eguaglianza, l'insopportabile 'doppiopesismo' che emerge non sembra essere conforme a nessuna possibile declinazione del principio: in un contesto in cui sono stati scritti fiumi di inchiostro per denunciare (e spesso per giustificare) le sempre più frequenti negazioni del principio di offensività e di tipicità e in un contesto in cui anche i comuni cittadini (per non parlare degli amministratori pubblici) vedono quotidianamente pubblicare intercettazioni irrilevanti che riguardano inchieste a loro carico, le preoccupazioni che accompagnano l'esercizio dell'azione disciplinare nei confronti di magistrati sospettati di condotte gravissime acquisiscono le connotazioni del privilegio e sono evidentemente fuori luogo. Inoltre, una volta che intercettazioni inequivocabili smentiscono l'idea secondo cui le spregiudicate inchieste degli ultimi anni siano state ispirate dall'esclusivo interesse al ripristino della legalità, occorre qualificare come ingerenze incompatibili con il costituzionalismo i numerosi interventi giudiziari che hanno sconvolto il quadro politico portando a ripetute dimissioni di ministri e anche a crisi di governo. Per di più, nel momento in cui si sceglie di interpretare restrittivamente le disposizioni sulla responsabilità disciplinare e di estendere i margini per l'archiviazione sino ad escludere la rilevanza di condotte certamente esecrabili, si interviene per sottrarre le ingerenze in questione allo scrutinio pubblico e, limitando anche quella (blanda) forma di responsabilità che deriva dall'esposizione delle proprie azioni istituzionali alla pubblica opinione, si produce una completa irresponsabilità di fatto che è certamente contraria a quel basilare principio costituzionale di responsabilità nell'esercizio del potere. Quasi a chiudere il cerchio di una metamorfosi che

¹²² Secondo quanto riportato da A. SALLUSTI, *Il Sistema Potere, politica, affari: storia segreta della magistratura italiana*, Rizzoli, 2021, p. 243 dove l'intervistato Palamara afferma che «il procuratore Giovanni Salvi si apparecchiò con me su una terrazza romana per diventare procuratore generale della Corte di Cassazione». In seguito alla pubblicazione del libro diversi magistrati italiani hanno sottoscritto un documento con cui si chiede al Procuratore generale o il chiarimento o le dimissioni.

ha portato a completare un passaggio da istituzioni di garanzia ad oscuri ed autoreferenziali centri di potere, alternativi ai circuiti della rappresentanza e certamente incompatibili con il costituzionalismo.

Conseguenza non secondaria di questa situazione è che, nonostante si sia stati soliti giustificare le attribuzioni e le prerogative dei pubblici ministeri come “felici anomalie” istituzionali perfettamente conformi alle esigenze organizzative dello stato costituzionale, occorre riconoscere come, in ragione della sua tendenza a deviare dal costituzionalismo, sia ormai invece diventata insostenibile la conformità dell’attuale assetto della pubblica accusa ad un’idea di stato costituzionale adeguata al tempo presente. Detto altrimenti, la difesa dell’esistente rischia oggi di rivelarsi un guscio vuoto che salva le forme conosciute dello stato costituzionale, all’insostenibile prezzo di sacrificare quei principi che a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e del cittadino rappresentano il nucleo fondamentale del costituzionalismo: tutela dei diritti fondamentali, separazione dei poteri ed esercizio responsabile del potere.

Peraltro, si tratta di una frattura difficilmente componibile senza mettere in discussione gli approdi attuali di quella cultura giuridica che, in ragione dell’atteggiamento prudente dei costituenti e di quello ondivago della giurisprudenza costituzionale, ha svolto un ruolo essenziale per adeguare il sistema dell’accusa al mutare dei tempi. Quanto appena affermato non implica naturalmente la riesumazione delle dinamiche dello stato liberale ottocentesco e la riaffermazione di arcaiche dottrine della sovranità del parlamento e della soggezione del potere giudiziario. Tuttavia, esattamente come è scientificamente doveroso riconoscere l’irrazionalità storica delle eleganti dottrine ottocentesche del parlamentarismo o della legittimazione divina del potere monarchico, occorre oggi avere l’onestà intellettuale per riconoscere che, in un momento in cui le istituzioni giudiziarie hanno mostrato di non essere immuni alle debolezze dell’umana natura, è necessario individuare nuovi percorsi per il controllo dei poteri. In altre parole, invece di ossessionarsi nel tentativo di recuperare equilibri idealizzati e poco funzionali al costituzionalismo – quasi a voler affidare il destino della democrazia alle salvifiche virtù di forme giuridiche suppostamente trascendenti – bisognerebbe prendere atto che l’idealizzazione dei modelli può produrre pericolosi e occulti salvacondotti per l’esercizio arbitrario del potere. Pertanto, sarebbe opportuno un approccio culturale ai problemi della giustizia molto diverso da quello che ha caratterizzato l’ultimo trentennio del dibattito italiano: piuttosto che continuare a riproporre i vecchi totem e a bloccare ogni riforma davanti ai soliti taboo del passato, sarebbe utile abbracciare una prospettiva che, al fine di sanare gli strappi, tragga tutte le conseguenze da quelle sofisticate teorie dello stato costituzionale che non riducono il costituzionalismo al predominio del giudiziario e crei le condizioni per realizzare un sistema di contrappo-

si in cui anche alle istituzioni rappresentative spettino poteri effettivi per correggere gli abusi compiuti dalle istituzioni giudiziarie. Una simile svolta della cultura giuridica potrebbe meravigliare soltanto chi non abbia chiara l'influenza della storia sulle categorie del diritto costituzionale e chi non abbia presente gli sforzi fatti nel corso degli anni dalla giurisprudenza e dalla dottrina per adeguare al contesto storico l'idea di indipendenza della pubblica accusa. Oppure a chi per ideologia, ingenuità o interesse le vuole considerare come la forma ultima del progresso umano e come una sorta di fine della storia delle istituzioni.

È evidente poi che, una volta rigettato l'orientamento conservatore fino ad oggi dominante, la frammentarietà delle disposizioni costituzionali apre differenti possibilità di intervento. Una prima opzione potrebbe essere quella di intervenire senza introdurre modifiche all'ordinamento vigente. Ad esempio, per quanto banale possa apparire si potrebbe pensare di utilizzare in maniera estensiva lo strumento dell'azione disciplinare discrezionale che già è stato previsto dal costituente. Allo stesso maniera, qualora un simile strumento dovesse incontrare (verosimili) difficoltà politiche nella sua attivazione, pare perfettamente percorribile la proposta di istituire una commissione parlamentare di inchiesta anche ad opera di un gruppo di minoranza: a fronte di magistrati che hanno dato ripetute prove di fare cattivo uso delle prerogative loro riconosciute, non sembra corretto ritenere che l'idea di indipendenza possa essere estesa sino al punto da impedire che il Parlamento acclari ogni dettaglio di vicende palesemente slegate dal desiderio di ripristino della legalità e dotate di tutti i connotati dell'indebita ingerenza politica (se non addirittura di reati ordinari o di vera e propria eversione del disegno costituzionale). Una seconda modalità di intervento potrebbe prevedere l'introduzione di modifiche a Costituzione invariata a livello di normazione primaria e secondaria. Ad esempio, anche se è certamente insufficiente (e probabilmente controproducente) l'idea di introdurre una legge che limiti il ruolo delle correnti nella elezione dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura, qualora non si riuscisse ad ottenere il consenso necessario per piani di riforma più ambiziosi, utili potrebbero rivelarsi quei progetti orientati a separare la separazione delle funzioni e ad isolare la sezione disciplinare dal resto del Consiglio. Allo stesso modo si potrebbe immaginare una riforma legislativa che attribuisca rilevanza disciplinare alle fattispecie previste dal codice etico o che riformi gli aspetti più discutibili del relativo procedimento. Tuttavia, per quanto opportune, simili innovazioni difficilmente riusciranno ad incidere su un inaccettabile *status quo*: vicende come il caso Palamara mostrano come, a causa del potere che i magistrati hanno di erodere qualunque riforma e dell'uso impropriamente corporativo che mostrano di fare di una simile prerogativa, il nodo della giustizia si è ormai aggroviato ad un punto tale da apparire inestricabile nel quadro costi-

tuzionale dato. Sarebbe pertanto auspicabile che, a dispetto dell'accusa di radicalismo che spesso porta la scienza giuridica maggioritaria a ritenere simili iniziative costituzionalmente inammissibili, i diversi progetti di riforma della Costituzione in discussione in Parlamento in questo momento si tradussero in riforme concrete capaci di incidere su una situazione *icto oculi* non compatibile con il costituzionalismo. In particolare, fermo restando che alla luce dei fatti emersi occorrerebbe ritornare a valutare con spirito diverso dal passato i diversi progetti di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale e di separazione delle carriere, al netto dei non secondari profili tecnici in tema di composizione e di definizione dei poteri e del procedimento, l'introduzione di una Corte di disciplina svincolata dal Consiglio superiore sarebbe almeno in linea di principio da salutare con favore come strumento effettivo capace di scardinare le logiche consolidate.

È chiaro che interventi come quelli prospettati debbano essere condotti con il giusto equilibrio, con il consenso dei diversi attori politici e in linea con standard europei che su questa materia sono molto meno stringenti da quelli che il sistema italiano si è essenzialmente autoimposto. C'è, infatti, sempre il rischio che la rimozione delle cautele che hanno fatto attecchire le condotte criticate possa finire con lo scardinare l'idea di separazione dei poteri e quindi con l'aggravare lo iato che separa l'odierno quadro istituzionale dall'idea liberal-democratica di costituzionalismo. Ma mai come in questi giorni è diventato evidente che il rischio più grave sia quello della conservazione di un sistema oscuro di poteri che, lungi dallo svolgere le sue funzioni istituzionali di garanzia, si è trasformato in una concreta minaccia per i diritti fondamentali e per la democrazia. E tanto dovrebbe essere sufficiente ad abbandonare ogni ulteriore indugio e a gettarsi con coraggio sulla via delle riforme.

Finito di stampare nel mese di maggio 2021
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli